

LaNotaria

Número 2 | 2013

Revista del Col·legi de Notaris de Catalunya

Fundada el 1858

Barcelona, seu de la Comissió d'Afers Europeus de la Unió Internacional del Notariat

Diversos articles sobre les noves lleis de protecció al deutor hipotecari i d'arrendaments urbans

«La funció notarial és indispensable i essencial a la nostra societat»

Entrevista a Roser BACH FABREGÓ

Directora de l'Escola Judicial

«La societat moderna, com més es globalitza, més seguretat jurídica necessita»

Entrevista a Mario MICCOLI
President de la Comissió d'Afers Exteriors de la UIN

TRIBUNA

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

DOCTRINA

Constitució i seguretat jurídica. Valor de la funció notarial davant els reptes del segle XXI
La falsa permuta de solar per obra futura
Idees generals i reforma del sistema d'impugnació espanyol dels acords socials

PRÀCTICA

El benefici d'inventari i altres qüestions de doctrina registral
Notes sobre l'aplicació de la normativa sobre certificació d'eficiència energètica dels edificis

PUBLI

Director:

Àngel Serrano de Nicolás

Sotsdirector:

Guzmán Clavel Jordà

Consell de redacció:

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

Consell editorial:

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

Coordinació:

Sandra Purroy Corbella

Diseny i producció: LA LEY

ISSN: 2172-3028

D.L.: M-15125-2012

Tots els drets reservats

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

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

Notariado 4 - 08001 Barcelona

Edició online disponible www.colnotcat.es

lanotaria@catalunya.notariado.org

Codificació, recodificació, refosa de textos i creació de riquesa

Ja s'han dedicat alguns editorials a la seguretat jurídica i a la necessitat de legislar sobre certes matèries que afecten especialment a l'àmbit notarial. Algú pensarà, fins i tot, que aquesta torna a ser, en el millor dels casos, una variació sobre el mateix tema —les reformes anunciades i mai acabades o precipitadament, algunes tant que és igual anomenar el mateix subjecte amb el diferent nom d'*avalador*, encara que sigui fiador o hipotecant no deutor, doncs tots són garants i per a això existeix la correcció d'errors o la reforma de la reforma, com així ha estat als pocs dies. Però, davant de l'anunciada existència d'un avantprojecte del futur nou Codi Mercantil, i davant del ja també conclús avantprojecte de la futura Llei de la Jurisdicció Voluntària, és inevitable tornar al tema de la codificació, que, ben entrat ja el segle XXI, no pot tenir, en general, el mateix sentit vuitcentista, sinó que es tractaria d'una recodificació o, almenys, en la nostra tradició jurídica, una refosa de textos, encara que sigui per adaptar la matèria a les directives europees o a les noves realitats socials i, per tant, jurídiques. Tot i que no és infreqüent la falta de pressa en desenvolupar o modificar els reglaments, en dictar les lleis que alguna addicional contempla o en transposar les directives, quelcom que es fa en el moment límit, si no després, i per una mera llei —o reial decret llei, en el qual la urgència ha de venir donada per la manca de diligència en transposar-la— que reproduïx literalment la Directiva i poc més.

A la veïna França, tan amant de la codificació i inspiradora de la nostra —doncs, al cap i a la fi, no pot ignorar-se que no hi haurà un Codi de les Obligacions com a Suïssa, sinó un Codi Mercantil, i potser algun dia quelcom semblant a una base de les obligacions contractuals, com es pot llegir a la nostra Constitució, art. 149.1.8a—, una Circular del Primer Ministre francès (NOR: PRMX1308271C, del 27 de març del 2013) anuncia dos nous codis: un, el Codi General de la Funció Pública; un altre, el Codi de Relacions entre l'Administració i el Públic, fruit del desenvolupament de les tecnologies de la comunicació i del deure de transparència de l'acció administrativa i la participació del públic en l'elaboració de decisions. Però, afortunadament, la reforma no acaba amb aquests codis, sinó que es procedeix, i això sí que és donar seguretat jurídica i no el fet d'estar vigents més de tres-cents cinquanta mil normes, a la refosa dels codis següents: el Codi del Consum; el Codi de la Construcció i l'Habitatge; el Codi Electoral; el Codi de l'Expropiació per Causa d'Utilitat Pública; el Codi de les Pensions Militars d'Invalidesa i de Víctimes de la Guerra; el Codi Postal i de les Comunicacions Electròniques; el Codi d'Urbanisme —llibre 1r—; el Codi de les Carreteres, i, finalment, els codis del Cinema i la Imatge Animada; de la Defensa; de l'Educació; de l'Energia; del Patrimoni; dels Transports; Rural i de la Pesca Marítima, i de la Seguretat Interior.

No es tracta, òbviament, de copiar-los, ni de recodificar o aprovar textos refosos de continguts similars, doncs és innecessari ressaltar el sistema de distribució competencial tan diferent existent entre els dos països, tot i que aquí —al nostre sistema constitucional— també s'hagi volgut traslladar l'anomenat *bloc de constitucionalitat*. Es tracta de respectar la distribució competencial, per tots, i, en conseqüència, refondre i unificar, sí, però, sobretot, respectant les competències legislatives de cadascú —Estat, comunitats autònomes i, fins i tot, ajuntaments—, per no crear falses aparences en els ciutadans, que no han d'estar exactament assabentats de les competències legislatives de cada Administració, a les quals es presumeix l'actuació conforme a la més estricta legalitat. Serveixin com a mal exemple els registres administratius municipals —doncs són això, i no jurídics, amb efectes molt diferents davant de tercers— de parelles o unions de fet, doncs les SSTC núm. 93/2013, del 23 d'abril del 2013 i la prèvia núm. 81/2013, de l'11 d'abril del 2013, per a les unions de fet, exigiran —sense perjudici de seguir aplicant altres lleis autonòmiques sobre la mateixa matèria sempre que siguin vigents— una completa revisió per part dels integrants de les unions lliures de la seva situació, per més que puguin estar inscrites en aquests registres, és a dir, una completa revisió de la seva situació jurídica, no fos el cas que, creient que estan en una determinada situació jurídica —que no estat civil—, sigui una altra i ben diferent en el moment d'obrir-se la successió d'alguns dels integrants de la parella. Doncs, molt segurament, no seran els mateixos els interessos de l'exparella que els dels fills d'un i l'altre, o que els dels col·laterals o ascendents del premort.

Es tracta de recodificar o refondre textos, doncs la seguretat i la certesa en les relacions jurídiques són font de riquesa, com ho és no haver de malbaratar temps i diners en despeses preinversió sense justificació específica ni motivació suficient, si no és el cas que s'han d'obtenir per silenci administratiu.

En legislar, procedirà el respecte a la matèria que dóna nom a la llei —no pot haver-hi disposicions addicionals en les quals, agafades pels pèls, es regulin matèries més o menys connexes—, i procedirà el respecte a la jerarquia normativa i als criteris que informen un codi davant un simple reglament —no es poden confondre els principis amb el mer detall, fins i tot excessiu per a una simple circular, que com a norma reglamentària també requerirà de la publicitat corresponent.

Tot això, i més, és el que necessita el nostre —des de fa temps— hipertrofiat sistema legal, en el qual es recorre al fàcil camí d'addicionar sense derogar expressament, fet que col·lisiona amb la seguretat jurídica. Per tot això, no es pot deixar de considerar encertat que la futura Llei de Jurisdicció Voluntària serveixi per remetre a la Llei del Notariat determinats expedients judicials, amb un nou Títol VII, entre els quals s'inclourà la subhasta notarial. Tot i que no hauria de ser inoportú, i encara hi ha temps per fer-ho, que es regulés «a la manera notarial», d'eficiència més que demostrada, un sistema de cobrament del deute hipotecari, o fins i tot pignoratiu, que no pot ser un mal transsumpte de l'execució judicial, per ser de dubtosa constitucionalitat la venda forçosa extrajudicial —tot i que això de *forçosa*, que és el que la caracteritza, s'oblidi—, sinó una autèntica solució pactada al moment de constituir-se la garantia.

Encapçalo dient que és creació de riquesa i, en efecte, ho és, la seguretat jurídica, en totes les manifestacions, que van des de la facilitat de trobar i interpretar encertadament la norma aplicable a la supressió de tràmits, censos, registres i altres llistats inícs o de dubtosa legalitat; des de la superació de procediments llargs, costosos i que no afegixen una especial garantia, quan no són inadequats, a la supressió —que no és ni unificació ni uniformització, doncs la llibertat contractual és un valor de la Unió Europea— de tuteles que acaben no essent-ho, en reconèixer explícitament que allò no prohibit està permès.

Editorial

- Codificació, recodificació, refosa de textos i creació de riquesa

Tribuna

- La protecció del deutor hipotecari; La insuficiència de la reforma per a la defensa del deutor-consumidor
María Ángeles Alcalá Díaz 6
- Barcelona, seu de la CAE, però què és la CAE?
Ernesto Tarragón Albella 16
- La venda extrajudicial del bé hipotecat després de la Llei 1/2013
José Antonio García Vila 20
- La incorporació de l'arrendament al marc de seguretat jurídica
Antoni Bosch i Carrera 28
- **Tribuna pendiente de recibirse**
Joan Carles Ollé Favaró 35

Entrevistes

- «La funció notarial és indispensable i essencial en la nostra societat»
Roser Bach fabregó 39
- «La CAE és el pont entre la Europa política i la geogràfica»
Mario Miccoli 44

Doctrina

- Constitució i seguretat jurídica. Valor de la funció notarial davant dels reptes del segle XXI
Joan Carles Ollé Favaró 48
- La falsa permuta de solar per obra futura
José Luis del Moral Barilari 58
- Idees generals i reforma del sistema d'impugnació espanyol dels acords socials
Jesús Quijano González 64

Pràctica

- El benefici d'inventari i altres qüestions de doctrina registral
Antonio Ángel Longo Martínez 74
- Notes sobre l'aplicació del Reial decret 235/2013, del 5 d'abril, pel qual s'aprova el procediment bàsic per a la certificació de l'eficiència energètica dels edificis(1)
Antonio Ángel Longo Martínez 92

Internacional

- Les clàusules sòl: condicions generals de la contractació i clàusules abusives arran de la stjue de 14 de març de 2013
Elisabeth García Cueto 98

Sentències

- Ressenya de les principals sentències del Tribunal Suprem
Redacció de LA LLEI 101

Resolucions

- Resolucions de la Direcció General dels Registres i del Notariat contra qualificacions de la propietat i mercantils
Fernando Agustín Bonaga 111

Vida Corporativa

- Notícies coporatives i del món del Dret 128

La protecció del deutor hipotecari. La insuficiència de la reforma per a la defensa del deutor-consumidor



María Ángeles Alcalá Díaz
Catedrática acreditada de Dret Mercantil
Exdirectora General dels Registres i del Notariat

I. ASPECTES ECONÒMICS I EVOLUCIÓ NORMATIVA

La crisi del mercat hipotecari desencadenada en els darrers anys, les causes i conseqüències de la qual han estat profusament abordades des de diversos àmbits, ha suposat, entre moltes altres coses, un **canvi substancial de perspectiva de la legislació sobre crèdits i préstecs hipotecaris a Espanya, especialment en relació amb els instruments de protecció del deutor hipotecari.**

Dins dels canvis experimentats per la legislació reguladora del mercat hipotecari en relació amb els titulars de crèdits hipotecaris, destaca la **substancial modificació dels objectius de política legislativa**, com evidencia l'anàlisi de diverses normes. Així, poden identificar-se

dues etapes ben diferenciades: d'una banda, **el conjunt de normes dictades fins al 2011**, en les quals **l'objectiu del legislador és la dinamització i flexibilització del mercat hipotecari**. En aquesta fase s'inclouen la Llei 41/2007, del 7 de desembre, per la qual es modifica la Llei 2/1981, del 25 de març, de regulació del mercat hipotecari i d'altres normes del sistema hipotecari i financer, de regulació de les hipoteques inverses i l'assegurança de dependència i per la qual s'estableix determinada norma tributària, i la Llei 2/2009, del 31 de març, per la qual es regula la contractació amb els consumidors de préstecs o crèdits hipotecaris i de serveis de mediació per a la celebració de contractes de préstec o crèdit. En aquesta etapa de la legislació se situa també l'Ordre EHA/1718/2010, del 10 de juny, de regulació i control de la publici-

tat dels serveis i productes bancaris. En aquest procés legislatiu es pretén agilitar la contractació d'aquests productes financers, per a la qual cosa se suprimeixen controls. Aquesta mateixa orientació normativa s'aplica a la publicitat de serveis i productes bancaris. Per contra, es reforcen els deures d'informació i alguns dels controls en la formalització quan els crèdits i préstecs hipotecaris són atorgats a consumidors per empreses que no són entitats de crèdit.

La **segona etapa** està marcada per la crisi econòmica i del mercat hipotecari, fet que explica un canvi substancial dels fins de la política legislativa. Aquesta fase de la legislació s'inicia **el 2011 i s'estén amb diverses normes al llarg del 2012 i 2013**. Les reformes legals, en un primer moment, reforcen la **transparència i in-**



formació per a, posteriorment, incrementar les vies que evitin l'execució hipotecària, la protecció del deutor quan aquesta ja s'ha iniciat i, finalment, la suspensió en els casos de deutor sense recursos.

En aquest context normatiu s'inclouen la Llei 2/2011, del 4 de març, d'economia sostenible, en la qual es regula per primer cop l'anomenat *crèdit responsable*; el RDL 8/2011, de l'1 de juliol, de mesures de recolzament als deutors hipotecaris, de control de la despesa pública i cancel·lació de deutes amb empreses i autònoms contretes per les entitats locals, de foment de l'activitat empresarial i impuls de la rehabilitació i de simplificació administratives; l'Ordre EHA/2899/2011, del 28 d'octubre, de transparència i protecció del client de serveis bancaris, en el desenvolupament de la qual es va dictar la Circular 5/2012, del 27 de juny, del Banc d'Espanya, sobre transparència dels serveis bancaris i responsabilitat en la concessió de préstecs; el RDL 6/2012, del 9 de març, de mesures urgents de protecció de deutors hipotecaris sense recursos, i, per últim, el RDL 27/2012, del 15 de novembre, de mesures urgents per reforçar la protecció als deutors hipotecaris.

No obstant això, **gran part de les mesures legals promulgades al llarg del 2012 dirigides a la protecció dels deutors hipotecaris** sense recursos i amb l'objectiu d'evitar o suspendre els desnonaments un cop finalitzat el procediment d'execució **han resultat clarament ineficaces**. D'altra banda, cal destacar la STJUE del 14 de març del 2013, que va declarar la incompatibilitat de la legislació hipotecària espanyola en matèria d'execució amb la normativa comunitària sobre protecció dels consumidors. Amb aquestes premisses s'ha promulgat la Llei 1/2013, del 14 de maig, de mesures per reforçar la protecció dels deutors hipotecaris, reestructuració de deute i lloguer social, amb la qual es modifica una part substancial de les mesures de protecció del deutor hipotecari dictades els mesos anteriors. A més, es modifiquen diverses lleis, com la normativa processal d'execució hipotecària que adapta la nostra legislació a la referida Sentència europea o la Llei hipotecària, entre d'altres.

Tot això evidència un canvi de perspectiva del legislador, doncs, en un pri-

mer moment, dicta normes orientades a dinamitzar i agilitar la contractació per, posteriorment, ja en plena crisi financera i del mercat hipotecari, insistir en la protecció del deutor en el procés d'execució hipotecària i, singularment, en la protecció del deutor-consumidor sense recursos.

No pot obviar-se que les diferents normes legals reguladores dels crèdits i préstecs hipotecaris no han tingut en compte la necessària protecció del deutor quan té la condició de consumidor

No obstant això, **no pot obviar-se que les diferents normes legals reguladores dels crèdits i préstecs hipotecaris no han tingut en compte la necessària protecció del deutor quan té la condició de consumidor**. Així pot constatar-se, en uns casos, en la previsió de diferents nivells de protecció del deutor hipotecari, a partir de la naturalesa de les empreses que operen en el mercat i no per la condició de consumidor del deutor, i, en d'altres, pels problemes que genera l'absència d'un control preventiu adequat de clàusules abusives.

En qualsevol cas, **s'han produït nombroses intervencions normatives en pocs mesos, amb caràcter d'urgència i contingut parcial, que han estat modificades successivament**, sovint a causa de la ineficàcia de les mesures introduïdes. Tot això mostra que **el procés legislatiu ha estat desordenat i descoordinat**, com evidencien la convivència i la superposició de normes legals promulgades en contextos econòmics i jurídics diferents, amb fins normatius oposats i amb resultats pràctics inconnexos, quan no directament contradictoris. En cap cas s'ha abordat una reforma integral de la normativa reguladora dels crèdits hipotecaris des de les diferents perspectives que ofereix (processals i substantives) i, sobretot, adequada a la legislació comunitària i nacional de protecció dels consumidors.

II. BREU REFERÈNCIA A LES ÚLTIMES REFORMES LEGALS I A LES MESURES INTRODUÏDES

1. L'Ordre EHA/2899/2011 i les normes que la desenvolupen

Les mesures de protecció del deutor o potencial deutor hipotecari previstes en la citada Ordre **parteixen del desenvolupament regulador de l'anomenat préstec responsable i s'insereixen en diversos aspectes de la contractació**. D'una banda, es torna a insistir, en relació amb aquesta tipologia contractual, en la informació, transparència i estandardització de l'esmentada informació; d'altra banda, es delimita el contingut mínim del contracte, i, finalment, es reforcen els instruments de control en la fase de formalització del contracte, en la qual s'inclou l'assessorament previ al contractant d'un crèdit hipotecari.

En relació amb la **informació precontractual**, els articles 20 a 25 regulen els diversos deures d'informació i els instruments documentals als quals ha d'incorporar-se aquesta informació. Així, l'art. 20 preveu que el Banc d'Espanya elabori una *Guia d'accés al préstec hipotecari*, la finalitat de la qual és que aquells que sol·licitin serveis bancaris de préstec hipotecari disposin de la informació adequada per a adoptar les decisions de finançament. L'art. 21 regula l'anomenada *fitxa d'informació precontractual*, que les entitats de crèdit hauran de proporcionar als clients que sol·licitin informació sobre els préstecs hipotecaris oferts i es facilitarà mitjançant un document estandarditzat (FIPRE). En aquesta línia, l'art. 22 regula l'anomenada *fitxa d'informació personalitzada*, que se subministrarà ajustant l'oferta a les necessitats de finançament, la situació financera i les preferències del client. Aquesta informació s'incorporarà a un document estandarditzat, denominat FIPER.

Un cop que, després de la informació oportuna, l'entitat de crèdit i el client mostrin la voluntat de contractar un préstec hipotecari, es procedirà a la **taxació corresponent de l'immoble** i s'efectuaran les comprovacions oportunes sobre la **situació registral** del mateix i la **solvència financera del client**. Després d'aquestes indagacions, el client podrà sol·licitar a l'entitat el lliurament d'una **oferta vinculant**. L'oferta



serà efectuada per l'entitat de crèdit al client a través d'una FIPER, el contingut de la qual inclourà necessàriament la menció expressa del caràcter vinculant i el termini de vigència de l'oferta, que no podrà ser inferior a catorze dies. Aquesta informació haurà d'incloure, a més de la que requereix el model oficial de la FIPER, segons l'Annex II de l'Ordre, la que voluntàriament vulgui facilitar l'entitat, que s'incorporarà a un document separat (art. 23).

També haurà d'incloure's en un document annex al contracte la **informació relativa als instruments de cobertura del risc del tipus d'interès**, sempre que es comercialitzin vinculats a un préstec concedit per la pròpia entitat i, especialment, quan es refereixi a les obligacions que han de subministrar les entitats de crèdit en la comercialització d'aquests productes, segons el que estableix l'art. 19.2 de la Llei 36/2003, de l'11 de novembre, tal com estableix l'art. 24 de l'Ordre.

L'art. 25 obliga expressament al fet que, en aquells préstecs en els quals s'hagin establert límits a la variació del tipus d'interès, com clàusules sòl o sostre, es reculli aquesta circumstància en un annex a la FIPER, amb menció concreta del tipus d'interès mínim i màxim a aplicar i

la quota d'amortització màxima i mínima. No obstant això, els requisits formals als quals es refereixen els arts. 24 i 25 de l'Ordre no són d'aplicació després de l'entrada en vigor de la Llei 1/2013, ja que a l'art. 6 s'estableixen exigències específiques sobre la incorporació i el consentiment exprés del deutor en relació amb les clàusules sòl i sostre.

D'especial importància és la normativa que suposa introduir obligacions específiques de protecció del deutor hipotecari als fedataris públics que intervenen en la formalització i inscripció dels préstecs o crèdits hipotecaris

Els arts. 29 i 30 regulen el **contingut dels documents contractuals i els controls als quals se sotmeten en l'acte d'atorgament**, respectivament. El primer d'aquests preceptes exigeix que els documents contractuals i les escriptures públiques en les quals es formalitzin els préstecs continguin, degudament separades respecte de la resta del contingut contractual, les clàusules financeres el contingut de les quals s'ajustarà a la informació personalitzada incorporada a la FIPER, a les quals hauran d'ajustar-se la resta de les clàusules contractuals. En qualsevol cas, haurà de citar-se amb claredat el tipus d'interès aplicable i l'obligació de notificar al client les variacions experimentades per aquest.

D'especial importància és la normativa prevista a l'art. 30, que, en essència, suposa introduir **obligacions específiques de protecció del deutor hipotecari als fedataris públics que intervenen** en la formalització i inscripció dels préstecs o crèdits hipotecaris. En aquesta línia, s'insisteix en la **llibertat d'elecció del Notari**, en aplicació de la normativa general sobre la matèria, i també en el dret d'examinar l'escriptura pública abans de la signatura. En particular, l'art. 30.2 estableix que el **client podrà examinar al despatx del Notari el projecte de préstec hipotecari almenys durant els tres dies hàbils anteriors a l'atorgament**. Es pot renunciar expressament a aquest termini, sempre que l'acte d'atorgament tingui lloc a la notaria.

D'altra banda, els paràgrafs tercer i quart de l'art. 30 estableixen l'**obligació dels notaris d'informar sobre els drets de les persones físiques en la negociació i formalització de crèdits hipotecaris**, així com de **denegar l'autorització de l'escriptura pública de formalització quan la documentació o el contingut del contracte no s'ajustin a la normativa reguladora**. Igualment, imposa l'obligació de denegar la inscripció del «*funcionari encarregat*» per la mateixa causa. No obstant això, **els dos apartats han estat declarats nuls per la SAN del 5 de març del 2013**, per la qual cosa resulten inaplicables a efectes de la verificació per part dels fedataris públics del compliment de les normes sobre protecció del deutor en aquesta modalitat de contracte. En essència, la declaració de nul·litat es deriva del fet que una ordre ministerial no pot establir obligacions per a notaris i registradors, doncs aquestes només poden ser imposades en una norma amb rang de llei. En aquest sentit, es manté el criteri de la Sala contenciosa administrativa del Tribunal Suprem, expressat a la Sentència del 20 de maig del 2008. En segon lloc, el Tribunal aprecia manca de competència del Ministeri d'Economia per establir aquestes obligacions, doncs són competència exclusiva del Ministeri de Justícia, o, en el cas que el contingut afecti l'àmbit de dos ministeris, la norma ha de ser dictada per la Presidència del Govern.

La conseqüència directa de la Sentència és que la verificació del compliment de les previsions contingudes en aquesta Ordre només podran realitzar-la notaris i registradors en virtut de la normativa general, reguladora de la prestació dels seus serveis, però no seran exigibles les obligacions específiques d'aquest precepte. Als efectes d'aquest control, seran aplicables els arts. 23.2 LCGC i 147 RN, de conformitat amb l'art. 17 bis LN.

En desenvolupament de l'habilitació legal continguda a l'Ordre EHA/2899/2011, i per tal de regular d'una manera ordenada i sistemàtica el conjunt de normes que defineixen les millors pràctiques bancàries, com també la manera en què les empreses que operen al mercat han d'oferir els seus serveis, es va dictar la **Circular 5/2012, del 27 de juny, del Banc d'Espanya, a entitats de crèdit i proveïdors de serveis de pagament, sobre transparència dels**





serveis bancaris i responsabilitat en la concessió de préstecs. Com posa de manifest el preàmbul de la Circular, aquesta pretén, conjuntament amb l'Ordre citada, «configurar un nou marc de conducta que, dotat d'una estructura sistemàtica, amb vocació de permanència i estabilitat i clarament orientat a la protecció dels clients dels serveis bancaris, haurà de regir en endavant les relacions entre aquests i les entitats de crèdit».

2. La Llei 1/2013, del 15 de maig, de mesures de protecció del deutor hipotecari, reestructuració de deute i lloguer social

A) Aspectes generals

Com s'ha indicat, la Llei 1/2013 conté un conjunt de mesures de diversa naturalesa i amb àmbits d'aplicació diferenciats l'objectiu dels quals es donar resposta a la demanda social de protecció del deutor sense recursos per tal d'evitar tant com sigui possible els desnonaments, atès el notable increment que s'ha produït a conseqüència de la crisi econòmica. En aquest context es pot situar la **modificació del RDL 6/2012, del 9 de març**, que s'havia revelat clarament ineficaç davant de l'estretor del seu àmbit d'aplicació subjectiu. També destaca la **incorporació íntegra del RDL 27/2012**.

L'art. 6 imposa obligacions d'informació específiques i requisits d'incorporació al contracte de les clàusules sòl i sostre i dels instruments de cobertura de riscos per variabilitat de tipus d'interès en els préstecs i crèdits hipotecaris

Junt amb aquest objectiu essencialment conjuntural i amb una vinculació directa amb les indesitjables conseqüències socials de la crisi, s'incorporen mesures imposades per diverses sentències judicials amb les quals es vol adaptar la normativa espanyola a la protecció al deutor-consumidor hipotecari. En aquesta línia se situen l'art. 6, relatiu a la **incorporació als contractes de préstec hipotecari de la clàusula sòl** o de les que preveuen **instruments de cobertura de riscos per va-**

riació de tipus d'interès; la modificació de la Llei hipotecària; la de la Llei d'ordenació del mercat hipotecari; la de la Llei d'enjudiciament civil, i la previsió d'altres mesures complementàries.

Aquestes mesures, com es comprovarà, tenen diversos àmbits d'aplicació: en uns casos, es refereixen als crèdits que recauen sobre l'habitatge habitual; en d'altres, sobre el deutor hipotecari i, en d'altres, indirectament sobre els consumidors (clàusules abusives).

B) Clàusula sòl i cobertura de riscos per variabilitat de tipus d'interès

L'art. 6 de la Llei 1/2013 imposa **obligacions d'informació específiques i requisits d'incorporació al contracte de les clàusules sòl i sostre i dels instruments de cobertura de riscos per variabilitat de tipus d'interès als préstecs i crèdits hipotecaris**.

En particular, estableix que:

1.—*En la contractació de préstecs hipotecari als quals es refereix l'apartat següent, s'exigirà que l'escriptura pública inclogui, al costat de la signatura del client, una expressió manuscrita, com determini el Banc d'Espanya, per la qual el prestatari manifesti que ha estat adequadament advertit dels possibles riscos derivats del contracte.* 2.—*Els contractes que requeriran la citada expressió manuscrita seran els que se subscriuguin amb un prestatari persona física, en els quals la hipoteca recaigui sobre un habitatge o la finalitat dels quals sigui adquirir o conservar drets de Propietat sobre terrenys o edificis construïts o per construir, en els quals concorri alguna de les circumstàncies següents: a) que s'estipulin limitacions a la variabilitat del tipus d'interès, del tipus de les clàusules sòl i sostre, en els quals el límit de variabilitat a la baixa sigui inferior al límit de variabilitat a l'alça; b) que portin associada la contractació d'un instrument de cobertura de tipus d'interès, o bé c) que es concedeixin en una o diverses divises.*

Aquest art. 6 suposa la inaplicació del que disposa l'art. 25 de l'Ordre EHA/2899/2011, en establir, amb una norma de rang de llei, exigències més estrictes i rigoroses, relatives a la informació i incor-

poració d'aquestes clàusules al contracte, que les previstes a l'Ordre citada. D'altra banda, el que disposa aquest precepte suposa donar resposta normativa a la STS del 9 de maig del 2013, en la qual es donen els criteris jurisprudencials sobre les exigències d'informació que han de proporcionar-se al consumidor perquè resti vinculat per les clàusules sòl i sostre en els préstecs i crèdits hipotecaris. Seguint aquesta doctrina, **no s'estableixen requisits materials a la citada clàusula, ni una limitació dels percentatges inclosos al contracte, sinó només unes exigències específiques d'incorporació**. No queda clar, en aquest sentit, si un cop complertes aquestes exigències podrà revisar-se judicialment el contingut material de la clàusula a partir de l'eventual caràcter abusiu.

C) Modificació de la Llei hipotecària. Text refós del 8 de febrer del 1946

La Llei hipotecària ha estat parcialment modificada en relació amb diversos aspectes de la regulació dels crèdits i préstecs hipotecaris. La primera d'aquestes modificacions afecta l'art. 21 LH, relatiu a **les mencions mínimes que han de contenir les escriptures públiques de formalització dels crèdits i préstecs hipotecaris**.

En aquest precepte s'afegeix un **nou apartat en el qual s'obliga a fer constar en aquestes escriptures si l'immoble pretén constituir-se o no en l'habitatge habitual de l'hipotecat**. Llevat que al propi contracte s'estableixi el contrari, es presumirà el caràcter d'habitatge habitual en el moment de l'execució judicial de l'immoble, si s'hagués fet constar així a l'escriptura de constitució. En aquest cas, i sempre que concorrin la resta de requisits establerts a la normativa, el deutor podrà acollir-se a les mesures específiques de protecció. La norma no aclareix, en canvi, si la condició d'habitatge habitual només pot presumir-se o provar-se mitjançant la menció a l'escriptura de formalització de la hipoteca. Tampoc es menciona expressament si aquesta condició ha de ser inscrita al Registre de la Propietat. El precepte només al·ludeix a la virtualitat de la presumpció en l'execució judicial, sense estendre-la a la venda extrajudicial, regulada a l'art. 129 LH en la nova redacció. **Hauria estat convenient una tècnica legislativa més depurada que reforcés la**



seguretat en aquests aspectes, evitant llacunes com les descrites.

L'art. 21 imposa als dos primers paràgrafs altres **mentions obligatòries de l'escriptura pública de formalització del crèdit** que, en línies generals, reiteren la necessitat d'especificar el contingut essencial del contracte i els mitjans de pagament utilitzats per al compliment.

S'introdueix un nou paràgraf tercer a l'art. 114 LH en virtut del qual **els interessos de demora de préstecs o crèdits per a l'adquisició de l'habitatge habitual, garantits amb hipoteques constituïdes sobre el mateix habitatge, no podran ser superiors a tres vegades l'interès legal del diner i només podran generar-se a partir del principal pendent de pagament.** Aquests interessos de demora no podran ser capitalitzats en cap cas, llevat del supòsit previst a l'art. 579.2, lletra a) LEC.

Amb el nou paràgraf es preveu la limitació dels interessos de demora i, amb això, s'incorpora en part el criteri de la ST-JUE del 14 de març del 2013. Encara que fa una breu anàlisi de la compatibilitat amb la normativa comunitària de protecció dels consumidors, declara competent al Jutge nacional per determinar si una clàusula sobre interessos de demora en un contracte en particular és o no abusiva.

Es modifica l'art. 129 LH, que preveu la possibilitat que l'acció hipotecària s'exerciti judicialment, a l'empara del que es disposa al Títol IV del Llibre III de la Llei d'enjudiciament civil, amb les especialitats establertes al Capítol V, **o a través de la venda extrajudicial davant de Notari del bé hipotecat.** S'exigeix, en relació amb aquesta última possibilitat, que s'hagués pactat a l'escriptura de constitució de la hipoteca per al cas de falta de pagament del capital o dels interessos de la quantitat garantida.

Aquestes dues opcions ja es preveïen en la redacció original de l'art. 129 LH; no obstant això, remetia el procediment de la venda extrajudicial, conforme a l'art. 1858 CC, a les formalitats previstes al Reglament notarial. **La novetat de la redacció de l'art. 129 LH resideix, per tant, en el fet que es preveu una nova regulació completa del procediment,** amb les connexions imprescindibles a les novetats introduïdes per la Llei 1/2013 en relació

amb diversos aspectes de l'execució hipotecària i als mecanismes de protecció del deutor.

Al paràgraf segon d'aquest precepte s'estableix que **la venda extrajudicial es realitzarà davant de Notari** i s'ajustarà al conjunt de requisits i formalitzats previstos a l'esmentat precepte. Sobre tot allò no regulat al procediment previst a l'art. 129 LH, s'aplicarà supletòriament la normativa prevista a la Llei d'enjudiciament civil, reguladora de l'execució hipotecària.

D) Modificació de la Llei 2/1981, del 25 de març, de regulació del mercat hipotecari

El sistema de taxació d'immobles ha estat objecte de crítiques en els darrers anys, per la qual cosa des de diversos àmbits s'ha reclamat la introducció de mesures orientades a garantir la independència de les empreses de taxació respecte de les entitats de crèdit concedents de préstecs garantits amb els immobles objecte de taxació, com també de les empreses de venda i comercialització d'immobles.

Amb aquests propòsits es modifica la redacció de l'art. 3 LMH, que després de la reforma estableix que: «(L)es societats de taxació i els serveis de taxació de les entitats de crèdit estaran sotmesos als requisits d'homologació prèvia, independència i secret que s'estableixin reglamentàriament». Al paràgraf segon d'aquest precepte es precisa que **les societats de taxació els ingressos de les quals derivin, en el període temporal que reglamentàriament s'estableixi, almenys en un 10% de la relació de negoci amb una entitat de crèdit o amb el conjunt d'entitats del mateix grup hauran de disposar,** sempre que alguna d'aquestes entitats de crèdit hagi emès i tingui en circulació títols hipotecaris, **de mecanismes adequats per afavorir la independència de l'activitat de taxació i evitar conflictes d'interès.** En especial, aquests instruments han d'evitar conflictes d'interès entre les societats de taxació i els directius o les unitats de l'entitat de crèdit que, sense competències específiques en l'anàlisi o la gestió de riscos, estan relacionats amb la concessió o comercialització de crèdits i préstecs hipotecaris.

Els mecanismes previstos per afavorir la independència en l'activitat de taxació

hauran d'incloure's en un **reglament intern de conducta i seran verificats pel Banc d'Espanya.**

En compliment d'aquestes obligacions, la disp. trans. 3a de la Llei 1/2013 imposa que **les entitats de crèdit, com també les persones físiques o jurídiques relacionades amb la comercialització, propietat, explotació o finançament de béns taxats per aquelles, redueixin les seves participacions a les societats de taxació en el termini màxim d'un any des de l'entrada en vigor de la Llei.**

D'altra banda, i partint de la noció de *crèdit responsable*, es modifica la redacció del paràgraf segon de l'art. 5 LH, tot i que es mantenen els límits quantitatius que preveia la redacció original. Així, es reitera que **amb caràcter general el préstec o crèdit garantit amb la hipoteca no podrà excedir el 60% del valor de taxació.** Si el contracte s'utilitzés **per finançar la construcció, rehabilitació o adquisició d'habitatges, el préstec o crèdit podrà arribar fins al 80% del valor de taxació,** sense perjudici de les excepcions previstes a la Llei. En relació amb aquests contractes s'afegeix que **el termini d'amortització del préstec o crèdit garantit, quan financi l'adquisició, construcció o rehabilitació de l'habitatge habitual, no podrà ser superior a trenta anys.**

E) Modificació de la Llei 1/2000, del 7 de gener, d'enjudiciament civil

a) Requisits per a l'exercici de l'acció hipotecària i clàusula de venciment anticipat

Un dels aspectes que han estat objecte de modificació es refereix als requisits per a l'execució hipotecària i el contingut de la clàusula de venciment anticipat. Amb la nova redacció de l'art. 693 LEC **s'exigeix, per a l'execució del bé hipotecat, l'impagament d'almenys tres terminis mensuals o un nombre de quotes equivalent a tres mesos.** Aquesta condició haurà de figurar necessàriament a l'escriptura de formalització de la hipoteca. Aquesta mateixa exigència s'aplicarà a la reclamació de la totalitat del capital i interessos, quan s'hagués pactat la clàusula de venciment anticipat.



En aquest cas, el creditor podrà reclamar la totalitat del deute per capital i per interessos, si s'hagués convingut en el venciment total en cas de falta de pagament d'almenys tres terminis mensuals, o un nombre de quotes que suposi que el deutor ha incomplert la seva obligació per un termini equivalent a almenys tres mesos, i si aquest acord consta a l'escriptura de constitució. Aquesta referència planteja el dubte sobre si el requisit de l'impagament de tres quotes o l'equivalent a tres mensualitats per a l'execució del bé hipotecat o per a la reclamació de la totalitat del deute ha de ser pactat per les parts i incorporat a l'escriptura o si el que ha de ser objecte de pacte és només la clàusula de venciment anticipat, cas en el qual s'exigiran les tres quotes impagades.

Sembla que la intenció del legislador ha estat la de mantenir el caràcter dispositiu de la norma només respecte d'incloure o no el pacte de venciment anticipat, però no respecte als requisits per iniciar l'execució, que tindrà un caràcter imperatiu. En relació amb la clàusula de venciment anticipat, pot interpretar-se que el contingut de la norma opera com un mínim a partir del qual les parts poden pactar el que considerin convenient. Això significa que les parts podran pactar la clàusula de venciment anticipat basant-se en el principi d'autonomia de la voluntat (STS del 16 de desembre del 2009), i aquesta podrà ser efectiva després de l'impagament de, com a mínim, tres mensualitats, tot i que podrà pactar-se un nombre superior. És a dir, si s'optés per incloure la clàusula de venciment anticipat, la norma no exclou la possibilitat d'un pacte més avantatjós per al deutor.

En el cas que s'hagi iniciat l'execució per la totalitat del deute en aplicació de la clàusula de venciment anticipat, el creditor podrà sol·licitar que es comuniqui al deutor que, fins al dia assenyalat per a la celebració de la subhasta, podrà alliberar el bé mitjançant la consignació de la quantitat exacta que per principal i interessos es trobés vençuda en la data de presentació de la demanda, incrementada, si escau, amb els venciments del préstec i els interessos de demora que s'haguessin generat al llarg del procediment i resultin impagats en tot o en part. El creditor podrà sol·licitar que es procedeixi de conformitat amb el que preveu l'apartat 2 de l'art. 578 LEC. Si el bé hipotecat fos el seu

habitatge habitual, el deutor podrà, fins i tot sense el consentiment del creditor, alliberar el bé mitjançant la consignació de les quantitats referides. Podrà alliberar el bé per aquest procediment en una segona ocasió, i successives, però només si han transcorregut tres anys entre la data del primer alliberament mitjançant la consignació indicada i el nou requeriment de pagament judicial o extrajudicial.

b) Paralització de l'execució per l'apreciació de clàusules abusives

Per tal d'adaptar la legislació espanyola a la STJUE del 14 de març del 2013 i procurar la compatibilitat de la normativa d'execució hipotecària amb les normes de protecció de consumidors, **la Llei 1/2013 modifica els preceptes de la Llei d'enjudiciament civil que regulen l'execució hipotecària, en especial, els que fan referència a les causes d'oposició a l'execució.**

Sembla que la intenció del legislador ha estat la de mantenir el caràcter dispositiu de la norma només respecte d'incloure o no el pacte de venciment anticipat, però no respecte als requisits per iniciar l'execució, que tindrà un caràcter imperatiu

S'afegeix un últim paràgraf a l'apartat 1 de l'art. 552 LEC, en el qual es regulen les **causes per les quals el Jutge pot denegar el despatx d'execució de la hipoteca**, que estableix que: «(Q)uan el tribunal aprecii que alguna de les clàusules incloses en un títol executiu dels esmentats a l'article 557.1 pugui ser qualificada d'abusiva, ha de donar audiència per cinc dies a les parts. Escoltades les parts, ha d'acordar el que sigui procedent en el termini dels cinc dies següents, de conformitat amb el que preveu l'article 561.1.3a».

A més de l'eventual apreciació per part del Jutge del caràcter abusiu d'una o diverses clàusules del contracte de préstec hipotecari, aquest pot ser al·legat per les parts amb l'efecte que el Jutge estimi pertinent, inclosa la paralització de l'execució hipotecària. Amb aquest fi s'introdueix una causa 7a a l'apartat 1 de l'art. 557 LEC,

en el qual es regulen les causes d'oposició al despatx d'execució.

Aquestes normes generals es completen amb la regulació específica de l'execució de béns empenyorats o hipotecats, en particular, amb la modificació de l'art 695 LEC, que defineix com a causa d'oposició 4a de l'apartat 1 el caràcter abusiu d'una clàusula contractual que constitueixi el fonament de l'execució o que hagués determinat la quantitat exigible.

Els efectes de l'oposició per aquesta causa seran els previstos als apartats. 2, 3 i 4 de l'art. 695 LEC, en els quals s'afirma expressament que:

2.-(F)ormulada l'oposició a la qual es refereix l'apartat anterior, el Secretari Judicial suspendrà l'execució i convocarà les parts a una compareixença davant del tribunal que hagi dictat l'ordre general d'execució, deixant un marge de quatre dies des de la citació; en aquesta compareixença el tribunal escoltarà les parts, admetrà els documents que es presentin i acordarà en forma d'interlocutòria el que estimi procedent dins del segon dia.

En conseqüència, segons els preceptes esmentats, en l'adaptació de la legislació espanyola als termes de la STJUE del 14 de març del 2013, **el legislador preveu la possibilitat que el Jutge d'ofici pugui apreciar el caràcter abusiu d'una o diverses clàusules contingudes en un préstec hipotecari abans de dictar el despatx d'execució, a banda del fet que puguin ser al·legades per les parts.** En cap cas es produeix la paralització automàtica de l'execució, sinó que el Jutge haurà de valorar la transcendència per a l'execució de les clàusules considerades abusives i decidir si continua o no el procediment d'execució. En el procés especial d'execució per crèdits garantits amb hipoteca o penyora sense desplaçament, el deutor podrà oposar el caràcter abusiu d'una o diverses clàusules amb el mateix efecte de la paralització del procediment executiu.

També com a instrument de millora del sistema d'execució hipotecària **es modifica el sistema de subhastes espanyol.** Per fomentar la participació de postors en les subhastes d'immobles i incrementar així la competència dins del procediment d'execució, el RDL 8/2011, de l'1 de juliol,



va modificar l'art. 669.1 LEC, en el qual s'establí que per prendre part en la subhasta els postors havien de dipositar prèviament el 20% del valor que s'hagi donat als béns segons el que estableix l'art. 666 de la mateixa Llei.

La Llei 1/2013, al seu torn, modifica l'art. 647.1, que, amb l'epígraf «*Requisits per pujar. Executant licitador*», estableix que, per participar a la subhasta, els licitadors hauran, entre altres requisits, de presentar el resguard d'haver dipositat al Compte de dipòsits i consignacions o d'haver presentat un aval bancari corresponent al 5% del valor de taxació dels béns. No es modifiquen, en canvi, les disposicions previstes als paràgrafs segon i tercer de l'art. 647, relatiu a la participació de l'executant a la subhasta. Curiosament, no es modifica l'art. 669 LEC, en el qual s'estableixen els requisits especials per participar en les subhastes d'immobles, perquè la remissió d'aquest precepte a l'art. 647 fa referència a la forma del dipòsit i no a l'import. La conseqüència derivada del tenor literal de les dues normes és que, per participar a la subhasta de béns mobles, els postors hauran de dipositar o presentar aval pel 5% del valor de taxació dels béns, però si es tracta de la subhasta d'un immoble, aquest percentatge serà del 20%, resultat clarament contrari a la finalitat de la norma.

Es millora sensiblement el sistema de publicitat de la subhasta, incloent totes les dades rellevants, segons la nova redacció de l'art. 668 LEC, i es preveu l'anunci al portal de subhastes judicials i electròniques existent i dependent del Ministeri de Justícia

Es millora sensiblement el sistema de publicitat de la subhasta, incloent totes les dades rellevants, segons la nova redacció de l'art. 668 LEC, i es preveu l'anunci al portal de subhastes judicials i electròniques existent i dependent del Ministeri de Justícia. En la publicació de l'anunci es farà menció expressa al portal i a la possibilitat d'obtenir-hi una informació més detallada.

En el cas que l'execució resulti insuficient per saldar tota la quantitat per la qual

s'hagués despatxat més els interessos i les costes generats en el transcurs del procés, aquesta quantitat s'imputarà en l'ordre següent: interessos remuneradors, principal, interessos moratoris i costes (art. 654 LEC). A més, el tribunal expedirà una certificació acreditativa del preu del remat i el deute pendent per tots els conceptes, diferenciant el corresponent al principal, a interessos remuneradors, a interessos de demora i a costes. Encara que aquest precepte només es refereix a l'execució de béns mobles, serà aplicable també per a béns immobles per la remissió prevista a l'art. 671.3 LEC.

c) Renda inembargable i valor d'adjudicació de l'immoble

En les reformes successives sobre protecció del deutor hipotecari i, en particular, les que s'han orientat a aquests fins dins de l'execució hipotecària de l'habitatge habitual, s'han introduït diverses mesures amb l'objectiu de reduir-ne l'impacte negatiu. Amb aquests fins **s'han modificat successivament les previsions normatives sobre renda inembargable, després de l'adjudicació de l'immoble en subhasta i en relació amb el seu valor d'adjudicació.**

Respecte a la **renda inembargable**, el RDL 8/2012 va incrementar, mitjançant l'oportuna modificació de l'art. 670 LEC, els imports en relació amb el salari mínim interprofessional i l'adaptació al nombre de membres de la unitat familiar (la quantitat inembargable establerta a l'art. 607.1 LEC s'incrementarà en un 50% i, addicionalment, en un 30% del salari mínim interprofessional per cada membre del nucli familiar que no tingui ingressos propis regulars, salari o pensió superiors al salari mínim interprofessional). En el cas que el deutor hagués perdut l'habitatge habitual a conseqüència de l'execució, s'estableix com a inembargable un mínim de fins al 150% del salari mínim interprofessional i un 30% addicional per cada membre de la unitat familiar que no percebi ingressos superiors a aquest salari.

En relació amb el **valor d'adjudicació**, també el RDL 8/2011, amb la modificació de l'art. 670.1 LEC, va establir que si la millor postura fos igual o superior al 70% del valor pel qual el bé hagi sortit a subhasta, el Secretari Judicial responsable de l'execució, mitjançant decret, el mateix dia o

al dia següent, aprovarà el remat a favor del millor postor. Amb els mateixos objectius es va modificar el segon paràgraf de l'apartat 4 de l'art. 670 LEC, segons el qual si el deutor no presentés en el termini previst a l'apartat 3 a un tercer que aportí l'import del valor del bé establert a la subhasta, l'executant podrà demanar, en el termini de cinc dies, l'adjudicació de l'immoble pel 70% del valor esmentat o per la quantitat que se li degui per tots els conceptes, sempre que aquesta quantitat sigui superior al 60% del valor de taxació i a la millor postura. A la disp. adic. 6a de la Llei 37/2011, del 10 d'octubre, de mesures d'agilitació processal, es van modificar aquests criteris, en establir que si l'immoble no era l'habitatge habitual del deutor, el creditor podrà demanar l'adjudicació dels béns «*per quantitat igual o superior al cinquanta per cent del valor de taxació o per la quantitat que se li degui per tots els conceptes*».

La Llei 6/2012, del 6 de març, de mesures urgents de protecció del deutor hipotecari sense recursos, segueix la línia marcada per les lleis referides i estén aquests instruments de protecció a les execucions hipotecàries extrajudicials.

Aquests preceptes han estat modificats de nou a la Llei 1/2013 amb una redacció que no altera els percentatges d'adjudicació, tot i que amplia el termini per a consignar el preu del remat (que passa de vint a quaranta dies) i reuneix en un únic precepte els diferents supòsits amb els percentatges d'adjudicació corresponents, si a la subhasta no hagués concorregut cap postor (nova redacció dels articles 670.1 i 671, respectivament).

També es modifica l'art. 576 LEC en relació amb l'execució dinerària en casos de béns especialment hipotecats o empenyorats. Es preveu un quitament del deute pendent després de l'adjudicació, sempre que se satisfaci el deute en un període temporal immediat després de la rematada o l'adjudicació.

En el cas que l'import de la rematada a la subhasta dels béns hipotecats fos insuficient per cobrir el crèdit, l'executant podrà demanar el despatx d'execució per la quantitat que falti, contra qui procedeixi i segons el procediment de les normes ordinàries. No obstant això, si s'hagués produït l'adjudicació de l'habitatge habitual del deutor i la rematada no fos suficient



per a la completa satisfacció de l'executant, l'executat restarà alliberat del deute pendent si la seva responsabilitat resta coberta, en el termini de cinc anys des de la data del decret d'aprovació de la rematada o adjudicació, pel 65% de la quantitat esmentada. Si això no fos possible, també restarà alliberat si satisfà el 80% en els deu anys següents a comptar des de la rematada o adjudicació.

Amb la reforma es pretén, d'una banda, reduir l'impacte patrimonial sobre el deutor privat del seu habitatge habitual que suposa la pervivència del deute per allò no satisfet, alhora que crea un incentiu per al pagament en períodes temporals curts, fet que afavoreix els interessos del més-dient. D'altra banda, es volen repartir les plusvàlues generades per l'alienació de l'immoble entre el més-dient i l'executat si el bé es revalora en els deu anys següents a l'adjudicació.

d) Procediments executius iniciats abans de l'entrada en vigor de la Llei 1/2013

Amb caràcter general, **les modificacions de la Llei d'enjudiciament civil introduïdes per la Llei 1/2013 seran d'aplicació als processos d'execució que s'iniciïn després que entri en vigor; pel que fa als ja iniciats en aquell moment, només s'aplicaran a les actuacions executives pendents de realitzar.**

No obstant això, encara que ja haguessin transcorregut els terminis per a l'al·legació de causes d'oposició segons els termes de l'art. 556.1 LEC, les parts disposaran d'un mes per formular un incident extraordinari d'oposició per al·legar el caràcter abusiu d'una o diverses clàusules del contracte de préstec en els termes establerts a l'apartat 7 de l'art. 557 i al 4 de l'art. 695.1 LEC. El termini d'un mes es computarà des de l'entrada en vigor de la Llei 1/2013 i, un cop formulat per les parts l'incident d'oposició segons els preceptes esmentats, se suspendrà el procediment fins a la resolució, d'acord amb els termes dels arts. 557 i seg. i 695 LEC. Si el termini d'oposició de deu dies previst a l'art. 556.1 LEC s'hagués iniciat, encara que no haguessin transcorregut, les parts disposaran del termini preclusiu indicat d'un mes, en el qual podran al·legar qualsevol de les causes d'oposició dels arts. 557 i 695 LEC. Aquests mateixos terminis addicionals se-

ran aplicables als procediments de venda extrajudicial davant de Notari.

La primera de les objeccions a les darreres reformes normatives sobre protecció del deutor als contractes de préstec o crèdit hipotecari resideix en la dispersió i manca de coherència respecte de l'àmbit subjectiu de protecció, aliè a la noció jurídica de consumidor

Cap d'aquestes mesures, ni l'al·legació d'eventuals causes d'oposició, serà aplicable si el procediment executiu hagués culminat amb l'adjudicació de l'immoble i la posada en possessió de l'adquirent.

El quitament del deute pendent després de l'adjudicació de l'immoble i el consegüent alliberament segons la previsió continguda a l'art. 579.2 LEC seran admissibles en el cas que l'adjudicació s'hagi produït abans de l'entrada en vigor de la Llei. Això només serà possible, però, si no haguessin transcorregut els períodes temporals assenyalats, fet que resulta evident pels termes de l'esmentat precepte, i si no s'hagués satisfet la totalitat del deute pendent.

III. LA INSUFICIÈNCIA DE LA NORMATIVA PER A UNA ADEQUADA PROTECCIÓ DEL DEUTOR-CONSUMIDOR HIPOTECARI

1. Àmbit d'aplicació de la normativa de protecció del deutor aliena a la noció de consumidor

La primera de les objeccions a les darreres reformes normatives sobre protecció del deutor en els contractes de préstec o crèdit hipotecari resideix en la **dispersió i manca de coherència respecte de l'àmbit subjectiu de protecció, aliè a la noció jurídica de consumidor.**

La normativa general aplicable al sector bancari anterior a la vigent actualment definia el seu àmbit d'aplicació amb la noció omnicomprendiva de *client* i, per tant, el subjecte de protecció es conceptuava en sentit ampli com a contrapart a l'entitat de crèdit. Com a complement a

aquesta regulació, l'Ordre Ministerial del 12 de desembre del 1994 s'aplicava en exclusiva als crèdits hipotecaris formalitzats pels particulars per a l'adquisició d'un habitatge.

La normativa vigent, en canvi, utilitza diversos conceptes per definir el seu àmbit subjectiu de protecció. Així, l'art. 48 LDIEC al·ludeix a *client* en sentit ampli, i l'Ordre EHA/2899/2011, amb caràcter general, a les *persones físiques* (art. 2); en relació amb els crèdits hipotecaris, s'al·ludeix a les *persones físiques* sempre que la hipoteca recaigui sobre un habitatge o que la finalitat sigui adquirir o conservar drets de propietat sobre terrenys o edificis construïts o per construir (art. 19). No obstant això, l'esmentada normativa de protecció té un caràcter imperatiu per a totes les persones físiques, tant si contracten amb fins personals, familiars o domèstics com empresarials o professionals, és a dir, siguin o no consumidors (art. 2.4). Així doncs, la normativa de protecció del deutor hipotecari d'aquesta Ordre s'aplica a qualsevol contracte de crèdit hipotecari entre una entitat de crèdit i una persona física.

La Circular del Banc d'Espanya 6/2012, dictada per desenvolupar aquesta Ordre, en defineix l'objecte de protecció per *persones físiques* i «*les comunitats de béns, com és el cas de les comunitats de propietaris, comunitats d'hereus, herències jacents i similars, sempre que estiguin constituïdes majoritàriament per persones físiques*».

La Llei 1/2013 inclou mesures que tenen vocació de permanència i, per tant, no tenen caràcter conjuntural o no estan vinculades a la crisi econòmica, l'àmbit d'aplicació de les quals tampoc coincideix. Així, l'art. 6, en relació amb els requisits d'incorporació de la clàusula sòl o instruments de cobertura de riscos de tipus d'interès, menciona les *persones físiques* quan la hipoteca recaigui sobre un habitatge o quan la finalitat sigui adquirir o conservar drets de propietat sobre terrenys o edificis construïts o per construir. Es contradiu, per tant, la STS del 9 de maig del 2013, que al·ludeix específicament a *consumidors*.

La nova redacció de l'art. 114 LH limita els interessos de demora als contractes destinats a l'adquisició de l'habitatge habitual, en contra de la valoració d'aquestes clàusules feta per la STJUE del 14 de



març del 2013, que analitza la compatibilitat de les clàusules amb la normativa comunitària de protecció de consumidors i, per tant, no exigeix que el crèdit es destini a l'adquisició de l'habitatge habitual.

La reforma de la Llei d'enjudiciament civil al·ludeix a la concurrència de clàusules abusives com a causa d'oposició a l'execució hipotecària. En aquest punt, segons el Text refós de la Llei general per a la defensa dels consumidors i usuaris, en la conceptualització i regulació general de clàusules abusives, pren en consideració com a subjecte de protecció als consumidors. A més, en aquest context, la noció de *consumidor* inclou les persones físiques i les jurídiques. Aquest mateix concepte és l'utilitzat per la Llei 2/2009, del 31 de març, per la qual es regula la contractació amb els consumidors de préstecs o crèdits hipotecaris i de serveis de mediació per a la celebració de contractes de préstec o crèdit. Aquesta norma segueix vigent i dispensa una protecció específica als consumidors que formalitzin aquest tipus de contractes amb empreses que no tenen la consideració d'entitats de crèdit.

El RDL 6/2012 i el RDL 27/2012, modificat i incorporat, respectivament, per la Llei 1/2013, protegeixen amb mesures específiques al deutor hipotecari, persones físiques, respecte de l'execució de l'habitatge habitual, que es trobin, en virtut de circumstàncies personals, familiars o socials, en risc d'exclusió social.

Tot això mostra una **absoluta descoordinació en els fins i mitjans legals previstos per a la protecció del deutor hipotecari i una clara desvinculació amb la normativa espanyola i comunitària de protecció dels consumidors**. A més, es desconeixen i resulten molt difícils d'endevinar les raons de política legislativa que podrien justificar les diferències en l'àmbit d'aplicació de les normes descrites i, per tant, el diferent tracte a efectes de protecció del deutor en aplicació de les mateixes. Per exemple, no s'entén per què es protegeix específicament un empresari-persona física (art. 19, en correspondència amb l'art. 2.4 de l'Ordre EHA/2899/2011) davant d'una herència jacent que no és persona física i, per tant, no serà protegida per l'esmentada Ordre. El mateix podria dir-se dels requisits d'incorporació de la clàusula sòl de l'art. 6 de la Llei 1/2013, que defineix el seu àmbit

d'aplicació en els mateixos termes. Tampoc es comprèn que la limitació dels interessos de demora de l'art. 114 LH només operi quan la hipoteca recau sobre l'habitatge habitual i no per a qualsevol crèdit o préstec hipotecari amb fins de consum.

En definitiva, **les successives reformes sobre aquesta matèria no han abordat una normativa sistemàtica, ordenada i coherent de protecció del consumidor en la contractació de préstecs i crèdits hipotecaris**. S'ha perdut, doncs, l'oportunitat de dotar d'eficàcia aquesta normativa i, alhora, s'han introduït normes confuses que no contribueixen en res a una adequada protecció del consumidor.

2. *La vigència de normes que propicien una protecció divergent en funció de la tipologia de l'empresa concedent del crèdit*

En el procés legislatiu i les successives reformes relatives a la protecció del deutor hipotecari també s'aprecia una evident manca de coherència normativa que provoca resultats contradictoris. En efecte, les darreres reformes s'han centrat en els préstecs i crèdits hipotecaris amb entitats de crèdit en desenvolupament dels principis de protecció de la clientela consagrats a l'art. 48 LDIEC, el desenvolupament legislatiu dels quals s'ha descrit. Paral·lelament, es manté la vigència de la Llei 2/2009, que incorpora aquests fins de protecció als contractes formalitzats entre un consumidor i una empresa que no té la condició d'entitat de crèdit.

La qüestió és que, quan l'esmentada norma es va promulgar, va suposar una millora substancial de la protecció del consumidor en el seu àmbit d'aplicació, doncs no podia acollir-se a les mesures de la normativa general, que només són aplicables a les entitats de crèdit. De la relació entre la normativa general (Ordre del 12 de desembre del 1994, Circular del Banc d'Espanya 8/1990) i la Llei 2/2009 en resultava que convivien una normativa general de protecció de la clientela i una d'específica per a la protecció de l'adquirent d'habitatge, aplicables en qualsevol cas quan el prestador fos una entitat de crèdit. Juntament amb aquesta normativa, se'n preveia una altra de molt semblant en els fins i mesures de protecció per als crèdits hipotecaris entre un

consumidor i una empresa que no tingui la condició d'entitat de crèdit.

Els mecanismes de protecció del deutor-consumidor hipotecari es desenvolupen en el marc d'un procediment judicial, però no es preveuen amb caràcter general instruments preventius que evitin la inclusió de clàusules abusives en aquesta modalitat de contractes

Amb les normes dictades des del 2011, s'ha alterat aquest sistema de relacions normatives, provocant una paradoxa evident. En efecte, en virtut de l'Ordre EHA/2899/2011, si se'n té en compte l'àmbit subjectiu d'aplicació respecte als crèdits i préstecs hipotecaris, i considerant el reforç dels instruments de protecció, es conclou que una persona física que contracti amb una entitat de crèdit, amb independència que ho faci amb fins empresarials o de consum, està millor protegida que el consumidor que contracta amb una empresa que no té la condició d'entitat de crèdit, segons els termes de la Llei 2/2009.

Segons la normativa vigent en l'àmbit dels crèdits i préstecs hipotecaris, l'aplicació d'un sistema reforçat de protecció no depèn de la condició de consumidor del deutor, sinó de la tipologia de l'empresa concedent. A més, del panorama general de la normativa aplicable es deriva que **el legislador ha protegit d'una manera singular el deutor, sigui empresari, professional, consumidor o inversor en terrenys o edificis, sempre que contracti amb una entitat de crèdit, sense estendre la protecció als qui contracten amb fins de consum amb una empresa que no és una entitat de crèdit**. El sistema de protecció no es construeix sobre el concepte de *consumidor*, ja que ara pivota sobre la persona física i sobre l'empresa que concedeix el crèdit hipotecari.

3. *Absència de controls preventius per a una protecció adequada del consumidor del crèdit hipotecari*

Com s'ha descrit, les reformes recents han intensificat l'eficàcia de la normati-



va sobre clàusules abusives en el procés d'execució hipotecària per tal de propiciar una protecció adequada del deutor-consumidor hipotecari. D'altra banda, aquest manté, com qualsevol altre consumidor, la possibilitat d'instar accions judicials perquè sigui declarat el caràcter abusiu d'una o diverses clàusules del contracte de préstec o crèdit hipotecari. Això evidencia que **els mecanismes de protecció del deutor-consumidor hipotecari es desenvolupen en el marc d'un procediment judicial (declaratiu o executiu), però, com es veurà, no es preveuen amb caràcter general instruments preventius que evitin la inclusió de clàusules abusives en aquesta modalitat de contractes**. Aquest resultat crida especialment l'atenció si s'atén al fet que, en la formalització de crèdits i préstecs hipotecaris, s'imposa la intervenció d'operadors jurídics qualificats, com són els notaris i registradors. Aquest resultat, en principi, no és imputable al quefer d'aquests operadors jurídics, sinó a un procés legislatiu especialment desafortunat.

Encara que sigui breument, cal destacar algunes fites que condueixen a aquest resultat. D'una banda, la Llei 41/2007 va donar una nova redacció a l'art. 12 LH, limitant la funció de qualificació del Registrador de les escriptures de préstec i crèdit hipotecari. Amb la nova redacció, el Registrador ha d'inscriure, en els termes de l'escriptura, les clàusules de venciment anticipat i les financeres, un cop hagin estat qualificades favorablement les clàusules de contingut real. D'altra banda, la STS del 20 de maig del 2008 va declarar la nul·litat d'aquells preceptes del Reglament Notarial, segons la redacció del RD 45/2007, dels quals es derivaven facultats de control de legalitat per part dels notaris sobre el contingut dels contractes, limitant en aquest punt els efectes i l'abast de la seva intervenció. Per últim, la SAN del 4 de març del 2013 declara la nul·litat dels paràgrafs tercer i quart de l'art. 30 de l'Ordre EHA/2899/2011 per les mateixes raons que la STS del 20 de maig del 2008, és a dir, per manca de rang normatiu per a la imposició d'obligacions a notaris (i registradors) que impliquin l'obligació de denegar l'autorització o la inscripció. Això suposa també la supressió de facultats de control dels dos operadors jurídics sobre el contingut de les escriptures de formalització de crèdits i préstecs hipotecaris.

En conseqüència, **per via normativa i jurisprudencial, s'han reduït els mecanismes de control de legalitat preventius per part dels operadors jurídics intervinents. Això restringeix indubtablement els controls preventius en l'àmbit dels contractes de crèdits i préstecs hipotecaris i limita la possibilitat de protecció dels consumidors davant de la incorporació de clàusules abusives**. Resulta lamentable que el legislador no hagi propiciat una protecció adequada en aquest context, i no per manca de voluntat, evidenciada a través de les reformes legals referides, sinó per errors evidents i reiterats de tècnica legislativa.

Destacado Destacado Destacado
Destacado Destacado Destacado
Destacado Destacado Destacado
Destacado Destacado Destacado

S'ha perdut, doncs, l'oportunitat de reforçar la protecció del deutor-consumidor hipotecari mitjançant el control previ de les clàusules prerredactades i imposades per les entitats de crèdit en aquestes modalitats de contracte i, per aquesta via, incrementar l'efectivitat de la normativa general dictada per protegir-lo.

Hauria de propiciar-se aquesta efectivitat per la via d'una previsió normati-

va que, amb un rang suficient, imposés a notaris i registradors unes obligacions específiques de control sobre el contingut dels contractes de préstecs i crèdits hipotecaris, especialment sobre el compliment de la normativa de protecció del deutor en general i, singularment, del consumidor. Aquesta normativa, no obstant això, hauria d'anar acompanyada d'un desenvolupament normatiu que delimiti supòsits concrets de clàusules abusives en els préstecs i crèdits hipotecaris amb consumidors, per tal d'evitar que la divergència en la qualificació registral incrementi la inseguretat jurídica en la contractació d'aquest tipus de productes.

En definitiva, **malgrat la profusió de reformes legals i la intenció declarada pel legislador de protegir els deutors hipotecaris, la normativa aplicable presenta encara deficiències i llacunes que permeten concloure que és clarament insuficient per a una protecció adequada del consumidor en aquesta modalitat de contractes**.

A més, en un altre pla, i en atenció a aspectes sociològics, polítics i econòmics, s'han plantejat altres mesures que no han estat contemplades pel legislador en les últimes reformes legals. Entre d'altres, cal destacar la regulació del sobreendeutament dels particulars, el concurs de creditors del consumidor i la reiterada petició de regular la dació en pagament, que no han estat objecte d'anàlisi en aquest text.



Barcelona, seu de la CAE, però què és la CAE?



Ernesto Tarragón Albella

Notari de Castelló i Vicepresident de la Unió Internacional del Notariat per a Europa

Molts notaris, fins i tot amb certa antiguitat, no sabrien respondre a aquesta pregunta. La resposta, encara que tingui un contingut genuïnament notarial, no és al repertori de qüestions que atenem quotidianament en el nostre quefer professional, i quan expliques que **la CAE respon a les sigles de la Comissió d'Afers Europeus** —o, dit en francès, *Commission des Affaires Européennes*—, i continues explicant que **es tracta d'una comissió continental de la Unió Internacional del Notariat**, sona com llunyà, com quelcom poc pràctic i sense la urgència dels afers de despatx que requereixen la nostra atenció immediata. No obstant això, **la CAE, com a part essencial de l'organització mundial del Notariat, té més importància de la que ens podria semblar a simple vista**, i el meu propòsit és explicar per què, per tal d'entendre, a

més, la importància del fet que aquesta Comissió s'estableixi de manera fixa a Barcelona.

Comencem explicant que **la Unió Internacional del Notariat** —noteu que recentment es va suprimir la referència a «llatí», tot i que la conserva a l'acrònim UINL— és una organització internacional no governamental que **comprèn a l'actualitat vuitanta-tres països, que representen dos terços de la població mundial i el 60% del producte interior brut del nostre planeta**, amb cinc països del G8 i quinze del G20. **Està formada per prop de tres-cents mil notaris, dos milions de col·laboradors i genera aproximadament quatre-cents milions d'escriptures cada any.** La força expansiva de la Unió Internacional del Notariat no ha cessat des que es va fundar, l'any

1948, amb dinou països —entre d'altres, notablement, Espanya—, i ha passat a ser el model d'organització pel qual han optat les economies emergents, com la de la Xina.

L'evolució de la UINL representa la de la influència del Dret llatí al món. Recordem que actualment al món existeixen dos sistemes jurídics principals: el del Dret llatí —continental, romà-germànic o de *civil law*— i el del Dret de *common law* —o angloamericana.

Aquests dos sistemes són **radicalment diferents**. Simplificant:

— **En les fonts:** un, el Dret llatí, té les fonts en els codis, les lleis i els textos, mentre que l'altre, el Dret de *common law*, les té en la jurisprudència.



— **En la jerarquia de les proves:** en el Dret llatí, la prova escrita és, normalment, més important que la testimonial, i el document autèntic té més valor que el privat. En el Dret de *common law*, totes les proves són equivalents, de manera que una prova testimonial pot oposar-se a una d'escrita, cap prova té efectes predeterminats davant el Jutge, no es coneix el concepte *document públic* i, per tant, tampoc existeixen productors de documents públics, ni tan sols notaris, tot i que, equivocament, s'utilitza aquesta denominació per identificar determinats fedataris que no són juristes, no controlen la legalitat, ni aporten cap valor afegit al document, llevat de la certesa de la data.

— **L'organització de les professions:** en el sistema de Dret llatí, les professions estan regulades, hi ha una clara diferenciació de funció i estatus entre notaris i advocats. En el Dret de *common law*, en canvi, hi ha una única professió, la d'Advocat, que es denomina *lawyer* o *solicitor*, segons el país.

Les conseqüències d'aquestes diferències són evidents:

— **El Dret llatí és més formal.** Privilegia la seguretat. Imposa normes prèvies per tal de permetre controls abans de signar un contracte i atorga al document públic uns efectes especials, de prova plena i executorietat, derivats del control de legalitat que suposa la intervenció del Notari.

— **El Dret de *common law* és més liberal.** Privilegia l'eficàcia. Permet una llibertat d'acció i es remet a les relacions contractuals entre les parts.

A simple vista, es podria creure que el Dret de *common law* s'adapta millor a les evolucions d'una societat moderna dinàmica. El liberalisme permet una economia de mercat fluïda amb un mínim de reglamentació. Tot sembla sacrificat per a l'eficàcia, i el menor cost i la màxima rendibilitat són els objectius primordials.

Però aquesta política liberal ha mostrat deficiències: el mercat no és capaç de regular-se per si mateix per evitar excessos i les seqüeles poden arribar a ser catastròfiques —només cal pensar en la crisi de



les *subprimes* el 2008 com a avançament d'una crisi financera generalitzada.

Malgrat això, des d'instàncies com el Banc Mundial se segueix insistint en polítiques desregularitzadores, i es veu en el Notariat una trava o dificultat per a la celebració dels negocis, quan és justament el contrari.

La finalitat essencial del Notariat és donar seguretat. Sense seguretat, no hi ha confiança; sense confiança, ni hi ha negoci; sense contractes, no hi ha activitat econòmica i, sense aquesta, no hi ha progrés social ni manteniment de l'Estat del benestar, al qual aspira tota societat.

I, amb rotunditat, la UINL afirma que el Notari afavoreix la celebració dels negocis. La finalitat essencial del Notariat és donar seguretat. Sense seguretat, no hi ha confiança; sense confiança, ni hi ha negoci; sense contractes, no hi ha activitat econòmica i, sense aquesta, no hi ha progrés social ni manteniment de l'Estat del benestar, al qual aspira tota societat.

Essent una institució social, el Notariat està necessàriament a prop, al costat dels ciutadans als quals presta servei i, per això, **la funció notarial ha de ser essencialment**

alment sensible als drets fonamentals de les persones; i encara més: ha d'estar compromesa amb la defensa i el desenvolupament dels drets fonamentals i les llibertats públiques, **perquè la seguretat i la prevenció són el fonament necessari perquè tots els ciutadans gaudeixin per igual d'aquests drets i llibertats.**

Entre els drets fonamentals de la persona, sens dubte, hi ha la **seguretat jurídica**, que no és un valor de contingut exclusivament formal, sinó un principi de l'ordenament impregnat d'idealisme ètic, orientat a la realització de la Justícia, i així es reconeix en la pràctica totalitat de les constitucions modernes.

Des d'un punt de vista objectiu, la **seguretat jurídica pressuposa l'existència d'una Constitució, norma superior** que estableix els requisits perquè una norma jurídica pugui ser reconeguda com a tal, i el respecte als criteris que han de presidir la creació i la promulgació d'aquestes normes: la generalitat, la irretroactivitat, la claredat, la coherència i l'estabilitat. Però, sobretot, la seguretat jurídica **pressuposa la possibilitat de complir-la i aplicar-la, garantida pels tribunals.**

Des d'un punt de vista subjectiu, la seguretat jurídica consisteix, d'una banda, en la possibilitat de tots els ciutadans de conèixer la llei i el significat i abast que té i, de l'altra, en la llibertat d'actuar d'acord



amb la llei confiant en l'eficàcia de l'actuació.

En aquest sentit, **la seguretat jurídica és saber a què aténir-se**. Això implica comptar amb un assessorament previ, corrector d'asimetries d'informació, i amb un ajustament de la voluntat adequat, és a dir, del contracte a les lleis; tot això genera la confiança que l'actuació produirà els efectes previstos, és a dir, que la validesa i l'eficàcia no seran contradites perquè l'actuació es troba dintre de la llei.

En definitiva, el Notari genera seguretat amb l'assessorament i amb el control de legalitat que realitza en la funció pública que l'Estat li ha confiat.

Realment, la labor d'assessorament que presta el Notari és la d'assegurar una conseqüència jurídica dins del marc legal. El que el Notari proporciona als seus clients és el que podríem anomenar *distància legal de seguretat*, és a dir, sigui quin sigui el contingut del document notarial, restarà sempre dintre del límit que l'ordenament estableix per a la validesa dels negocis jurídics i respondrà a allò que realment pretenien les parts, a les quals el Notari adverteix de les conseqüències d'allò pactat, facilitant-ne el compliment i evitant conflictes judicials. En cas d'haver-hi procediment judicial, facilitarà la prova de les relacions jurídiques i dels fets.

La protecció dels drets de les persones necessita mitjans en tots els nivells: l'Estat, els governs, les diferents organitzacions de la societat civil, les famílies i el propi individu.

A la Unió Internacional del Notariat li correspon promoure, coordinar i desenvolupar la funció i l'activitat notarial a tot el món

Les organitzacions no governamentals contribueixen significativament en aquesta tasca i, especialment, en la institució del Notariat **a través de la Unió Internacional del Notariat, a qui correspon promoure, coordinar i desenvolupar la funció i l'activitat notarial a tot el món.**

La UINL fa més de trenta anys que participa en diverses activitats per a promoure els drets de la persona dins dels dominis de la seva competència, bé a través d'una delegació permanent a l'ONU i als organismes que en depenen, com la UNESCO i el Programa de les Nacions Unides per al Desenvolupament (PNUD), bé desenvolupant actuacions concretes, entre les quals podem destacar, per la importància i l'èxit, l'organització de conferències internacionals sobre la titulació a Burkina-Faso, al gener del 2012, i a Mèxic, al gener del 2013.

La CAE, a més dels objectius generals de la UINL, té com a finalitat específica promoure la publicació de treballs, la comunicació i circulació d'informació entre els notariats europeus

Aquestes conferències van tenir com a objectiu examinar què pot oferir el Notariat a las societats del Tercer Món i en vies de desenvolupament per aconseguir enfortir els seus sistemes de seguretat jurídica i servir al desenvolupament efectiu de la població mundial en situació de necessitat. El plantejament bàsic que domina actualment en aquesta matèria sembla bastant senzill: convertir el capital mort que avui detenen els pobres del món en un «capital viu» reconeixible com a tal al mercat i, en conseqüència, susceptible de servir de nova font de riquesa. El mitjà per aconseguir-ho sembla encara més simple: la «formalització», és a dir, la representació dels actius en títols reconeixibles i de confiança.

La UINL està convençuda que la missió del Notari com a creador continu del Dret l'acredita com a un dels principals agents que tenen la responsabilitat de promoure el respecte als drets de la persona en l'àmbit del Dret privat, i per promoure, coordinar i desenvolupar la funció i l'activitat notarial a tot el món requereix uns mitjans i una organització eficaç.

El funcionament de la UINL es basa en els òrgans següents:

— El President, com a representant oficial i garant de la unitat de la UINL.

- El Consell de Direcció, com a òrgan executiu de direcció i govern.
- L'Assemblea General, formada pels vuitanta-tres presidents dels notariats membres, com a òrgan legislatiu i superior.
- El Consell General, com a òrgan científic, format per cent seixanta membres i encarregat dels grans temes d'actualitat relacionats amb la professió.
- El Consell de Vigilància Financera, encarregat d'examinar i avaluar l'eficàcia dels controls comptables interns.
- Les comissions continentals, una per cadascun dels continents: Àfrica, Àsia, Amèrica i Europa.
- Les comissions intercontinentals: la **Comissió de Cooperació Notarial Internacional**, que podríem identificar com a Ministeri d'Afers Estrangers de la Unió i que s'encarrega de visitar els països aspirants a formar part de la UINL, comprovar-ne la legislació notarial i, en general, prestar assistència, prèvia petició, als notariats, membres o no de la UINL, quan es promulgui o modifiqui una llei notarial al seu país; la **Comissió Consultiva**, la missió de la qual es proposar informes i recomanacions als òrgans de la UINL sobre qualsevol qüestió inherent a la seva activitat i sobre les modificacions i la interpretació de les normes estatutàries i reglamentàries; la **Comissió de Temes i Congressos**, que decideix quins temes han de tractar-se als congressos internacionals que se celebren cada tres anys; la **Comissió de Seguretat Social Notarial**, la missió de la qual és examinar totes les qüestions relatives a la seguretat social i a l'assegurança de responsabilitat civil del Notari, i la **Comissió de Deontologia Notarial** i la **Comissió de Drets Humans**, amb funcions pròpies d'aquests àmbits de responsabilitat tan importants.
- Els grups de treball que participen en la realització del pla d'acció de la Unió, en particular, als àmbits de titulació, participació amb les organitzacions internacionals i circulació de les escriptures notariales gràcies a una xarxa notarial mundial.



De tots els òrgans anteriors, ara ens interessa especialment la Comissió d'Afers Europeus (CAE), constituïda per un buró integrat per un President, quatre vicepresidents, un Secretari i un Tresorer, a més dels delegats, amb un titular per Notariat europeu membre de la UINL, tot i que cada Notariat té la facultat de designar delegats suplents que també participen a les reunions, fins a un màxim de tres.

La CAE, a més dels objectius generals de la UINL, té els **objectius específics** següents:

- Aprofundir i promoure el coneixement i l'harmonització de la llei i del Dret nacional dels notariats del continent europeu.
- **Promoure la publicació de treballs, la comunicació i circulació d'informació entre els notariats europeus**, per tal de coordinar i harmonitzar-ne les activitats, com també entre si i amb els notariats de la resta de continents, a través de les comissions continentals respectives.
- Cooperar amb el Consell de Notariats de la Unió Europea (CNUE) en l'àmbit de les relacions d'aquesta i la UINL.
- Estudiar temes de Dret comparat i Dret internacional privat en els àmbits d'especial interès per al Notariat, en cooperació amb les organitzacions internacionals i supranacionals que tinguin seu a la seva àrea de competència.
- Promoure la capacitació, tant inicial com contínua, dels notaris del seu radi d'acció, en particular, mitjançant l'Acadèmia Notarial Europea.

L'Acadèmia Notarial Europea té l'objectiu de difondre els estudis i organitzar jornades d'estudi o de treball, especialment en els diferents països d'Europa. En particular, ha d'apropar la institució del Notariat a altres institucions socials, especialment universitàries, i mantenir un contacte permanent amb la realitat i l'avantguarda científica.

La CAE desenvolupa el seu objectiu amb dues reunions de treball a l'any on s'exposen les novetats legislatives de cada país europeu, es trien temes d'estudi d'interès notarial i es preparen treballs sota la direcció d'un coordinador, que posteriorment es debaten i se'n publica el resultat. Alguns d'aquests treballs, com el de l'autotutela, han estat precursors de reformes legislatives.

Fins ara, les dues reunions anuals se celebraven en diferents ciutats europees, però **ara Barcelona es converteix en seu fixa d'una d'aquestes dues reuni-**



ons, fet que dona continuïtat als treballs i permanència física a la institució que segur que redunda en una millor consecució dels objectius, doncs **des d'una seu permanent s'estalvien molts esforços itinerants que ara podran tenir una millor aplicació.**

Barcelona es converteix en seu fixa d'una de les dues reunions anuals, fet que dona continuïtat als treballs i permanència física a la institució que segur que redunda en una millor consecució dels objectius, doncs **des d'una seu permanent s'estalvien molts esforços itinerants que ara podran tenir una millor aplicació**

Cap institució social pot mantenir-se en el temps si no està justificada per l'interès social que presta. El Notariat no és una excepció, i això ens obliga a **revisar permanentment la nostra funció, comprovar que estem fent les coses bé i que oferim a la societat el servei i la utilitat que ens reclama.** Amb aquest esperit s'instal·la la CAE i l'Acadèmia Notarial Europea a Barcelona, i aquesta iniciativa es deu —i vull agrair-ho des d'aquí— **al Notariat espanyol, que reprèn el paper de responsabilitat en el lideratge del Notariat mundial, i al Col·legi Notarial de Catalunya**, que generosament facilita la instal·lació d'aquesta seu permanent. I per a tots, n'estic segur, serà una experiència molt enriquidora. És a les nostres mans aconseguir-ho.

La venda extrajudicial del bé hipotecat després de la Llei 1/2013



José Antonio García Vila
Notari de Sabadell

Segons l'Exposició de Motius de la **Llei 1/2013** (modificada ja per la Llei 8/2013), aquesta pretén el **reforçament de la venda extrajudicial dels béns hipotecaris**, i hi dedica íntegrament l'apt. 2 de l'art. 129 LH.

La regulació legal, no obstant això, és bastant confosa, fins al punt que, tal com veurem, **es planteja la subsistència del procediment existent fins a la seva entrada en vigor, planteja problemes d'interpretació de caràcter substancial i no resulta prou clara en les seves disposicions transitòries.**

1.—Queda clar que, **per a la Llei, la venda extrajudicial del bé hipotecat és un supòsit d'acció directa hipotecària que depèn, per a la seva existència, del seu pacte en allò que es denomina siste-**

màticament al llarg de la Llei «escriptura de constitució de la hipoteca». En sentit estricte, tanmateix, es tracta d'una escriptura que conté el pacte de constitució del dret real d'hipoteca, ja que aquest, mentre no es modifiqui el Codi Civil, neix (tant *inter partes* com davant de tercers) amb la inscripció al Registre de la Propietat.

Que es tracti de l'exercici directe de l'acció hipotecària suposa un reiterat reconeixement legal que, per pacte, es pot atribuir al creditor hipotecari l'exercici extrajudicial del *ius vendendi*, tot i que, com és lògic, l'adjudicatari del bé haurà de reclamar l'auxili judicial per aconseguir el llançament de l'ocupant de la finca quan aquest s'oposi a realitzar-lo voluntàriament (llançament que serà suspès per als deutors en situació d'exclusió durant un termini de dos anys, quan es tracti del

seu habitatge habitual, segons l'art. 1 de la Llei 1/2013).

2.—Cal recordar que **l'anomenat encara «procediment executiu extrajudicial» en el Reglament Hipotecari**, i que es contenia en el **segon paràgraf de l'art. 129 LH 1946, va ser declarat afectat d'inconstitucionalitat sobrevinguda per la STS de 4 de maig de 1998**, posteriorment reiterada. La raó fonamental de la Sentència cal trobar-la no tant en les carències del sistema sinó en el fet que, segons el parer del Tribunal Suprem, envaeix les funcions jurisdiccionals reservades al Poder Judicial per la Constitució, car està reservat als jutges «*jutjar i fer executar allò jutjat*». Els arguments en contra d'aquest criteri de l'Alt Tribunal han estat exposats magistralment per autors com ara Rodríguez Adrados o Gómez-Ferrer



Sapiña, i es basen, substancialment, en el fet que allò que la Constitució estableix és que li correspon al Jutge executar allò jutjat per ell, però no hi ha res en la Constitució que impedeixi que les parts puguin pactar, a l'empara de la Llei, un pacte privat de venda del bé per tal que amb el preu obtingut es faci pagament al creditor, sempre que l'exercici d'aquest dret estigui sotmès a un control d'un funcionari públic, vinculat (en aquesta matèria com en d'altres) al compliment de la Llei.

Naturalment, sempre caldrà que o bé el Jutge (en resoldre sobre el llançament) o bé l'hipotecant plantegi la inconstitucionalitat de la Llei en aquest punt, i, en cas que sigui admesa, es plantejarà la responsabilitat de l'Estat per als actes realitzats a l'empara d'una llei declarada inconstitucional, tot i que avui, en sentit estricte, la responsabilitat patrimonial de l'Estat sembli tenir un caràcter més limitat.

3.—No obstant això, aquest caràcter de pacte i el mateix desenvolupament del procediment, en què les facultats d'oposició han estat limitades (i encara més després del RD 290/1992), han fet que Delgado Ramos es plantegi el caràcter abusiu que podria tenir en els préstecs concertats per entitats financeres, atès que aquesta facultat, diu, ni dimana de la Llei directament, ni és innata en el dret real d'hipoteca. Per tant, realitza una anàlisi comparativa de la posició de l'hipotecant en el procediment judicial i en l'extrajudicial, i conclou que l'única manera d'entendre no abusiu el pacte és entenent íntegrament derogat tant el RDL 6/2012 com els art. 234 a 236 RH.

Segons la meua opinió, no es pot entendre com a abusiu un pacte relatiu a un procediment que ha estat establert i regulat per la Llei

Segons la meua opinió (i coincideixo en aquest punt, tot i que no amb les seves qualificacions, amb Fernández-Crehuet Serrano), **no es pot entendre com a abusiu un pacte relatiu a un procediment que ha estat establert i regulat per la Llei.** En primer lloc, el que la Llei prohibeix és l'anomenat *pacte comissori*, però sí que és d'essència de la hipoteca que la cosa hagi de ser venuda per tal de fer pagament al

creditor amb el seu import, tal com assenyala l'art. 1858 CC, al qual es remet com a fonament l'art. 129.2 LEC. **La manera com s'ha de produir la venda és el que ha de determinar la Llei.** La comparació dels art. 80 i 82 del Text Refós de la Llei General per a la Defensa dels Consumidors i Usuaris posa de manifest que no totes les clàusules no negociades individualment són, *per se*, abusives, sinó només les que en contra de les exigències de la bona fe causin, en perjudici del consumidor i usuari, un desequilibri important dels drets i les obligacions de les parts que es derivin del contracte. És la mateixa Llei, anomenada *de protecció del deutor hipotecari*, la que vetlla perquè no hi hagi abusos en el procediment (i això sense entrar en el problema de si el desequilibri ha de ser solament en obligacions i drets o també en les maneres de fer-los valer). La mateixa Llei, a més, es fa ressò d'aquest problema en imposar que el pacte s'estableixi en una clàusula separada —art. 129.2, lletra b) LH. **En el procediment, com veurem, el Notari pot reaccionar davant d'una clàusula abusiva; cridaria l'atenció que no es pogués considerar abusiu el mateix procediment.**

Si portem aquest raonament a l'extrem, el fet d'entendre que una clàusula del contracte d'hipoteca és abusiva perquè limita les facultats de defensa de l'hipotecant ens portaria a plantejar el problema de si allò abusiu no seria l'establiment del mateix dret real d'hipoteca (o, millor dit, l'antic procediment judicial sumari o acció directa contra el bé hipotecat), pel fet que en aquest la Llei hi estableix un procediment en què, fins i tot en via judicial, les facultats de defensa pateixen una limitació important, en limitar-se de manera substancial les facultats de coneixement judicial (per via d'oposició) que, ja de per si, implica històricament el procediment executiu ordinari (i el monitori), alhora que menyscaba enormement les facultats dispositives del mateix hipotecant.

4.—Fetes aquestes precisions, hem d'estudiar, en primer lloc, els requisits formals del pacte.

La Llei dóna rang legal a les prescripcions de l'art. 234.2 RH en imposar que el pacte consti en estipulació separada —art. 129.2, lletra b) LH. Tal com insinuàvem abans, aquest **caràcter separat de l'esti-**

pulació no és una mera formalitat, sinó que atén als principis de la legislació de defensa dels consumidors. Amb això, sóc conscient que em separo del còmode expedient al qual va acudir la RDGRN de 16 de juny de 1992.

A més, **ha de constar reiterat en aquesta clàusula** (ja que, amb caràcter general, ho estableix l'art. 21.3 LH) **el caràcter, habitual o no, que es pretengui atribuir a l'habitatge que s'hipotequi**, i afegir que es presumirà, llevat de prova en contrari, que en el moment de la venda extrajudicial l'immoble és habitatge habitual, si així s'hagués fet constar en l'escriptura de constitució. Malgrat la dicció legal (que sembla estar pensant en el préstec destinat a l'adquisició d'habitatge), aquesta exigència és aplicable a qualsevol cas en què s'hipotequi un habitatge que ja és habitual en el moment de la formalització de l'escriptura de préstec amb garantia hipotecària. Al meu entendre, el més rellevant és si es tracta de l'habitatge habitual de l'hipotecant, no dels possibles arrendataris o d'altres persones, vinculades al contracte o no, tal com resulta en els casos d'habitatge pertanyent a una societat en què el bé hipotecat és l'habitatge habitual d'un soci o d'un tercer lligat normalment a aquest per vincles familiars o afectius (en contra, Gomá i Merino).

La Llei exigeix que s'indiqui el valor (comparem la dicció amb el reformat art. 682.2.1 LEC, que parla de «preu») **en què els interessats taxin la finca per tal que serveixi de tipus en la subhasta; aquest tipus de subhasta no podrà ser diferent del que, si escau, s'hagi fixat per al procediment d'execució judicial directa, ni podrà en cap cas ser inferior al 75% del valor assenyalat en la taxació** realitzada d'acord amb el que es preveu a la Llei 2/1981, de regulació del mercat hipotecari.

L'expressió «*si escau*» pot portar a pensar que, per a la Llei, l'acció directa contra els béns hipotecats és una possibilitat que té el creditor, però que és possible l'exclusió voluntària d'aquesta; aprofundir en aquesta qüestió excediria de molt els límits d'aquest article, com també els problemes que es plantegin en el cas d'ampliacions de préstecs en què ha d'existir una nova taxació (amb la possibilitat avui de crear perjudicis als hipotecants, atesa la



disminució que ha experimentat el valor dels immobles).

Al mateix temps, l'expressió «*en cap cas*» ens porta a considerar que **tant perquè sigui aplicable el procediment judicial com perquè es pugui pactar la venda extrajudicial** (que només es pot pactar si s'estableix l'acció directa judicial), «*en tot cas*» **s'haurà de disposar de taxació** (que ha de tenir una antiguitat no superior als sis mesos), i això tant si es tracta de préstecs concertats per entitats financeres (en aquest supòsit, la taxació ha d'acompanyar l'oferta vinculant o el FIPER) com per particulars. La falta de taxació farà que s'inscriui el dret d'hipoteca sense referència al «*procediment judicial sumari*», per seguir utilitzant l'expressió consagrada per la reforma de 1909 de la Llei Hipotecària, i de conformitat amb l'antiga Resolució d'11 de febrer de 1911. La hipoteca es reduirà, ara sí (i utilitzo aquesta expressió perquè no comparteixo la visió processalista de la hipoteca), a una espècie d'embargament anticipat, i dic *espècie* perquè, a diferència de l'embargament, atribueix una preferència per al cobrament que l'embargament (fins i tot anotat) no atribueix.

L'abast de la reforma del Reglament Hipotecari que indica l'art. 129.2, lletra e) ens porta a considerar **plenament vigent l'altra exigència de l'art. 234 RH** (que conté, també, l'art. 682.2.2a LEC, aplicable supletòriament): **el domicili per a la pràctica de notificacions, el qual, també, haurà de ser el mateix que el que hagués establert l'acció directa judicial**.

L'art. 129.2, lletra e) indica que el Reglament Hipotecari establirà les persones que hagin d'atorgar l'escriptura de venda i les seves formes de representació. Mentrestant, queda subsistent la previsió de l'art. 234.1.3a. En els comentaris que ha provocat la Llei, s'ha plantejat la naturalesa d'aquesta designació. La posició admesa per la generalitat de la doctrina és que es tracta d'un mandat irrevocable, per ser el mitjà d'execució específicament pactat d'un contracte, l'efectivitat del qual no pot quedar a l'arbitri d'una de les parts contractants. En tot cas, caldrà replantejar-se la seva verdadera naturalesa de mandat, atès que sembla que vincula a l'ulterior adquirent de la finca hipotecada i no sembla extingir-se per la mort de l'hipotecant. Així, fora convenient que aquestes qües-

tions, de gran transcendència no només teòrica, sinó també pràctica, fossin abordades en la reforma anunciada.

5.—Estableix l'art. 129.2, lletra c) LH que la venda extrajudicial només es podrà aplicar a les hipoteques constituïdes en garantia d'obligacions la quantia de les quals aparegui inicialment determinada, dels seus interessos ordinaris i de demora liquidats de conformitat amb el que es preveu en el títol i amb les limitacions assenyalades a l'art. 114.

Davant l'actual criteri de la DGRN, **crec que la venda extrajudicial només és possible en els contractes de préstec, en què la quantitat deguda és inicialment líquida, sense necessitat de document fefaent que acrediti que la liquidació realitzada pel creditor es correspon amb els moviments comptables**

Davant de l'actual criteri de la DGRN (iniciat amb la Resolució de 6 d'octubre de 1994), **crec que la venda extrajudicial només es possible en els contractes de préstec, en què la quantitat deguda és inicialment líquida**, sense necessitat de document fefaent que acrediti que la liquidació realitzada pel creditor es correspon amb els moviments comptables. La comparació dels paràgrafs següents de l'art. 129.2, lletra c) LH amb els dos supòsits previstos a l'art. 572 LEC i l'absència de referència al document de l'art. 573 LEC en la reforma de la venda extrajudicial així ho indiquen, segons la meua opinió. S'hi inclouen (tal com sostenia Rodríguez Adrados) les hipoteques en garantia de títols nominatius o al portador, perquè en aquestes allò indeterminat és la titularitat del crèdit, però no la quantitat deguda i garantida.

Quant als interessos de demora, les limitacions contingudes a l'art. 114 LH (l'extensió de l'article impedeix estudiar l'eficàcia merament hipotecària del límit, **la possibilitat que el límit s'apliqui també en l'aspecte purament obligacional o la possibilitat de pactar uns interessos superiors condicionada al fet que l'habitatge perdi el caràcter d'habitual**) fan referència al fet que **no es podran reclamar interessos de**

demora per un import superior a tres vegades l'interès legal del diner, quan es tracti de préstecs per a l'adquisició d'habitatge, sense possibilitat de capitalització, llevat d'un supòsit específic (punt que s'haurà de controlar en el document fefaent al qual farem referència més endavant). Tal com ha assenyalat Gómez Martínez en una conferència encara no publicada, la Llei sembla legitimar els pactes d'interessos de demora per a altres supòsits, i planteja la possible declaració de nul·litat per part del Jutge, per aplicació de la jurisprudència comunitària, i sense possibilitat d'integració. Però, quan el deutor es trobi en situació d'exclusió, hi ha un límit addicional: el 2% del capital pendent del préstec, segons resulta de la modificació que la Llei fa de l'art. 4 RDL 6/2012.

Crida l'atenció l'absència de referència a les costes del procediment extrajudicial i la possibilitat que l'import d'allò cobrat amb la venda es destini a la seva satisfacció, sobretot perquè a les costes es referia l'art. 235.1 RH, i el Notari, en acabar el procediment, ha d'expedir una certificació que indiqui preu de rematada i imputació d'aquest a capital, interessos ordinaris, de demora i costes, amb l'ordre d'imputació de l'art. 654.3 LEC. Sembla, davant d'aquesta contradicció, que les costes de l'execució es poden reclamar, amb el límit del 5% de la quantitat reclamable (al meu entendre, per tots els conceptes), quan es tracti d'habitatge habitual (i això amb independència que el préstec s'hagi concedit per a l'adquisició o no), atesa l'aplicació supletòria que cal predicar de l'art. 575.1 bis LEC.

6.—La venda extrajudicial només és possible en cas d'incompliment per part del deutor de les obligacions principals que es deriven del préstec: l'impagament del capital o dels interessos de la quantitat garantida —art. 129.1, lletra b), incís final, LH—, i precisament s'ha de pactar només per a aquests supòsits. Queden fora del control notarial i del sistema qualssevol altres pactes de venciment anticipat del préstec. Al meu entendre, la venda extrajudicial és possible inclús per a la reclamació de la part vençuda i no pagada del préstec, de conformitat amb el que estableix l'art. 693 LEC. En tot cas, el **pacte de venciment anticipat exigirà**, com en l'exercici judicial directe de l'acció hipotecària, **que s'hagin impagat**



almenys tres quotes (la qual cosa, d'altra banda, és el supòsit normal).

7.—Al requeriment inicial s'hi ha d'acompanyar, en certs casos (els més normals), determinats documents.

El paràgraf segon de l'art. 129.2, lletra c) LEC es refereix al **préstec amb «reemborsament progressiu» del capital**. Deixant de banda que en el sistema d'amortització amb quota constant (el més utilitzat habitualment) no hi ha progressivitat, ni aritmètica ni geomètrica, en l'amortització del capital, l'important és que **s'exigeixen dos documents: un en què constin les amortitzacions realitzades i les seves dates, i un altre, fefaent, que acrediti haver-se fet la liquidació en la forma pactada per les parts en l'escriptura de constitució d'hipoteca**. Tractant-se d'un préstec, no sembla necessari que el terme *forma* es refereixi a l'establiment d'un mitjà específic de càlcul (normalment reservat al creditor), sinó que la liquidació d'interessos s'ha realitzat de conformitat amb allò pactat (any comercial, any natural, dates de meritació, etc.). No hi hauria d'haver cap inconvenient en el fet que aquest document sigui únic: l'acta de determinació de saldo, basada en el document presentat per la part creditora.

Quan s'haguessin pactat interessos variables, la sol·licitud de venda extrajudicial haurà d'anar acompanyada del document fefaent que acrediti haver-se fet la liquidació en la forma pactada per les parts en l'escriptura de constitució d'hipoteca.

La raó d'aquesta diferenciació és que és possible un préstec amb interessos variables sense «reemborsament progressiu» del capital. En cas que es donin totes dues circumstàncies, n'hi ha prou amb un únic document fefaent que incorpori el document que necessàriament ha de redactar el creditor.

8.—La venda extrajudicial està enormement influïda per la Llei d'Enjudiciament Civil. En alguns supòsits, la Llei 1/2013 crida directament a la regulació de la Llei d'Enjudiciament Civil; en altres, permet el desenvolupament reglamentari, i, finalment —art. 129.2, lletra h)—, estableix el caràcter supletori d'aquesta Llei d'Enjudiciament Civil respecte del que s'estableix a la Llei Hipotecària i en el Reglament Hipotecari (aquest caràcter supletori exclou la necessitat de l'analogia).



9.—I ara comença la cerimònia de la confusió.

Davant del sistema tradicional de la venda extrajudicial, **la Llei assenyal·la que «la venda es realitzarà mitjançant una sola subhasta, de caràcter electrònic, que tindrà lloc al portal de subhastes que a aquest efecte disposarà l'Agència Estatal Butlletí Oficial de l'Estat» —art. 129.2, lletra d) LH**. La Llei recull així la previsió de la disp. final 3a del RDL 6/2012, que assenyalava que **«el Govern, en el termini de sis mesos des de l'entrada en vigor d'aquest Reial Decret Llei, aprovarà les normes reglamentàries precises a fi de simplificar el procediment de venda extrajudicial, les quals incorporaran, entre altres mesures, la possibilitat de subhasta electrònica»**.

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

La citació d'aquesta disposició és de tot menys innocent, perquè resulta evident que **el Govern ha incomplert**, com reiterades vegades han fet tots, aquest mandat legislatiu.

I dic que és de tot menys innocent perquè, davant la necessitat que la venda es faci mitjançant subhasta electrònica, no falta (Delgado) qui defensi que la possibilitat de realitzar vendes extrajudicials queda paralitzada mentre no es desenvolupi aquest portal, sense la possibilitat d'aplicar, mentre no s'estableixi, la normativa del Reglament Hipotecari sobre la manera de realitzar la subhasta. Al meu entendre, l'exercici d'un dret reconegut en la Llei no pot quedar supeditat a l'actuació d'un òrgan de l'Administració (que necessitarà un reglament que determini l'estructura, el contingut, el procediment d'inscripció i accés, en definitiva, un previ desenvolupament de la potestat reglamentària per part de l'executiu) quan ja existeix un sistema per al desenvolupament del procediment i contrasta amb el doble anunci de la subhasta judicial que preveu l'art. 668 LEC.

Continua assenyalant l'article que **«els tipus de subhasta i les seves condicions seran, en tot cas, els determinats a la Llei d'Enjudiciament Civil»**. Com en el famós acudit, no sabem a qui es refereix «les seves». Si es tracta de les condicions de la subhasta, caldria diferenciar entre els actes previs a la subhasta i la subhasta en si mateixa, que es regiria íntegrament per la Llei d'Enjudiciament Civil, i especialment allò que l'art. 669 LEC denomina «condicions especials de la subhasta», que fa referència al dipòsit dels postors. Però aquesta interpretació fa que quedi man-



cat de sentit quasi tot el contingut de l'apartat següent del mateix art. 129 LH, ja que remet al Reglament Hipotecari per regular el procediment de subhasta, les quantitats a consignar i l'adjudicació. Per això crec que és més coherent entendre que les «condicions» són les que han de tenir, en relació amb el tipus de subhasta, les postures i el desenvolupament procedimental en funció d'aquestes, la regulació de les quals es conté als art. 670 i 671 LEC. Com que l'art. 670 LEC preveu el supòsit que la quantitat que hagi ofert superi el 50% del valor de taxació o, tot i ser inferior, cobreixi, almenys, la quantitat per la qual s'hagi enllestit l'execució, incloent-hi la previsió per a interessos i costes, i atribueix en aquest cas al Secretari unes facultats especials (sotmeses a revisió judicial), hem de plantejar-nos si el Notari té aquesta facultat. A parer meu, sense perjudici que el reglament que s'ha de dictar pugui i hagi de desenvolupar aquest supòsit, en principi, en la venda extrajudicial no s'haurien d'admetre postures que no cobreixin aquells imports, atès que al Notari no se li han d'atribuir aquestes facultats que té el Secretari (membre de l'oficina judicial i rector del procediment) per la possibilitat del recurs de revisió, de caràcter jurisdiccional.

Em referia abans a la cerimònia de la confusió perquè l'art. 129.2, lletra e) LH estableix que en el Reglament Hipotecari es determinarà la forma i les persones a les quals s'hagin de realitzar les noti-

ficacions, el procediment de subhasta (en tot cas, electrònica), les quantitats a consignar per prendre-hi part, les causes de suspensió, l'adjudicació i els seus efectes sobre els titulars de drets o càrregues posteriors, com també les persones que hagin d'atorgar l'escriptura de venda i les seves formes de representació.

La forma verbal emprada («es determinarà») porta Delgado a entendre que, mentre no es desenvolupi reglamentàriament la Llei, la posició més segura és entendre que la venda extrajudicial està orfe de regulació reglamentària.

Es pot defensar que el vigent Reglament Hipotecari continua vigent en tot allò que no contradigui ni la Llei 1/2013 ni la Llei d'Enjudiciament Civil, i s'haurà d'interpretar d'acord amb els principis reguladors del procediment per la Llei d'Enjudiciament Civil, que sempre tindrà caràcter supletori per a allò que no estigui específicament previst

Al meu entendre, aquesta posició no té en compte l'aplicació supletòria que es predica de la Llei d'Enjudiciament Civil respecte del Reglament Hipotecari, i que permet cobrir el buit normatiu que altra-

ment existiria. En conclusió, **crec que es pot defensar que el vigent Reglament Hipotecari continua vigent en tot allò que no contradigui ni la Llei 1/2013 ni la Llei d'Enjudiciament Civil, i s'haurà d'interpretar d'acord amb els principis reguladors del procediment per la Llei d'Enjudiciament Civil, que sempre tindrà caràcter supletori per a allò que no estigui específicament previst.**

A parer meu, té especial importància, la **forma en què es desenvoluparan les notificacions, especialment el requeriment de pagament**. La regulació actual es conté a l'art. 236, lletra c) RH, que preveu, com a manera subsidiària, la notificació al portar o al veí. Ens hem de plantejar si aquesta solució encara és possible. La raó és que la notificació al veí no està prevista a l'art. 202 RN. No obstant això, **ens hem d'inclinar per la solució afirmativa**. En primer lloc, per l'especialitat del Reglament Hipotecari, que exclou l'aplicació de les formes generals del Reglament Notarial (art. 206 RN); però, a més, aquesta forma de notificació era la recollida en el derogat art. 131.3.3 LH i ha passat a l'art. 686.2 LEC, paràgraf segon, en regular el requeriment extrajudicial de pagament previ a l'execució de béns especialment hipotecats o pignorats, és a dir que, si aquest requisit de procedibilitat es troba complert d'aquesta forma en seu judicial, i ho preveu específicament la regulació hipotecària en la venda extrajudicial, no sembla haver-hi raons per excloure'n la pràctica. Aquest article ens planteja, a més, un altre problema, i és la seva **aplicació als requeriments notariaus de pagament genèrics en la via executiva**. L'art. 581 LEC es limita a dir que no es realitzarà requeriment judicial de pagament a l'executat quan s'hagi realitzat acta notarial de requeriment de pagament. L'art. 686.2 LEC, paràgraf primer, diu que, sense perjudici de la notificació del despatx d'execució, no es realitzarà el requeriment de pagament quan s'hagi procedit a notificar-lo extrajudicialment d'acord amb l'art. 581 LEC, i continua assenyalant que, «a aquests efectes», el requeriment es podrà entendre amb el veí. La recent RDGRN de 9 de maig de 2013 es pronuncia de manera rotunda sobre el fet que la qualificació registral s'estén a la forma com s'han efectuat les notificacions, de manera que l'escriptura de venda ha d'explicitar (sense fórmules genèriques) la forma com s'ha dut a terme la notificació.





No és menys important el tema de les **consignacions**. Malgrat l'afirmació de l'Exposició de Motius que es disminueix l'aval necessari per licitar del 20% al 5% del valor de taxació dels béns, a l'hora de desenvolupar aquest principi, només es modifica l'art. 647.3 LEC, inclòs dins de la secció relativa a la subhasta de béns mobles, quan la reforma es fa a la Llei 1/2013, en el capítol III, relatiu a les millores en el procediment d'execució hipotecària, i no es modifica l'art. 669 LEC, comprès dins la subhasta de béns immobles. Davant d'aquest incomprensible error, cal entendre: o bé que el sistema no ha estat modificat (malgrat la voluntat manifestada a l'Exposició de Motius), o bé que la reforma de l'art. 647 LEC té, per aplicació del capítol de la Llei, una *vis* expansiva, solució que, tot i que de dubtosa tècnica legislativa, sembla la més aconsellable. Amb això, **el tipus del 30% previst en el Reglament Hipotecari s'ha d'entendre també modificat**. És d'esperar que la reforma promesa del Reglament Hipotecari supleixi aquesta autèntica errada del legislador.

10.—Continua assenyalant la Llei que **quan el Notari consideri que alguna de les clàusules del préstec hipotecari que constitueixi el fonament de la venda extrajudicial o que hagi determinat la quantitat exigible pugui tenir caràcter abusiu, ho posarà en coneixement del deutor, el creditor i, si escau, l'avalador i l'hipotecant no deutor, als efectes oportuns**.

Interessa destacar la posició activa del Notari en el control de les clàusules abusives en el moment de l'exercici de l'acció directa

Interessa destacar, en primer lloc, la **posició activa del Notari en el control de les clàusules abusives en el moment de l'exercici de l'acció directa**, que és exactament igual (i de manera sorprenent) a la posició que la Llei predica del Jutge per al mateix supòsit. És cert que la disposició relativa al Jutge es troba a les disposicions generals, en què l'art. 552.1, paràgraf segon (modificat per la Llei 8/2013), estableix que quan el Tribunal apreciï que alguna de les clàusules incloses en un títol executiu dels esmen-

tats a l'art. 557.1 pot ser qualificada com a *abusiva*, donarà audiència per quinze dies a les parts; aquesta possibilitat no es preveu directament en el cas de l'exercici judicial de l'acció directa, en què l'abusivitat d'una clàusula constitueix motiu d'oposició (art. 695.4 LEC), però sembla que hem d'entendre que, com que l'art. 552 està dins de les disposicions generals a qualsevol judici executiu, aquesta disposició ha de ser aplicada també en el supòsit de l'acció directa contra els béns hipotecats.

Continua assenyalant l'article que, en tot cas, **el Notari suspèn la venda extrajudicial quan qualsevol de les parts acreditat haver plantejat davant del Jutge que sigui competent, d'acord amb el que s'estableix a l'art. 684 LEC, el caràcter abusiu d'aquestes clàusules contractuals**. La qüestió sobre aquest caràcter abusiu se substanciarà pels tràmits i amb els efectes previstos per a la causa d'oposició regulada a l'apt. 4 de l'art. 695.1 LEC. Un cop substanciat la qüestió, i sempre que no es tracti d'una clàusula abusiva que constitueixi el fonament de l'execució, el Notari podrà prosseguir la venda extrajudicial a requeriment del creditor.

La situació, per tant, és la següent: en el supòsit d'exercici judicial de l'acció directa, si el Jutge aprecia l'existència d'una clàusula abusiva, ho ha de posar en coneixement de les parts, i després d'una contenció limitada, resol; a més, i amb independència de la posició del Jutge, sempre es pot esperar que la part entengui que hi ha una clàusula abusiva que és el fonament de l'acció, i s'hi pot oposar en el procediment judicial. Passa exactament igual en la venda extrajudicial.

La solució que brinda la reforma de la Llei d'Enjudiciament Civil interpreta la STJUE de 14 de juliol de 2012: **el Jutge no pot declarar d'ofici i sense audiència la nul·litat d'una clàusula per abusiva** (i això que hi ha clàusules nul·les per disposició legal), **sinó que s'ha de realitzar una declaració de naturalesa jurisdiccional amb audiència de les parts**.

Interessa destacar el supòsit de fet: un Notari va autoritzar una escriptura i un Registrador la va inscriure.

Malgrat això, **en acudir al procediment de la venda extrajudicial, el No-**

tari ha de controlar, ara sí, l'abusivitat de la clàusula en qüestió. Des d'aquest supòsit de fet, això permet, al meu entendre, acabar amb una **qüestió sumament controvertida: si el Notari, en autoritzar, i el Registrador, en inscriure, poden qualificar una clàusula com a abusiva, i el primer eliminar-la de l'escriptura, i el segon no inscriure-la**.

En conclusió, la qualificació d'*abusiva* d'una clàusula és una qüestió sotmesa amb caràcter exclusiu a la funció jurisdiccional

L'exigència d'audiència de les parts i la necessitat de decisió d'un subjecte revestit d'*imperium* impedeix aquesta consideració. Noteu que **el Notari és l'únic que té davant les parts, però ni tan sols en aquest cas pot eliminar la clàusula; haurà de realitzar l'oportuna advertència i advertir especialment el deutor**. Aquesta exigència, d'altra banda, donarà especial transparència a la clàusula controvertida i proporcionarà informació suficient al deutor; també eliminarà, així, potencials abusivitats derivades de falta d'informació. **En conclusió, la qualificació d'*abusiva* d'una clàusula és una qüestió sotmesa amb caràcter exclusiu a la funció jurisdiccional**.

11.—Estableix l'art. 129.2, lletra g) LEC que, un cop conclòs el procediment, **el Notari expedirà una certificació acreditativa del preu de la rematada i del deute pendent per tots els conceptes**, amb distinció entre la corresponent a principal, a interessos remuneratoris, a interessos de demora i a costes, i tot això amb aplicació de les regles d'imputació contingudes a l'art. 654.3 LEC. Qualsevol controvèrsia sobre les quantitats pendents determinades pel Notari serà dilucidada per les parts en judici verbal.

12.—Per finalitzar aquest article, cal acabar amb les **disposicions transitòries de la Llei**.

Als procediments ja començats a l'entrada en vigor de la Llei, aquesta els és aplicable, sempre que no s'hagués executat el llançament (disp. trans. 1a). El paràgraf segon de la disp. trans. 5a estableix que en les vendes extrajudicials ini-



ciades abans de l'entrada en vigor de la present Llei i en les que no s'hagi produït l'adjudicació del bé hipotecat, el Notari n'acordarà la suspensió quan, en el termini preclusiu d'un mes des de l'endemà de l'entrada en vigor d'aquesta Llei, qualsevol de les parts acreditat haver plantejat davant del Jutge competent, d'acord amb el que es preveu a l'art. 129 LH, el caràcter abusiu d'alguna clàusula del contracte de préstec hipotecari que constitueixi el fonament de la venda extrajudicial o que determini la quantitat exigible. Al meu entendre, el mandat és clar: **se suspèn el procediment de venda extrajudicial, de manera que no es computa cap termini i, per tant, en la majoria de casos, caldria (atesa la data de la publicació) suspendre la subhasta.**

En els procediments en marxa, crec que el sentit de la norma ens el brinda la disp. trans. 4a, relativa als procediments judicials, en què l'aplicabilitat de la Llei no es produeix quan un tràmit ha preclòs, ja que només s'aplica a les actuacions executives pendents de realitzar.

Quant als **interessos de demora**, la disp. trans. 2a estableix que la limitació dels interessos de demora d'hipoteques constituïdes sobre habitatge habitual (en realitat, els préstecs per a l'adquisició d'habitatge habitual) establerta en el nou art. 114 LH serà **d'aplicació no només a les hipoteques constituïdes amb posterioritat a l'entrada en vigor de la Llei** (obvietat inútil), **sinó també a les constituïdes abans, quan aquests interessos es meritin amb posterioritat, com també als ja meritats que no haguessin estat satisfets.** El Notari haurà de donar a l'executant un termini de deu dies per al recàlcul d'aquests, però la continuació del procediment, en aquest punt, no depèn de la mera voluntat del creditor que insta la venda, sinó que el Notari ha de controlar (de la mateixa manera que un altre ho va fer en elaborar el document fefaent de liquidació) que la manifestació s'adequa a allò pactat.

No crec que a aquestes alçades, i tenint en compte que ja el RDL 6/2012 diferenciava entre venda d'habitatge habitual i la que no tingués aquest caràcter, **es plantegin problemes en les vendes extrajudicials en marxa.**

Sí que ho plantejarà, en canvi, el tipus per a la subhasta. Les afirmacions

que es realitzen seguidament són vàlides per a totes les vendes extrajudicials, tant les iniciades com les que s'iniciïn amb posterioritat, que es basin en hipoteques inscrites amb anterioritat a la Llei.

Quin és el tipus de subhasta? **Avanço la meua opinió: que el tipus de subhasta hagi de ser, com a mínim, el 75% del valor de taxació oficial només és aplicable a les hipoteques que es constitueixin posteriorment a la Llei.**

No obstant això, **en els informes** (tant del Consell General del Notariat com del Col·legi Nacional dels Registradors de la Propietat i Mercantils) i en les opinions expressades, **es considera aquest tipus ja aplicable a totes les hipoteques, diferenciant:**

- **Si consta la taxació oficial, com a mínim, el tipus de subhasta, sigui quin sigui el pactat, a no ser que el pactat sigui superior.**
- **Si no consta la taxació oficial, caldria obtenir una taxació oficial nova sol·licitant-la del creditor i, aleshores, aplicar el 75%; si el creditor s'hi negués, no es podria continuar amb el procediment.**

La norma relativa a la relació entre el valor de taxació per a subhasta i el valor de taxació oficial no està situada en la normativa de la subhasta, sinó en la normativa del contingut de l'escriptura pública en què es pacta la constitució d'hipoteca

Crec entendre **les raons** que són subjacents a aquest plantejament, però **no les comparteixo** per dos motius. El primer és que **crec que avui suposaria un clar perjudici en la majoria de casos per al deutor** (el valor de l'habitatge ha disminuït gairebé un 50%). Però el segon, i a parer meu fonamental, és que **es parteix d'una premissa que considero equivocada. La norma relativa a la relació entre el valor de taxació per a subhasta i el valor de taxació oficial no està situada en la normativa de la subhasta, sinó en la normativa del contingut de l'escriptura pública en**

què es pacta la constitució d'hipoteca.

El dret real d'hipoteca ja ha nascut amb la inscripció de l'escriptura anterior, i l'acció directa s'exercita d'acord amb el títol i la inscripció. De fet, en regular la Llei 1/2013, la subhasta parla reiteradament de «*valor pel qual hagués sortit el bé a subhasta*», i aquest valor és el pactat en l'escriptura i inscrit al Registre, sense que existeixi cap norma en les disposicions transitòries que pugui fer-nos pensar el contrari; la mateixa Exposició de Motius reconeix que abans no hi havia límit per a la fixació del tipus de subhasta (oblidem que sí que n'hi havia per als préstecs hipotecaris destinats a ser titolitzats), i no sembla que s'indiqui cap necessitat d'actualització. Si seguim aquesta línia de raonament, el que hauríem de concloure és que **no es pot de cap manera integrar el procediment** (ni tan sols amb l'avaluació dels béns per al procediment executiu ordinari sobre béns immobles continguda als art. 666 i 667 LEC), **sinó, directament, entendre inaplicable l'acció directa contra els béns hipotecats**, i això per dues raons: a) les disposicions del capítol corresponent a la Llei d'Enjudiciament Civil s'aplicaran «*quan es compleixin els requisits següents*»; si aquests falten, el creditor només li quedaria el procediment executiu ordinari, amb les seves causes ordinàries d'oposició, provocaria l'embargament del bé hipotecat i faria constar aquesta circumstància al Registre, i b) la fixació del valor per a subhasta no és un element que quedi a l'arbitri del creditor i no pot ser integrat dins el procediment, judicial o extrajudicial, sinó que és un element contractual i requereix, per tant, el consentiment de les dues parts (el caràcter contractual es reconeix a l'Exposició de Motius en referir-se al valor de taxació).

I aquí sembla convenient fer una breu digressió. La doctrina sempre es va fixar en el «*podrà*» de l'art. 131 LH, entenent que era un procediment d'exercici potestatiu per al creditor; no es va fer tant èmfasi en el caràcter contractual d'aquest, o millor dit, de la seva possibilitat, en dependre de requisits (i de pactes, per tant, de l'escriptura, que havien de tenir el seu trasllat al Registre); la Llei d'Enjudiciament Civil es pronuncia en termes més imperatius, però continua subsistint la seva base contractual, que la Llei 1/2013 reitera amb l'expressió «*si escau*» a la qual abans m'he referit.



Davant de la meua posició, sens dubte radical, però basada en la naturalesa del pacte i en l'eficàcia del Dret intertemporal, hi podria haver una solució intermèdia: un cop el Notari hagués sol·licitat una taxació al creditor, podria considerar abusi (interpretant ja en un sentit amplíssim les facultats que la Llei li concedeix) el valor de taxació (certament, ho és en nombrosos casos de préstecs per particulars), a fi que les parts discuteixin en via judicial i sigui el Jutge el qui resolgui sobre aquest punt.

XXXXXXXXXXXXX XX XXXXXX XXXXX
XXXXX XXXXXXXX XX XXXX X XXXXX XX
XXX XXXXXXXXXXXX XX XXXXXX XXXXX
XXXXXXXXXXXXX XX XXXXXX XXXXX XXXX
XXXXXXXXXX XXXXXXXX

13.–Per als procediments de venda extrajudicial que s'iniciïn a partir de l'entrada en vigor de la Llei, a més de les consideracions anteriors, **caldrà tenir en compte l'art. 3 bis RDL 6/2012.** Amb evident incorrecció, s'estableix que els fiadors i els hipotecants no deutors que es trobin en el llistat d'exclusió podran exigir que l'entitat esgoti el patrimoni del deutor principal abans de reclamar-los el deute garantit, fins i tot quan en el

contracte haguessin renunciat expressament al benefici d'«excussió» (després de la correcció d'errors, ja que inicialment es parlava de «benefici d'exclusió»). I dic incorrectament perquè l'hipotecant no deutor no té benefici d'excussió (aquest benefici només el té el fiador), tot i que resulta més dramàtic que l'art. 2 RDL 6/2012 parli d'«avaladors hipotecaris». **O bé la disposició està mancada de sentit pràctic, o bé el que la Llei vol dir és que l'hipotecant no deutor podrà, si hagu-**

és notificat a l'entitat creditora la seva situació d'exclusió, oposar-se a la continuació del procediment, encara que no es reguli com a causa d'oposició. Al meu entendre, cal donar plena virtualitat a aquesta disposició i, un cop acreditat això després de la notificació a l'hipotecant no deutor, suspendre el procediment.

Queden, evidentment, molts temes pendents. La ja per si mateixa llarga exposició impedeix fer-ne una anàlisi detinguda.



La incorporació de l'arrendament al marc de seguretat jurídica



Antoni Bosch i Carrera
Notari de Barcelona

La Llei 4/2013, de 4 de juny, estableix un conjunt de **reformes per a la flexibilització i el foment del mercat de lloguer d'habitatges**. Amb l'objectiu polític i social d'augmentar la demanda i l'oferta de lloguer, la Llei estableix una sèrie de mesures per aconseguir «la necessària dinamització d'aquest» (Exposició de Motius). S'emmarquen dins de les reformes que el Govern d'Espanya i el Congrés dels Diputats estan empenent **amb l'objectiu de dinamitzar la situació econòmica del país**. Tradicionalment, a Espanya, l'accés a l'habitatge s'ha produït amb la incorporació dels ciutadans al règim de la propietat. A això hi han contribuït singularment **el Notariat i el Registre de la Propietat, ja que han dotat el sistema d'accés a la propietat de fiabilitat, estabilitat a uns costos raonables i eficàcia**.

S'ha garantit el dret constitucional d'accés a l'habitatge amb un sistema que assegura la protecció dels adquirents alhora que protegeix el mercat de transaccions. Els creditors estan segurs dels seus crèdits, perfectament documentats i inscrits, i els propietaris estan plenament protegits dels seus drets a Espanya. **Això és gràcies —i estem orgullosos de dir-ho— a la seguretat jurídica que el Notariat i el Registre aporten al tràfic immobiliari**.

Avui dia, i a les alçades de la crisi en què ens trobem, **el sistema judicial d'execució de crèdits garantits amb hipoteca ha plantejat dubtes importants** amb vista a la protecció del crèdit territorial, que és una de les funcions del sistema institucional espanyol. Fins i tot **la declaració de clàusules com a abu-**

sives per part dels tribunals ha afegit més incertesa —si és possible— en el procés d'execució de préstecs i crèdits. Davant de tots aquests problemes socials i econòmics, que al final es concentren en problemes de seguretat jurídica, els pilars del sistema, és a dir, la intervenció notarial i la inscripció en el Registre, estan fora de dubtes. En temps en què la crisi referma, **el nostre sistema de seguretat preventiva obté una nota respectable i supera les onades amb enteresa**. La seguretat jurídica no és només un principi constitucional: és un element bàsic de mercat. Recentment, l'historiador Ferguson (*La gran degeneración*, Debate, 2013) es preguntava per què unes societats progressen i d'altres no ho fan o ho fan més lentament. Esmentava els treballs sobre l'Àfrica moderna de Paul Collier; els d'Hernando de Soto, l'economista peruà,



i el grup d'acadèmics que capitaneja Andrei Shleifer en abordar l'estudi comparat dels sistemes legals des d'una perspectiva econòmica. La conclusió és que l'important són les institucions, però —i això és important— les que funcionen bé, no les disfuncionals (De Soto). Al meu entendre, **el fet que els arrendaments s'incorporin al sistema de seguretat preventiva tindrà uns efectes molt positius** per a l'economia nacional i per a la seguretat jurídica. **El problema no és el cost, sinó que el nostre sistema funcioni bé i de manera àgil per donar seguretat jurídica al dret d'arrendament a un preu raonables. Aquest és el repte.**

El problema no és el cost, sinó que el nostre sistema funcioni bé i de manera àgil per donar seguretat jurídica al dret d'arrendament a un preu raonable. Aquest és el repte

A Espanya, un dels fenòmens socials i econòmics més importants que es produeix **a partir dels anys seixanta del segle XX és l'accés massiu de la població a habitatges en propietat** —sobretot en nuclis urbans— fruit de la immigració del camp a la ciutat provocada per la industrialització del país. Aquest accés a la propietat **va tenir com a eix l'escriptura pública i la inscripció al Registre de la Propietat**. Aquests dos actes jurídics **van dotar el dret d'accés a l'habitatge de garantia, efectivitat i estabilitat**. Bona prova d'això és que l'habitatge es va anar convertint, a partir de l'entrada a l'euro, en un «objecte de desig» del món inversor i financer.

La seguretat jurídica a partir dels **anys noranta** va experimentar un desenvolupament important, amb una **incorporació primerenca del Notariat i els registres a les noves tecnologies** i sobre la base de la intercomunicació de notaries i registres amb vista a la comunicació i al trasllat de documents a través de la xarxa. Es tractava d'incorporar la immediatesa que les tecnologies aporten per garantir solidesa als adquirents de finques davant de possibles dobles vendes, hipoteques i embargaments d'última hora.

A partir de l'any 2010, s'observa un canvi de tendència en els hàbits i les pre-

ferències dels espanyols amb vista a l'accés a l'habitatge. **S'ha passat d'un accés molt majoritari en propietat a una major dinamització del mercat de lloguer residencial**. Resulta molt eloqüent l'Exposició de Motius de la **Llei 4/2013** quan indica que, a Espanya, «el percentatge de població que habita en un habitatge de lloguer es troba tot just en el 17%, davant de la mitjana de la Unió Europea, que està molt pròxima al 30%». Es reforma la Llei d'Arrendaments Urbans de 1994 i s'incorporen els mecanismes de protecció i seguretat propis del mercat immobiliari en règim de propietat. L'Exposició de Motius parla per si sola: «Cal normalitzar el règim jurídic de l'arrendament d'habitatges per tal que la protecció dels drets, tant de l'arrendador com de l'arrendatari, no s'aconsegueixi a costa de la seguretat del tràfic jurídic, tal com succeeix actualment. La consecució d'aquesta finalitat exigeix que l'arrendament d'habitatges regulat per la Llei 29/1994, de 24 de novembre, d'arrendaments urbans, se sotmeti al règim general establert pel nostre sistema de seguretat del tràfic jurídic immobiliari [...]. Tot això sense cap minva dels drets ni de l'arrendador ni de l'arrendatari».

El legislador reconeix que el mecanisme de seguretat preventiva en el mercat de propietat és exitós, mereix el suport legal, i dotar de seguretat el mercat de lloguer d'habitatges només pot ser beneficiós per a propietaris i arrendataris. La meta és molt ambiciosa,



però els obstacles no són menors: reticències dels propietaris, crítica de ser una reforma «burocràtica» sempre desacreditada, els problemes annexos a l'obtenció de la possessió en casos de resolució contractual, un mercat molt fragmentat amb milions d'operadors, una concepció que la seguretat jurídica és «cara»... **Els avantatges de donar certesa i seguretat a l'arrendament tindran un efecte dinamitzador per a l'economia**, de la mateixa manera que el segle XIX la titolització pública i la inscripció registral van dinamitzar l'economia del segle passat. Són problemes que exigeixen molta imaginació i criteri. Aquesta Llei pot ser l'inici del camí.

Els avantatges de donar certesa i seguretat a l'arrendament tindran un efecte dinamitzador per a l'economia. Aquesta Llei pot ser l'inici del camí

Abans d'entrar en el comentari dels preceptes que afecten els aspectes notariais i registrals, cal fer dues acotacions. La primera és temporal. Així, d'acord amb la DT 1a, **els contractes subscrits amb anterioritat a l'entrada en vigor de la Llei 4/2013 (el 6 de juny) es continuaran regint pel que s'estableix al règim jurídic que els era d'aplicació**. La nova regulació no té efectes retroactius. La segona acotació és doctrinal. S'ha discutit fins a la sacietat si el dret d'arrendament és un dret real o personal. No exposaré els arguments que existeixen sobre aquesta matèria. La nova Llei parteix de la distinció entre arrendaments inscrits i no inscrits, i es deixa de disquisicions teòriques. Podem seguir preguntant-nos sobre si l'arrendament és un dret real o personal. Podem. Però **és evident que l'arrendament inscrit produeix una sèrie d'efectes superiors i de major eficàcia que el no inscrit**. Aquesta és la distinció rellevant, a parer meu, sobre el caràcter dels arrendaments.

1. El contracte d'arrendament s'acull amb reserves al principi civil de llibertat de pactes

Els arrendaments civils es regiran per la Llei d'Arrendaments Urbans de manera imperativa només en les qüestions regulades als títols I i IV. Tots dos



títols són moderats. El Títol I es refereix a l'àmbit de la Llei. Així, conté definicions sobre quin tipus d'arrendaments regula i quins estan exclosos de la norma. El precepte important és l'art. 4, que ha estat objecte d'una reforma important, tal com veurem. El Títol IV és imperatiu i es refereix a les fiances i a la forma del contracte.

Ha deixat de ser imperatiu el Títol V, referit als processos, per la senzilla raó d'estar previst el pacte de submissió a mediació o arbitratge, tal com estableix l'art. 4.5. Amb aquesta menció, s'expressa la **intenció del legislador d'iniciar una desjudicialització dels processos arrendaticis**. Se segueixen les recomanacions internacionals, com també de bona part de la doctrina espanyola, en buscar solucions alternatives al procés judicial.

La reforma civil més important quant a l'àmbit del contracte d'arrendament d'habitatge la suposa la **reforma de l'art. 4, en eliminar part de la força imperativa a la Llei d'Arrendaments Urbans en benefici dels «pactes, clàusules i condicions determinats per la voluntat de les parts» (art. 4.2)**. Només el Títol I, de disposicions generals, i el Títol IV, sobre fiança i formalització, són imperatius, tal com hem vist.

El Títol II, nucli i base de l'arrendament d'habitatge, pateix una pèrdua de la seva imperativitat. El precepte antic deia que «els arrendaments d'habitatge es regeixen pel que disposa el Títol II d'aquesta Llei i, si no, per la voluntat de les parts», i ara diu que «els arrendaments d'habitatge es regiran pels pactes, clàusules i condicions determinats per la voluntat de les parts, en el marc del que estableix el Títol II d'aquesta Llei i, supletòriament, pel que disposa el Codi Civil». Hem passat de regir-nos pel Títol II —nucli de la Llei, com hem dit— de forma imperativa a regir el contracte per la «voluntat de les parts» com a Llei. Fins aquí s'observa un canvi legal amb el qual es pot estar d'acord o no, però és el que és. **La controvèrsia la suscita que la voluntat serà rectora del contracte, però «en el marc» del Títol II.** El marc —en l'accepció gramatical que ara interessa— és «els límits en què s'enquadra un problema, una qüestió, una etapa històrica, etc.». **El marc legal del contracte d'arrendament d'habitatge és l'establert en el Títol II de la Llei d'Arrendaments Urbans.** Dins d'aquests límits s'han de moure els «pactes, clàusu-

les i condicions» que les parts lliurement estableixin. **És criticable la utilització de marcs legals per emmarcar els convenis dels particulars, ja que queden moltes zones de penombra, borroses i límits poc definits.** Els mateixos preceptes, com anirem veient, definiran els límits —per exemple, la durada que és imperativa— i seran els tribunals els qui aniran aclarint quins són els límits d'aquest marc. **A més, no s'ha reformat el poderós art. 6**, que diu: «Són nul·les, i es consideraran com a no posades, les estipulacions que modifiquin en perjudici de l'arrendatari» les normes del Títol II. **Hem de ser crítics amb la pretesa liberalització, perquè com a petició de principi és vàlida, però com a norma eficaç deixa molt a desitjar**, i per això la doctrina comenta que l'al·lusió al «marc» és una referència més estètica que pràctica.

2. L'escriptura pública i la inscripció del contracte

La forma del contracte d'arrendament està regulada a l'art. 37. El criteri legal és el civil de llibertat de forma, si bé les parts es poden compel·lir a una forma escrita. Per descomptat, és d'aplicació l'art. 1280 CC, com a norma d'abast general en el Dret patrimonial espanyol.

La reforma no modifica l'art. 37 ni el principi de voluntarietat en la inscripció al Registre de la Propietat. La formalització i inscripció queden regulades per la Llei Hipotecària i pel Reial Decret 297/1996, de 23 de febrer (d'ara endavant, RD). Aquest RD ha tingut —com és conegut per notaris i registradors— poca o cap eficàcia pràctica amb vista a inscriure al Registre els contractes d'arrendament. A aquest RD es refereix la DF 2a, que es refereix específicament a la formalització i inscripció al Registre de la Propietat dels contractes d'arrendaments urbans. Segons aquesta DF 2a, el Govern té un termini de sis mesos des de l'entrada en vigor de la Llei (el 6 de juny) per adaptar la regulació continguda al RD sobre la inscripció al Registre dels contractes d'arrendament. **L'encàrrec legislatiu té com a missió adaptar la regulació continguda en la Llei al RD.** Concretament, determina dos punts de singular atenció: un, el relatiu a les condicions de cancel·lació de la inscripció dels arrendaments —s'estudia en el punt següent—, i

dos, la modificació dels aranzels notariais i registrals aplicables.

Es tracta de flexibilitzar el règim de l'arrendament per acomodar-lo a les actuals circumstàncies del mercat i, d'altra banda, es pretén donar una major seguretat jurídica a la relació arrendatícia

La intenció del legislador sembla clara. **Es tracta de flexibilitzar el règim de l'arrendament per acomodar-lo a les actuals circumstàncies del mercat i, d'altra banda, es pretén donar una major seguretat jurídica a la relació arrendatícia.** I en aquesta matèria, la de la seguretat jurídica, el mateix text normatiu reconeix que el nostre sistema de protecció dels drets de propietat i del dret constitucional d'accés a un habitatge tenen molt a veure amb les funcions notarial i registral. Aquesta intervenció conjunta dotarà el contracte d'arrendament i les relacions entre propietari i arrendatari d'un marc estable i alhora flexible, i aquest sembla ser el motiu o fonament de la delegació legislativa.

El mandat de la DF 2a suposa una crida a que aquest procés es formalitzi amb un cost econòmic acceptable per a l'arrendador i per a l'arrendatari, però sense minva de la garantia i la seguretat que el sistema de seguretat preventiva espanyol proporciona.

Els requisits per inscriure els contractes d'arrendament amb les seves pròrrogues o modificacions són els següents:

- a) **Escriptura pública o d'elevació a públic del contracte privat d'arrendament** (art. 2 RD). El Notari haurà d'identificar i enjudiciar la capacitat dels atorgants i valorar la suficiència de la representació de les persones jurídiques intervinents.
- b) La **descripció de la finca** amb les dades que exigeix l'art. 3 RD.
- c) La **constància de la durada, renda inicial del contracte i altres clàusules** que les parts haguessin estipulat lliurement (art. 4 RD).
- d) La **liquidació del contracte dels impostos** que corresponguin (art. 254 LH).



3. La cancel·lació del contracte d'arrendament i la nova resolució per impagament de la renda

Sense perjudici que aquest és un dels punts que seran objecte de modificació, segons la DF 2a, crec que pot ser molt útil recordar el règim vigent.

Em centro en els **supòsits més habituals** d'extinció del contracte, és a dir, el **venciment del termini, com també la resolució del contracte per impagament de la renda** i el conseqüent llançament.

En els supòsits de **venciment** per transcur del termini pactat o del termini legal, el RD exigeix al Registrador, per cancel·lar d'ofici la inscripció de l'arrendament, el pas d'un termini de vuit anys des del venciment del contracte i de les seves pròrrogues. Amb anterioritat, la inscripció del contracte pot ser cancel·lada si s'aporta còpia de l'acta notarial acreditativa de la notificació de l'arrendador o de l'arrendatari indicant la voluntat de donar per conclòs el contracte (art. 7 RD).

En els casos de **resolució del contracte** d'arrendament per impagament, la qüestió és més complexa. El RD no diu res sobre la cancel·lació per resolució judicial per impagament de la renda. S'exigeix, en aquest cas, la inscripció de la sentència judicial que decreti la resolució del contracte i la inscripció d'aquesta amb el corresponent manament al Registre de la Propietat. No hi ha dubte que aquest sistema és segur, però enrevessat i fins i tot llarg. A més, encara queda pendent el llançament de l'inquilí o desnonament. No obstant això, el RD no s'ocupa d'aquest tema.

La reforma de la Llei d'Arrendaments Urbans intenta posar fre al problema que les resolucions judicials dels contractes plantegen amb un nou procediment. A l'art. 27 LAU, rubricat «*incompliment d'obligacions*», se li ha afegit un punt 4 que estableix un sistema nou per aconseguir la cancel·lació registral per impagament dels arrendaments inscrits. La reforma de l'art. 27 LAU suposa un esforç del legislador per dotar d'eficàcia la resolució de l'arrendament en cas d'impagament de la renda contractual. Una altra cosa és que la reforma hagi aconseguit resoldre el greu problema d'obtenir una resolució ràpida i eficaç dels contractes d'arrendament davant l'impagament de l'arrendatari.

El nou apt. 4 de l'art. 27 LAU es refereix a la **resolució del contracte d'arrendament inscrit per impagament de renda** i estableix un procés de resolució aparentment àgil. El supòsit exigeix els següents **requisits**:

- i) Que l'arrendament estigui **inscrit al Registre de la Propietat**.
- ii) Que consti en el **contracte una estipulació o clàusula expressa que l'arrendament podrà quedar resolt per falta de pagament de la renda** i indicació del procés a seguir per obtenir aquesta resolució.
- iii) **Requeriment judicial o notarial a l'arrendatari**, en el domicili designat a la inscripció, **instant-lo al pagament** o compliment.
- iv) **Falta de contestació al requeriment en el termini dels deu dies hàbils següents**, o bé en què l'arrendatari contesti acceptant la resolució pel mateix mitjà judicial o notarial.

El procés —que recorda la notificació de resolució del contracte de compravenda prevista a l'art. 1504 CC— **no preveu que succeeixi si l'inquilí s'hi oposa**. La Llei no va més enllà. Hagués estat lògic —i aquesta omisió pot condemnar aquesta reforma a la ineficàcia— que l'inquilí pogués oposar-se al pagament o la consignació. La Llei no diu res sobre aquest tema. Per això, cal entendre que si l'arrendatari s'hi oposa al·legant qualsevol causa, com el pagament, la novació o la compensació, no serà possible la resolució del contracte. En aquest cas, ens trobarem davant d'un supòsit semblant al de la reinscripció a favor del venedor de les compres resoltes per impagament del comprador. En aquests casos, la doctrina de la Direcció General dels Registres i del Notariat i la jurisprudència del Tribunal Suprem sobre la voluntat deliberadament rebel al compliment per part del deutor poden condemnar el procediment de l'art. 27.4 LAU a la ineficàcia. Aquesta ha estat la condemna de les condicions resolutòries explícites i implícites avui pràcticament en desús per efecte de les jurisprudències abans esmentades.

N'hi haurà prou per paralitzar la cancel·lació de l'arrendament en el Registre que l'arrendatari al·legui que ja va pagar, que va arribar a una transacció o a un nou

acord amb l'arrendador o qualsevol altra excusa jurídica raonable per tal que no es cancel·li l'arrendament.

En cas que l'arrendatari no s'hi oposi —o hagi acceptat—, i a més es compleixin els requisits establerts, l'efecte de l'art. 27.4 LAU és la **resolució del contracte d'arrendament i la cancel·lació de la inscripció de l'arrendament**, per a la qual cosa s'exigeixen els següents **requisits**:

- i) Aportar el títol o document inscrit al Registre de la Propietat.
- ii) **Aportar la còpia de l'acta de requeriment o el testimoni de la interlocutòria judicial de requeriment**, com també la **diligència que l'arrendament no s'ha oposat a la resolució** o ha acceptat la resolució de ple dret.

Un cop complerts aquests requisits, es practicarà la cancel·lació de la inscripció de l'arrendament al Registre.

El nou procés de resolució per impagament s'estavellarà contra la dura realitat de l'arrendatari que no paga i que s'hi oposa per qualsevol causa jurídica raonable un cop estigui degudament assessorat

La Llei arriba on pot arribar, però, sens dubte, la realitat civil i processal és més complexa que la registral. Tal com hem apuntat, **el nou procés de resolució per impagament s'estavellarà contra la dura realitat de l'arrendatari que no paga i que s'hi oposa per qualsevol causa jurídica raonable un cop estigui degudament assessorat**. Amb aquestes perspectives, els arrendadors individuals difícilment posaran en marxa aquest procediment. En canvi, pot ser d'utilitat quan es comprin, per part de societats o fons d'inversió, grans quantitats de pisos —qüestió que avui no sembla infreqüent. Si existeixen finques teòricament ocupades per arrendataris però buides a la pràctica, el requeriment notarial pot servir per exercitar el procés de resolució contractual, ja que la propietat no tindrà oposició. L'arrendatari estarà desaparegut.

La qüestió a resoldre per part dels notaris és com fer la notificació en

aquests casos de pisos buits. El supòsit és: requeriment de pagament i amenaça de resolució contractual en una finca inscrita on l'inquilí està desaparegut i el pis, tancat. El problema és: quan s'entén efectuat el requeriment? L'art. 7 RD exigeix que el Notari faci la notificació personalment, i es remet a l'art. 202 RN pel que fa als detalls. En cas que la finca estigui deshabitada, el Notari només pot fer la notificació al porter, segons l'última reforma de l'art. 202 RN. Si la finca no té porter, ha de remetre la cèdula per correu certificat amb acusament de recepció i atènyer-se al que assenyala el RD 1829/1999, de 3 de desembre, pel qual s'aprova el Reglament de Serveis Postals.

La reforma ha de donar al Notari l'autoritat i els mitjans per tal que les notificacions es puguin realitzar de manera eficaç

Particularment, trobo a faltar la notificació «*al veí amb casa oberta*», que resolva molts problemes de notificació. Penso que la reforma del RD pot ser una magnífica ocasió per dotar d'eficàcia la notificació notarial en els casos en què sembli notori que la finca està deshabitada i el Notari n'estigui convençut. El fons de la qüestió, a parer meu, és ben simple. **La protecció de la llibertat contractual i els drets constitucionals no poden ser interpretats de tal manera que els processos de cobrament del crèdit s'entorpeixin amb facilitat i això comporti greus perjudicis a la seguretat efectiva i, per tant, a l'economia nacional.** Penso que **la reforma ha de donar al Notari l'autoritat i els mitjans per tal que les notificacions es puguin realitzar de manera eficaç.** En cas contrari, la reforma, que ja té les seves debilitats, està tocada de mort. I aquest cop la mort arribarà per la picaresca nacional. La reforma podria incorporar la jurisprudència del Tribunal Suprem sobre l'art. 1262 —cruïlla d'oferta i acceptació (per totes les STS, Sala 1a, 10 de setembre de 2010)— sobre la denominada *teoria de la recepció*. Així, la notificació quedaria vàlidament efectuada si aquesta arriba al cercle d'interès de l'ofertant. Un altre aspecte a aprofundir serà la possibilitat que el Notari notifiqui a l'adreça electrònica que consti

al contracte mitjançant la plataforma de signatura electrònica avançada notarial.

Un cop resol el contracte i cancel·lat el dret inscrit, el propietari haurà d'instar un procés judicial per recuperar la possessió de l'habitatge o bé arribar a un acord amb el posseïdor. Cal recordar que, un cop resol el contracte d'arrendament, ja no hi ha obligació de pagar la renda i l'arrendador passa a ser un mer detentor de la possessió de la finca inscrita. El propietari podrà instar un procés de precari per mitjà d'un judici declaratiu verbal i altres processos, fins i tot el de l'art. 41 LH.

4. Durada i desistiment del contracte

La durada del contracte serà la pactada per les parts, si bé hi ha una durada mínima, subjecta a pròrroga mínima de tres anys obligatòria per al propietari. La Llei redueix la durada mínima per al propietari de cinc a tres anys, a fi de flexibilitzar el contracte i ajustar-lo al mercat per fer més atractius els habitatges a lloguer. Un cop transcorreguts els tres anys, l'arrendatari té dret legal a una altra pròrroga. El terme *pròrroga tàcita* passa de tres anys a un any, amb la nova regulació. Però la reforma no dóna resposta a un problema plantejat quan finalitza la pròrroga tàcita sense expressa resolució del contracte. Es pot sostenir que entrariem en la figura d'una tàcita reconducció (1576), o bé operaria una nova pròrroga legal (*ex art. 10*), segons l'anomenada *teoria de la pròrroga tàcita successiva* o *teoria de la pròrroga tàcita única*. [Nota: en aquest cas, estem davant d'un nou contracte (jurisprudència del Tribunal Suprem), amb les conseqüències en matèria de fiança i garanties que això comporta.]

Amb aquesta reforma, el contracte de l'inquilinat segueix la línia ja empresa amb el Reial Decret Llei Boyer, en aquell llunyà 1985, i la més propera Llei d'Arrendaments Urbans de 1994, en fer més desitjable i versàtil un element tan important del contracte com és el temps.

Segueix vigent la regla que **els contractes en què no s'hagi estipulat el termini o aquest quedi indeterminat s'entenen formalitzats pel termini d'un any.** En aquest supòsit concret, l'arrendatari continua tenint el dret de pròrroga fins als tres anys i la pròrroga tàcita d'un any.

El desistiment del contracte pateix una lleugera reforma. **El termini a partir del qual és legal el desistiment passa d'un any a sis mesos** (art. 11). **La comunicació a l'arrendador passa de tenir una anterioritat de dos mesos a trenta dies.** Es mantén la possibilitat de pactar una indemnització. A parer meu, i atesa la llibertat general de pacte, el límit legal —una mensualitat de renda per any— és dispositiu.

5. La Llei introdueix coherència amb els principis registrals

La Llei acull els dos pilars de seguretat jurídica privada: **la protecció registral i la documentació autèntica** (DF 2a en relació amb el RD). En primer lloc, s'introdueixen els mecanismes derivats de la mateixa dinàmica del Registre de la Propietat i, en segon lloc, les formes d'accés al Registre dels títols o contractes d'arrendament.

Diu l'Exposició de Motius: «*Que els arrendaments no inscrits sobre finques urbanes no poden tenir efectes davant de tercers adquirents que inscriguin el seu dret, i [...] que el tercer adquirent d'un habitatge que reuneixi els requisits exigits per l'article 34 de la Llei Hipotecària no pugui resultar perjudicat per l'existència d'un arrendament no inscrit*».

La nova redacció s'ha de qualificar d'encertada en consagrar el principi registral d'inoponibilitat davant de tercer dels drets no inscrits que estableix l'art. 32 LH, com també la protecció registral del tercer que reuneixi els requisits de l'art. 34 LH

La reforma dedica a la protecció registral dos preceptes de la Llei d'Arrendaments Urbans: els art. 7.2 i 14.1. «*En tot cas, per tal que els arrendaments concertats sobre finques urbanes tinguin efecte davant de tercers que hagin inscrit el seu dret, aquests arrendaments s'hauran d'inscriure al Registre de Propietat*». L'art. 14.1 incorpora l'art. 34 LH a la dinàmica dels arrendaments, i així l'adquirent d'una finca inscrita al Registre, si reuneix els requisits d'aquest art. 34, només quedarà afectat pels drets i les obligacions del transmissor si l'arrendament està inscrit.



Amb la llei anterior, els principis registrals quedaven vulnerats en concedir-se als arrendaments no inscrits efectes fins i tot davant de tercers registrals (Delgado Ramos). **La nova redacció s'ha de qualificar d'encertada en consagrar el principi registral d'inoponibilitat davant de tercer dels drets no inscrits que estableix l'art. 32 LH, com també la protecció registral del tercer que reuneixi els requisits de l'art. 34 LH.**

a) Oponibilitat i protecció de l'arrendament inscrit

El règim dels arrendaments **diferencia**, després d'aquesta important reforma, **entre els arrendaments inscrits i els no inscrits al Registre de la Propietat.**

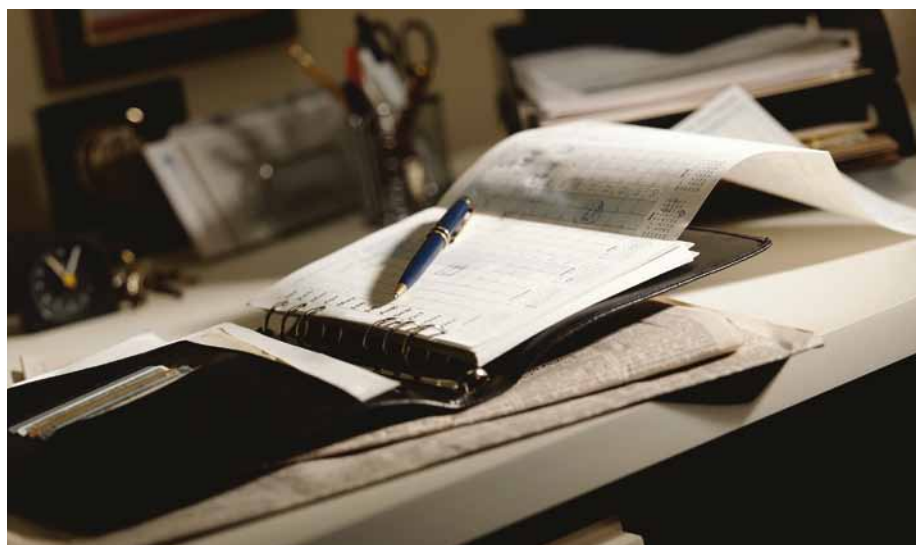
Un cop inscrit el contracte d'arrendament, el dret de pròrroga legal i la pròrroga anual «s'imposaran en relació amb terrenys adquirents que reuneixin les condicions de l'article 34 de la LH» (art. 10.2 LAU). L'arrendament inscrit és oposable a tercers, com qualsevol dret inscrit, i gaudeix de la protecció que el Registre estableix d'acord amb els principis hipotecaris —en aquest cas, el que garanteix el dret i la durada davant d'aquells que ataquin l'arrendament inscrit. Si el dret del propietari és resolt, l'arrendament inscrit no quedarà afectat per aquesta resolució.

Entenc que el comprador amb dret inscrit té dret a que finalitzi el contracte d'arrendament d'una finca no inscrita amb l'única excepció dels tres anys de durada legal i necessària, i sempre que l'inquil·li sigui de bona fe.

Els arrendaments inscrits tenen els efectes propis dels drets registrats. En allò que ens incumbeix, són publicats i, per tant, oposables a tercers. Aquesta garantia i protecció que el Registre aporta s'explicita a l'art. 13.1 de la reformada LAU.

b) Alienació de l'habitatge arrendat

La Llei distingeix entre finques inscrites i no inscrites. L'adquirent d'una finca inscrita arrendada com a habitatge que reuneixi els requisits exigits per l'art. 34 LH només quedarà subrogat en els drets i les obligacions de l'arrendador si l'arrendament es trobés inscrit amb anterioritat (art. 14.1). L'adquirent d'habitatge



queda plenament protegit davant de l'arrendatari el dret del qual no consta inscrit. **El punt més complex a dilucidar és el referent a la bona fe.** Es pot pensar que la referència a l'art. 34 LH exigeix la bona fe. No obstant això, l'art. 14.1 es remet als art. 7 i 10 de la Llei reformada. En conseqüència, entenc que allò inscrit —és a dir, l'adquisició del tercer protegit— preval «en tot cas» (art. 7.1) sobre allò no inscrit, i aquí no hi juga cap paper la bona fe. No obstant això, cal reconèixer que l'exigència de bona fe pot ser discutida. Segons els art. 32 i 34 LH, es planteja en el nostre cas un dubte legítim. Un important sector doctrinal (Díez Picazo) exigeix la bona fe i consideraria el comprador com un tercer hipotecari, a qui afectaria, per tant, la possessió de l'arrendatari i la seva protecció civil de cara a exigir la bona fe.

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

Si la finca no es troba inscrita, el règim és de l'art. 1571 CC («venda treu renda»). Si l'adquirent utilitza el seu dret de resoldre l'arrendament, l'arrendatari pot exigir un termini de gràcia de tres mesos a comptar des que l'adquirent li notifiqui de manera fefaent el seu propòsit (art. 14.2).

c) Resolució del dret de l'arrendador

La Llei d'Arrendaments Urbans preveu la **resolució o pèrdua del dret de l'arrendador per l'exercici d'un retracte convencional, l'obertura d'una substitució fideicomissària, l'alienació forçosa derivada d'una execució hipotecària o una sentència judicial o l'exercici d'un dret d'opció de compra.** En aquests casos, quin efecte té la resolució del dret —generalment, de propietat— sobre el contracte d'arrendament? Es produeix la resolució de l'arrendament en tots els casos, a diferència de la norma reformada, que permetia la durada del contracte durant el termini mínim legal —de cinc anys, abans de la reforma—, amb la condició que la finca consti inscrita. L'execució hipotecària d'una finca permetrà al més-dient d'aquesta la resolució del contracte. Sempre? Només hi ha dues excepcions: la primera, aquells supòsits en què el contracte d'arrendament consti inscrit al Registre. En aquest cas, s'aplicaran els principis registrals de *prior tempore*. Si l'arrendament està inscrit abans de la hipoteca, no es resoldrà; en cas contrari, sí. La segona excepció es troba en les finques no inscrites. L'arrendament es mantindrà durant el termini mínim legal de tres anys, si l'arrendatari va actuar de bona fe i va concertar l'arrendament amb qui apareixia com a propietari (art. 9.4). En aquest cas, la bona fe s'entén de manera subjectiva, en exigir-se que el contracte s'efectuï amb «la persona que sembli ser propietària en virtut d'un estat de coses la creació de les quals sigui imputable al verdader propietari» (art. 9.4 en relació amb l'art. 13.1).



La importància d'aquesta norma de cara al futur —recordem que no té efecte retroactiu— és indubtable. **Els arrendaments de certa durada seran considerats com unes autèntiques càrregues per i per als propietaris.** Les entitats financeres i els creditors, quan consultin el Registre i constatin que existeixen arrendaments inscrits, n'exigiran la cancel·lació. **La norma pot significar una gran protecció per als arrendataris de llarga durada en detriment del propietari.**

6. Reformes de la renda contractual

Mereix aprovació la petita reforma en matèria de renda contractual (art. 17). **Amb la reforma, es pot reemplaçar totalment o parcialment la renda pel compromís de l'arrendatari de reformar o rehabilitar l'immoble en els termes i condicions pactats.**

En matèria de renda contractual, **una altra reforma és la referent a la indexació de les rendes a l'índex de preus al consum.** A partir de la reforma, la renda s'actualitzarà anualment en els termes pactats per les parts. **Aquesta matèria queda absolutament liberalitzada i el sistema d'augment queda a la llibertat de les parts.**

7. El dret del retracte

Tot té el seu final. Aquesta Llei passarà a la història per ser la que **elimina de fet el retracte legal a favor de l'inquilí.** L'art. 8 de l'art. 25 LAU es reforma amb un lacònic: *«No obstant allò establert en els apartats anteriors, les parts podran pactar la renúncia de l'arrendatari al dret d'adquisició preferent».* Finalitza per la via del pacte quasi un segle de retracte legal arrendatíci que avui no era més que una traba al lliure comerç. Però la mort del retracte serà lenta, ja que **s'obliga a l'arrendador** —«haurà», diu la Llei— **a comunicar a l'arrendatari la seva intenció de vendre l'habitatge amb una antelació mínima de trenta dies a la data de formalització del contracte de compravenda.**

Sembla que la intenció és donar-li una última oportunitat a l'arrendatari perquè inscriu el contracte, ja que *«venda treu renda»*. La seva utilitat pràctica serà més que discutible.

8. Notificacions i comunicacions

La Llei d'Arrendaments Urbans **distingeix entre comunicacions, notificacions escrites i notificacions fefaents.** Amb la reforma, l'art. 4.6 LAU permet al propietari i l'arrendatari assenyalar una adreça electrònica als efectes que s'hi puguin realitzar les notificacions que la Llei preveu. Aquesta adreça electrònica ha de tenir una sèrie de condicions que es compleixen amb la signatura electrònica avançada, ja que s'exigeix que es garanteixi l'autenticitat de la comunicació i del seu contingut. També cal que quedi constància fefaent de la remissió i la recepció íntegres i del moment en què es van fer.

En els supòsits en què el propietari i l'arrendatari tinguin un sistema de signatura electrònica avançat, podran efectuar totes les notificacions a les quals fa al·lusió la Llei

En els supòsits en què el propietari i l'arrendatari tinguin un sistema de signatura electrònica avançat, podran efectuar totes les notificacions a les quals fa al·lusió la Llei.

En aquells supòsits en què això no sigui així, cal atènyer-se a cada supòsit per conèixer quin és el nivell de comunicació/notificació que es requereix. La Llei no és exacta ni precisa en la utilització dels termes. Un exemple el trobem a l'art. 9.3 reformat. Segons aquest precepte, s'exigeix del propietari comunicar a l'arrendatari *«que té necessitat de l'habitatge arrendat per destinar-lo a habitatge permanent per a si mateix o per als seus familiars»*. Tot i que la Llei no exigeix cap tipus de fefaença a aquesta comunicació, de fet serà necessari conèixer la data exacta de la notificació, ja que la comunicació s'ha de fer en un termini de dos mesos abans de la data en què es necessitarà l'habitatge. A més, la transcendència de l'acte imposa una fefaença. Entenc que no estem davant d'una mera comunicació, sinó davant d'una notificació que ha de ser fefaent, almenys, pel que fa a la data.

El mateix problema —meres comunicacions de les quals depenen dates per exercitar drets— el trobem a l'art. 11 amb relació al desistiment contractual de

l'arrendatari o la comunicació del cònjuge de continuar ocupant l'habitatge en els casos de divorci, nul·litat o separació del cònjuge titular del dret arrendatíci.

En canvi, en altres preceptes no vinculats a dates de les quals en depengui l'eficàcia en l'exercici dels drets, la mera comunicació no ha de ser fefaent. Aquest és el cas de l'art. 21.3, que permet a l'arrendatari fer obres de reparació urgents a l'habitatge i exigir-ne l'import a l'arrendador.

Per la seva transcendència en la tasca dels notaris, **destaca la comunicació a l'arrendatari en aquells supòsits de renúncia pactada al dret d'adquisició preferent.** En aquests supòsits, l'art. 25.8 obliga l'arrendador *«a comunicar a l'arrendatari la seva intenció de vendre l'habitatge amb una antelació mínima de trenta dies a la data de formalització del contracte de compravenda»*. No estam davant d'una mera comunicació, sinó davant d'una **notificació d'una voluntat no receptícia que sembla que té l'objecte d'alertar l'arrendatari perquè inscriu el seu dret d'arrendament al Registre de Propietat i pugui obtenir la garantia** que aquesta inscripció donarà al seu dret d'arrendament respecte del comprador de l'habitatge.

La Llei —sense que hi veiem justificació— exigeix, en altres supòsits, la notificació. Algunes vegades, la mera notificació (arts. 10.1 i 15.2); i d'altres, la notificació escrita (art. 12.3, 16.3, 18.2, 19.3, 22.2 i 24.1), i, finalment, la notificació fefaent (art. 14.2, 25.2 i 27.4; en aquest cas, es tracta d'un requeriment judicial o notarial). Fins aquí es pot afirmar que **la utilització de les paraules comunicació i notificació en el text no resulta clara.** En alguns casos, és equivalent (art. 15.2). No obstant això, quan aquesta comunicació o notificació és el punt de partida d'un termini o fixa una data per exercitar un determinat dret, la comunicació o notificació ha de deixar un rastre, una prova. En cas contrari, el perjudicat pot argüir fàcilment que no ha estat notificat dins del termini. En última instància, és un problema de prova que valoraran els tribunals d'acord amb les regles de la sana crítica. La prudència obliga que aquestes comunicacions siguin realitzades de manera i forma fefaents.



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 a decorative cup.

«La funció notarial és indispensable i essencial en la nostra societat»

Roser Bach fabregó

Directora de l'Escola Judicial

AUTORA: Sandra Purroy

FOTOGRAFIES: Montserrat Fontich

Roser Bach Fabregó (Barcelona, 1964) es llicencià en Dret per la Universitat de Barcelona l'any 1987 i ingressà a la carrera judicial l'any 1989. Els seus primers destins foren els Jutjats de Primera Instància i Instrucció de Gavà i Sant Feliu de Llobregat. Va ascendir a Magistrada el 1992 i va desenvolupar funcions als Jutjats de Vigilància Penitenciària de Lleida i l'Hospitalet de Llobregat. Actualment és Magistrada de l'Audiència Provincial de Barcelona.

Ha exercit la funció docent en nombrosos cursos i conferències, i també és autora de diverses publicacions. L'any 2005 inicià la seva tasca com a coordinadora del programa per a la preparació d'opositors a Jutge, Fiscal i Secretari Judicial al Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada, d'on l'any 2009 fou designada Directora. Des del juny de 2011, és Directora de l'Escola Judicial.



Entrevistes

P: Ara fa tot just dos anys que dirigeix l'Escola Judicial. Quins han estat els principals objectius assolits?

R: La idea d'aquests dos anys ha estat, fonamentalment, mantenir i incrementar la qualitat de la formació amb dues promocions especialment nombroses, de 234 i 204 jutges en pràctiques, la qual cosa ha suposat un esforç molt important per a totes les persones que formem l'Escola Judicial. Crec que en aquest moment estem finalitzant un procés d'innovació en la formació judicial que es va iniciar amb la posada en marxa de l'Escola i que va suposar definir un nou model formatiu.

P: En aquest moment parlem de la setzena promoció. Això vol dir que l'Escola Judicial està plenament consolidada i que s'obren nous reptes?

R: Crec que, efectivament, l'Escola Judicial ja està plenament consolidada com a institució. Pensem que, en aquest moment, més de la meitat de la carrera judicial ha fet la formació inicial a l'Escola Judicial de Barcelona. Però el més important és que el nostre model formatiu també està plenament consolidat, i podem dir que és un referent tant en l'àmbit europeu com en l'iberoamericà. És un model d'alta qualitat que es troba en els estàndards del model europeu de formació judicial.

Tenim una ràtio de jutges molt per sota de la mitjana a Europa

P: Quins són els reptes de futur?

R: Els reptes de futur passen necessàriament pel manteniment d'aquest model formatiu i per reforçar la idea que una formació excel·lent és garantia d'una millor Justícia i, per tant, de la prestació d'un millor servei públic. L'exigència de formació no és una necessitat de caràcter corporatiu, sinó que és un dret de la societat: el dret a tenir jutges i magistrats amb una formació excel·lent i amb capacitat de donar resposta als conflictes que se'ls plantegen.

P: Quines són les característiques fonamentals i imprescindibles per ser un bon Jutge?

R: Des del punt de vista de la formació, pensem que el Jutge ha de tenir una gran preparació jurídica, tant substantiva com processal. No obstant això, també està clar que aquesta preparació no és suficient. A l'Escola Judicial, en els darrers anys, hem fet l'esforç d'orientar-nos, precisament, a determinar quines són les competències necessàries per a un adequat exercici de la funció jurisdiccional. Així, juntament amb el coneixement del Dret, hem determinat altres competències que són igual de rellevants, com ara les competències analítiques i argumentatives, les relacionals, les funcionals i, especialment, les personals o ètiques, que fan referència a aquells valors que el Jutge necessàriament ha d'interioritzar i que han de guiar la seva actuació, i que, en definitiva, es corresponen amb els principis que incorpora la Constitució.

P: Com valora el nivell de la Judicatura al nostre país en relació amb altres països del nostre entorn? I en el marc formatiu?

R: El nivell de la Judicatura al nostre país és molt alt, tant si ho mesurem en termes absoluts com en relació amb els països del nostre entorn. Penso que tenim jutges i magistrats excel·lentment formats no només en el vessant de la formació inicial, sinó també en el de la formació contínua, és a dir, la formació del Jutge al llarg de la seva carrera professional. La formació contínua és imprescindible per l'actualització, l'aprofundiment en determinades matèries i l'especialització. En el nostre model, aquesta formació no té caràcter obligatori, però la gran majoria de la carrera judicial hi participa, i aquest compromís dels jutges amb la formació és la garantia d'un gran nivell de professionalitat.

P: Existeix l'etern debat obert sobre fins a quin punt hi ha objectivitat i independència. Són possibles en l'àmbit judicial?

R: La independència no només és possible, sinó que és un valor essencial per a un Estat democràtic i de Dret com el nostre, i és un valor consubstanci-

al al Poder Judicial. Però també cal deixar clar que no és un privilegi corporatiu dels jutges, sinó que és un valor constitucional que es justifica per les finalitats que pretén: l'exclusivitat de la funció judicial en un marc de garantia de separació de poders i l'exercici d'aquesta funció d'acord amb l'ordenament jurídic.

La reforma del Consell General del Poder Judicial és preocupant en tant que suposa una limitació important del mateix Consell

P: Actualment, l'Escola Judicial depèn del Consell General del Poder Judicial, un fet que a la vegada en garanteix la independència. Com valora el recentment aprovat projecte de reforma del Consell General del Poder Judicial?

R: Efectivament, el fet que l'Escola Judicial sigui un òrgan del Consell General del Poder Judicial en garanteix la independència. I aquest punt no es veu afectat pel projecte de reforma del Consell General. No obstant això, crec que aquesta reforma és preocupant en tant que suposa una limitació important del mateix Consell. Aquesta limitació ve determinada per la nova configuració que se li dona a aquest òrgan constitucional, per les modificacions que opera en la designació dels vocals, per les noves fórmules de funcionament i per una clara minva en les seves competències. I tot això, en definitiva, pot posar en dubte de manera notable la funció essencial que té assignada pel text constitucional, que és la de vetllar per la independència del Poder Judicial.

P: Fa uns anys, l'Escola va introduir el mètode del cas, que va suposar un canvi important en la formació dels futurs jutges. Creu que actualment la formació pràctica i la teòrica tenen cada una el pes que li correspon per garantir la millor formació? Tenim el model de formació —i el model de Jutge— que necessitem?

R: Crec que sí, que, efectivament, disposem del temps i de les eines



necessàries per garantir una molt bona formació. El curs de formació inicial que impartim a l'Escola Judicial als jutges en pràctiques, que s'incorporen una vegada han superat el procés selectiu d'oposició, s'estructura en dues fases diferenciades. La primera, d'estada a l'Escola, l'anomenem *teoricopràctica*, i en aquesta s'imparteix docència teòrica, però sempre enfocada a la pràctica jurisdiccional. Efectivament, el mètode del cas és la peça angular sobre la qual pivota la docència, ja que es tracta d'una metodologia formativa absolutament contrastada i facilita enormement l'aprenentatge de l'aplicació pràctica del Dret. La segona fase consisteix en la realització de funcions judicials com a Jutge adjunt sota la supervisió d'un Magistrat tutor, i això ja suposa la plena immersió en la pràctica jurisdiccional. En aquest moment, la primera fase té una durada de nou mesos i la segona, de sis, i realment crec que el temps és suficient per dur a terme una adequada formació que combini la part teòrica amb la pràctica.

P: Com s'ha adaptat la formació dels jutges a un món cada cop més globalitzat, més tecnificat i amb noves problemàtiques socials?

R: La funció judicial en la societat actual es realitza en un context d'una enorme complexitat. Aquesta complexitat ve donada per diversos factors: per l'efecte de la globalització i els enormes canvis socials i econòmics que ha provocat i la transcendència que aquests han tingut en el món del Dret i la Justícia; per la greu crisi econòmica que patim, que ha posat de manifest problemàtiques desconegudes fins ara, i també per la creixent importància del paper assignat als jutges. Aquesta dificultat en la funció jurisdiccional porta al primer pla la formació dels jutges, en la mesura que sobre el Jutge del present i del futur pesen més requeriments formatius, ja que s'ha d'enfrontar a noves problemàtiques i a uns escenaris més complexos. A l'Escola Judicial som plenament conscients d'aquestes necessitats i l'adaptació a les noves circumstàncies és constant, de manera que incorporem noves temàtiques de coneixement i també noves metodologies que ajudin a fer possible aquest canvi.

P: Què aporta la formació judicial internacional, concretament, els programes d'intercanvi que es fan des de l'Escola?

R: En l'actualitat, la formació internacional és essencial, i la nostra formació té una evident projecció internacional. I quan parlem de *projecció internacional* no ens referim només al fet que els nostres plans formatius inclouen l'estudi del Dret internacional i el coneixement dels instruments i mecanismes de cooperació judicial internacional. Quan parlem de *projecció internacional* ens referim a una formació que tingui en compte que actualment el Jutge realitza la seva funció en un entorn globalitzat. Per tant, en aquest moment, la funció jurisdiccional té un evident caràcter transnacional. Així, el Jutge espanyol, en aquest moment, és també Jutge comunitari, en tant que aplica de manera quotidiana el Dret de la Unió Europea, tant l'original com el derivat. D'altra banda, les relacions comercials transnacionals i la circulació global de les persones en l'àmbit mundial determinen que la funció judicial hagi deixat de ser local.

P: Quin pes té l'Escola en el marc de les xarxes europees de formació? I en l'àmbit virtual o iberoamericà?

R: L'Escola Judicial és membre actiu de la Xarxa Europea de Formació Judicial, que comprèn els instituts de for-

mació encarregats de formar els jutges i fiscals als països de la Unió Europea. També som membres de la Xarxa de Lisboa del Consell d'Europa, de la Xarxa Euroàrab de Formació Judicial i de la Xarxa Iberoamericana d'Escoles Judicials. La pertinença a aquestes xarxes ens permet dissenyar i realitzar programes conjunts amb formadors i participants plurinacionals, investigar i desenvolupar activitats de formació per a formadors i, en definitiva, ens enriqueix a l'hora d'elaborar el pla anual i incorporar noves metodologies.

Pel que fa a la formació inicial, voldria destacar el programa d'intercanvi d'alumnes d'escoles judicials que té lloc cada any i que està finançat per la Comissió Europea. Un grup dels nostres alumnes acudeix durant una setmana a compartir docència a una altra escola europea —França, Polònia, Itàlia, Portugal, etc.—, i nosaltres també rebem, durant una altra setmana, alumnes de diferents països. Així mateix, realitzem intercanvis de jutges i magistrats ja en exercici professional amb altres països per un espai de dues setmanes. Els intercanvis judicials són una activitat que augmenta la confiança mútua entre autoritats judicials, la qual cosa redueix en benefici d'una millor cooperació civil i penal en l'àmbit internacional.

Finalment, voldria remarcar que l'Escola Judicial és pionera en la formació virtual sobre Dret europeu: obrim nous programes en diverses llengües a la participació de jutges europeus i, afortunadament, aquests programes han obtingut una molt bona valoració per part de la Comissió Europea, fet que ens ha permès d'obtenir finançament. En l'àmbit iberoamericà, l'Escola també contribueix a l'elaboració de programes de formació tant per a formadors com per a jutges iberoamericans.

P: La promoció actual compta amb força menys alumnes que les anteriors. Com valora aquest fet?

R: La valoració és necessàriament negativa. Encara que tots plegats som conscients de les dificultats econòmiques que vivim en aquest moment, les quals, lògicament, comporten importants restriccions en tots els sectors de l'Administració pública, penso que en l'àmbit de la Justícia s'hauria de fer un esforç, atès que les insuficiències són importants. En





Entrevistes

concret, pel que fa al nombre de jutges, tenim una ràtio molt per sota de la mitjana a Europa, que se situa al voltant dels 24,5 jutges per cada 100.000 habitants, mentre que a l'Estat espanyol no arriba als 10. Per tant, la convocatòria de 50 places, de les quals 35 són de la carrera judicial i 15, de la carrera fiscal, és clarament insuficient. Esperem que la propera convocatòria sigui més àmplia i doni resposta a les necessitats actuals.

P: Les noves promocions cada vegada tenen una major presència de dones. A què creu que es deu aquest procés de feminització de la Justícia?

R: És cert que en les darreres promocions la proporció de dones gira al voltant del 65 %. Jo crec que, més que parlar d'un procés de feminització de la Justícia, hem de parlar d'un procés de normalització de la posició de la dona a la societat que es concreta en molts àmbits. És un procés lògic en el camí cap a la igualtat entre homes i dones, i s'ha produït en les darreres dècades —tinguem en compte que fa quaranta anys les dones no podien accedir a la carrera judicial— amb una proporció superior de dones en les promocions dels últims anys, la qual cosa ha portat al fet que, en l'actualitat, a la carrera judicial ja hi hagi un major nombre de dones.

Les dificultats suposen ajornar novament una reforma en profunditat per dur a terme una autèntica modernització en l'àmbit de la Justícia

P: Com creu que està afectant la crisi al món de la Justícia? I, més concretament, a l'Escola Judicial?

R: El món de la Justícia, lògicament, no queda al marge de la greu crisi econòmica que pateix el nostre país des de fa uns anys, i ha vist un impacte molt directe: un increment significatiu de la litigiositat, especialment en els àmbits més relacionats amb les dificultats de caràcter econòmic: execucions hipotecàries, desnonaments, acomiadaments, etc. Però aquest increment no s'ha vist acompa-



nyat de noves dotacions personals i materials. Per tant, sí que hi ha una afectació molt directa en la Justícia, i encara té uns efectes més negatius que en altres àmbits de l'Administració pública, ja que l'Administració de Justícia parteix d'uns déficits estructurals que, des de fa anys, resten pendents d'abordar i resoldre. Aquestes dificultats suposen ajornar novament una reforma en profunditat per dur a terme una autèntica modernització en l'àmbit de la Justícia.

L'Escola Judicial, com a institució dependent del Consell General del Poder Judicial, ha estat sensible a les necessitats d'ajustos pressupostaris i ha fet un esforç important per tal de mantenir la mateixa activitat i els mateixos serveis.

P: Al nostre país, en l'actualitat, cada Jutge dicta prop de 350 sentències l'any, pràcticament una al dia. La quantitat va en perjudici de la qualitat?

R: Certament, l'índex de resolució dels nostres jutges és altíssim. Tot i això, gràcies a l'enorme esforç que estan realitzant, no crec que es pugui dir que aquests alts índexs vagin en perjudici de la qualitat de les resolucions. Aquest esforç comporta que les condicions de treball siguin més complicades i que l'exercici de la funció judicial es realitzi sota molta pressió, per la necessitat de donar respostes adequades i en un temps raonable a la gran quantitat d'assumptes que tenen els jutges diàriament sobre la taula. Però penso que els nostres jutges i

magistrats tenen el fort compromís amb la ciutadania de fer efectiu el dret constitucional a la tutela judicial. A més a més, crec que cal afirmar que en l'actualitat aquest dret fonamental està garantit, tot i les difícils condicions en les quals treballen no només els jutges, sinó tots els operadors jurídics.

L'índex de resolució dels nostres jutges és altíssim, però això no va en perjudici de la qualitat de les resolucions

P: Sovint, des de l'àmbit judicial, s'ha criticat el fet d'haver d'assumir determinades tasques o procediments que no necessàriament requereixen la intervenció d'un Jutge. En aquest sentit, tant des del Ministeri com des de la Conselleria de Justícia, s'aposta molt clarament per la jurisdicció voluntària amb l'objectiu de descol·lapsar la via judicial. Com valoro aquesta aposta?

R: Doncs la valoro de forma molt positiva. De fet, fa uns anys, des del Centre d'Estudis Jurídics del Departament de Justícia, vaig participar en una comissió que tenia per objecte l'estudi de la desjudicialització en l'àmbit civil i que partia de la base que cal diferenciar les actuacions en què necessàriament ha d'intervenir un Jutge, és a dir, les que tenen naturalesa jurisdiccional, de totes aquelles altres que tradicionalment realitzen els jutjats i tribunals, però que són alienes a la funció decisòria, que és l'estrictament jurisdiccional, de manera que han de ser assumides per altres operadors jurídics. En aquest sentit, en el document final de la comissió s'apostava per desjudicialitzar competències com ara la de publicació, la d'assessorament, la de fixació jurídica o la d'avinença. Crec que aquest és el camí que cal seguir no només per descongestionar l'Administració de Justícia, sinó també perquè és important retornar als ciutadans i a la societat civil la competència per a la resolució dels conflictes.

P: Quin paper creu que han de desenvolupar els mètodes alter-



natis de resolució de conflictes, com l'arbitratge o la mediació?

R: Crec que aquests mètodes alternatius han de desenvolupar un paper importantíssim en el futur, i el cert és que cada vegada tenen més rellevància. És necessari fer una Justícia preventiva i desjudicialitzar alguns conflictes que haurien de tenir solució per vies com ara l'arbitratge o la mediació. Dins dels diferents tipus de conflictes jurídics, podem distingir aquells que per la seva naturalesa s'adapten millor a una resposta donada a través de l'arbitratge o la mediació, que són sistemes dotats d'una major flexibilitat, de més celeritat i que permeten un major diàleg en comparació amb el procés formal judicial. Entre aquests sistemes alternatius, jo destacaria la mediació, com a mitjà molt eficaç per trobar una solució favorable a les dues parts i possibilitar la conservació de les relacions en el futur.

És necessària una Justícia preventiva, la que exerceix el Notari, i desjudicialitzar conflictes per vies com ara l'arbitratge o la mediació

P: Més concretament, quin paper creu que poden assumir els notaris en aquest context?

R: La publicació de la Llei de Mediació Civil i Mercantil ha impulsat la utilització de la mediació com a sistema alternatiu i complementari al model judicial clàssic en la resolució de conflictes: si fins ara la mediació es realitzava fonamentalment en relació amb assumptes de Dret de Família, ara s'ha ampliat a altres àmbits, com el Dret Successori o el Dret Empresarial.

Els notaris són professionals que coneixen conflictes d'índole diversa; no només matèries societàries, empresarials o patrimonials, sinó també conflictes personals, com ara crisis matrimonials, herències o temes relacionats amb la incapacitat. En tots aquests temes, el Notari pot dur a terme una funció preventiva del procés judicial, atès que, com a coneixedor del conflicte, pot evitar que acabi judicialitzant-se i pot derivar les parts a mediació, si estima que és la millor opció per a la seva resolució. D'altra banda, els notaris, en la seva actuació professional, realitzen tasques que es poden considerar «de mediació» en un sentit ampli. A més, l'esmentada Llei permet que puguin assumir el paper de mediadors.

P: En un sentit més ampli, com valora la funció notarial? Què creu que s'aporten mútuament el Notariat i la Judicatura?

R: La funció notarial és indispensable i essencial en la nostra societat en tant que, en termes generals, podríem dir que és la garantia del control de legalitat i de respecte dels drets en les relacions entre particulars. En aquest sentit, crec que les relacions entre el Notariat i la Judicatura són més intenses que mai. A hores d'ara, tots som conscients que la Justícia ja no només és cosa dels jutges, sinó que cal una interacció entre tots els operadors jurídics i, en aquest sentit, és important propiciar espais de debat i reflexió sobre qüestions jurídiques que ens afecten, ja que es produeix un intercanvi molt enriquidor.

P: Què es pot fer i què cal fer per millorar la imatge de la Justícia?

R: Jo crec que, en aquest moment, la Justícia comparteix les defici-

ències de credibilitat que pateixen moltes institucions. No podem dir que sigui un fenomen aïllat o que només afecti la Justícia. Hi ha una certa desafecció generalitzada envers molts poders públics i, evidentment, el Poder Judicial no és aliè a aquesta situació de crisi institucional.

Les relacions entre el Notariat i la Judicatura són més intenses que mai

No obstant això, crec que cal reivindicar la feina quotidiana dels jutges i magistrats, moltes vegades en condicions difícils a causa de la sobresaturació de molts òrgans judicials. Per tant, cal fer un esforç per transmetre aquest treball rigorós, perquè allò que legitima el Poder Judicial és la confiança dels ciutadans en la seva actuació.





«La CAE és el pont entre la Europa política i la geogràfica»

Mario Miccoli

President de la Comissió d'Afers Europeus (CAE) de la Unió Internacional del Notariat

AUTORA: Sandra Purroy
FOTOGRAFIES: Montserrat Fontich

Nascut a San Gimignano (Toscana, Itàlia) l'any 1944, es va llicenciar en Dret a la Universitat de Siena el 1966. Després d'una primera etapa professional a Procter & Gamble Itàlia, va oposar al títol de Notari i se li va assignar una plaça al districte de Catània, on va romandre entre el 1974 i el 1976. Des del 1977 exerceix a Livorno. En l'àmbit acadèmic, ha estat Professor Adjunt de Dret digital a la Universitat Frederico II de Nàpols i membre del Consell d'Administració de l'Escola de Postgrau de les Professions Jurídiques de la Universitat de Pisa. Ha publicat nombrosos articles a revistes jurídiques nacionals i internacionals. Des del 1999 fins al 2005, va ser Jutge Honorari al Consell Superior de la Magistratura del Tribunal de Livorno. A més, va presidir el Comitè Provincial de la Creu Roja Italiana de Livorno i, actualment, presideix la Junta Directiva del Banco di Lucca e del Tirreno, que pertany al Gruppo Bancario Cassa di Risparmio di Ravenna. En l'àmbit institucional, durant set anys va ser Secretari del Consell Nacional del Notariat a Itàlia, Secretari de la Conferència del Notariat a la Unió Europea i Secretari General de la Unió Internacional del Notariat (UINL), entre d'altres. Actualment, i per segon trienni, presideix la Comissió d'Afers Europeus (CAE) de la UINL.



P: Al juliol va tenir lloc la primera reunió del buró de la CAE a Barcelona després de designar aquesta ciutat com a seu de la Comissió. Quins van ser els objectius?

R: L'objectiu era precisament constatar les possibilitats del Col·legi Notarial de Catalunya com a seu permanent o semipermanent de la reunió de la CAE de la Unió Internacional del Notariat. I el que ens vam trobar va superar totes les expectatives. És un lloc perfecte, un segell de la contribució del Notariat d'Espanya i de Catalunya a la política i les finalitats de la Unió Internacional. La designació de Barcelona com a seu és un complement a tota la feina realitzada anteriorment pels diferents presidents de la CAE, entre els quals hi ha hagut diversos espanyols: Ramon Fraguas, Jesús Led Capaz, José Luis Perales i José Manuel García Collantes. A la reunió també vam aprovar la data de la primera reunió plenària, a la qual acudirán més de cent cinquanta membres de quaranta països diferents i que tindrà lloc el 22 i 23 de novembre.

La designació de Barcelona com a seu de la CAE suposa un enriquiment per a la professió i contribuirà a reforçar la Comissió

P: Quins seran els temes principals d'aquesta primera reunió plenària de la Comissió?

R: Els temes principals seran, sobre tot, científics, tot i que sempre amb un caire «polític», entès com a política de la professió, doncs molts dels temes que tractarem influeixen en la manera d'exercir la professió. Per exemple, presentarem diversos estudis sobre deontologia, sistema disciplinari i sistema d'inspecció, perquè creiem que, en aquest moment històric de crisi no només econòmica, sinó de valors morals, la necessitat de mantenir sota control la professió notarial és bàsica, i hi ha una necessitat de conèixer quins són els sistemes dels diferents països per tal d'aprendre els uns dels altres. Un altre estudi important tracta sobre l'autenticació dels protocols, un projecte en el qual estem treballant, primer, la base lingüística, doncs fins i tot traduint

entre idiomes llatins, com del francès a l'espanyol o a l'italià, vivim en una torre de Babel, i la traducció d'una paraula aparentment senzilla —com, per exemple, *autenticació*— té diversos significats. Per això, abans de res, hem d'estudiar el significat exacte dels termes que utilitzem per saber veritablement quines són les diferències en la professió notarial en els diferents països. Vam demanar la col·laboració de professors de diverses universitats i va ser curiós constatar que, inicialment, pensaven que això no era un problema, però que després es van adonar que al darrere d'aquestes diferències hi ha diferències de Dret civil substancials. Per exemple, entre dos notariats molt propers, com el d'Itàlia i el d'Espanya, els dos més ortodoxos de la professió, hi ha una gran diferència en el terme *acta*. Les actes, al Notariat italià, estan prohibides formalment per als notaris: no poden fer-les perquè pertanyen a l'àmbit jurisdiccional. En aquest sentit, és molt interessant un article publicat a la revista notarial italiana, magistralment escrit per Rafael Gómez-Ferrer i acabat per Ernesto Tarragón.

P: Com valora la recent designació de Barcelona com a seu de la Comissió?

R: Tot va començar amb la idea d'estalviar. Són temps de vaques magres i no ens podem permetre combinacions complicades de vols per tota Europa, pagar hotels i salons de reunions, etc. Valorant opcions, vam pensar en Munic i en Barcelona, i, gràcies a la generositat del Notariat



d'Espanya i de Catalunya, vam triar Barcelona. Després de visitar el Col·legi Notarial de Catalunya, veure'n la magnificència, l'eficàcia i el càlid acolliment i l'amistat de la Junta Directiva, ens vam adonar que això és molt més que una mesura d'estalvi: és un enriquiment per a la professió. Aquí ens sentirem com a la nostra casa notarial —n'estic segur— gràcies a la hospitalitat de tots. I tot això contribuirà enormement a reforçar la Comissió i espero que també suposi un intercanvi encara més fructífer amb el Notariat d'Espanya. Vull enviar un agraïment al Notariat espanyol, de l'amistat del qual mai he tingut cap dubte, però que cada vegada ens demostra una proximitat i una estima inoblidables.

L'Acadèmia Notarial Europea té com a objectiu divulgar la ciència notarial als països menys desenvolupats amb la col·laboració de les universitats

P: El Col·legi també serà la seu de l'Acadèmia Notarial Europea. Quins objectius té?

R: L'Acadèmia té com a propòsit fonamental divulgar la ciència notarial als països menys desenvolupats i fer-ho buscant l'ajuda i la col·laboració de les universitats. A Espanya hi ha universitats molt prestigioses, com les de Barcelona, Madrid i València, i tindrem l'oportunitat de fer créixer la Comissió i establir un intercanvi fructífer —que és vital— entre el món de l'Acadèmia i la Universitat i el món de la nostra professió.

El nostre repte principal és traslladar als països geogràficament europeus, però políticament fora de la Unió Europea, tot el desenvolupament jurisprudencial i legislatiu que es fa a la Unió.

P: Quins són els principals reptes de la Comissió a curt, mitjà i llarg termini?

R: La Comissió té com a repte principal traslladar als països geogrà-



Entrevistes



ficament europeus, però políticament fora de la Unió Europea, tot el desenvolupament jurisprudencial i legislatiu que es fa a la Unió. I em refereixo a països europeus que no són de la Unió, però que no són secundaris, com Rússia o Turquia, grans països i importants geogràficament i política, que estan molt atents a tot el que passa a la Unió Europea i al possible desenvolupament futur en aquest àmbit. Sobretot, en aquests països hi ha molta atenció al que fa Europa en matèria disciplinària i deontològica. La CAE és el pasatge, el pont, entre l'Europa política i la geogràfica. I, d'altra banda, també veiem, a l'inrevés, que hi ha moltes coses que es poden aprendre dels països en vies de desenvolupament. Per exemple, hem visitat Macedònia, Albània o Sèrbia, on les autoritats polítiques tenen una gran consideració pel Notariat perquè veuen que és una via magnífica de garantir el pas de la dictadura o del comunisme a la llibertat. Així doncs, veuen que el Notariat és irrenunciable i indispensable per garantir la seguretat jurídica, que en aquests països sovint es troba en perill. En canvi, en països de majors dimensions, amb una història de mil anys de Notariat, les autoritats polítiques no se n'adonen del servei que presta a la societat i parlen de *lliberalitzar* sense adonar-se dels serveis insubstituïbles que ofereix el Notariat, com l'Arxiu de Protocols que vam veure al Col·legi. No deixa de ser curiós veure que alguns països que no tenen Notariat l'aprecien fins i tot més que d'altres on

ja és dona per descomptat la figura del Notari. Oferir aquesta palestra, aquest fòrum de debat entre diferents països, és un dels reptes més importants de la CAE.

XXXXXXXXXXXX XX XXXXXX XXXXX
XXXX XXXXXXXX XX XXXX X XXXXX XX
XXX XXXXXXXXXXXX XX XXXXXX XXXXX
XXXX XXXXXXXXXXXX XX XXXXXX XXXXX
XXXX XXXXXXXX XX XXXXXX XXXXX XXXX
XXXXXXXX XXXXXXXX

I una altra funció que voldria destacar és que la CAE constitueix el primer ingrés a la vida internacional, sobretot dels joves notaris. Tots els que avui tenim càrrecs importants a la Unió hem començat com a membres corresponents, fent estudis, aprenent idiomes, etc. La CAE suposa l'ingrés i el lloc on s'aprèn el funcionament, el sistema, l'educació, el respecte, l'amistat o les afinitats espirituals d'un organisme internacional, coses totalment fonamentals.

P: Concretant la labor de la CAE en diversos àmbits, quines mesures i en quina direcció es treballa per afavorir la lliure circulació de documents?

R: Aquesta és més una tasca de la Unió. Abans d'arribar a solucions futuristes com la circulació dels protocols, s'està desenvolupant un projecte,

molt llarg i encara en fase experimental, de modificació de la Convenció de la Haia per fer una postil·la electrònica. Es tracta d'un segell de seguretat en paper, inspirat en el segell de seguretat espanyol —l'adhesiu—, que introdueix unes millores tècniques, atès que té dues cares i s'enganxa per les dues cares del full. Hi ha deu països al món i deu notaris en cadascun d'aquests països que participen en la prova pilot en la qual s'estan provant les dificultats pràctiques d'aquest segell, que el que pretén és donar seguretat i autenticitat als documents que hagin de circular internacionalment. De moment, sense substituir la postil·la, que garanteix que el segell és el del Notari, però sí partint de la base que el segell garanteix que tot allò no és fals. A més, té un sistema tècnic molt innovador perquè incorpora un codi QR que permetrà identificar el segell que porta el document amb el Notari al qual ha estat remès aquest segell. D'aquesta manera, quan veiem un segell que ve, per exemple, de Costa Rica, podrem saber efectivament si el Notari que hi figura és el Notari al qual, al seu dia, se li va enviar el segell. En el proper congrés de la Unió, a Lima, a l'octubre, ja es decidirà traslladar-lo a escala mundial i els termes d'utilització. Vull remarcar que aquest projecte va néixer del debat al si de la CAE, que és on els notaris europeus debaten i discuteixen, i on s'harmonitzen i llancen projectes.

P: Quin paper ha de jugar la jurisdicció voluntària en l'àmbit europeu? Com en valora el nivell de desenvolupament actual en el marc europeu?

R: En l'àmbit europeu, a tots els països hi ha molt interès notarial, sobretot en la mediació, ja que l'arbitratge sovint és un terreny jurisdiccional i d'advocats. La mediació és el que sentim més proper a la naturalesa del Notari, perquè és Justícia preventiva. Hem estat treballant moltíssim en diversos països i tenim mecanismes de mediació notarial, típicament notariais. En la jurisdicció voluntària, lamentablement, tot i que sigui un àmbit en el qual el Notari pot fer una gran contribució, sovint tenim l'oposició d'advocats i jutges. Per exemple, a França, quan el President Sarkozy va proposar donar als notaris la competència dels divorcis, es va desencadenar una campanya



en contra dels notaris al·legant que si fien els divorcis, altres juristes voldrien fer les escriptures públiques. Personalment, em sembla absurd que un capellà de poble pugui casar dues persones i, en canvi, per dissoldre un matrimoni es necessitin jutges o advocats. Crec que el Notari seria més indicat no només perquè té delegació d'autoritat pública, de fe pública i, per tant, pot certificar que el matrimoni està dissolt irremediablement, sinó perquè, a més, té l'aptitud i la capacitat de pacificació, de posar d'acord, que és una característica absolutament necessària entre dues persones que s'estan divorçant. De tant en tant, en algun país d'Europa la proposta avança, però els interessos econòmics de les altres professions jurídiques ho fan complicat.

El Notariat és la professió jurídica que més ha desenvolupat les capacitats tecnològiques

P: Quins són els principals reptes en l'àmbit de les noves tecnologies?

R: En noves tecnologies, els notaris d'Europa han estat els primers en descobrir la utilització i la naturalesa jurídica de la signatura electrònica. Jo mateix he escrit el primer llibre jurídic sobre la signatura digital a Europa, després que la Unió m'enviés a parlar amb l'American Bar Association, que volia veure com es podia notaritzar el titular de la signatura. Els notaris van ser els primers a fer-ho i crec que és la professió jurídica que més ha desenvolupat les capacitats tecnològiques. Tots tenim intranets, transmissió de les escriptures directament del despatx del Notari als arxius de l'Estat, etc. Estem veritablement a l'avantguarda.

P: Quin és l'enfocament de la CAE en matèria de prevenció del blanqueig?

R: La prevenció del blanqueig és un tema conduït per la Unió Europea i en seguim la pauta. Un cop més, aprenem molt treballant junts, estudiant les solucions d'un país o la pròpia Directiva europea, que en uns països ha estat més

efectiva que en d'altres. Des de la CAE, intentem que altres països prenguin condició plena de les solucions útils que aporta el Notariat. Els delinqüents, actualment, es mouen molt més ràpid que en el passat, fan escriptures en diversos llocs, i per traçar el dibuix delinqüencial s'han d'anar encaixant totes aquestes peces. En aquest sentit, el sistema espanyol, amb l'Índex Únic Informatitzat i la detecció d'operacions sospitoses centralitzada en el Consell General del Notariat, demostra ser molt eficaç. Des de la CAE estem fent un estudi per oferir una solució a tothom.

P: Com valoreu el nivell de seguretat jurídica a Espanya i Europa?

R: Aquesta crisi que estem vivint, lamentablement, ha posat de manifest més que mai quins països tenen una major seguretat jurídica i quins en tenen menys. L'origen de la crisi va ser causat, precisament, per la manca absoluta de seguretat jurídica que hi ha als Estats Units. Per vendre un habitatge en aquest país, cal un Advocat per a la part venedora, un altre per a la part compradora, i sempre s'ha d'estar alerta perquè el venedor pot vendre el que vulgui i és responsabilitat del comprador comprovar-ho. A més, atesa l'absència de registres públics, cal tenir una assegurança per a l'escriptura. I si la compra va associada a un préstec, necessites l'Advocat del banc i un altre assegurança del banc. A tot això hi hem d'afegir que totes aquestes assegurances



de títols i títols de propietat es posen en un fons que, després, es ven als xinesos o als europeus. Quan es va descobrir que, al darrere, sovint, no hi havia ni comprador ni immoble, la confiança en el crèdit mundial va desaparèixer. Gràcies a la nostra seguretat jurídica, tot això no hauria passat a Europa.

Els xinesos van estudiar durant quinze anys els sistemes notariais... i van escollir el llatí

P: L'origen de la crisi evidència, doncs, que el model de Notariat llatí ha de prevaler sobre l'anglosaxó?

R: La demostració pràctica és que els xinesos, que són un poble d'un pragmatisme increïble i no fan res fins a avaluar-ne les últimes conseqüències, van estudiar durant més de quinze anys per triar entre el sistema americà o el del Notariat llatí... i van triar basar-se en la prova escrita i el Notari, que avui són els fonaments del Dret xinès. Qui estudia a fons els dos sistemes, tria el llatí.

A Europa, tenim molt d'interès en la mediació

P: Quin missatge llançaríeu al Notariat europeu en aquests moments?

R: Encara que visquem moments difícils, cal tenir fe en el futur del Notariat. Els nostre futur a llarg termini és un gran futur, perquè el Notari respon a les necessitats de la societat moderna, que com més es globalitza, més seguretat jurídica necessita. Ara pot semblar que els temes econòmics han pres la prevalença sobre els jurídics, però crec que les necessitats de fons de la societat tornaran a centrar l'atenció en la funció notarial. Ara bé, tot això implica una dedicació del Notari a la professió amb un rigor enorme i legitimitat moral i ètica, perquè, com deia Juan Vallet de Goytisolo, «un Notari sense cultura jurídica pot fer una mica de mal, però un Notari sense qualitats morals no pot existir».

Constitució i seguretat jurídica. Valor de la funció notarial davant dels reptes del segle XXI

Joan Carles Ollé Favaró

Notari de Barcelona i Degà del Col·legi de Notaris de Catalunya

Vicepresident del Consell General del Notariat

Director de la Comissió de Codificació de Catalunya

SUMARI

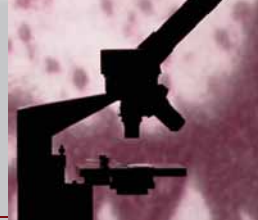
- I. EL PRINCIPI CONSTITUCIONAL DE SEGURETAT JURÍDICA
- II. VALOR DE LA FUNCIÓ NOTARIAL I LA SEGURETAT JURÍDICA PREVENTIVA
- III. EL PROCÉS EN MARXA DE MODERNITZACIÓ TECNOLÒGICA I COL·LABORACIÓ INTENSA AMB L'ADMINISTRACIÓ
- IV. LA GLOBALITZACIÓ I L'ESPAI EUROPEU DE LLIBERTAT, JUSTÍCIA I SEGURETAT
- V. EL PAPER NOTARIAL ALS PROCEDIMENTS DE SOLUCIÓ ALTERNATIVA DE CONFLICTES
- VI. EL NOTARI I LA PROTECCIÓ DELS DRETS DEL CONSUMIDOR
- VII. EPÍLEG

Molt bon dia. Molt bon dia a tothom. Els agraeixo molt sincerament la seva presència. Excel·lentíssims Vicepresident del



Senat, Vicepresident del Congrés, President del Consell d'Estat, President del Consell General del Notariat, Vicepresident del Consell General del Poder Judicial, autoritats, companys degans, senyors i senyores: és un honor per a mi i per al Consell General del Notariat, al qual represento, haver estat convidats pel Senat

a oferir aquesta conferència amb ocasió de la celebració del 151è aniversari de la Llei del notariat, que va fer aflorar el naixement del Notariat modern i ha regit els destins de la professió en totes aquestes dècades. A més, vull personificar aquest agraïment en el Vicepresident del Senat, el senyor Juan José Lucas, per la seva de-



ferència i interès, que han estat determinants per a la celebració d'aquest acte.

I. EL PRINCIPI CONSTITUCIONAL DE SEGURETAT JURÍDICA

Totes les constitucions modernes, a partir de la Constitució dels Estats Units d'Amèrica del 1787 i la Declaració dels Drets Humans de l'Home i del Ciutadà aprovada el 1789 per l'Assemblea Nacional francesa, han atribuït a l

a seguretat i, com a una manifestació d'aquesta, a la seguretat jurídica el caràcter d'un dret natural i imprescriptible de les persones. L'article 8 de la citada Declaració definia la *seguretat* com «la protecció atribuïda per la societat a cadascun dels seus membres per a la protecció de la persona, els seus drets i les seves propietats».

S'obria una nova era en la qual el sotmetiment i la protecció per igual de tots davant la llei anaven a convertir-se en la clau de volta de l'Estat de Dret modern.

Aquestes formulacions van ser expressades magistralment en el cèlebre discurs de Benjamin Constant pronunciat el 1819, *De la liberté des anciens comparée à celle des modernes*, en el qual contraposava la «llibertat dels antics» —gecs i romans—, que consistia a exercir directament i col·lectiva les funcions de sobirania de la ciutat i el govern col·lectiu dels afers, amb la «llibertat dels moderns», que consistia a «no estar sotmès a res més que a les lleis», doncs «només les lleis ens protegeixen de l'arbitrarietat, delimiten el que és lícit del que és sancionable i permeten desplegar la llibertat en aquest àmbit del que és lícit, recolzada en la predictibilitat ferma sobre els límits en què l'activitat pública pot incidir sobre la vida de cadascú». Aquí trobem ja la moderna configuració de la seguretat jurídica com un postulat de la conducta lliure del ciutadà dintre de la legalitat.

La nostra Constitució del 1978 garanteix la seguretat jurídica. Així ho diu l'article 9.3, una de les finalitats intrínseques del qual és la seguretat jurídica. De manera que pot afirmar-se que l'una no existeix sense l'altra, doncs la inseguretat jurídica és contrària a l'existència d'un ordre constitucional, en la mesura que impedeix la realització dels principis i valors fonamentals que propugna la Constitució.

FITXA TÈCNICA

Resum: Conferència de Joan Carles Ollé, Vicepresident del Consell General del Notariat i Degà del Col·legi Notarial de Catalunya, pronunciada al Senat, el 28 de maig del 2013, amb motiu 151è Aniversari de la Llei del notariat.

Paraules clau: Notariat, Llei del notariat, seguretat 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.

S'ha dit que la seguretat jurídica és la dimensió formal de la Justícia. En aquest sentit, pot dir-se que la seguretat jurídica és un principi funcional o de caràcter instrumental, doncs serveix a la realització de tots els altres principis que es contenen al text constitucional.

La seguretat jurídica és la dimensió formal de la Justícia i també principi funcional o de caràcter instrumental que serveix a la realització de tots els altres principis que es contenen al text constitucional

El nostre principi constitucional, d'altra banda, no fa més que reforçar el respecte a la llei —constitucional, orgànica o ordinària—, doncs del seu compliment per part de tots —podere de l'Estat, administracions públiques i ciutadans— deriva la seguretat que es persegueix com a clau d'una convivència harmònica, que és el fi últim del Dret.

En conseqüència, parlar de *seguretat jurídica* implica parlar no només d'un valor abstracte i idea, d'un desideratium de model de convivència perseguit, sinó, sobretot, de les tècniques que la ciència jurídica ha desenvolupat per tal d'aconseguir-la materialment, com també de les institucions que han estat creades a l'efecte al llarg de la història.

Així, si per *seguretat jurídica* entenem la confiança en el fet que la Constitució i les lleis que la desenvolupen poden ser conegudes per tots i es compliran per tots, perquè aquesta confiança s'assolei-

xi i es desencadeni la conducta segons la qual tots compleixen la norma perquè tots la segueixen, cal articular un conjunt de mecanismes i institucions per a aquest fi.

En aquest sentit, el Consell d'Estat va dir, a la Memòria del 1992, que «la *seguretat jurídica garantida a l'article 9.3 CE* significa que tots, tant els poders públics com els ciutadans, sàpiguen a què atènyer-se, fet que suposa, d'una banda, un coneixement cert de les lleis vigents i, de l'altra, una certa estabilitat de les normes i les situacions que s'hi defineixen. Aquestes dues circumstàncies, certes i estabilitat, han de coexistir en un Estat de Dret».

El Tribunal Constitucional, a les sentències, ha anat perfilant el concepte de *seguretat jurídica*. Així, a la STC 38/1997, del 27 de febrer, va afirmar que «existeix un llinar de confiança en el qual l'estabilitat de l'ordre jurídic i de les situacions del mercat es justifiquen en raons d'interès públic».

La seguretat jurídica ha de posar-se en relació amb el concepte de *justícia*, que està en un pla fins i tot superior. Quan la norma és o es converteix en injusta, els poders públics han de pal·liar-ne l'aplicació i promoure'n la modificació. És el que ha succeït al nostre país recentment amb la reforma de la normativa hipotecària, impulsada per un conjunt de disfuncions i situacions injustes per als deutors. Per això, la STC del 20 de juliol del 1981 va definir la *seguretat jurídica* com a «suma de certesa i legalitat, mantenint un equilibri que permeti promoure, a l'ordre públic, la justícia i la igualtat, en llibertat».



No obstant això, la seguretat jurídica no cap predicar-la només com un principi de caràcter objectiu, tal com s'ha exposat fins ara, que requereix l'existència de lleis clares i suficients, sense llacunes, i la seva aplicació efectiva pels tribunals. També ha de ser apreciada des de la vessant subjectiva.

Des d'aquesta vessant, la seguretat jurídica, per al ciutadà, implica que pugui conèixer el Dret i, en concret, l'àmbit en el qual la seva actuació és conforme a aquest. Àmbit que s'identifica amb el de l'autonomia dels particulars i que exigeix que tinguin certesa respecte de com han d'adaptar la seva conducta perquè sigui conforme a la llei.

XXXXXXXXXXXX xx xxxxxx xxxxx
 XXXXX xxxxxxxx xx xxxx x xxxxx xx
 xxx XXXXXXXXXXXX xx xxxxxx xxxxx
 XXXXXXXXXXXX xx xxxxxx xxxxx xxx
 xxxxxxxx xxxxxxxx

Així doncs, des d'aquesta perspectiva, la seguretat jurídica es converteix en principi determinant —i *prius*— de l'exercici pel ciutadà de la seva llibertat, doncs, per a un exercici adequat, el ciutadà ha de poder conèixer la llei abans d'actuar, com també les conseqüències que la llei preveu per als actes conforme a ella, però també per als contraris a aquesta, de manera que es comportarà segons la llei —hi adequarà la conducta— per tal d'as-

segurar-se que els seus actes, per estar realitzats *secundum legem*, seran eficaços jurídicament i, en conseqüència, rebran la seva tutela.

II. VALOR DE LA FUNCIÓ NOTARIAL I LA SEGURETAT JURÍDICA PREVENTIVA

Per a la realització de la seguretat jurídica des d'aquesta vessant, l'ordenament ha d'establir institucions, sistemes i mecanismes eficaços que garanteixin als ciutadans no només el coneixement de la llei, sinó també la comprensió i aplicació d'aquesta. Mecanismes que, materialment, permetin que la voluntat del particular s'adeqüi a la llei.

Aquests mecanismes, perquè siguin plenament eficaços, han de desenvolupar-se durant la fase de formació de la voluntat, i, per tant, en un moment previ a la realització de l'acte, en el qual l'assessorament, la informació tècnica, neutral i objectiva sobre la paraula i el sentit de la llei són determinants de l'eficàcia de la manifestació del fet de voler.

De l'eficàcia de les institucions o els mecanismes que faciliten l'adequació de la voluntat dels particulars a la llei dependrà tant l'èxit d'aquesta com de la realització de la llibertat fonamental de l'individu en la societat a la qual pertany.

Així, convé senyalar com el paper d'aquestes institucions és coadjuvant de la realització de qualsevol de les ma-

nifestacions de la llibertat, tant les referides expressament a la pròpia Norma Fonamental —per exemple, la llibertat d'empresa, en l'àmbit de l'economia de mercat—, com aquelles que, sense estar directament referides a la Constitució, en són reflex —per exemple, la llibertat de contractació.

En conseqüència, a través d'aquestes institucions, entre les quals el Notariat ocupa una posició central, es realitza la seguretat jurídica, que, alhora, és pressupòsit essencial per a la realització del tràfic econòmic, atès que aquest depèn de la confiança dels agents en el mercat en el qual els seus actes, que provoquen la circulació de la riquesa, seran eficaços, sempre que siguin conformes a la llei.

Un dels postulats de la seguretat jurídica és que el Dret pugui realitzar-se a conseqüència del seu coneixement per part dels ciutadans. Tanmateix, això no implica que se n'hagi d'abandonar el compliment a la conducta espontània del subjecte, fet que seria una posició d'acord amb la ideologia liberal que va inspirar els codis civil i de comerç del segle XIX.

A través de determinades institucions, entre les quals es troba el Notariat ocupant una posició central, es realitza la seguretat jurídica, que és pressupòsit essencial per a la realització del tràfic econòmic

Malgrat això, pot observar-se com en l'actualitat la seguretat jurídica es desenvolupa en un altre pla de no menor transcendència.

En l'actualitat, la realització del Dret —i, per tant, la seguretat jurídica— exigeix també una conducta proactiva, alhora que preventiva de l'incompliment, que permeti reduir al mínim les anomenades *zones d'ombra*, àmbits en els quals l'aplicació de la llei pugui acabar cedint indugament, o en els quals pugui quedar excepcionalment la materialització d'aquells valors i principis que es troben en la pròpia estructura de l'ordenament i que conformen el denominat *ordre públic* i es contenen al denominat *Dret imperatiu*.





Es per això que, gradualment, en pro d'una major seguretat jurídica, han d'anar reduint-se aquests àmbits de les relacions jurídiques que actualment estan fora del control de la seguretat jurídica preventiva. Arran de la nova Llei de Mesures de Flexibilització i Foment del Mercat de Lloguer, es privilegia la documentació en escriptura pública d'aquests contractes, fet que ajudarà a combatre el frau fiscal i a promoure el lloguer al nostre país.

Però hi ha altres camps en els quals la presència d'un fedatari públic seria beneficiosa per a l'interès general, com en la fase de tractes preliminars de la compravenda o, fins i tot, en el camp del Dret urbanístic o administratiu, on aquesta intervenció d'un funcionari i professional independent, que ja s'havia produït al passat, podria ajudar a eliminar qualsevol marge de discrecionalitat en l'aplicació de la norma imperativa.

Aquesta funció preventiva del compliment es presenta *a priori* com de molt difícil materialització en l'àmbit privat. Àmbit que s'identifica amb la realització de l'autonomia privada, que en pressuposa l'exercici per part dels particulars conforme a la llei, en el fet que la regla creada per la seva voluntat té, entre ells, la força de la llei, i el control d'adequació de la qual es realitza *ex post*, és a dir, un cop l'acte ja és eficaç.

La concepció decimonònica de l'autonomia privada com a àmbit de llibertat preordenat a la satisfacció exclusiva de l'interès subjectiu del particular —aliè, per tant, a la realització d'interessos generals— es troba superada totalment des de la nostra Constitució del 1978.

Des de la concepció de l'Estat com a Estat social, tot poder subjectiu està sobrepassat per interessos generals concurrents i preordenat a la realització de la seva funció social, de manera que tota posició subjectiva de poder es justifica per la preexistència d'interessos generals antecedents, es defineix com a resultat de la satisfacció d'interessos individuals i, subjectivament, es legitima per la prèvia realització dels interessos generals subjacents, doncs és en aquesta tasca que el particular obté legitimació per a la satisfacció de l'interès propi.

La presència d'interessos generals en tota situació subjectiva de poder o relació jurídica entre particulars demanda la presència d'un representant de l'Administració, per tal que vetlli perquè es respectin i realitzin. Amb aquest fi, el control preventiu del compliment de la legalitat es converteix en la defensa més eficaç, doncs en permet la realització efectiva i n'impedeix la transgressió perquè actua *ex ante*, amb caràcter previ a que pugui produir-se.

La revisió posterior dels actes o negocis jurídics, en els supòsits i amb els efectes previstos a la llei, no deixa de comportar certa frustració en els resultats, no respon plenament ja a aquell ideal de justícia preventiva, que consisteix precisament en que l'acte s'emmotlli estrictament a l'imperi de la llei i, per tant, neixi vàlid, lícit i eficaç des del moment mateix en què s'han produït les manifestacions concurrents de voluntat i les contraprestacions de les parts, quelcom que, per definició, només pot aconseguir el Jurista representant de l'Administració que ha participat en la generació i el posterior naixement de l'acte.

Des d'aquest punt de vista, la principal crítica que pot fer-se a l'Avantprojecte *no nat* de Reforma Integral dels Registres Públics consisteix, precisament, en el fet que implicava una ruptura dels equilibris i un desplaçament dràstic del centre de gravetat del sistema de seguretat jurídica preventiva a la qualificació posterior que realitza el Registre, sense parangó a Europa, on aquest té unes funcions bàsicament de registre de títols i de publicitat.

Aquest criteri dominant a Europa respon precisament a la idea clau que la seguretat jurídica que ha de garantir l'Estat als ciutadans, per ser plenament eficaç, exigeix que la intervenció de les institucions que ofereixin les màximes garanties d'adequació de les relacions jurídiques a l'imperi de la llei es produeixi amb un caràcter previ i simultani a l'acte o negoci jurídic, precisament per poder garantir que la contravenció de la norma, amb caràcter pràctic i absolutament general, no es produirà.

El que es persegueix és garantir la normalitat de les relacions jurídiques generant confiança i seguretat en el tràfic jurídic, de manera que aquestes relacions només puguin ser discutides molt excepcionalment.

El legislador està descobrint en els últims temps, de manera progressiva, la poderosa eficàcia d'aquest tipus de controls per a la realització dels interessos de tutela, per la qual cosa està procedint a potenciar-los.

Així, d'una banda, en l'àmbit de la contractació —antic regne de l'autonomia—, el legislador procedeix a regular la conducta dels contractants mitjançant la imposició de deures a l'oferent, en concret, precontractuals d'informació, mitjançant el compliment dels quals s'assegura la realització dels interessos generals concurrents. Però, d'altra banda, implica òrgans de l'Administració per tal que vetllin pel seu compliment i, si escau, actuïn en exercici de la potestat sancionadora que se'ls reconeix.

El Notariat, com a institució especialitzada en l'àmbit de la seguretat preventiva i pel paper singular que juga en el tràfic, està especialment dotat per al compliment d'aquesta finalitat. Això es deu al fet que la seva intervenció permet supeditar els particulars al compliment de la llei a canvi de l'autorització de l'acte

No obstant això, en tercer lloc, el legislador és conscient que, davant de determinades situacions que poden comprometre greument la realització d'interessos superiors, ha d'establir «barreres d'entrada» i institucionalitzar el control d'aquestes barreres, tot atribuint-lo a «guardians» o *gatekeepers*, a institucions o funcionaris especialitzats que vetllin per la tutela preventiva d'aquests interessos i als quals han d'atribuir-se facultats específiques per a aquesta finalitat.

D'aquesta manera, s'està produint l'enfortiment progressiu de la seguretat jurídica preventiva i, en particular, del Notariat, com a institució especialitzada en aquest àmbit de la realització del Dret, que, pel paper singular que juga en el tràfic, està especialment dotat per al compliment d'aquesta finalitat. Això es deu al fet que la seva intervenció permet supeditar els particulars al compliment de la llei a canvi de l'autorització de l'acte.



Així, es pot observar com gradualment, i en un major nombre de casos, la llei imposa al Notari que denegui el seu ministeri o deixi advertència expressa que l'acte en qüestió vulnera la llei imperativa, com ocorre davant d'actes irrespectuosos amb la legalitat urbanística o amb la tutela dels consumidors, bé davant la inclusió de clàusules declarades judicialment nul·les per abusives o per la lesió dels seus interessos en la contractació de préstecs o crèdits hipotecaris atorgats per entitats no financeres, o també davant d'actes en els quals concorren diversos indicadors de risc de blanqueig de capitals o «*indici(s) manifest(os) de simulació o frau de llei*».

Ara bé, les pròpies exigències que deriven de la preservació de l'observança general de la norma imperativa condueixen a la necessitat d'un reconeixement legal, amb caràcter general, del control de legalitat notarial en la vessant positiva i negativa, és a dir, comprensiu tant de l'examen jurídic de l'acte o negoci com del dret d'abstenció o negativa a autoritzar-lo.

Tanmateix, s'ha sostingut amb fonament que aquesta plasmació legal ja existeix a l'article 18.2 de la Llei 2/2009, quan parla del «*control de legalitat genèric que exerceixen els notaris*» derivat de la seva condició de funcionaris públics, que els obliga a denegar el seu ministeri quan el negoci pretès contravingui una norma legal i, en especial, la normativa específica d'aquesta norma. És a dir, segons aquest sòlid criteri —que comparteixo—, el legislador hauria atès el criteri del Tribunal Suprem, Sala 3a, que, en la STS del 20 de maig del 2008, va anular l'article 145 RN en virtut del principi de reserva de llei i el va incorporar a la Llei 2/2009.

No obstant això, en els últims temps veiem algunes propostes puntuals que s'allunyen ostensiblement d'aquesta direcció i pretenen possibilitar l'accés del document privat al Registre, amb la consegüent laminació d'aquests controls preventius. Des de sectors economicistes i neoliberals, s'ha argüït que el Notari no pot tenir el monopoli d'accés al Registre. Però, com ha explicat Gómez Oliveros, el Notari exerceix una funció pública i, «*per tant, la seva funció és un monopoli com qualsevol altre bé de l'Estat, com el jurisdiccional o l'Exèrcit*».

Sorpren en aquests moments aquest tipus d'iniciatives que tracten d'importar un sistema, l'anglosaxó, que ha fallat estrepitosament i que està en procés de profunda reforma. És necessari abortar aquest tipus de propostes legislatives, que, sens dubte, obririen clivelles que posarien en perill la viabilitat del sistema. Fa pocs dies, el Govern ha aprovat l'Avantprojecte de Llei d'Emprenedors, que té el lloable objectiu de facilitar i fomentar la creació d'empreses al nostre país. Els notaris autoritzem avui la constitució d'una societat i realitzem tots els tràmits telemàticament i en menys de vint-i-quatre hores. Milers i milers de societats limitades i de petites PIME ja es constitueixen avui a Espanya telemàticament a les notaries: més del 65% del total.

Si el legislador vol seguir avançant en la reducció de terminis, haurà de remoure altres tràmits i buscar el problema en les múltiples llicències i permisos administratius necessaris per posar en marxa una empresa a Espanya, així com en els tràmits posteriors a l'autorització de l'escriptura, com la inscripció al Registre Mercantil, on la qualificació dels Estatuts —i, singularment, alguns apartats d'aquests, com l'objecte— endarrerixen en gran mesura la constitució de la societat.

A més, de manera especial, la intervenció notarial, unida a la valuosa i abundant informació que subministren a l'Administració els notaris, és un instrument molt eficaç per a la lluita contra el blanqueig de capitals i el frau fiscal i laboral, doncs no podem oblidar que la majoria de delictes en aquest àmbit es donen en el camp societari, utilitzant paradisos fiscals, societats tapadóra, operacions d'enginyeria jurídica, etc.

El document privat, tant electrònic com no electrònic, per l'absència d'intervenció d'un funcionari públic, multiplica el perill d'aparició d'aquestes patologies. Però és que, a més, la superioritat del document públic sobre el privat en tots els àmbits del Dret, també el mercantil, és un tret sobre el qual no hauria de ser necessari insistir massa per obvi: l'assessorament, el consentiment informat, el control de legalitat, la identificació dels compareixents, el judici de capacitat i de suficiència de poders i la representació són aspectes de la intervenció notarial àmpliament coneguts, dels quals està mancat el document privat, electrònic o no.

Fet aquest parèntesi, veiem com s'estrèta construint aquesta nova dimensió de la seguretat jurídica al segle XXI, en la qual la posició del Notari es diferencia com a garant dels interessos generals en l'àmbit de les relacions entre particulars i, alhora, garant dels drets dels ciutadans quan contracten amb els grans operadors i amb la pròpia Administració. Aquesta doble dimensió —en el fons, una actualització de la tradicional doble condició de funcionari públic i professional del Dret— situa el Notari en una posició clau al nostre modern Estat social i de Dret de cara a les properes dècades. El Notari, en definitiva, es reposiciona com un funcionari públic que, en nom de l'Estat, vigila i controla el compliment de les lleis en les relacions jurídiques privades, en garantia de l'interès general de la societat i de ciutadans i consumidors.

La globalització i el procés d'unificació europeu, les noves tecnologies, el Dret dels consumidors i institucions com la jurisdicció voluntària, l'arbitratge i la mediació són manifestacions o reptes de la modernitat als quals el Notariat està donant i donarà resposta a curt i mitjà termini

Fenòmens com la globalització i el procés d'unificació europeu, l'avanç imparable de les noves tecnologies, la importància creixent del Dret dels consumidors o el procés de modernització de la Justícia a Espanya, amb figures com la jurisdicció voluntària, l'arbitratge i la mediació, són manifestacions o reptes de la modernitat als quals el Notariat està donant i anirà donant resposta creixent a curt i mitjà termini. Si em permeteu, vaig a centrar-me, amb algun deteniment i separatament, en l'examen d'aquests grans eixos o reptes.

III. EL PROCÉS EN MARXA DE MODERNITZACIÓ TECNOLÒGICA I COL·LABORACIÓ INTENSA AMB L'ADMINISTRACIÓ

L'avanç de les noves tecnologies és imparable i exerceix una influència decisiva en tots els àmbits: també, molt es-



pecialment, en el camp del Dret privat. És en marxa la tercera revolució del coneixement, que està canviant les nostres vides, la nostra manera de treballar i les nostres professions, obligant-nos a tots a realitzar canvis i adaptacions constants.

Les noves tecnologies i el seu ús generalitzat són un factor de progrés i de creixement econòmic, doncs permeten guanyar a ciutadans i empreses en rapidesa, simplificació de tràmits i procediments, transparència i informació, entre altres avantatges. El Notariat ha estat pioner en l'ús de les noves tecnologies i té la voluntat decidida de seguir a l'avantguarda tecnològica, amb una implementació contínua de nous projectes i sistemes.

El gran repte del legislador és evitar que un ús generalitzat de les noves tecnologies, i l'accés progressiu d'aquestes a nous camps de les relacions privades i de la contractació, pugui implicar la pèrdua de seguretat jurídica. Això comportaria un fracàs greu —almenys temporal— de la revolució tecnològica en el salt als estadis més qualificats i rellevants dels negocis i les transaccions. La seguretat jurídica, com anem repetint, és un dels pilars de l'Estat de Dret i de cap manera pot ser posat en perill.

En aquest sentit, cal recordar que les noves tecnologies són un mitjà, no un fi en si mateixes, o el que és el mateix: el que importa és el contingut, no el continent, per més ràpid i eficaç que sigui. Des del punt de vista del valor jurídic, el suport utilitzat, electrònic o en paper, és neutre i irrellevant i no afegeix res a la forma pública o privada en la qual s'hagi documentat l'acte jurídic.

Per això, es pot afirmar rotundament que el document electrònic en el qual no ha intervingut un funcionari públic és un simple document privat i de cap manera ofereix les garanties ni pot equiparar-se al document públic. Qualsevol decisió legislativa que pretengués alterar aquesta naturalesa de les coses produiria un deteriorament molt greu del nostre sistema jurídic.

El document públic electrònic notarial, quan s'implementi, de la mateixa manera que el no electrònic, exigirà la immediatesa i la presència física de les parts davant el Notari, única manera que aquest pugui complir tots els requisits es-



sencials que exigeix la seva intervenció i que afegeixen el plus que conté l'escriptura, és a dir, entre d'altres, el judici de capacitat i de facultats representatives, l'assessorament reequilibrador i el control de legalitat, que garanteixen el consentiment informat. Per tant, el futur document públic notarial electrònic oferirà les mateixes garanties jurídiques que el no electrònic.

Podria afirmar-se que en el camp tecnològic, actualment, al nostre país, d'una banda, fa falta més llibertat per poder assolir, per exemple, els nivells de desenvolupament dels Estats Units, regirant les lleis substantives que en moltes ocasions limiten la llibertat individual i l'autonomia privada i, d'altra banda, al mateix temps, fan falta més garanties jurídiques perquè les xarxes i les comunicacions telemàtiques puguin generar més confiança i seguretat en el mercat que en l'actualitat.

El Notari té un paper creixent i important a jugar en el camp de les noves tecnologies, doncs cada cop serà més necessària la intervenció d'un tercer de confiança —o millor dit, d'un Jurista, d'un funcionari de confiança— que garanteixi l'autenticitat dels actes jurídics telemàtics.

La seva condició de fedatari públic el fa idoni per donar fe i controlar la legalitat dels actes jurídics que es desenvolupen a la xarxa i que el legislador consideri que

requereixen una especial vigilància i protecció.

Ahora, el procés de modernització i transformació tecnològica de la professió ofereix al Notariat noves potencialitats de col·laboració amb l'Administració que s'estan revelant molt positives per a l'interès general. Des de fa més d'una dècada, el Notariat té una xarxa electrònica que ha portat a terme la plena integració de les tres mil notaries repartides per tot el territori, fet que permet als notaris fer anualment milions de tràmits telemàtics davant de les diferents administracions, registres i oficines liquidadores.

Aquest sistema integrat ha permès al Notariat, mitjançant la creació de l'Índex Únic Informatitzat i l'Òrgan Centralitzat de Protecció (OCP), convertir-se en un col·laborador de primeríssim ordre de l'Administració en la lluita contra el blanqueig de capitals i el frau fiscal i laboral, facilitant un flux extraordinari d'informació a les autoritats judicials i policials, a més de denunciar milers d'operacions sospitoses. Aquest és un sistema altament eficaç i està servint de model a altres països del nostre entorn.

Aquesta actuació en l'àmbit de la col·laboració del Notari amb l'Administració pública ha sofert un canvi radical en pocs anys a conseqüència de tres factors: a) l'apreciació per part de l'Administració que el Notari, per als seus



fins, estava infrautilitzat; b) la creixent complexitat de la societat, el reflex de la qual són les relacions jurídiques, on és més difícil per a l'Administració establir controls *ex ante* eficaços, si bé no paralitzadors de la realitat social, jurídica i econòmica, i c) el fet que els notaris possiblement són, junt amb l'Agència Tributària, la part més i millor tecnificada de la funció pública. Una única dada: els notaris confeccionem índex de les nostres escriptures, pòlisses i actes on bolquem parametritzadament la totalitat de la informació obrant als instruments públics que autoritzem; aquests índex s'afegeixen i integren en un índex únic informatitzat que, ara per ara, és la segona base de dades més gran d'Espanya, després de la de l'Agència Tributària.

Aquest canvi radical, des de la perspectiva normativa, s'ha deixat sentir amb particular intensitat en la prevenció del frau fiscal i el blanqueig. En el primer àmbit, perquè, després de la modificació de la Llei 36/2006, del 29 de novembre, de prevenció del frau fiscal, es van modificar diversos preceptes de la Llei del Notariat —17, 23 i 24— l'objecte de la qual era traslladar a l'àmbit d'allò jurídic-públic, amb la mateixa intensitat, el que el Notari ja feia en l'àmbit jurídic-privat; en el segon àmbit, perquè tothom coneix el canvi de règim del Notari de subjecte col·laborador a subjecte obligat en prevenció del blanqueig de capitals, creant per primer cop a Espanya —i a nivell mundial amb caràcter pioner— una oficina centralitzada de prevenció del blanqueig de capitals —el conegut OCP—, que ha elevat sobre manera el grau de col·laboració del Notari en aquest àmbit concret fins a l'extrem que el mateix SEPBLAC ha reconegut a les seves Memòries el grau d'intensitat d'aquesta col·laboració i l'extrema eficàcia.

El Notariat, en l'última dècada, ha portat a terme un gran procés de transformació tecnològica en el qual seguirem avançant en els propers anys. En un horitzó proper, els notaris farem passos efectius i segurs en el document públic electrònic notarial i en el protocol electrònic notarial. Alhora, l'enorme flux d'informació que generen els protocols i la base de dades corporativa, des de la potencialitat que genera la progressiva integració de la mateixa, permetrà aprofundir en la col·laboració amb l'Administració, amb

noves dades, índex i registres, en benefici dels interessos generals.

En definitiva, les noves tecnologies, en l'àmbit de les relacions jurídic-privades, sota el control estricte d'un fedatari públic i amb les garanties que ofereix el sistema de seguretat jurídica preventiva, cada cop estan més a prop de l'extensió generalitzada en l'àmbit jurídic i de ser un factor de progrés econòmic.

IV. LA GLOBALITZACIÓ I L'ESPAI EUROPEU DE LLIBERTAT, JUSTÍCIA I SEGURETAT

El fenomen de la globalització, la mundialització dels mercats i la internacionalització de les relacions jurídiques fan cada cop més complexos per als estats del món els mecanismes de control dels negocis i les relacions jurídic-privades que es realitzen al seu territori. El procés d'unificació europeu i la creació progressiva d'un Dret europeu i d'un ordre públic europeu suposen una manifestació específica del mateix fenomen, inexcusable ja per als juristes dels diferents països d'Europa.

Aquests fenòmens —almenys amb la intensitat actual— impliquen la superació de les legislacions nacionals i que constantment entrin en joc els ordenaments jurídics de diversos països i, per tant, la matèria del Dret internacional privat. També aquí el paper del Notari resulta decisiu per garantir la seguretat jurídica en els actes i contractes i l'aplicació conforme a Dret de les diferents normatives, acomodant la voluntat de les parts a l'imperi de la llei aplicable a cada cas.

Actualment, a les notaries de les ciutats espanyoles, com a les de la resta d'Europa, han d'autoritzar-se constantment escriptures d'aquestes característiques.

Per exemple, un testament o una herència d'un ciutadà alemany, d'acord amb la llei nacional; la compra d'un habitatge per part d'una societat italiana, que es regeix també per la llei nacional, o una compra o hipoteca feta per un matrimoni francès —o xinès—, que es regeix, pel que fa als actes dispositius, pel règim econòmic matrimonial de la seva llei nacional. Tot això fent servir la documentació

pública, amb les formalitats exigides per la llei, dels respectius països d'origen.

La creació d'un espai de «llibertat, justícia i seguretat» es troba als fonaments de la Unió. L'última fita en el procés d'unificació formal és la creació del certificat successori en virtut del Reglament de Successions europeu 650/2012

La creació d'un espai de «llibertat, justícia i seguretat» es troba als fonaments de la Unió, a més de ser-ne una de les finalitats fonamentals. L'expressió del principi de confiança mútua entre els estats membres implica, en l'àmbit jurídic, un camí cap a la superació de la idea de *sobirana nacional* que es tradueix en la progressiva lliure circulació i, per tant, la necessària desaparició de totes les barreres i traves que s'alçaven davant el reconeixement i l'execució de les resolucions de tribunals públics estrangers, en països de la Unió diferents del d'origen. L'última fita en aquest procés d'unificació formal és la creació del certificat successori en virtut del Reglament de Successions europeu 650/2012.

El l'àmbit de l'Espai Jurídic Europeu, la funció notarial, dirigida i orientada pel control de legalitat que l'ordenament imposa com a garantia de seguretat jurídica, trobarà en l'establiment de canals de col·laboració i Assistència entre notaris de diversos països la fórmula més adequada per satisfer convenientment tots els interessos en joc, tant de les parts com de tercers i de l'interès públic general.

Amb aquesta finalitat, els notariats dels diferents països europeus han impulsat recentment un important projecte anomenat Eufides, gràcies al qual, utilitzant els sistemes telemàtics segurs amb els quals estan dotats aquests notariats, serà possible, amb la intervenció connectada de dos o més notaris de països de la Unió, l'adquisició d'immobles a qualsevol d'aquests països amb els nivells més alts de seguretat, doncs els notaris que intervinguin en l'operació podran exercir, en l'àmbit de les seves competències respectives i amb perfecte coneixement de la



legislació aplicable, el control de legalitat que és consubstancial al Notariat llatí.

En definitiva, no hi ha dubte que per a un Estat el fet de comptar amb un bon sistema de seguretat jurídica preventiva, en col·laboració amb els d'altres països europeus, a l'avantguarda de la creació d'un espai de llibertat, justícia i seguretat que doni seguretat i confiança a ciutadans i empreses d'altres països, a més dels propis, constitueix un important factor d'atracció d'inversions i de reactivació econòmica.

V. EL PAPER NOTARIAL ALS PROCEDIMENTS DE SOLUCIÓ ALTERNATIVA DE CONFLICTES

Un dels objectius primordials de la modernització de la Justícia a Espanya és l'agilització dels procediments en benefici dels ciutadans. Una Justícia més ràpida és també més justa. Els notaris, com a funcionaris públics que som —a més de professionals del Dret—, degudament seleccionats per l'Estat en un sistema d'oposició rigorosa, podem fer una aportació significativa en el camp de la solució alternativa de conflictes en benefici de l'interès general. La independència, la imparcialitat, la preparació tècnica i l'exercici d'una funció pública són característiques notariales que la societat i la comunitat jurídica potser podran valorar. A més, podem oferir un bon servei, àgil i proper, a la societat, en aquests nous àmbits.

En aquest sentit, va suposar una novetat important l'article 5 de la Llei 11/2011, del 20 de maig, de reforma de la Llei 60/2003, del 23 de desembre, d'arbitratge, que va modificar l'Article 15.1 d'aquesta última, en permetre que «un Jurista» —no només un Advocat en exercici, com en el text primitiu—, i, per tant, entre ells, també el Notari, pugui exercir d'àrbitre de Dret. Particularment en àmbits com el Dret de família, successions o mercantil, entre d'altres, el paper del Notari com a àrbitre pot ser —de fet, ja està essent— rellevant.

Més recentment, el Reial Decret Llei 5/2012, del 2 de març, de mediació en afers civils i mercantils, situa el Notari en una posició reforçada, en establir a l'article 23 que si les parts volen que l'acord de mediació sigui títol executiu,

haurà d'elevat-se a escriptura pública, i als articles 25 i 28 determina que el Notari haurà de vetllar perquè l'acord de mediació no sigui contrari a Dret, doncs, sinó, no podrà executar-se. És a dir, es tracta de l'exercici del control de legalitat notarial al qual ens referíem abans.

A més, per descomptat, el Notari també pot ser mediador. I de ben segur que serà un bon mediador, doncs mitjançar, prevenir el conflicte, és el que els notaris hem fet des de sempre. En la recent reunió de la Unió Internacional del Notariat, celebrada a Sant Petersburg al maig, es va apostar decididament per impulsar la mediació notarial.

De totes maneres, l'aposta més important del Notariat a Espanya en atribució de noves competències és la futura Llei de Jurisdicció Voluntària que el Govern actual i el Ministre de Justícia han anunciat com una de les prioritats del seu mandat. Per totes les raons exposades abans, entre d'altres, el Notari pot suplir amb eficàcia al Jutge en aquells afers en els quals no hi hagi controvèrsia, pròpiament, i es consideri oportú extreure'ls de l'àmbit judicial.

S'ha parlat principalment de matèries de gran impacte social, però són moltes les matèries en les quals, en l'àmbit del Dret de família, obligacions, successions o mercantil, el Notari pot contribuir per fer una Justícia més àgil i moderna.

En un dia com avui, en què commemorem l'Aniversari de la Llei del Notariat, podem observar que nous contextos i plantejaments faran possible que el Notari recuperi moltes funcions, no estrictament contencioses, que havia exercit des de temps immemorials

En definitiva, en un dia com avui, en què commemorem l'Aniversari de la Llei del Notariat, que va significar l'escissió de la fe pública judicial i extrajudicial, podem observar que nous contextos i plantejaments faran possible que el Notari recuperi moltes funcions, no estricta-

ment contencioses, que havia exercit des de temps immemorials fins al segle XIX.

VI. EL NOTARI I LA PROTECCIÓ DELS DRETS DEL CONSUMIDOR

L'aguda crisi econòmica havia posat de relleu les disfuncions del nostre sistema hipotecari, que sovint provocaven situacions injustes i abusives per al deutor. Les diverses reformes que s'havien aprovat aquests últims anys eren clarament insuficients, com s'havia advertit reiteradament des de diversos sectors de la nostra comunitat jurídica, també, per cert, des del Notariat. No és la situació ideal que una reforma més completa sobre la matèria hagués de ser promoguda des de fora de les nostres fronteres, però ha estat així.

La recent STJUE del passat 14 de març ha tingut la virtut d'operar com a catalitzador per tal de posar de manifest les deficiències de la nostra regulació i de fer evident la necessitat que el nostre legislador hagi de reforçar els mecanismes de tutela preventiva dels interessos dels consumidors. A més, aquesta Sentència té un altre aspecte rellevant, perquè situa la normativa sobre consum en un pla de jerarquia legal molt elevat, doncs la considera pràcticament una normativa d'ordre públic europeu.

La nova Llei 1/2013, del 14 de maig, de mesures per reforçar la protecció dels deutors hipotecaris, reestructuració del deute i lloguer social, ha suposat un avanç en aspectes importants, com els interessos de demora, taxacions, ampliació de supòsits de suspensió temporal dels desnonaments o la possibilitat de quitament parcial del deute no extingit amb l'execució sobre l'habitatge habitual hipotecat. No obstant això, es queda curta en alguns aspectes i, molt probablement, més endavant se n'haurà de complementar la regulació.

La nova normativa, d'acord amb la citada Sentència europea, millora la posició del consumidor pel que fa a la possibilitat d'al·legació i, fins i tot, apreciació d'ofici pel Jutge i el Notari de les clàusules abusives del contracte de préstec hipotecari, tant en el procediment d'execució judicial com en l'extrajudicial notarial.



Cal recordar que des del Consell General del Notariat, immediatament després de publicada la Sentència, es va adoptar un acord de protecció del consumidor que permetia paraitzar els procediments d'execució extrajudicial per l'existència de clàusules abusives.

Tanmateix, no s'ha millorat la deficient normativa sobre el control preventiu de les clàusules abusives, que no ha resultat afectada. El sistema actual de fiscalització de les clàusules abusives, basat en l'existència d'una sentència ferma i la posterior inscripció al Registre de Condicions Generals de la Contractació, ha fallat estrepitosament. N'hi hauria d'haver prou amb la sentència ferma publicada des del Consell General del Poder Judicial perquè els notaris l'haguessin d'apreciar obligatòriament en el moment de redactar l'escriptura d'hipoteca. Amb aquesta modificació, es milloraria en cert grau aquesta regulació.

La solució més definitiva sobre la matèria de clàusules abusives, al meu parer, passa per atribuir als notaris, que intervinim en el moment decisiu en el qual se celebra el contracte, un control de legalitat efectiu sobre les clàusules abusives, semblant al que se'ns ha atribuït en el procediment extrajudicial.

Com tothom sap, la recent Sentència de l'Audiència Nacional del 5 de març

del 2013 ha anul·lat, per una qüestió de reserva de llei, l'article 30.3 de l'Ordre EHA/2899/2011, del 28 d'octubre, de transparència financera, que ens atribuïa un control de legalitat limitat en aquest camp, per la qual cosa ens hem vist privats d'un dels pocs instruments legals al nostre abast en aquest camp.

Els notaris ens trobem aquí entre l'espasa i la paret, per dir-ho gràficament, doncs la societat ens demana, amb tota lògica, un paper proactiu en el rebuig de les clàusules abusives dels contractes, però la realitat és que la legislació vigent ens deixa lligats de peus i mans. Mentre no es millori la legislació en aquest punt, no tenim competències per rebutjar les clàusules financeres que, al nostre parer, siguin abusives. Per descomptat, aquest aspecte de la qüestió resulta capital, doncs, a mesura que desapareguin les clàusules abusives dels contractes de préstec hipotecari, desapareixerà tota la problemàtica que plantegen en els procediments d'execució. L'objectiu prioritari per al legislador ha de ser que no hi hagi clàusules abusives a la hipoteca.

En aquest punt, em permetreu que us manifesti el meu desconsort —i el de la gran majoria de notaris— a causa del consentiment manuscrit que, segons l'article 6 de la nova Llei, i per a determinades clàusules, el deutor ha de subscriure davant del Notari autoritzant de l'escriptura de préstec hipotecari.

Si no és una mostra de desconfiança de l'Estat envers un funcionari seu, ho sembla. El més lògic seria la correcció del precepte.

En conseqüència, un aspecte essencial de la funció del Notari, atesa la seva independència, imparcialitat i el caràcter de funcionari públic, és la garantia dels drets dels ciutadans —del ciutadà mig— quan contracta amb els grans operadors econòmics, que normalment ja compten amb bufets i assessories jurídiques. El control de legalitat que realitza, el consentiment informat i l'assessorament reequilibrador que garanteix a favor de la part més dèbil, neutralitzant les asimetries informatives, el converteixen en un garant de primer ordre dels drets del consumidor. L'impuls i la potenciació de la dimensió social de la funció notarial són una de les grans prioritats de la corporació notarial per al futur immediat.

VII. EPÍLEG

Finalment, per anar acabant, convé reiterar un cop més que la seguretat jurídica és un dels pilars de l'Estat de Dret i, com a tal, un dels principis inspiradors de la nostra Constitució i, en general, de totes les constitucions dels països avançats. Té un valor polièdric i transversal que sosté el conjunt de l'entramat constitucional. Un país sense seguretat jurídica no pot garantir als ciutadans ni a les empreses el progrés econòmic ni, al final, tampoc una convivència justa i democràtica.

És el Notari, per presència física en el moment en què es perfecciona el negoci jurídic, el que primordialment pot i ha de garantir la protecció dels drets dels ciutadans i el fet que l'acte jurídic es constitueixi, des del moment mateix en què s'origina, vàlid, lícit i eficaç

Em podria estendre parlant de moltes altres vessants del Notariat, però amb les que ja he exposat la meua intenció no ha estat cap altra que reflexionar sobre els elements que constitueixen la raó de ser de la seguretat jurídica preventiva, de la funció



notarial en l'actualitat i dels principals reptes que ens planteja aquest segle XXI.

Una funció pública que, en el context actual —en una societat globalitzada, en el marc del procés de construcció europeu, en continu canvi davant de l'avanç imparable de la tecnologia, amb el consumidor com a eix prioritari, afegit al profund procés de modernització de la Justícia al nostre país i la creixent complexitat tècnica derivada de la internacionalització de les relacions jurídiques i de la pròpia evolució de la societat— situa la figura del Notari en una nova centralitat jurídica.

L'Administració i la societat demanen cada cop més l'existència d'un representant de l'Estat amb la missió de garantir el control preventiu del compliment de la legalitat en l'àmbit de les relacions privades. És el Notari, per presència física en el moment en què es perfecciona el negoci jurídic, el que primordialment pot i ha de garantir la protecció dels drets dels ciutadans i el fet que l'acte jurídic es constitueixi, des del moment mateix en què s'origina, vàlid, lícit i eficaç.

En la moderna concepció de l'Estat com a Estat social, que implica que en tota relació jurídic-privada, sense excepcions, hi ha interessos generals per garantir que han de prevaler sobre els interessos particulars dels individus en l'exercici de l'autonomia de la voluntat, és imprescindible la presència d'un funcionari de l'Estat que en el precís moment de la configuració de l'acte o negoci imposi l'imperi de la llei i, molt especialment, de les normes imperatives i d'ordre públic.

Vivim en una societat en canvi permanent, amb canvis socials i econòmics d'enorme rellevància. I en som conscients —diria, fins i tot, que especialment sensibles— perquè ho veiem dia rere dia

als nostres despatxos, que són un termòmetre de la realitat social i de l'activitat socioeconòmica.

També patim les conseqüències en el terreny professional, doncs vivim temps difícils, com molts altres ciutadans. Però creiem que, ara més que mai, hem de treballar en la construcció d'una societat que es mantingui ben estructurada jurídicament i que assenti unes bases sòlides que ens permetin sortir reforçats de cara al futur.

Ens hem adaptat, i ho continuarem fent, a les noves realitats econòmiques, polítiques i socials, com ho hem anat fent al llarg d'aquests cent cinquanta anys d'història des de l'entrada en l'etapa del Notariat modern, iniciada amb l'aprovació de la Llei del Notariat que avui commemorem.

Llei del Notariat del 1862 que, per cert, marca l'origen de la configuració contemporània del Notariat com una funció pública —com una funció cada cop més essencialment pública.

En aquest temps hem evolucionat com també ho ha fet la societat i hem anat superant els reptes i obstacles que han anat sorgint. Actualment, la funció notarial també té i tindrà una dimensió cada cop més clarament social.

I tot això mantenint-nos fidels als principis essencials de la funció notarial. Els nostres valors d'imparcialitat i independència o el nostre marcat caràcter ètic i moral són valors que tenim acreditats. I m'honra poder assegurar que des del Notariat oferim, com sempre, un element de solidesa, certesa i compromís institucional.

En definitiva, la figura del Notari va néixer al nostre país al segle XIII i va créixer per la demanda de la societat per do-

nar resposta a les seves necessitats, que fonamentalment no han canviat. Són els propis ciutadans, més enllà de la llei, els que ens han atorgat i atorguen la vigència de la funció, en la mesura que segueix essent substancialment útil i beneficiosa per a la societat.

Els col·legis notarians, que són la base, l'origen i bona part del vigor de la nostra professió, estan adaptats exactament a l'estructura autonòmica que estableix la Constitució, amb una important funció d'integració i aplicació dels drets vigents i les llengües oficials de les diferents comunitats autònomes

Per acabar, aprofitant aquest acte a la Cambra de representació territorial de l'Estat, vull posar de manifest que els col·legis notarians, que són la base, l'origen i bona part del vigor de la nostra professió, avui s'adapten exactament a l'estructura autonòmica que estableix la Constitució, fet que, com a cos de l'Administració de l'Estat, ens permet exercir, en la pràctica diària dels nostres despatxos, una important funció d'integració i aplicació dels drets vigents i les llengües oficials de les diferents comunitats autònomes. *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.*

Res més. Reitero el meu agraïment, el del Consell General del Notariat i el del conjunt dels notaris per haver estat convidats a celebrar al Senat aquest acte commemoratiu de la Llei del Notariat. I a tots vosaltres, per la vostra presència, moltes gràcies.

La falsa permuta de solar per obra futura

José Luis del Moral Barilari
Advocat

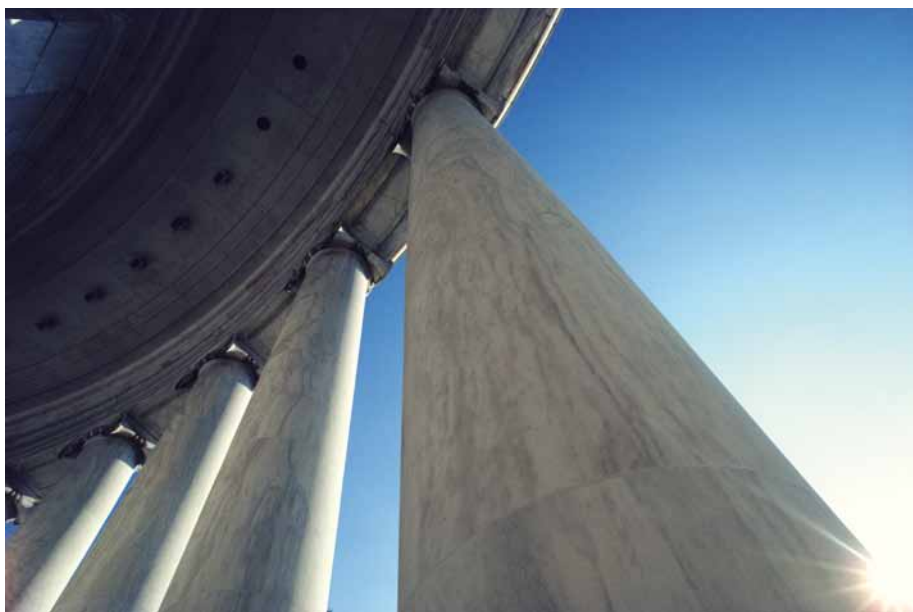
SUMARI

- I. INTRODUCCIÓ
- II. HISTÒRIA
- III. DIFERÈNCIES AMB LA COM-
PRAVENDA
- IV. LA PERMUTA DE SOLAR
PRESENT PER OBRA FUTURA.
POSICIONS DOCTRINALS I
JURISPRUDENCIALS
- V. SOLUCIÓ PROPOSADA
- VI. BIBLIOGRAFIA

I. INTRODUCCIÓ

El Dret ha estat i serà sempre la referència constant de les persones a les societats civilitzades.

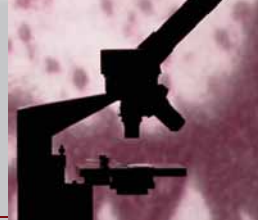
Aquesta referència, si no immutable, hauria de ser, almenys, el més estable possible⁽¹⁾. Només així s'assenta una doctrina clara i uniforme entre tots els agents de la ciència del Dret, es té un veritable i inexcusable coneixement del nostre cos normatiu (art. 6.1 CC) i s'aspira a aconseguir un dels objectius fonamentals de qualsevol norma: la seguretat jurídica. No obstant això, cada cop està més estesa l'opinió d'aquells que defensen que les lleis més «modernes» i mereixedores



de lloança són les que més s'ajusten a la realitat, al pas del temps i a la voluntat circumstancial dels ciutadans. Actualment, són constants els missatges, procedents de pràcticament tots els àmbits, que afirmen que les normes (com si fossin éssers humans) envelleixen, perden la força vital o pateixen un desajustament inevitable pel simple transcurs del temps.

Aquest article sobre la permuta de solar per obra futura pretén demostrar

el mal camí pel qual ens ha pogut portar aquest nou corrent de pensament jurídic, que ha aconseguit forçar els límits naturals d'una de les institucions més antigues en les relacions jurídiques dels éssers humans: la permuta entre béns. Les noves tècniques de gestió empresarial, aplicades al món de la promoció i la construcció, i l'encariment durant un període determinat de la nostra història econòmica del sòl sobre el qual desenvolupar aquestes activitats han anat exercint una



pressió sobre el legislador a la qual mai s'hauria d'haver cedit, però a la qual s'ha cedit, malauradament, no només en relació amb aquesta «figura» jurídica, sinó també amb moltes altres que tots coneixem.

II. HISTÒRIA

És innegable que la permuta va sorgir en el temps molt abans que la compravenda, atès que, per al naixement d'aquesta última, cal un pas addicional: la creació d'una unitat de compte que faci d'equivalent del bé a lliurar com a contraprestació.

La permuta neix, com tots els acords conmutatius, de la necessitat que posseeix qualsevol persona d'aconseguir quelcom que té algú altre a canvi de quelcom que també desitja, quelcom propi.

És en el moment precís que la civilització arriba a un punt en el qual ja existeix una unitat de compte com a mitjà comú de canvi quan aquesta figura dona pas, amb el pas del temps, a un nou tipus d'acord que es converteix en l'eix central de tot el tràfic juridicoeconòmic: la compravenda⁽²⁾.

Al llarg de tota la història s'ha parlat de manera gairebé paral·lela de permuta i compravenda, però és Paulo, fonamentalment al *Digest*⁽³⁾, qui estableix una distinció entre aquestes dues institucions de manera clara i 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.

FITXA TÈCNICA

Resum: Aquest article sobre la permuta de solar per obra futura pretén demostrar el mal camí pel qual ens ha pogut portar aquest nou corrent de pensament jurídic, que ha aconseguit forçar els límits naturals d'una de les institucions més antigues en les relacions jurídiques dels éssers humans: la permuta entre béns. Les noves tècniques de gestió empresarial, aplicades al món de la promoció i la construcció, i l'encariment durant un període determinat de la nostra història econòmica del sòl sobre el qual desenvolupar aquestes activitats han anat exercint una pressió sobre el legislador a la qual mai s'hauria d'haver cedit, però a la qual s'ha cedit, malauradament, no només en relació amb aquesta «figura» jurídica, sinó també amb moltes altres que tots coneixem.

Paraules clau: Contracte de permuta de béns, solar, obra futura, urbanisme.

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 Dret romà, per tant, el contracte de permuta era l'acord pel qual una part transferia la propietat d'una cosa a una altra part perquè aquesta, al seu torn, li transferís la propietat d'una altra cosa.

Lavors els juriconsults tenien dues posicions en relació amb aquesta figura: els sabinians i els procleians.

Els sabinians consideraven que el preu en la compravenda no havia de ser necessàriament en diners, sinó que podia consistir en altres coses, raó per la qual la permuta no tenia per què ser quelcom diferenciat de la compravenda.

Els procleians, en canvi, consideraven que el preu en la compravenda havia de ser necessàriament en diners i, per tant, es diferenciava clarament de la permuta, la qual consistia en un canvi de cosa per cosa⁽⁴⁾.

III. DIFERÈNCIES AMB LA COM- PRAVENDA

La permuta i la compravenda, malgrat tenir semblances substancials (doncs ambdues són acords translatius del domini i tenen naturalesa consensual), presenten diferències singulars, sobretot per la diferent intensitat del nexa acordatiu.

En la permuta, si un cop rebuda la cosa permutada, resulta ser aliena a qui la va lliurar, es produeix la dissolució i compleix qui va rebre el bé tornant-lo de qui li va donar basant-se en l'art. 1.539 CC.

La permuta i la compravenda, malgrat tenir semblances substancials (doncs ambdues són acords translatius del domini i tenen naturalesa consensual), presenten diferències singulars, sobretot per la diferent intensitat del nexa acordatiu.

En la compravenda, en canvi, la solució és diferent: si el comprador rep la cosa i tem que sigui aliena i encara no ha lliurat el preu, es procedeix a la suspensió basada en l'art. 1.502 CC i, en última instància, podria produir-se la dissolució.

Si, per contra, és el venedor qui ja ha venut i lliurat la cosa i tem l'impagament, podrà dissoldre segons el que s'estableix a l'art. 1.503 CC.

Pel que fa a l'evicció (art. 1.540 CC), en la permuta existeix una opció per devolució de la mateixa cosa lliurada, en cas



de no estar en mans d'un *alienus* (aliè a la relació jurídica de permuta), o danys i perjudicis.

En la compravenda, en canvi, només es té dret al preu o a danys i perjudicis, com també ocorria amb la permuta.

Per últim, i pel que fa a l'incompliment, ambdues figures acullen la possibilitat de donar lloc a la dissolució del nexa acordatiu. L'única diferència, en aquest sentit, radica en el fet que en la permuta ha estat la solució *ab initio* des del Dret romà, mentre que en la compravenda és així des de l'Edat Mitjana, per mediació del Dret canònic.

Els tipus especials de permuta més utilitzats en la pràctica actual són dos:

- D'una banda, la permuta financera o *swap*, la qual no és, segons el nostre parer, una permuta en sentit estricte, doncs la permuta no pot ser de diners (ja que no són un bé, sinó un valor i, a més, fungible) ni té caràcter aleatori. Per això, considerem que és un mer acord d'assegurança mútua (l'objecte de la qual poden ser els tipus d'interès, divises, etc.) que pot servir o no de cobertura de préstec hipotecari.
- La segona, atenent ja a l'objecte d'aquest article, és la permuta de solar per obra futura, de la qual parlarem immediatament, tot i que abans farem una breu referència a les posicions doctrinals i jurisprudencials més actuals que hi ha sobre la mateixa.

IV. LA PERMUTA DE SOLAR PRESENT PER OBRA FUTURA. POSICIONS DOCTRINALS I JURISPRUDENCIALS

La doctrina que s'ha anat elaborant al llarg dels anys ha originat que s'hagin adoptat moltes posicions diferents pel que fa a aquest tema. Això ha estimulat que la permuta de solar present per obra futura, en moltes ocasions, s'hagi vist i, per tant, hagi estat abordada com si es tractés d'una altra figura diferent. Posicions que criticarem des d'una posició única i ferma que exposarem amb més deteniment en el capítol següent: no hi

ha permuta on no hi ha lliurament simultani de prestacions.

En qualsevol cas, les posicions al respecte són extraordinàriament variades. Així, un sector de la doctrina i jurisprudència la considera una permuta simple. A manera d'exemple, cap mencionar, entre d'altres, la Sentència del 29 de maig del 2000 (RJ 2000, 3944)⁽⁵⁾.

Actualment es parla de *contracte de permuta de cosa futura*, fet que, des del nostre punt de vista, no pot ser possible, doncs la permuta exigeix simultaneïtat: donar una cosa per una altra al mateix temps

Com veurem de seguida, entenem que aquesta classe d'acord no mereix la condició pròpiament de permuta, doncs no hi hauria simultaneïtat de consumacions.

En altres ocasions, aquesta figura s'ha confós amb la compravenda de cosa futura. El solar, no obstant això, és present i es ven, per la qual cosa tampoc es produeix simultaneïtat.

Al nostre ordenament, el negoci sobre edifici futur està permès, però, per la multitud de caràcters i figures que presenta, de vegades és complicat diferenciar els

tipus de contractes que es poden donar, com per exemple el de compravenda futura, d'altres figures, com el d'arrendament d'obra.

Això no obstant, actualment es parla de *contracte de permuta de cosa futura*, fet que, des del nostre punt de vista, repetim, no pot ser possible, doncs la permuta exigeix simultaneïtat: donar una cosa per una altra al mateix temps.

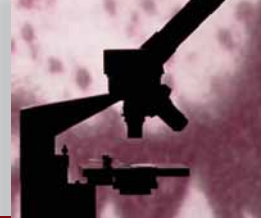
Un exemple en el qual s'ha produït aquesta confusió és la Sentència del 8 de març de 1995 (RJ 1995, 2154), en la qual es parla de *compravenda de cosa futura* en relació amb uns locals comercials d'un edifici en construcció⁽⁶⁾.

Malgrat que també ha estat vist en ocasions com un contracte d'obra o arrendament de serveis per a una obra, considerem que tampoc pot merèixer aquesta qualificació, doncs el solar és el que es lliura.

Per aquest motiu, la Sentència del 3 de maig del 1993 (RJ 1993, 3400) no qualifica de forma correcta l'acord quan parla d'*arrendament d'obres*. Tot això sense perjudici que també han existit sentències que han diferenciat de manera específica entre l'arrendament d'obra i la compravenda de cosa futura⁽⁷⁾.

En altres ocasions, la figura de la permuta de solar per obra futura s'ha con-





fós amb la comunitat de propietaris. Pot existir comunitat, com és lògic, en el supòsit que la propietat del solar la tinguin diverses persones al mateix temps, o fins i tot en el cas que diversos propietaris del solar formin entre si i amb altres persones, com constructors o promotors, una comunitat per construir un bé immoble i, un cop construït, es reparteixin els diferents pisos, locals, etc.

És una altra figura comuna actualment, que s'utilitza per a estalviar despeses mitjançant la substitució del promotor professional per altres persones que veritablement hi estan més interessades. En definitiva, és cert que hi ha comunitat, doncs diverses persones particulars uneixen esforços per a l'adquisició del pis, local o garatge final.

A manera d'exemple, cap destacar, en aquest sentit, la Sentència del 22 de maig del 1993 (RJ 1993, 3723), en la qual es parla de *comunitat de béns de promotors per construir un edifici i s'estableix, a més, una distinció amb la propietat horitzontal*.

No obstant això, segons la nostra consideració, aquesta interpretació tampoc és la correcta perquè, com succeïa amb la visió referent a l'arrendament d'obres, el solar és el que es lliura i obliga, per tant, al lliurament del bé⁽⁸⁾.

També està relacionada amb això últim la resposta a la confusió amb el contracte de societat. En aquest supòsit es produeix, de la mateixa manera que amb els anteriors, el lliurament, i això unit al fet que no hi ha persona jurídica.

De vegades resulta complicat diferenciar-lo de l'anterior perquè ambdós supòsits, tant comunitat com societat, s'utilitzen per assolir un mateix fi: l'edificació futura. Malgrat això, la raó per la qual el contracte de canvi de solar per edificació futura es presenta en modalitat de societat o de comunitat és la mateixa. D'una banda, no hi ha persona jurídica i, de l'altra, el lliurament ja s'ha produït, com s'ha argumentat al paràgraf anterior.

En referència a aquest darrer exemple, també hi ha diversos supòsits en els quals entenem que els pronunciaments per part de la nostra doctrina no han estat els més encertats. Vegeu la Sentència del 31 de desembre del 1994 (RJ 1994,

10490) o la Sentència del 9 d'octubre del 1995 (RJ 1995, 7026)⁽⁹⁾.

Com podem observar, són moltes les interpretacions que s'han fet en tot el que fa referència a la naturalesa jurídica d'aquesta figura, però, per increïble que resulti, no són les úniques.

També s'ha arribat a confondre amb els comptes en participació, com ho fa, segons el nostre parer, la Sentència del 28 de gener del 1994 (RJ 1994, 575)⁽¹⁰⁾, doncs allò construït no és benefici, sinó que constitueix part de la contraprestació. Hi ha una varietat d'aportacions per les quals un propietari posa a disposició d'un promotor o constructor el seu solar i, com a contraprestació, rep una part dels guanys que es poden obtenir amb la venda de l'edifici.

A la Sentència del 13 de març del 1987 es parla de *negoci o contracte parciari*, però possiblement es vol referir a la forma que adoptarà la contraprestació que acordin les parts, com una de les possibles formes de pagament que podrien existir en un acord de canvi de solar per edificació d'obra futura⁽¹¹⁾.

De nou, observem que no es produeix aquesta simultaneïtat en què hem estat posant èmfasi al llarg de tot l'article, atès que la contraprestació depèn d'un fet futur.

S'ha arribat a parlar, fins i tot, de *dació en pagament*. No hem d'oblidar que la dació en pagament actua com a extinció de l'obligació pactada, si així ho desitgen y acorden les parts.

Tampoc mereix recolzament, segons el nostre parer, aquesta posició, doncs no hem de deixar de banda que allò construït és la contraprestació. El que passa és que si, arribat el moment en què s'ha de pagar el preu, s'acordés, mitjançant dació en pagament, transmetre-li la propietat d'algun dels locals construïts, això portaria a confusió pel que fa a aquest aspecte. Res més aconsellable, en aquest sentit, que estudiar la Resolució del 13 de març del 2000 (RJ 2000, 1103)⁽¹²⁾, en la qual es produeix precisament aquesta equivocació.

El mateix es pot dir respecte de comparar-la amb un dret de superfície o de accessió, perquè en tots dos casos el propietari del sòl ja és el promotor i/o constructor.

És una compravenda d'un solar present que s'uneix a una promesa d'edificació. La permuta de solar per obra futura està exigint una simultaneïtat de contraprestacions que s'ha de produir de manera paral·lela.

El solar és el que es ven i es lliura i entre les parts no es crea ni es confon res.

Un solar present no pot ser objecte de permuta amb una obra o construcció futura, doncs, segons el nostre parer, és necessari que es produeixi la simultaneïtat a la qual ens estem referint

Això es tradueix en el fet que un solar present, per tant, no pot ser objecte de permuta amb una obra o construcció futura, doncs, segons el nostre parer, és necessari que es produeixi la simultaneïtat a la qual ens estem referint.

Tampoc hauria de barrejar-se el concepte *permuta de solar d'obra futura* amb el de *dret de vol*. Existeixen casos, generalment en edificis antics, que són susceptibles d'elevació. La construcció de les noves plantes podrà fer-se, lògicament, de manera directa, és a dir, si és el propietari de l'edifici qui realitza la construcció, o de manera indirecta, que consisteix a cedir a un tercer el dret d'elevar les noves plantes.

És en aquest últim cas on alguns entenem que sorgeix la confusió, però creiem que no ha de generar cap conflicte, doncs perquè sigui considerat permuta d'obra futura, no té per què haver-hi res construït prèviament. En sentit contrari, pot veure's la Resolució del 24 de març del 2000 (RJ 2000, 2101)⁽¹³⁾, en la qual es dóna, un cop més, la solució que potser no sigui la més encertada.

V. SOLUCIÓ PROPOSADA

Dediquem la part final d'aquest article a posar de manifest com podria quedar millor articulada aquesta moderna figura de la permuta de solar per obra futura en relació amb l'estat legislatiu (art. 13 RH) i el doctrinal i jurisprudencial existents actualment.



Com a punt de partida, una permuta sempre és de bé (*res* o *dret*) per bé, o de valor de bé (*v. gr.* diners) per valor de bé (o valor minoritari i bé majoritari, *ex art.* 1.446 CC).

Però és que, a més, és imprescindible que sigui de bé present a canvi de bé present (amb independència, per descomptat, que el lliurament i la consumació siguin futurs) o, si s'articula com un intercanvi de promeses, de permuta de bé futur per un altre bé futur. Però no les combinacions creuades entre les anteriors: present a canvi de futur.

La permuta, com es va concebre en èpoques pretèrites, exigeix lliuraments i consumacions consegüents i simultànies. La mutació no es produeix entre els patrimonis dels permutants, sinó en el patrimoni individual de cadascun. Patrimonis que, com ocorre amb la pell de les serps (el *Dret* sempre té una explicació en la naturalesa, almenys per als que ens considerem *iusnaturalistes*), muten completament (és a dir, «permuten») dins de si mateixos, passant a ser substituït un dels seus béns per un altre de diferent⁽¹⁴⁾, que n'ocupa el lloc, sense solució de continuïtat i donant amb això una perfecta explicació a la nova situació patrimonial provocada a conseqüència d'aquest intercanvi.

Aquesta és la raó per la qual el *sinalagma* es reforça més en la permuta que en la compravenda (vegeu els arts. 1.539 vs. 1.502 i 1.540 vs. 1.478), perquè desprendre's de la propietat d'un bé no és el mateix que desfer-se del poder de disposició d'un valor, raó per la qual resulta difícil entendre la concepció translativa del *préstec* en diners del art. 1.753.

Per tot això, el que hauria de fer-se és el següent:

- Pactar, en un primer estadi, una venda de solar subjecta a la condició suspensiva derivada d'una reserva de domini, amb mer lliurament físic, sense tradició de la parcel·la a favor del promotor/constructor. La contraprestació seria la promesa de venda del pis o pisos futurs.
- Després, quan aquests pisos estiguin construïts definitivament, pactar una permuta sobre béns ja existents, en la qual el venedor es limiti a transmetre el mode (amb mera cancel·lació de

la reserva de domini al Registre de la Propietat, si s'hi ha inscrit) i el promotor/constructor lliuri també el mode dels pisos construïts.

- Així, el primer acord seria de lliurament recíproc de títols (títol + títol per obtenir un títol) i el segon, de lliurament recíproc i simultani de modes (mode + mode).

Això és el que realment s'ajusta a la voluntat de les parts quan pacten aquest tipus d'acord:

- D'una banda, el venedor vol mantenir garanties sobre el solar que ven, i quina garantia millor que mantenir la propietat d'allò venut i obtenir un títol real i inscrivible sobre la futura construcció.
- D'altra banda, el venedor també vol que les garanties sobre el seu solar no depenguin de l'advertència, seva o dels seus assessors, a l'hora de pactar garanties personals de devolució: assegurança, aval a primer requeriment, condició resolutorià, etc. D'aquesta manera, en canvi, no les necessita, atès que el Notari advertirà que només pot instrumentar-se l'operació mitjançant el reconeixement del títol a favor de qui cedeix el solar.

La jurisprudència ha fet un gran nombre d'interpretacions, pel que s'han recollit fins a quinze corrents d'opinió al voltant de la naturalesa jurídica d'aquesta figura: permuta, compravenda de cosa futura, contracte d'obra, contracte atípic, comunitat de propietaris, societat, etc.

Per tot això, el venedor pot témer que esdeveniments posteriors, com l'aparició d'aliens de bona fe o l'entrada de la promotora en concurs, el puguin perjudicar. Aquestes situacions, d'aquesta manera, també quedarien salvades: en el primer cas, perquè el títol del venedor no es pot inscriure sense la inscripció simultània del títol del comprador i, en el segon, perquè fins que el promotor no acabi la construcció, el solar segueix essent propietat del titular original.

Per tots aquests motius, considerem que la jurisprudència ha fet moltes interpretacions sobre aquesta matèria sense unificar la posició respecte d'aquesta, per la qual cosa es recullen a les sentències fins a quinze corrents d'opinió al voltant de la naturalesa jurídica d'aquesta figura: permuta, compravenda de cosa futura, contracte d'obra, contracte atípic, comunitat de propietaris, societat, etc.

Tot això ha acabat per donar lloc a l'antiga redacció de l'art. 13 RH i a la posterior i coneguda STS del 31 de gener del 2001, com també a la dantesca situació en què es troba actualment la redacció del precepte citat.

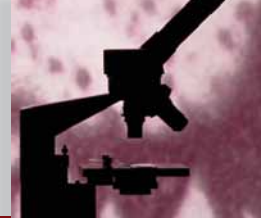
En definitiva, una clara demostració de: a) falta de consens jurídic sobre què és aquesta figura; b) inseguretats jurídica, i c) manca d'un criteri clar sobre què són tota la resta de figures jurídiques amb les quals es compara: societat, negoci fiduciari o indirecte, comptes en participació, superfície, vol, accessió i altres denominacions.

No cal dir que, com en qualsevol venda d'immobles, a la permuta de solar per obra se li aplicarien els arts. 1.469 a 1.471, l'art. 1.591 i la LOE, l'art. 1.124 i els arts. 1.474 i seg. CC.

En l'endemig, si es produeix un procediment expropiatori, s'expropiaria al propietari del sòl i el finançament per part del promotor s'hauria de fer, en contra del que ocorre actualment (el promotor es finança sobre una titularitat que realment no li correspon), sobre un altre bé de titularitat seva o sobre el propi solar del seu titular, que actuaria com a hipotecant no deutor (art. 1.857.II CC).

Des del punt de vista fiscal (vegeu la Consulta V1217-10 DGT, de l'1 de juny del 2010, i la Contestació del TJCE V1976-08, del 30 d'octubre del 2008, sobre el criteri de tributació d'acord amb l'establert pel nostre Tribunal Suprem), les conseqüències serien les següents:

- a) Actualment, aquesta falsa permuta tributa ja en el moment del «lliurament» del solar (si és un empresari o professional). Segons els nostres postulats, el primer acord seria una mera transmissió de títols.
- b) L'IVA de les transmissions, en canvi, es generaria en el segon acord, perquè fins a llavors no s'ha produït una *traditio*



susceptible de produir l'efecte translatiu d'un patrimoni a un altre.

De l'altra manera, llevat d'una millor opinió dels lectors, no. Al nostre país s'ha entès sempre que la millor manera de fomentar el mercat del lloguer és mitjançant paquets legislatius afavorint la figura de l'arrendatari. Probablement aquesta és una de les raons per les quals aquest mercat es troba actualment en un estat tan lamentable.

Pensem aquest cop si la manera més correcta de fomentar la construcció sobre sòl aliè propietat d'un pobre agricultor amb una parcel·la amb expectatives urbanístiques és la que es dona avui dia. Si es considera que sí, ho lamentarem profundament. Si és que no i aquestes breus reflexions han servit d'alguna cosa, benvinguda sigui la nostra contribució. Creiem que el debat sobre aquestes figures jurídiques sempre serà beneficiós i contribuirà al desenvolupament del pensament i al progrés de la nostra societat.

VI. BIBLIOGRAFIA

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

BORDA, Guillermo, *Manual de los contratos*, Ed. Perrot, Buenos Aires, 1993, pàg. 158 i seg.

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

MATHEU DELGADO, José Arturo, *De recho de vuelo y subsuelo*, Ed. Dykinson, Madrid, pàg. 440.



ROSA DÍAZ, Pelayo de la, *La permuta*, Ed. Montecorvo, Madrid, 1976, pàg. 25 i seg.

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

SORIANO BEL, José Miguel, *Fiscalidad inmobiliaria. Promotores, constructores y arrendadores de inmuebles*, Ed. CISS, València, 2006, pàg. 135 i seg.

- (1) Vegeu CICERÓ, Marc Tul·li, *De legibus*, II, V, 13.
- (2) ROSA DÍAZ, Pelayo de la, *La permuta*, Ed. Montecorvo, Madrid, 1976, pàg. 25 i seg.
- (3) PAULO, *Digesto*, llib. 19, tít. 4.
- (4) BORDA, Guillermo, *Manual de los contratos*, Ed. Perrot, Buenos Aires, 1993, pàg. 158 i seg.

- (5) SERRANO CHAMORRO, M.^a Eugenia, *La jurisprudencia en el contrato de cambio de solar por edificación futura*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2001, pàg. 70.
- (6) SERRANO CHAMORRO, *op. cit.*, núm. 2, pàg. 115.
- (7) SERRANO CHAMORRO, *op. cit.*, núm. 2, pàg. 124-125.
- (8) SERRANO CHAMORRO, *op. cit.*, núm. 2, pàg. 180-182.
- (9) SERRANO CHAMORRO, *op. cit.*, núm. 2, pàg. 186.
- (10) SERRANO CHAMORRO, *op. cit.*, núm. 2, pàg. 204.
- (11) SERRANO CHAMORRO, *op. cit.*, núm. 2, pàg. 206-210.
- (12) SERRANO CHAMORRO, *op. cit.*, núm. 2, pàg. 224-228.
- (13) SERRANO CHAMORRO, *op. cit.*, núm. 2, pàg. 248.
- (14) Per aplicació del principi de subrogació real (vegeu, com a simple exemple, l'art. 1.346.3r CC).

Idees generals i reforma del sistema d'impugnació espanyol dels acords socials

Jesús Quijano González

Catedràtic de Dret Mercantil de la Universitat de Valladolid

Vocal permanent de la Comissió General de Codificació

SUMARI

- I. PLANTEJAMENT: EL SISTEMA D'IMPUGNACIÓ VIGENT EN LA LLEI DE SOCIETATS DE CAPITAL (CARACTERÍSTIQUES I DEFICIÈNCIES)
- II. ORIENTACIÓ GENERAL D'UNA POSSIBLE REFORMA: CRITERIS BÀSICS
- III. ELS ASPECTES CONCRETS OBJECTE DE REVISIÓ
- IV. LA IMPUGNACIÓ D'ACORDS EN LA PROPOSTA DE NOU CODI MERCANTIL

I. PLANTEJAMENT: EL SISTEMA D'IMPUGNACIÓ VIGENT EN LA LLEI DE SOCIETATS DE CAPITAL (CARACTERÍSTIQUES I DEFICIÈNCIES)

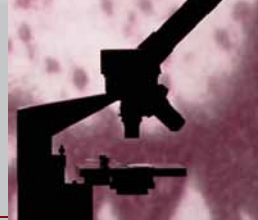
És un fet notori que el sistema vigent d'impugnació d'acords socials, recollit als articles 204 a 208 de la Llei de societats de capital, és substancialment el mateix que va dissenyar fa més de seixanta anys



la Llei de societats anònimes del 1951. Els aspectes substancials, en efecte, entenent com a tals les causes d'impugnació, la legitimació, els terminis i els efectes de la sentència, estaven regulats amb la mateixa orientació en els articles 67 a 70 d'aquella Llei, que va estar vigent fins a la refosa del 1989, quan, amb motiu de l'adequació al cabal comunitari, es va pro-

duir una primera «modernització global» del nostre Dret societari bàsic.

Aquesta modernització no va arribar en el més fonamental al sistema d'impugnació, com és evident. Els canvis que es van produir llavors en els articles 115 a 122 del Text refós del 1989 estaven més dirigits a introduir algunes precisi-



ons en el sistema que a modificar-lo o canviar-lo. Ocorria que, en el llarg període de vigència de la Llei del 1951, tant la doctrina com la jurisprudència havien anat assentant algunes distincions en els acords impugnables a causa de la sanció jurídica (nul·litat dels acords il·legals, anul·labilitat dels antiestatutaris i lesius), i havien vinculat amb més nitidesa la legitimació i els terminis d'impugnació a aquesta distinció. El text del 1989 va acollir aquests extrems, tot i que també és just reconèixer que va incorporar alguna novetat d'abast: d'una banda, el reconeixement exprés de la possibilitat de detenir la informació deixant sense efecte l'acord impugnat o substituint-lo vàlidament per un altre; d'altra banda, la referència a l'«*impacte registral*» de la sentència estimatòria ferma, recolzada en la pròpia inscripció i en la cancel·lació de l'acord anul·lat i dels assentaments posteriors que fossin contradictoris amb la sentència, alhora que desapareixia la menció als seus efectes per a tots els socis, impugnants o no, i al principi de conservació, o no afectació, dels drets adquirits per tercers de bona fe a conseqüència de l'acord impugnat, que el text del 1951 acollia en l'article 67.

Pot afirmar-se que el sistema vigent d'impugnació d'acords presenta tres deficiències greus: una tècnica jurídica deficient; el fet de no estar en consonància amb el que podem considerar el panorama societari actual, ni en la perspectiva tipològica, ni en la dimensió funcional, i la desactualització comparada

En el temps de vigència del text del 1989, el canvi més significatiu es va produir, com és sabut, en l'àmbit processal: la Llei d'enjudiciament civil del 2000 va suprimir el procediment especial d'impugnació que venia configurat en detall a l'article 70 del 1951, i que havia passat, amb alguna simplificació, als articles 118 a 121 del nou text; d'aquesta manera, aquests articles van quedar derogats, i el 118 ara es limita a remetre al judici ordinari de la llei processal.

FITXA TÈCNICA



Resum: L'autor parteix de considerar la conveniència o necessitat d'obrir un debat encaminat a la reforma del sistema d'impugnació d'acords socials, fet que, unit a la recent difusió de la proposta de Codi Mercantil emanada de la Comissió General de Codificació, constitueix, sens dubte, un marc propici per a aquesta reflexió, que haurà de situar-se en el context de la reconstrucció general del Dret societari que suposa el trànsit d'un nou Codi. La qüestió, en el cas concret de la impugnació, com ocorrerà en d'altres, és la d'encertar, d'una banda, amb l'orientació general adequada, quant a criteris bàsics, que un nou sistema d'impugnació hagi de tenir, i, de l'altra, la de delimitar, amb claredat de contingut i bona tècnica, els aspectes concrets del règim de la impugnació que han de ser revisats, com també en quin sentit o amb quin abast han de ser-ho en cada cas. D'una resposta correcta a totes dues qüestions dependrà que el nou model tingui equilibri, proporció i coherència en un tema tan delicat.

Paraules clau: Dret societari, impugnació dels acords socials, 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. de l'A.: Aquest treball s'integra entre els realitzats en el marc del projecte d'investigació «La impugnación de acuerdos sociales: propuestas para una reforma» (DER 2011-29198), finançat pel Ministeri de Ciència i Innovació.

La Llei de societats de capital vigent, com era obligat per tractar-se d'un text refós, no va introduir cap canvi significatiu en el model preexistent, més enllà d'alguna adequació formal: per exemple, retolar, com corresponia, l'article 207 com a «*procediment d'impugnació*» (l'article 118 anterior el titulava «*competència*»), o substituir la referència als accionistes per una de més genèrica als socis, d'acord amb la naturalesa comuna i l'aplicació indistinta del sistema d'impugnació a societats anònimes i limitades, que abans ja es produïa per la remissió expressa que feia l'article 56 de la Llei de societats limitades del 1995 a la Llei de societats anònimes en aquesta matèria, quan cada tipus societari tenia una llei reguladora pròpia.

Aquest ha estat, en síntesi, l'esdevenir dels «fets jurídics» pel que fa al sistema d'impugnació. I es podrà afirmar, tot i que pugui semblar una presa de

posició anticipada, que un model regulador, en un tema tan sensible, que ha estat vigent durant més de seixanta anys, deu necessitar alguna adequació, modernització o reforma, sense perjudicar-ne ara l'orientació o abast. Perquè és evident que els «fets societaris», que són el context en què opera el sistema d'impugnació, han evolucionat molt en aquest temps, de manera que les bases sobre les quals es va construir el model a mitjan segle XX són molt diferents de les que avui, entrat ja el segle XXI, han de ser considerades en una configuració actualitzada del model.

Una opinió bastant generalitzada, amb la qual coincideixo, i resumint l'àmplia anàlisi crítica que s'ha acumulat al llarg del temps, tot i que amb més insistència en els darrers anys, és que el sistema vigent d'impugnació d'acords presenta tres deficiències greus que convé mencionar:



- En primer lloc, i des del punt de vista de la tècnica jurídica, segueix sense oferir un estàndard suficient de seguretat, en el doble sentit de certesa quant al contingut i previsibilitat quant a l'aplicació. La delimitació de les categories de supòsits d'impugnació, la sanció jurídica corresponent a cada cas, la proporció deguda entre la gravetat de la causa i la sanció, tant en si mateixes com pels efectes que tenen en l'atribució de legitimació, o en el transcurs dels terminis de caducitat de l'acció, o en les conseqüències de la sentència estimatòria, segueixen configurant un marc que pateix d'incertesa i, en molts casos, poc sensible a l'equilibri entre els interessos en joc i la transcendència dels acords afectats. És cert que l'abundant i variada jurisprudència recaiguda, com també la rica aportació doctrinal interpretativa o integradora, han anat aclarint aspectes, suggerint límits, incorporant requisits o adequant efectes, fet que vindria a constituir una raó afegida per a una revisió raonable del model.
- En segon lloc, el sistema no es troba en consonància amb el que podem considerar el panorama societari actual, ni en la perspectiva tipològica, ni en la dimensió funcional. Quan es va construir a mitjan segle passat, el panorama societari era bàsicament unitari i uniforme; només cal observar, per exemple, que la tendència a la diferenciació tipològica entre societats anònimes tancades i obertes, o cotitzades, ni tan sols estava esbossada, i avui és ben evident que aquesta distinció reclama espais creixents d'especialització normativa, en la mateixa mesura que els interessos afectats i els potencials conflictes per resoldre plantegen necessitats de tractament particular. No només això: funcionalment, el sistema d'impugnació es va configurar a partir d'una determinada visió dels conflictes intrasocietaris pròpia de l'època, molt relacionada amb la finalitat de posar a disposició de la minoria un instrument de protecció dels seus interessos davant del possible abús de la majoria. I no és que aquesta perspectiva hagi perdut vigència, especialment en les societats tancades, siguin limitades o petites anònimes; el que ha passat és que la casuística conflictual s'ha fet cada

cop més complexa a mesura que la diversificació d'interessos s'ha intensificat. Junt amb el clàssic conflicte majoria/minoria, avui s'objectiven i substancien conflictes entre grups de socis, entre accionistes significatius o de control i accionistes externs i dispersos, entre socis i administradors, entre socis estables i inversors transitoris o d'oportunitat, etc. Es postula, a més, algun reconeixement qualitatiu al propi interès social en diverses variants (la continuïtat de la societat, l'estabilitat financera, la posició al mercat, etc.), que d'alguna manera el diferenciï de l'interès del conjunt dels socis o de l'interès de la majoria i, fins i tot, es contraposa l'abús de minoria, àdhuc com a límit a la impugnació, al tradicional abús de majoria que va inspirar el sistema clàssic. En el cas concret de les societats cotitzades, i amb notable singularitat en el context dels grups de societats, són especialment perceptibles els fenòmens assenyalats.

- En tercer lloc, el sistema espanyol tampoc està actualitzat des de la perspectiva comparada, i ni tan sols des de la perspectiva de la nostra pròpia evolució legal (observeu la tendència recollida al règim d'impugnació de fusions i escissions a la Llei de modificacions estructurals), a més de la ja senyalada evolució jurisprudencial en la interpretació de causes i efectes. En l'àmbit comparat, en efecte, algunes reformes encara recents en ordenaments del nostre entorn (Itàlia, Alemanya o Portugal en són bons exemples, a més de l'orientació d'algunes directives comunitàries en temes concrets) han incorporat novetats molt significatives, ja sigui en el règim general de la impugnació (limitació de la legitimació a la minoria en acords anul·lables, amb alternativa rescabadora, exigència de la condició de soci en el moment de la convocatòria, etc.), o en el cas especial de determinats acords (variacions de capital, especialment si l'augment o la reducció ja han estat total o parcialment executats, aprovació de comptes, modificacions societàries, singularment les d'abast estructural, etc.). És cert que en el conjunt d'aquestes reformes es percep una orientació general limitativa de la impugnació per

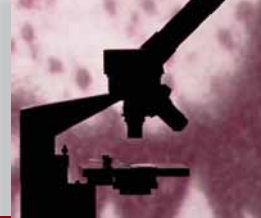
diverses vies, fet que no ha d'obstar a una reflexió ponderada en la cerca d'un resultat equilibrat i útil en el context societari actual.

Les consideracions precedents avalen, crec que de manera suficient, la conveniència, o la necessitat, d'obrir un debat encaminat a la reforma del sistema d'impugnació d'acords socials. La recent difusió de la proposta de Codi Mercantil sorgida de la Comissió General de Codificació constitueix, sens dubte, un marc propici per a aquesta reflexió, que haurà de situar-se en el context de la reconstrucció general del Dret societari que suposa el trànsit d'un nou Codi. La qüestió, en el cas concret de la impugnació, com ocorrerà en d'altres, és la d'encertar, d'una banda, amb l'orientació general adequada, quant a criteris bàsics, que un nou sistema d'impugnació hagi de tenir, i, de l'altra, la de delimitar, amb claredat de contingut i bona tècnica, els aspectes concrets del règim de la impugnació que han de ser revisats, com també en quin sentit o amb quin abast han de ser-ho en cada cas. D'una resposta correcta a totes dues qüestions dependrà que el nou model tingui equilibri, proporció i coherència en un tema tan delicat.

II. ORIENTACIÓ GENERAL D'UNA POSSIBLE REFORMA: CRITERIS BÀSICS

La formulació d'una proposta raonable de reforma del sistema d'impugnació exigeix resoldre prèviament algunes qüestions d'orientació general en les quals es podrien plantejar opcions diverses. Es tracta, doncs, de fixar criteris bàsics inicials per al conjunt del model que permetin abordar després els aspectes concrets del règim jurídic de la impugnació.

A aquests efectes, el debat d'orientació general pot plantejar-se diferenciant tres nivells de discussió, molt relacionats entre si: si el sistema d'impugnació ha de ser únic i aplicable a totes les societats o si ha de ser divers; si ha de ser homogeni per a tot tipus d'acords socials o si hi ha acords que han de tenir tractament propi; si ha de ser objecte de revisió el conjunt dels aspectes que integren el règim de la impugnació, i amb quin abast en cada cas. En resum, quines societats, quins



acords i quins aspectes, com s'ha expressat gràficament en ocasions el debat de la impugnació.

D'una banda, i tenint en compte la diversitat tipològica de les societats afectades, es tracta d'optar per un règim general o comú d'impugnació sobre el qual s'introdueixin especialitats en major o menor volum, o apostar per règims plurals i diferenciats en els quals, junt amb algunes coincidències inevitables, predomini allò específic amb solucions diverses. M'inclino obertament per la posició intermèdia: davant de la dicotomia règim únic i general/règims especials, la configuració d'un règim comú bàsic, amb especialitats que poden ser importants en certs supòsits, aporta coherència al model i permet combinar l'homogeneïtat en allò fonamental amb la diversitat en allò particular. Aquesta opció resulta especialment significativa en el cas de la societat cotitzada, probablement el context en el qual les peculiaritats de règim tenen més sentit i han de tenir un major abast.

D'altra banda, i en una línia semblant, sembla raonable i coherent que l'aposta per un règim bàsic amb especialitats relacionades amb la diversitat tipològica tingui certa continuïtat des de la perspectiva dels acords afectats. Com ja es va assenyalar anteriorment, hi ha determinats acords que, per la seva naturalesa, pels efectes que generen, pels interessos que afecten o per les implicacions que tenen per a la societat, han d'admetre especialitat en la impugnació, ja sigui restringint les causes, limitant la legitimació o reduint el termini, i tot això a partir d'un règim bàsic comú aplicable als acords amb caràcter general i supletori en el que procedeixi. Es van mencionar supòsits com les variacions significatives de la xifra de capital o les modificacions estructurals, posant èmfasi en els augments i les reduccions de capital ja executats i en les fusions o escissions ja inscrites, per l'impacte que tenen sobre l'estabilitat o sobre la posició de la societat. Però també hi ha altres casos (l'acord d'aprovació dels comptes, diferent del de formulació, i amb una incidència diferent si són comptes auditats o no, i encara que ho estiguin amb o sense reserves; el propi acord de dissolució, o bé el de sol·licitud de declaració de concurs adoptat per la junta gene-



ral, etc.) que poden oferir algun flanc a l'especialitat de tractament parcial per algun dels motius indicats.

Amb independència que els canvis a introduir tinguin una major o menor dimensió, sembla convenient estendre la voluntat reformadora al conjunt dels aspectes o matèries que integren el règim de la impugnació, tant en l'àmbit processal com en el mercantil

Finalment, i amb independència que els canvis a introduir tinguin una major o menor dimensió, sembla convenient estendre la voluntat reformadora al conjunt dels aspectes o matèries que integren el règim de la impugnació, tant en l'àmbit processal com en el mercantil. En efecte, s'han mencionat reiteradament els aspectes mercantils o substantius (causes i efectes de la impugnació), o d'altres de vinculats (guarició, legitimació, caducitat), com a susceptibles de revisió, però l'oportunitat no és menor en l'àmbit processal (l'arbitratge i el laude, les mesures cautelars, les garanties, el marge d'arbitri judicial, etc.) i, fins i tot, en el registral, especialment respecte

als efectes de la sentència sobre actes posteriors degudament inscrits.

El resultat final d'aquesta orientació sembla bastant adequat: un règim bàsic general o comú d'impugnació, amb especialitats en algun o en diversos dels aspectes que l'integren, relacionades amb la diversitat tipològica o amb la peculiaritat de determinats acords socials. Òbviament, les especialitats hauran de ser d'aplicació preferent quan n'hi hagi, mentre que el règim general serà d'aplicació supletòria en aquests casos i d'aplicació directa quan no n'hi hagi.

A partir d'aquests criteris, es pot abordar l'examen més concret dels aspectes particulars del règim de la impugnació per tal d'analitzar sintèticament les conveniències de reforma que poden plantejar-se en cada cas.

III. ELS ASPECTES CONCRETS OBJECTE DE REVISIÓ

El règim jurídic de la impugnació s'integra per un conjunt d'aspectes que, encara que tenen substantivitat pròpia, es troben en íntima relació entre si: fàcilment es comprova que la causa concreta d'impugnació i la qualificació que hi està vinculada com a sanció jurídica influeixen decisivament sobre la legitimació per impugnar en cada cas, sobre les possibilitats efectives d'esmena, sobre el



termini per exercir l'acció i, en última instància, sobre els efectes de la sentència estimatòria. Essent això així, és convenient, no obstant, procedir a un breu examen diferenciat de cada aspecte per tal de precisar millor l'abast particular d'una eventual revisió.

1. Les causes d'impugnació

Tradicionalment, les causes d'impugnació s'han configurat a partir de tres categories (acords il·legals, antiestatutaris i lesius de l'interès social) certament consolidades en la dogmàtica jurídica. Però els problemes d'aplicació no deriven tant d'aquesta configuració com de l'automatisme amb el qual es dedueix la qualificació jurídica de cada categoria i de la consegüent sanció jurídica (nul·litat o anul·labilitat) derivada d'aquesta qualificació. Seria oportú procedir a una delimitació més estricta de les causes d'impugnació que impliquen nul·litat de l'acord mitjançant una enumeració exhaustiva dels supòsits a què queda reservada, per la gravetat, aquesta sanció. L'elaboració d'un *numerus clausus* d'acords nuls tindria també un efecte indirecte especialment significatiu: la resta d'acords il·legals no mencionats expressament, com també els antiestatutaris i lesius, resultarien afectats d'anul·labilitat, convertida d'aquesta manera en regla general supletòria i implícita per a quan no operi la nul·litat explícita.

Òbviament, la principal dificultat en l'ús d'aquesta tècnica de taxació de la nul·litat, per la valoració ponderada que implica, consisteix a definir correctament l'àmbit de gravetat en el qual la sanció de nul·litat resulta proporcionada. Hi haurà casos singularment clars, ja enunciat en altres ordenaments: així, els acords ficticis o inexistents, els falsos, els adoptats fora de l'ordre del dia, o prescindint totalment del procediment o dels requisits essencials d'adopció (és ben conegut l'exemple de la junta pretesament universal a la qual no va concórrer tot el capital). Però, en d'altres, resultarà imprescindible introduir criteris més oberts que després hauran de ser valorats per qui jutgi en el cas concret, en la mesura que es basen en algun element jurídic indeterminat que implica qualificar l'acord: seria el cas dels acords adoptats amb infracció greu dels requisits legals o esta-

tutaris que disciplinen el procediment de celebració de la junta (convocatòria, constitució, formació de la voluntat corporativa, etc.), amb violació greu del dret d'informació (quan hagi incidit directament en l'emissió del vot i en la formació de la majoria requerida), amb lesió greu de drets de soci, amb contrarietat dels principis configuradors del tipus o de les normes essencials de protecció dels creditors socials. Així mateix, dins de l'espai reservat a la nul·litat hauran de tenir cabuda els acords contraris a l'ordre públic, circumscrits als que ho siguin per causa o contingut, i no per vicis o defectes del procediment, ja acol·lits en els supòsits específics de nul·litat.

La delimitació de la nul·litat amb caràcter exhaustiu, al seu torn, ha de servir també, amb dimensió negativa, per acollir la denominada *prova de resistència*, que tendeix a la conservació dels acords adoptats, exclouent de la impugnació els supòsits (participació en la reunió de persones no legitimades, emissió de vots invàlids o errors de còmput) en els quals el vici o defecte no és determinant per a la vàlida constitució de la junta o per a la consecució de la majoria exigida.

Finalment, seria oportú aclarir en aquest punt la distinció entre la impugnació i anul·lació d'acords determinats i la impugnació i anul·lació de la junta amb caràcter general, per tal d'evitar pretensions selectives d'anul·lació impugnant només determinats acords, quan per a això s'al·leguin vicis o defectes que invaliden la celebració de la junta general en conjunt. Qualsevol de les dues solucions possibles (bé impedir impugnacions selectives, si s'objecta la validesa global de la junta, bé estendre l'anul·lació a tots els acords adoptats, quan s'estimi una causa d'impugnació que afecti la validesa de la junta i encara que només algun o alguns dels acords haguessin estat objecte d'impugnació) pot ajudar al mateix objectiu, que no és cap altre que impedir un exercici incoherent, abusiu o marcadament parcial de la facultat d'impugnació, a l'empara de la regla de congruència entre la demanda i la sentència. Potser podria arribar-se a aquest resultat per altres vies processals usades raonablement per qui jutja en el cas concret, però és evident que un reconeixement explícit de la distinció aportaria seguretat i certesa pel que fa

als efectes de la impugnació i de l'eventual sentència estimatòria.

2. La legitimació

La legitimació per exercir l'acció d'impugnació constitueix un aspecte fonamental del règim jurídic, en la mesura que el criteri a adoptar per atribuir-la en condiciona decisivament l'efectivitat real. El sistema actual, com és ben sabut, configura la legitimació com un dret individual del soci, reconegut a tots els socis sense distinció quan l'acord sigui nul i limitat per als acords merament anul·lables als supòsits d'absència, discrepància formal i privació il·legítima del vot, tot això sense perjudici de la legitimació dels administradors, en tot cas, i dels tercers que acreditin interès legítim davant d'acords nuls. Aquest criteri, a més de generar inseguretat interpretativa respecte de l'abast de les condicions exigides, resulta avui poc equilibrat, si es té en compte la tendència cada cop més estesa de diferenciar amb més intensitat les causes d'impugnació i la sanció jurídica de l'acord afectat.

Resultaria oportú, en aquesta línia, introduir aquí una modificació significativa, consistent a configurar com a dret de minoria discrepant, sense altres condicions afegides, la legitimació per impugnar els acords anul·lables. En el cas dels acords nuls, és raonable mantenir la regla de legitimació àmplia (els socis, com a dret individual, els administradors, els tercers amb interès legítim), perquè es tracta de facilitar-ne la impugnació. Però, en el cas dels acords anul·lables, resulta desproporcionat el reconeixement de legitimació individual, encara que s'afegeixin altres condicions als socis que pretenguin exercir-la. Sembla adequat, mantenint la legitimació dels administradors que, estant afectats pel deure d'execució, han de poder impugnar per eludir l'eventual responsabilitat, vincular la legitimació dels socis a una posició més qualificada, quant a expressió d'una porció d'interès rellevant, que és el que normalment ocorre amb els drets de grup o minoria. Òbviament, la minoria pot ser ostentada per un soci individual que la detingui o per socis agrupats per assolir-la, i no haurà de ser un percentatge fix de capital, sinó un percentatge variable, quantitativament proporcionat per trams a la xifra de capital, per evitar que en societats de gran volum



(les cotitzades, en particular) es produïxi per aquesta via una exclusió pràctica del dret a impugnar. La minoria, en tot cas, hauria d'estar integrada per socis que hagin adquirit aquesta condició abans de l'adopció de l'acord (en la legislació alemanya, s'exigeix tenir la condició de soci en el moment de la convocatòria de la junta general) i que hagin votat en contra de l'acord anul·lable a impugnar, sense que n'hi hagi prou amb l'absència o l'abstenció; a més, els estatuts, amb caràcter general, han de poder reduir, i no augmentar, la porció de capital exigida en el concepte legal de *minoria*.

Es podria establir, com ja han fet altres ordenaments, un dret específic de rescabament o indemnització del perjudici ocasionat per l'acord en qüestió. Aquesta tècnica ja coneix algun precedent en casos, com el de la fusió inscrita, en els quals la impugnació ha restat exclosa o reduïda en certs casos

En la mesura que aquest criteri pugui menyscar drets de socis privats de legitimitat, cabria establir, com ja han fet ordenaments que han acollit aquest sistema de minoria, i amb un interessant abast alternatiu, un dret específic de rescabament o indemnització del perjudici ocasionat per l'acord en qüestió. Aquesta tècnica ja coneix algun precedent en casos, com el de la fusió inscrita, en els quals la impugnació ha restat exclosa o reduïda en certs casos.

A part d'això, la reforma en aquesta matèria hauria de proporcionar també ocasió per incorporar al sistema la regla de denúncia prèvia i tempestiva del vici o defecte de forma en el procés d'adopció de l'acord, com a pressupòsit per a la legitimitat posterior, quan qui pretengui impugnar-lo ho hagués pogut fer en el moment oportú.

Finalment, l'especificitat de la societat cotitzada ha de propiciar l'extensió de legitimitat tant a les associacions d'accionistes, almenys quan agrupin una porció de capital que assoleixi la minoria, com al supervisor (la CNMV, que podrà demanar

la suspensió de l'acord impugnat i haurà de publicar com a fet rellevant la interposició de la demanda.

3. Els terminis d'impugnació i la guarició d'acords viciats

Els terminis d'impugnació, amb efecte típic de caducitat de l'acció, han estat relacionats també amb les causes d'impugnació i amb la naturalesa de la sanció jurídica aplicable als acords afectats. No sembla que hi hagi inconvenient en mantenir aquesta distinció ni en estimar raonable el tradicional termini d'un any per al cas dels acords nuls, amb l'excepció de la no caducitat dels acords contraris a l'ordre públic, un cop establert que aquesta categoria se circumscriu als que ho són per causa o contingut.

No obstant això, en el cas dels acords anul·lables, hi ha altres circumstàncies que cal considerar: especialment, la conversió de la legitimitat individual en dret de minoria aconsella disposar d'un termini més ampli que el vigent, de quaranta dies, tenint en compte que la consecució de la porció de capital que assoleixi la minoria pot requerir d'un temps prudencial per a l'agrupació, formalització, etc. Semblaria raonable, doncs, ampliar el termini de caducitat (tres mesos pot ser una bona referència) per a l'exercici de l'acció d'impugnació dels acords anul·lables.

Junt amb això, haurien d'eliminar-se algunes incerteses en la determinació del *dies a quo* per a l'inici del còmput. El sistema actual ho estableix amb caràcter general en la data d'adopció de l'acord, però permet utilitzar la data de publicació al *BORME*, si l'acord fos inscripció, sense diferenciar en aquest cas si l'acord hagués estat efectivament inscrit o no, fet que genera dubtes sobre l'extensió real del termini de caducitat. És desitjable una major certesa en l'aplicació de regles de les quals depèn la pervivència de l'acció i, a l'efecte, hi ha tres circumstàncies que mereixen consideració: en primer lloc, partir del fet cert de la inscripció, sense invocar el caràcter inscripció o no de l'acord, per iniciar el còmput, en aquest cas, des de la publicació al *BORME* de les dades essencials de l'acord; en segon lloc, s'hauria d'introduir la distinció entre acords adoptats en junta i acords adoptats per un altre procediment que

pugui admetre's (per exemple, per escrit i sense necessitat de junta), doncs així com en aquells la data d'adopció és un fet més constatable, en aquests s'hauria de prendre com a referència la data de recepció de la còpia de l'acta; finalment, hauria de considerar-se també la hipòtesi que aquells que pretenen impugnar hagin sol·licitat certificació dels acords i les actes, ja que llavors l'inici del còmput hauria de començar quan els sol·licitants hagin rebut la certificació dels administradors.

Tot i que és evident que la temàtica de la guarició de l'acord viciat, que en fa improcedent la impugnació quan hagi estat deixat sense efecte o substituït vàlidament per un altre, té substantivitat pròpia, resulta aconsellable incloure aquí una reflexió al respecte, tenint en compte que el termini d'impugnació és l'espai natural de temps en el qual aquesta tècnica pot operar amb més eficàcia. Per a això, cal diferenciar bé el moment: si encara està transcorrent el termini d'impugnació i no hi ha demanda presentada, la iniciativa de revocar o substituir l'acord és íntegrament de la pròpia societat; si ha transcorregut el termini i no s'ha produït la impugnació, l'acord ha restat sanet un cop caducada l'acció i ja no serà necessari revocar-lo o substituir-lo, tot i que la societat pugui fer-ho per altres consideracions. Però si l'acord ha estat impugnat dintre del termini i està ja sota jurisdicció, el Jutge mercantil que coneix l'afer ha de tenir un ampli marge d'arbitri propi per instar la guarició en alguna de les formes previstes, sempre que consideri possible l'esmena de la causa d'impugnació. En el sistema actual (article 207, 2), el Jutge només pot concedir un termini d'esmena a sol·licitud de la societat demandada, però no d'ofici o per iniciativa pròpia; es tractaria, doncs, de combinar les dues possibilitats per atorgar un termini raonable d'esmena abans de senyalar la data del judici. Es podria fer una consideració semblant quan la solució del conflicte impugnatori correspongui a una instància arbitral.

Una qüestió diferent, i ben complexa, és la de distingir les opcions concretes que la societat pot adoptar (revocar l'acord, renovar-lo modificant-lo, substituir-lo per un altre, ratificar-lo, etc.) i els efectes particulars que cadascuna tingui. Es tracta d'una qüestió penal de matisos,



en la qual la diferenciació nítida d'hipòtesis (eliminació de l'acord, reiteració del mateix acord amb correccions, adopció d'un nou acord amb substitució total o parcial de l'anterior, mera ratificació de l'adoptat, etc.) no sempre és senzilla. Però probablement es tracti també d'una qüestió fàctic-jurídica que té una millor anàlisi en l'àmbit doctrinal com a tasca d'interpretació, o en el judicial com a tasca d'aplicació d'una norma oberta al cas concret. Pretendre esgotar en la norma la totalitat de supòsits i efectes no sembla el més aconsellable, a la vista de la casuística que pot aparèixer.

4. El procediment d'impugnació i l'arbitratge

El procediment a seguir en la tramitació i resolució de la impugnació, en altres temps concebut amb notable peculiaritat en la pròpia legislació societària, va ser reconduït, amb motiu de l'entrada en vigor de la Llei d'enjudiciament civil l'any 2000, al judici ordinari previst en aquesta. Aquesta solució ha de donar-se per vàlida pel que suposa de manifestació de la voluntat de suprimir procediments especials, com es va al·legar al seu dia. Posteriorment, en crear-se els jutjats mercantils l'any 2004, la competència per conèixer de les impugnacions d'acords hi va quedar residenciada, sens dubte, amb efectes positius d'especialització. És notori, això no obstant, que la saturació experimentada per aquests jutjats en l'àmbit concursal, a la qual s'afegeix

la prolongada durada mitjana de les instàncies posteriors, apel·lació i cassació, no beneficia l'agilitat amb la qual haurien de quedar definitivament resolts els processos d'impugnació, especialment en aquells casos en què la tardança i la incertesa poden arribar a comprometre seriosament l'interès social a causa de la provisionalitat o l'aplaçament al qual es veuen sotmeses complexes operacions juridicoeconòmiques que resulten essencials per a la continuïtat, l'estabilitat o el desenvolupament de la pròpia societat afectada, dels seus socis o dels inversors potencials.

La recent habilitació de l'alternativa arbitral, mitjançant l'express reconeixement de la licitud de la clàusula compromissòria en els estatuts socials a la reforma de la Llei d'arbitratge del 2011, suposa, sens dubte, un avanç considerable, després d'un llarg període de vacil·lació registral i jurisprudencial, malgrat que certs aspectes del règim de l'arbitratge ofereixen encara dubtes en una eventual regulació futura pròpiament societària. Qüestions com l'aptitud tipològica per al recurs a l'arbitratge (en totes les societats, o amb excepció de les cotitzades), el tipus d'arbitratge autoritzat (institucional, de dret, etc.), amb els efectes corresponents quant a la designació d'àrbitre), els requisits i efectes d'introducció de la clàusula quan no està continguda als estatuts originals (acord unànim de socis, majoria qualificada, amb o sense dret de separació de discrepants, vinculatorietat de la clàusula, etc.), a més d'altres afers

propis del règim general de l'arbitratge (delimitació de la matèria arbitrable, aplicació de mesures cautelars, tramitació, execució del laude, causes d'anul·lació, recursos disponibles, etc.), necessiten encara una clarificació definitiva, tot i que, òbviament, no es tracta de qüestions específiques de la impugnació.

En el marc descrit, la reflexió hauria de centrar-se en la conveniència d'introduir algunes especialitats en el procediment judicial d'impugnació, sense perjudici de transvasar-les a l'alternativa arbitral, quan sigui procedent. Al respecte, s'han suggerit, amb més o menys insistència, algunes reformes de les quals em limito a deixar constància: així, l'habilitació d'un tràmit previ d'admissió de la demanda, en el qual podrien valorar-se determinades circumstàncies quan hi hagi prou indicis (l'ús desproporcionat de la facultat d'impugnar quan se'n pretén prolongar indegudament l'exercici davant d'acords que tenen alguna remota relació amb un altre acord impugnat i anul·lat, l'abús patent de dret, l'abús de minoria, la constatació de la denúncia prèvia del defecte ara al·legat per qui va poder fer-lo, etc.), tot això abans d'iniciar-se formalment el procediment d'impugnació i amb possibilitat de rebutjar la demanda *ad limine* per a no haver de resoldre aquests afers en la sentència definitiva després d'un procediment llarg i costós; la regulació més estricta de mesures cautelars, suspensió de l'acord impugnat, exigència de fiança, atribució de costes, publicitat i anotació preventiva de la demanda, etc. Alguna d'aquestes mesures serviria per estimular la prudència i la reflexió en l'exercici de la facultat d'impugnar, actuaria com a element dissuasiu de demandes poc fundades i, en definitiva, aportaria rapidesa i seguretat, en moltes ocasions.

És també en aquest context processal, sense perjudici de la dimensió substantiva, on ha de contemplar-se la possibilitat ja citada, per iniciativa societària o judicial, de procedir vàlidament a l'esmena de l'acord defectuós quan sigui possible, amb els efectes conseqüents d'eliminació de la pretensió impugnatòria encara no substantiada, o de terminació del procediment iniciat, sigui quina sigui la instància en la qual es trobi, per pèrdua sobrevinguda d'objecte.

A banda d'això, algunes precaucions ja previstes a la Llei de societats de capi-



tal tenen una innegable utilitat i haurien de ser mantingudes substancialment: que l'acció d'impugnació es dirigeixi processalment contra la societat; que el Jutge hagi de designar un representant processal de la societat d'entre els socis que van votar a favor de l'acord quan el demandant tingui la representació de la societat i la junta general no hagi designat ningú a l'efecte; que els socis que van votar a favor puguin intervenir en el procés assumint les costes, en qualitat similar a la del coadjuvant, per tal de mantenir la validesa de l'acord.

5. La sentència d'impugnació i els seus efectes

La sentència que resol la impugnació, una cop ferma, és una font de qüestions i problemes de naturalesa molt diversa. Òbviament, si la sentència és desestimatòria, l'acord impugnat roman vàlid i haurà d'aixecar-se la suspensió, si s'hagués dictat; en canvi, si la sentència estima la demanda i declara nul l'acord, els efectes poden tenir un abast notable, tant si l'acord no s'havia executat encara com si, per no estar suspès, s'hagués executat totalment o parcial abans de la sentència ferma. Aquesta mescla d'efectes de la sentència i de l'acord, en aquests casos, doncs cadascun té la seva pròpia dinàmica d'execució, suscita nombroses qüestions, complexes i delicades, tenint en compte els diversos interessos que poden veure's afectats, siguin de la societat, dels socis o de tercers.

Bona part d'aquestes qüestions són d'índole general, encara que presentin especialitats en relació amb la impugnació d'acords, i hauran de ser resoltes aplicant regles que estan més a la Llei d'enjudiciament civil que a la Llei de societats de capital. Així ocorre en relació amb l'execució de la sentència (articles 521 i 524, particularment, pel que fa a l'impacte registral), amb l'efecte de cosa jutjada (article 222, on s'assenta el principi d'afectació de tots els socis, encara que no hagin litigat) i amb les causes de terminació del procediment (articles 19 i 20, sobre renúncia i desistiment, o article 22, sobre terminació per satisfacció extraprocessal o carència sobrevinguda d'objecte). Altres aspectes hauran d'orientar-se sobre els principis generals (materials, processals i registrals) que han anat afirmant la relativitat de la declaració de nul·litat i la conservació d'actes i contractes

celebrats amb tercers de bona fe a partir de l'acord impugnat, especialment si, un cop adoptat, va ser inscrit al Registre Mercantil. Els coneguts principis de legitimació, presumpció de validesa i exactitud d'allò inscrit, fe pública registral (que opera precisament quan el contingut del Registre resulta modificat per sentència), oposabilitat d'allò inscrit i publicat, etc., estan prou consolidats, tant al Codi de Comerç com al Reglament del Registre Mercantil, i recolzen clarament la tendència limitativa d'efectes, superposant-se fins i tot al debat tradicional del caràcter declaratiu o constitutiu de la sentència, vinculat a la distinció entre nul·litat i anul·labilitat de l'acord, i a l'extensió *ex tunc* o *en nunc* dels seus efectes.

La recent habilitació de l'alternativa arbitral, mitjançant l'express reconeixement de la licitud de la clàusula compromissòria en els estatuts socials a la reforma de la Llei d'arbitratge del 2011, suposa, sens dubte, un avanç considerable, malgrat que certs aspectes del règim de l'arbitratge ofereixen encara dubtes en una eventual regulació futura pròpiament societària

Més enllà d'aquests aspectes generals hi ha les dues qüestions concretes més significatives que es poden plantejar des de la perspectiva d'una eventual reforma.

En primer lloc, l'impacte registral de la sentència i, si escau, del laude arbitral. Mentre la sentència no sigui ferma, l'anotació preventiva només és possible quan disposi o permeti la inscripció o cancel·lació d'assentaments registrals. Però quan la sentència sigui ferma, l'efecte registral operarà a través del manament judicial oportú, sense necessitat que es despatxi execució. D'una banda, la pròpia sentència que estimi la impugnació haurà de ser inscrita i publicada al *BORME*, però si l'acord impugnat està inscrit al Registre, la sentència determinarà també la cancel·lació de la inscripció, efecte que s'estén als assentaments posteriors que resultin contradictoris amb aquesta. Ocorre, doncs, que l'acord impugnat, especialment si no va ser suspès cautelament, ha pogut ser executat, donant lloc a actes jurídics que

han tingut accés al Registre. I també s'han pogut adoptar altres acords autònoms, no d'execució, que porten causa o tenen relació amb l'impugnat, de manera que estan en contradicció amb la sentència en la mesura que el seu contingut, vigència o eficàcia no pugui mantenir-se un cop cancel·lada la inscripció de l'acord bàsic anul·lat. La qüestió és considerada a l'article 208 de la Llei de societats de capital, que utilitza el criteri de la simple contradicció per aplicar l'efecte registral expansiu de la sentència. Això planteja un problema de mesura i d'eventual ultraactivitat de la sentència, si el criteri de la contradicció es valora en termes amplis, tenint en compte, a més, que la decisió no té per què determinar amb exactitud quins assentaments han de cancel·lar-se, ni el Jutge ha de tenir constància dels assentaments posteriors practicats, amb la qual cosa es deixa aquesta apreciació al Registrador Mercantil. No és fàcil eliminar per complet la incertesa respecte d'això, doncs l'abast de la cancel·lació dependrà de l'ordre cronològic dels assentaments, però també del contingut material de cadascun i de la relació que existeixi entre aquests. Però resultaria, com a mínim, oportú acotar d'alguna manera l'àmbit de la contradicció, exigint que sigui manifesta, que es constati la relació entre assentaments, que es motivi la pèrdua de contingut o eficàcia d'un assentament un cop cancel·lat l'anterior, etc., de manera que l'abast de l'efecte expansiu s'ajusti més a allò estrictament necessari. Tot això sense perjudici que la presumpció de coneixement del que s'ha inscrit i la de la seva exactitud i validesa permetin mantenir els actes realitzats davant de tercers de bona fe quan es produeixi l'oportuna correcció registral.

Finalment, encara que tingui un abast més general, també té relació amb els efectes de la sentència (principalment, en la vessant de cosa jutjada) el problema de la reiteració d'impugnacions encadenades o successives que pretenen estendre l'anul·lació d'un acord indefinidament a altres de posteriors, i no només quan aquest acord ja ha estat anul·lat, sinó també quan està impugnat i encara no ha recaigut una sentència. Els supòsits de la pràctica societària són ben coneguts: la impugnació d'actes d'administradors (la convocatòria d'una junta, per exemple) el nomenament dels quals s'anul·la després o, fins i tot, mentre està impugnat; la impugnació d'acords d'aprovació de comp-



tes, o d'acords relacionats amb l'aprovació de comptes (aplicació del resultat, repartiment de dividends, dotació de reserves, etc.), recolzats en l'anul·lació o impugnació prèvia de comptes anteriors; la impugnació d'acords o actes d'execució derivats de modificacions estatutàries, de la xifra de capital, estructurals, etc., prèviament impugnades. És evident que una eventual extensió *ad infinitum* d'aquesta estratègia impugnatòria pot plantejar situacions d'incertesa jurídica amb danys greus per a l'interès social. Es tractaria, per tant, també aquí, d'acotar la relació entre acords mitjançant regles clares que estableixin que la impugnació d'un acord només pot ser la base per a la impugnació d'un altre si entre ambdós hi ha una connexió directa, objectiva i substancial, no merament formal o remota, que impedeixi la subsistència d'un si no subsisteix o si decau l'altre. Molts dels supòsits més freqüents han estat ja objecte de sana orientació jurisprudencial, però una regla legal clara al respecte ajudaria a enfortir criteris més segurs i estables.

6. Aspectes relacionats

Conclou l'exposició dels aspectes concrets del règim de la impugnació que mereixen una anàlisi particular, procedeix una observació final complementària que només té per objecte mencionar altres aspectes relacionats.

En primer lloc, i pel que fa a les bases normatives la infracció de les quals pot proporcionar causa d'impugnació (tradicionalment, la llei i els estatuts), cal assenyalar que, en el context del bon govern corporatiu, els reglaments orgànics (de la junta general i del consell d'administració), obligatoris en el cas de les Societats cotitzades, han assolit un rang jurídic i funcional especialment important, subratllat per la necessària publicitat registral i a través de la CNMV. No hi ha dubte, per al que aquí ens interessa, que la infracció de les bases normatives pot fonamentar la respectiva impugnació d'acords, amb efectes semblants als que deriven de la infracció estatutària.

En segon lloc, i com a qüestió oberta, cal mencionar la relació entre impugnació d'acords i pactes parasocials. No tant per posar en dubte el principi general de no oposabilitat a la societat, manifestat en la no impugnabilitat d'acords per

desconeixement o infracció del pacte parasocial, com per insistir en tendències recents que plantegen un debat en alguns supòsits, com és el cas dels pactes omnilaterals subscrits per tots els socis en societats de capital fortament personalitzades. L'eventual assimilació, ja apuntada, entre pactes omnilaterals i estatuts socials, almenys pel que fa al funcionament intern de la societat, podria comportar l'acceptació de la infracció com a base d'impugnació. Però probablement es tracti, almenys en aquesta fase de la discussió, més d'una qüestió d'abast doctrinal i jurisprudencial que d'un assumpte de reforma legal.

El règim d'impugnació de determinats acords (l'aprovació de comptes, modificacions societàries, singularment les estructurals, etc.) pot ser objecte de tractament especial que n'aclareixi l'abast i els efectes de manera integrada i conjunta, tenint-ne en compte la naturalesa i els interessos afectats

En tercer lloc, com ja s'ha assenyalat en alguns moments de l'exposició, el règim d'impugnació de determinats acords (l'aprovació dels comptes, les modificacions societàries, singularment les estructurals, etc.) pot ser objecte de tractament especial que n'aclareixi l'abast i els efectes de manera integrada i conjunta, tenint-ne en compte la naturalesa i els interessos afectats. Aquest tractament seria preferible a la incorporació casuística de particularitats deixades a la interpretació o a la integració normativa.

Finalment, cal observar que la reflexió sobre el model d'impugnació d'acords es refereix substancialment als que procedeixen de la junta general de la societat. L'aplicació supletòria d'aquest model als acords del consell d'administració, sense perjudici de les especialitats de legitimació, terminis, etc., legalment reconegudes, exigiria una consideració particular d'adequació normativa, tenint en compte els estàndards de composició, organitzatius i de funcionament que s'han estès notablement en les societats cotitzades a partir

de la distinció entre la gestió i la supervisió, en el context de normes i recomanacions de bon govern corporatiu. Perquè no seria estrany que aquesta adequació comportés avanços en la construcció d'un règim propi d'impugnació dels acords del consell d'administració que no fos una mera extensió supletòria del de la junta general.

IV. LA IMPUGNACIÓ D'ACORDS EN LA PROPOSTA DE NOU CODI MERCANTIL

La proposta d'un nou Codi Mercantil elaborada per la Comissió General de Codificació i difosa recentment pel Ministeri de Justícia conté novetats interessants en matèria d'impugnació d'acords socials, moltes de les quals en una línia semblant a la mantinguda en aquest treball. Encara que no sigui aquesta l'ocasió de procedir a una anàlisi detallada de les novetats, resulta oportú afegir una breu indicació sobre l'orientació que tenen.

El règim de la impugnació d'acords socials s'inclou sistemàticament a la Secció 3a del Capítol IV («*Modos de adopción de los acuerdos sociales*») del Títol I («*De las sociedades mercantiles*») del Llibre II, dedicat al Dret societari. El Títol I recull un conjunt ampli de normes comunes aplicables als diversos tipus societaris, fet que suposa que el règim de la impugnació, contingut als articles 214-11 a 214-18, està concebut com a part d'aquestes disposicions.

L'article 214-11 manté les categories tradicionals d'acords impugnables (il·legals, antiestatutaris i lesius), però assenyalja ja l'especialitat amb què ha de ser contemplada la impugnació dels acords sobre comptes anuals i sobre modificacions estructurals, a més de declarar improcedent la impugnació d'acords deixats sense efecte o substituïts vàlidament per un altre.

Una novetat significativa és la taxació o tipificació tancada d'acords nuls, a l'article 214-12, que converteix l'anul·labilitat en regla general explícita, tal com estableix l'article 214-13. La llista d'acords nuls, com pot apreciar-se, inclou els supòsits més significatius i, en alguns casos, afegeix un requisit de «*gravetat de la infracció*», a més de diferenciar la categoria dels acords con-



traris a l'ordre públic, que hauran de ser-ho per la causa o el contingut. La delimitació del que és impugnable es completa amb dues circumstàncies que fan inimpugnable l'acord en el qual concorren: la participació de persones no legitimades en l'adopció i la invalidesa d'un o diversos vots, o el còmput erroni, sempre que aquesta irregularitat no hagi estat determinant per a la vàlida constitució de l'òrgan o per a la consecució de la majoria exigible, expressió inequívoca del fet que la «prova de resistència» ha estat presa en consideració en ambdós casos.

L'article 214-15 manté el termini de caducitat d'un any per als acords nuls, amb l'excepció dels contraris a l'ordre públic, però l'eleva a tres mesos per als acords anul·lables, a més de precisar millor la qüestió de l'inici del còmput d'aquests terminis.

Certament rellevant és la novetat de l'article 214-16 en relació amb la legitimació per a impugnar: es manté l'àmplia legitimació tradicional per impugnar acords nuls, però, en el cas dels anul·lables, i per a les societats de capital, s'introdueix la legitimació de la minoria, que els estatuts poden reduir, formada per socis que no hagin votat a favor. La restricció de la legitimació es compensa amb un dret individual al rescabament del dany causat per l'acord impugnable. A més, en qualsevol cas, s'exigeix haver adquirit la condició de soci abans de l'adopció de l'acord i s'impedeix l'al·legació de defectes de forma en el procés d'adopció a qui hagués tingut ocasió de denunciar-los en el moment oportú.

Finalment (articles 214-17 i 214-18), es manté el judici ordinari com a procediment tipus per tramitar la demanda d'impugnació, s'aclareix la representació processal en diversos supòsits i s'inclou la possibilitat que el Jutge, a sol·licitud de la societat però també d'ofici, atorgui un termini raonable per a l'esmena de la causa d'impugnació quan sigui possible. Estimada la impugnació per sentència o laude arbitral, els efectes registrals (inscripció de la sentència o del laude i cancel·lació de l'acord impugnat inscrit) es matisen, en relació amb els assentaments posteriors que hagin de ser cancel·lats, mitjançant una fórmula d'abast més restrictiu (els que resultin «manifestament contradictoris amb aquesta»).

A banda d'això, l'article 283-22, en l'àmbit de la societat cotitzada, estén la

legitimació per impugnar acords nuls o anul·lables tant a la minoria com a associacions d'accionistes que la representin, a més de la CNMV, que també pot demanar la suspensió de l'acord, considerant la impugnació com a fet rellevant, i com a objecte d'anotació preventiva al Registre Mercantil quan la demanda sigui formulada per l'organisme supervisor.

També revesteix especialitat rellevant el règim d'impugnació de la fusió previst als articles 263-29 a 263-32: es diferencia la impugnació de l'acord d'aprovació del balanç de fusió de la impugnació de l'acord de fusió pròpiament dit, que pot ser-ho abans de la inscripció i en el termini de sis mesos després de la inscripció, sense perjudici de l'aplicació del règim de nul·litat quan es tracti de fusió per creació d'una nova societat. Junt amb això, s'acull expressament el principi de validesa de les obligacions nascudes després de la inscripció, que no queden afectades per la nul·litat de la fusió, com també el dret d'indemnització de socis i tercers pels danys i perjudicis que la fusió els hagués causat, dels quals responen solidàriament la nova societat, la societat absorbent i els administradors de les societats participants.

Finalment, l'article 213-20, amb excepció de la societat cotitzada, habilita la clàusula estatutària d'arbitratge

amb caràcter d'arbitratge de dret encomanat a una institució arbitral, amb exigència de vot favorable d'almenys dos terços, quan es tracti d'incorporar la clàusula a estatuts ja vigents, i amb menció expressa, entre altres supòsits, de la impugnació d'acords per socis o administradors com a matèria sotmesa a l'arbitratge.

Sembla evident que, vist en conjunt, el nou règim previst per a la impugnació suposa una important modernització en la matèria, sense perjudici que hi hagi qüestions que puguin incorporar-se o revisar-se

Sembla evident que, vist en conjunt, el nou règim previst per a la impugnació suposa una important modernització en la matèria, sense perjudici que hi hagi qüestions que puguin incorporar-se (la distinció entre impugnació d'acords concrets i impugnació de la junta en conjunt, per exemple) o revisar-se. El procés d'informació pública i tramitació parlamentària al qual ha de sotmetre's la proposta de Codi Mercantil a partir d'ara proporcionarà, sens dubte, ocasió per al debat i, si escau, per a la millora dels aspectes que aquí simplement han estat objecte de menció.



El benefici d'inventari i altres qüestions de doctrina registral

Antonio Ángel Longo Martínez
Notari de Barcelona

SUMARI

- I. ACCEPTACIÓ A BENEFICI D'INVENTARI
- II. IDENTIFICACIÓ D'ESTRANGERS
- III. SOCIETAT MERCANTIL AMB OBJECTE PROFESSIONAL
- IV. USDEFUIT DE GUANY vs. USDEFUIT CONJUNT I SUCCESSIU
- V. DACIÓ EN PAGAMENT SOTA CONDICIÓ SUSPENSIVA
- VI. HIPOTECA EN GARANTIA DELS DRETS DEL FIADOR
- VII. ESCRIPTURES ATORGADES PER ADMINISTRADOR DE SOCIETAT MERCANTIL AMB CÀRREC NO INSCRIT

I. ACCEPTACIÓ A BENEFICI D'INVENTARI

La crisi econòmica ha fet augmentar els supòsits d'acceptació d'herència a benefici d'inventari i, fins i tot, algun cas



de pretensió de reclamar al Notari per no haver assessorat sobre les conseqüències d'una acceptació pura i simple.

No obstant això, en el Dret català la conflictivitat és menor, doncs l'actual regulació sobre la matèria (arts. 461-14 a

461-17 CCCat) suposa en la pràctica que la separació de patrimonis derivada del benefici d'inventari acabi per constituir el supòsit més habitual⁽¹⁾.

En l'àmbit del Dret comú, dues resolucions dels últims mesos tracten aquest



tema. Comencem per l'última i més interessant, del **18 de febrer del 2013**.

Es tracta d'una escriptura d'herència, atorgada el dia 12 del mes, en la qual els hereus accepten a benefici d'inventari i es fa constar, en relació amb el compliment dels requisits legalment previstos per a aquesta forma d'acceptació:

- Que, conforme a l'art. 1017 CC, s'ha practicat, amb trenta dies d'antelació, notificació per burofax a l'únic creditor (una entitat bancària creditora d'un préstec hipotecari sobre una finca integrant de l'herència), en la qual es notifica que es procedirà a la formació de l'inventari el dia 8.
- Que els béns, que els hereus s'adjudiquen *pro indiviso*, resten en administració fins que es pagui al creditor, i es designen administradors solidaris els dos hereus.

La Registradora aprecia dos defectes: que la citació hauria d'haver-se fet per edictes i que la data que s'anuncia per a la formació de l'inventari no coincideix amb la de l'atorgament de l'escriptura.

I la Direcció resol:

- a) D'una banda (i amb aquest no haurien estat necessaris més arguments), que no correspon al Registrador comprovar la legalitat de l'acceptació a benefici d'inventari: d'una banda, perquè es tracta d'una situació de naturalesa personal que «*afecta exclusivament les relacions entre els creditors i hereus*», de manera que si s'ha produït l'adquisició hereditària, «*no pot negar-se una inscripció amb l'argument de protegir les relacions personals, que no reals, entre els propietaris i els seus creditors*»; de l'altra, perquè el Registrador no té mitjans per fer aquesta comprovació.
- b) Però, a més, entén la Direcció que sí «*s'han complert totes les exigències de la llei per a l'aplicació del benefici d'inventari*», assenyalant, en relació amb els requisits qüestionats, que la citació per burofax s'ajusta al que es preveu a l'art. 1014 CC («*La notificació ha de ser fefaent, però no s'exigeix la fefaença notarial*») i que l'autorització de l'escriptura en data posterior a l'anunciada no contradiu l'art. 1017 CC («*En efecte, l'inventari ha començat*

FITXA TÈCNICA

Resum: Anàlisi detallada de la regulació de l'anomenat *benefici d'inventari* en l'acceptació d'una herència, com també altres qüestions d'interès com la identificació dels estrangers, societats mercantils, etc.

Paraules clau: Herència, benefici d'inventari, estrangers, societat mercantil amb objecte professional, usdefruit, dació en pagament, etc.

Abstract: Detailed analysis of the regulation known as *benefici d'inventari* (inventory right) in the acceptance of an inheritance, as well as other matters of interest such as the identification of foreigners, mercantile companies, etc.

Keywords: Inheritance, inventory right, foreigners, mercantile company with professional aim, life interest, surrender of collateral in settlement of debt, etc.

dintre de trenta dies des de la citació, amb l'aportació de totes les dades per confeccionar-lo, i ha conclòs mitjançant l'atorgament de l'escriptura d'acceptació i partició de l'herència dintre d'uns altres seixanta dies, per la qual cosa tot s'ha fet en el termini que estableix la llei»).

- c) Afegint (malgrat que no consta que aquesta qüestió hagués estat plantejada per la Registradora) que l'administració legalment prevista ex art. 1026 CC fins que es pagui als creditors i legataris «*manca de transcendència real, per la qual cosa no té accés al Registre de la propietat*».

XXXXXXXXXXXX XX XXXXX XXXXX
XXXXX XXXXXXXX XX XXXX X XXXXX XX
xxx XXXXXXXXXXXX XX XXXXX XXXXX
XXXXXXXXXXXX XX XXXXX XXXXX XXXX
XXXXXXXXXX XXXXXXXX

En vista de tot això, sorgeixen algunes qüestions interessants:

1. Quins són els efectes de l'acceptació a benefici d'inventari en un cas com el que és objecte de la Resolució?

Imaginem el supòsit, perfectament habitual, que l'únic bé de l'herència sigui l'immoble hipotecat. L'efecte és obvi: atès que el creditor no pot rebutjar la subrogació de l'hereu en la posició del causant, es troba amb un nou deutor davant del qual només podrà cobrar fins a on arribi el valor de l'immoble. I atès que al nostre Dret la responsabilitat de l'hereu a bene-

fici d'inventari és *cum viribus* i no *pro viribus*, es vol dir que el deutor podrà salvar el deute amb la pròpia finca: l'anelhada dació en pagament incorporada a la hipoteca de l'hereu.

Ara bé, fins quan es manté aquesta situació? Mentre l'hereu vagi pagant les quotes, el creditor no pot reclamar-li el deute, però podrà desentendre's sempre l'hereu d'aquest deute lliurant la finca? Entenc que sí, però amb condicions: essent la limitació de responsabilitat derivada de l'acceptació a benefici d'inventari una excepció a la regla general que comporta un empitjorament de la posició del creditor, aquest no hauria de veure's incrementat a conseqüència d'una eventual depreciació de la garantia respecte del seu valor al moment de l'acceptació (valor que hauria, per tant, en aquest cas, de determinar el límit mínim de la responsabilitat).

2. En relació amb els **efectes derivats de la falta de compliment dels requisits esmentats**, la Direcció els deixa clars: «*Els hereus quedaran amb el caràcter d'hereus purs i simples i els creditors del causant podran exigir-los el pagament de la totalitat dels seus crèdits*».

No obstant això, convé aclarir si es tracta d'un efecte inherent a tot supòsit d'incompliment d'aquests requisits. Concretament, si arriba a aquells casos en què l'acceptació ha de ser forçosament a benefici d'inventari, com ho és el d'acceptació a través de representant legal (pares o tutor),

llevat que s'obtingui autorització judicial.

És el supòsit, per exemple, de què tracta la **Resolució de l'1 de juny del 2012**: l'elevació a públic d'un contracte privat de compravenda en la qual compareixen els fills hereus del venedor mort, fent-ho una de les filles en nom seu i, a més, com a tutora del seu germà incapacitat, fet que constitueix, com encertadament assenyalava la nota de qualificació, una **acceptació tàcita de l'herència** (ex arts. 999 i 1000, 1r CC), que, en el cas, no va ser realitzada a benefici d'inventari i tampoc amb l'autorització judicial que requereix l'art. 271.4 CC per a l'acceptació pura i simple.

RIVAS MARTÍNEZ, a la seva obra *Derecho de sucesiones común y foral*, tom I, pàg. 1.290, recull l'opinió d'ALBALADEJO, com a pròpia de la doctrina dominant, respecte del fet 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 supòsit de la Resolució que es comenta, la Direcció sembla acollir aquesta doctrina quan, malgrat reconèixer certament el defecte, indica, això no obstant, que «*ha de considerarse esmenable mitjançant la corresponent declaració de la tutora en document públic en el sentit de realitzar l'acceptació a benefici d'inventari en nom de la incapacitat*».

Al respecte, la Direcció cita la Resolució del 16 de juliol del 2007, en la qual una escriptura d'adjudicació (no es realitza l'acceptació de manera formal i expressa) d'herència a favor d'una fundació és qualificada amb el defecte de no complir-se l'art. 22-1 *in fine* de la Llei 50/2002, del 26 de desembre, de fundacions, segons el qual: «*L'acceptació d'herències per part de les fundacions s'entendrà feta sempre a benefici d'inventari*». La Direcció assenyalava que d'aquest precepte es conclou que «*l'acceptació (tàcita, en el cas examinat, atès que*

en cap cas s'empra a l'escriptura la paraula acceptació) sempre és necessàriament a benefici d'inventari, sense que per considerar produïts els efectes del mateix en favor de l'hereu calgui, per tant, que el cridat declari voler utilitzar aquest benefici ex article 1014 del Codi Civil».

De tot això sembla que es pot concloure:

- a) Que en els casos en els quals l'acceptació ha d'entendre's *ex lege* feta a benefici d'inventari, aquesta menció no té per què constar expressament a l'escriptura. Seria el cas, a més del citat en relació amb les fundacions, de l'acceptació per part de l'Estat (arts. 957 CC i 20-1 LPAP, aquest últim aplicable també a la successió testamentària). I, a Catalunya, tots els supòsits als quals es refereix l'art. 461-16 CC-Cat., citats en nota *ut supra*.
 - b) Que en aquells altres en els quals es requereixi autorització judicial per a l'acceptació pura i simple, la feta a benefici d'inventari no requereix altres formalitats que la constància d'aquesta menció a l'escriptura.
 - c) Que, en un i altre cas, el no compliment dels altres requisits previstos als arts. 1010 i s. CC no impedirà els efectes del benefici d'inventari, que no es perdrà:
 - Per no principiar o concloure aquest en els terminis i formes prescrits (davant de la regla general contrària de l'art. 1018 CC).
 - I tampoc en els supòsits de l'art. 1024 CC, per deixar d'incloure expressament algun bé o dret, o per alienar-los sense autorització abans de completar el pagament dels deutes i llegats.
3. Enllaçant precisament amb aquest últim punt, i reprenent el supòsit general, crec que convé destacar la conveniència de prestar atenció, en els supòsits de **transmissió de béns o drets procedents d'adquisició hereditària**, al cas que aquesta ha-

gués estat feta mitjançant acceptació a benefici d'inventari, doncs, **en Dret comú**, i com acabem de veure, si l'hereu no ha finalitzat el pagament dels deutes del causant o el lliurament dels llegats ordenats per aquest, la transmissió feta sense autorització implicarà l'extinció dels efectes del benefici d'inventari.

L'hereu que actua fraudulentament en els pagaments i realitzacions de béns i, en general, en l'administració de l'herència beneficiària, perd el benefici d'inventari

En Dret català no existeix una norma tan clara, però el supòsit de fet podria donar lloc a la mateixa conseqüència, si es considera que l'hereu ha contravingut el que es preveu a l'art. 461-25-5 CCCat, segons el qual: «*L'hereu que actua fraudulentament en els pagaments i realitzacions de béns i, en general, en l'administració de l'herència beneficiària, perd el benefici d'inventari*».

4. Deixo per al final dues qüestions que, tot i que poden ser de menor importància, crec que transcendeixen (almenys, la segona) de la mera anècdota:
- a) La primera fa referència a si és possible que, mancat el Registrador, com diu la Resolució, de mitjans per controlar la legalitat de l'acceptació a benefici d'inventari, la Direcció sí disposi d'aquests mitjans i pugui, per tant, concloure que «*s'han complert totes les exigències de la llei per a l'aplicació del benefici d'inventari*».

Entenc que no. És a dir, el Registrador no té, efectivament, mitjans per comprovar el compliment dels requisits legals de l'acceptació a benefici d'inventari, perquè, al marge dels que es mencionen a la qualificació, s'han de tenir en compte els terminis als quals es refereixen els arts. 1014 a 1016 CC⁽²⁾, terminis que es compten, en algun cas, des de moments de difícil o impossible determinació



objectiva, com són aquell en què l'interessat sap que és hereu o el dia en el qual gestiona l'herència com a hereu.

Però la mateixa dificultat o impossibilitat amb la qual es troba el Registrador afecta la Direcció, per la qual cosa aquesta podrà resoldre en relació amb els defectes plantejats, però no sembla lògic que ho faci (com, en canvi, fa), en termes generals, en relació amb tots els requisits legals.

- b) La segona qüestió no té, al meu modest parer, resposta convincent, que seria la que expliqués per què el criteri, sensat i coherent, que segueix la Direcció en la Resolució del 18 de febrer, segons la qual «no pot negar-se una inscripció amb l'argument de protegir relacions personals, que no reals, entre els propietaris i els seus creditors», no s'atén de la mateixa manera quan es tracta de reinscriure el domini en exercitar-se una condició resolutòria, parlant llavors de la necessitat de «tutelar l'interès de qualssevol tercers que puguin projectar algun dret» sobre les quantitats consignades (vegeu la Resolució del 25 de gener del 2012).

II. IDENTIFICACIÓ D'ESTRANGERS

1. El supòsit de fet

La **Resolució de l'11 d'abril del 2012** planteja una qüestió recurrent i, en canvi, potser no prou aclarida, com és la de la correcta identificació de l'atorgant estranger d'un document notarial. En el cas resolt, relatiu a una constitució de societat en la qual es fa constar el NIE com a dada identificativa d'un compareixent estranger resident a Espanya, la Registradora planteja el defecte que «no consta el número de la targeta de residència, perquè la ressenya es refereix al NIE, el número del qual no es correspon amb aquell (article 38.6 del RRRM)».

L'article citat exigeix que es faci constar, respecte dels compareixents estrangers, a més de les circumstàncies exigibles també als espanyols, la nacionalitat i:

a) El número de:

- **identificació d'estrangers**
- **el del passaport**
- **el de la targeta de residència**
- **el de qualsevol altre document legal d'identificació, amb declaració d'estar vigents.**

- b) Igualment, es consignarà el **número d'identificació fiscal** quan es tracti de persones que en disposin d'acord amb la normativa tributària.

I la Direcció interpreta correctament el precepte assenyalant que «de la dicció en resulta, per tant, la necessitat de fer constar dues sèries de números: la corresponent al document utilitzat per identificar la persona i la corresponent a l'identificador fiscal. La dicció reglamentària, que procedeix del Reial decret 1597/1989, del 29 de desembre, no contempla la possibilitat que ambdues coincideixin, qüestió respecte de la qual la regulació actual no permet cap dubte».

Així doncs, ve a dir que si consta el NIE, ha d'entendre's acreditat també el NIF. Però el que no aclareix és el dubte que sorgeix de la redacció del precepte, segons la qual sembla que el «número d'identificació d'estrangers» i el de la «targeta de residència» poden ser diferents.

No n'hi ha prou de fer constar el NIE, sinó que s'exigeix que consti també el número de la targeta de residència. Això és lògic no només per a la redacció de l'article que se cita, sinó també perquè a la targeta d'identitat d'estranger hi figuren dos números: el que s'ha anomenat **número de suport** (angle superior dret) i el NIE (part inferior esquerra)

I això és el que, al meu parer, plantejava la Registradora. Per a ella no n'hi ha prou de fer constar el NIE (l'equivalència del qual amb el NIF no qüestiona), sinó que exigeix que consti també el número de la targeta de residència. Aquesta és una qüestió que té sentit plantejar-se, si s'atén no només a la redacció de l'article que cita, sinó també al fet que a la targeta d'iden-

titat d'estranger hi figuren dos números: el que s'ha anomenat **número de suport**, que figura a l'angle superior dret, i el NIE, que figura a la part inferior esquerra. Cap, per tant, preguntar-se si n'hi ha prou de fer constar aquest últim, o si cal esmentar també el primer. La resposta sembla que ha de ser negativa, tot i que la Direcció, centrant-se sobretot en l'equivalència entre el NIE i el NIF, només de manera tangencial menciona la normativa que així ho determina.

2. Normativa aplicable

1) La Llei orgànica 4/2000, de l'11 de gener, sobre drets i llibertats dels estrangers a Espanya i la seva integració social, en establir, a l'art. 1, la delimitació de l'àmbit, després de deixar clar que «es consideren estrangers, als efectes de l'aplicació d'aquesta Llei, els que no tinguin la nacionalitat espanyola», i que «el que es disposa en aquesta Llei s'entendrà, en qualsevol cas, sense perjudici del que s'estableix en lleis especials i els tractats internacionals en els quals Espanya sigui part», indica:

3.-Els nacionals dels estats membres de la Unió Europea i aquells als quals els sigui d'aplicació el règim comunitari es regiran per les normes que el regulen, i se'ls aplicarà aquesta Llei en els aspectes que puguin ser més favorables.

La pàgina web del Ministeri de l'Interior (<http://www.interior.gob.es/extranjeria-28/regimen-general-189>), consultada el 12 d'abril del 2013, inclou (sense citar la norma, però reproduint-ne la redacció) el supòsit esmentat entre aquells que «resten exclosos de l'àmbit d'aplicació de la citada Llei», en referència a la Llei 4/2000.

2) L'actual Reglament d'estrangeria, aprovat pel Reial decret 557/2011, del 20 d'abril, estableix:

- A l'art. 207, que: «Les diferents situacions dels estrangers a Espanya podran acreditar-se, segons correspongui, mitjançant:

- a) El **passaport o document de viatge** que n'acrediti la identitat.
- b) El **visat**.

c) La **targeta d'identitat d'estranger**.

Excepcionalment, podrà acreditar-se aquesta situació mitjançant altres autoritzacions o documents vàlidament expedits a aquest fi per les autoritats espanyoles».

— A l'art. 210, regula la targeta d'identitat d'estranger i assenyalà, en síntesi, que:

a) És el document destinat a identificar l'estranger als efectes d'acreditar-ne la situació legal a Espanya.

b) Han de disposar-ne tots els estrangers als quals se'ls hagi expedit un visat o una autorització per a romandre a Espanya per un període superior a sis mesos.

c) Han de sol·licitar-la en el termini d'un mes des de l'entrada a Espanya (visat) o des que l'autorització sigui concedida o prengui vigència, respectivament.

d) Estaran exempts d'aquesta obligació els titulars d'una autorització de residència i treball de temporada.

e) Correspondrà a la Direcció General de la Policia i de la Guàrdia Civil l'organització i gestió dels serveis d'expedició de les targetes d'identitat d'estranger a les oficines d'estrangeria o comissaries de policia.

— I a l'art. 206, en relació amb el NIE, el defineix com un número personal, únic i exclusiu, de caràcter seqüencial, del qual seran dotats els estrangers que es trobin en alguna de les situacions següents:

a) Els estrangers a favor dels quals s'iniciï un procediment per obtenir un document que els habiliti per romandre en territori espanyol que no sigui un visat; en aquest cas, haurà de ser concedit d'ofici per la Direcció General de la Policia i de la Guàrdia Civil.

b) Aquells als quals se'ls hagi incoat un expedient administratiu en virtut del que disposa la normativa sobre estrangeria; en aquest cas, haurà de ser concedit d'ofici per

la Direcció General de la Policia i de la Guàrdia Civil.

c) Aquells que pels seus interessos econòmics, professionals o socials es relacionin amb Espanya; en aquest cas, s'haurà d'interessar de l'òrgan esmentat l'assignació del número indicat, sempre que concorrin els requisits següents:

— Que no es trobin a Espanya en situació irregular.

— Que es comuniquin els motius pels quals sol·liciten l'assignació d'aquest número.

Els estrangers podran sol·licitar personalment el NIE a la Direcció General de la Policia i de la Guàrdia Civil, directament o a través de les oficines d'estrangeria o comissaries de policia.

En el cas que l'estranger no es trobi en territori espanyol en el moment de la sol·licitud, sol·licitarà l'assignació de NIE a la Comissaria General d'Estrangeria i Fronteres, a través de les oficines consulars d'Espanya a l'exterior.

El procediment haurà de ser resolt en un termini màxim de cinc dies des de l'entrada de la sol·licitud al registre de l'òrgan competent per tramitar-lo.

Xxxxxxxxxxxxxx xx xxxxxx xxxxx
Xxxxxx xxxxxxxx xx xxxxx x xxxxxx xx
xxx Xxxxxxxxxxxxxx xx xxxxxx xxxxxx
XXXXXXXXXXXXXX xx xxxxxx xxxxxx xxxxx
xxxxxxxxxx xxxxxxxxxx

3) L'art. 3 del Reial decret 240/2007, del 16 de febrer, sobre entrada, lliure circulació i residència a Espanya de ciutadans dels estats membres de la Unió Europea i d'altres estats part de l'Acord sobre l'Espai Econòmic Europeu (que va entrar en vigor el 28 de març del 2007), article titulat «Drets», estableix, al núm. 1, com a tals, també en síntesi i per al que ara interessa, els d'entrar, sortir, circular i residir lliurement en territori espanyol, previ compliment de les formalitats previstes per aquest i sense perjudici de les limitacions que estableix.

A continuació, al núm. 2, estén aquests drets a determinats familiars del ciutadà de la Unió, sigui quina sigui la seva nacionalitat.

I al núm. 3 assenyalà que: «*Els titulars dels drets als quals es refereixen els apartats anteriors que pretenguin romandre o fixar la seva residència a Espanya durant més de tres mesos estaran obligats a sol·licitar un certificat de registre o una targeta de residència de familiar de ciutadà de la Unió, segons el procediment establert en aquesta norma*».

És a dir, que la disposició de targeta de residència apareix contemplada únicament en relació amb el «familiar de ciutadà de la Unió», i no amb el ciutadà en si, per al qual es preveu l'expedició d'un certificat de registre. Així es confirma als arts. 6, 7 i 8, en els quals es fa referència, respectivament:

— Al passaport o document d'identitat en vigor, com a suficient per a una estada inferior a tres mesos.

— Al certificat d'inscripció al Registre Central d'Estrangers, per a la residència per a més de tres mesos.

— A la targeta de residència de familiar de ciutadà de la Unió, per a la residència per a més de tres mesos del familiar que no sigui nacional de la Unió.

4) L'Ordre ministerial del 7 de febrer del 1997, per la qual es regula la targeta d'estranger (modificada per l'Ordre ministerial del 14 de juliol del 2008), en determinar, a l'article (o número) sisè, el contingut de la targeta, inclou, per descomptat, el NIE, però no conté cap referència a l'anomenat *número de suport*, que tampoc apareix a l'exemple gràfic de l'Annex a aquesta Ordre, doncs aquest es va introduir en emissions posteriors.

Així, la nota informativa elaborada per l'Agència Tributària al febrer del 2008 i circulada per la Direcció ja es refereix a aquest «*número de suport*», tot i que no li atribueix cap rellevància específica.

La targeta d'identitat d'estranger pot ser, segons el número cinquè, dos, de l'Ordre ministerial:

— Permís de residència.

— Permís de residència i treball.



- Targeta d'estudiant.
- Targeta de règim comunitari.
- Targeta de refugiat.
- Targeta de treballador fronterer.

Convé diferenciar entre el que serien documents que permeten la identificació de l'estranger i les dades que han de fer-se constar, segons els casos, per a la correcta identificació

Quan l'esmentada nota informativa de l'Agència Tributària es refereix a les «*variants possibles per a la identificació policial d'estrangers*», recull aquests diferents tipus de document, que, a més, semblen ser l'única referència impresa al document físic. Això faria lògic plantejar-se si cal especificar el tipus de permís que incorpora la targeta. No obstant això, d'acord amb els números cinquè i sisè de l'Ordre, no sembla que es pugui concloure res més que aquestes especificacions són mencions d'un únic document amb regulació legal, que és la «*targeta d'identitat d'estranger*». En conseqüència, n'hi hauria prou de referir-s'hi, sense major concreció, i al NIE que incorpora perquè la identificació hagi de considerar-se correctament feta.

3. Algunes conclusions generals

Sembla oportú diferenciar entre el que serien documents que permeten la identificació de l'estranger i les dades que han de fer-se constar, segons els casos, per a la correcta identificació. I això separant els supòsits d'estranger no resident i estranger resident.

- A l'**estranger no resident** se l'identificarà, en qualsevol cas, amb el pasaport o document d'identitat de la seva nacionalitat, les dades del qual s'hauran de ressenyar sense perjudici de la referència que més endavant farem als casos en què sigui necessari un NIF.
- Pel que fa a l'**estranger resident**, la regla general és que s'identifiqui amb la targeta d'identitat d'estranger, en la qual constarà el NIE, l'únic que és



necessari fer constar a efectes identificatius, d'acord amb el resolts per la Direcció en la Resolució que comentem. No cal, per tant, fer referència ni al «*número de suport*» ni al tipus de targeta (permís de residència, targeta d'estudiant, etc.).

El NIE es compon de nou caràcters: una lletra inicial, que va començar essent la X (una cop esgotada la sèrie numèrica corresponent a la lletra X, es va continuar seguint l'ordre alfabètic; així, a partir del juliol del 2008, va passar a ser la Y), seguida de set dígits o caràcters numèrics i d'un codi o caràcter de verificació alfabètic. No obstant això, pot haver-hi casos en els quals l'estranger al·legui ser resident, però no disposar de targeta. Aquesta és, en efecte, la situació de l'estranger comunitari, que des que va entrar en vigor el nou Reglament d'estrangeria no pot tenir targeta. Amb l'anterior Reglament (Reial decret 178/2003, del 14 de febrer), si bé es reconeixia al ciutadà comunitari que reunís els requisits pertinents el dret a residir sense targeta, se li permetia tenir-la si ho sol·licitava (art. 6)⁽³⁾. Ara aquest ciutadà haurà d'inscriure's al Registre Central d'Estrangers i sol·licitar que se li expedeixi un certificat amb el NIE, l'únic document que acredita que resideix a Espanya. Però, atès que aquest certificat no acredita la identitat, l'acreditació haurà de fer-se mitjançant passaport o document d'identitat en vigor.

Per contra, l'estranger no comunitari que al·legui residir legalment a Espanya sí que haurà de tenir, en principi, targeta d'identitat d'estranger. Però també existeixen casos d'excepció que cal considerar:

- a) Així, s'ha de tenir en compte que l'art. 210 del Reglament d'estrangeria li concedeix un mes per sol·licitar la targeta des que li ha estat expedit el visat o l'autorització de residència.
- b) I també que estan exceptuats d'aquesta obligació (targeta d'identitat d'estranger) els titulars d'un permís de residència i treball de temporada.

Fora d'aquests supòsits, que caldria acreditar, la meua opinió és que no s'ha d'acceptar una menció de residència a Espanya que no s'acrediti formalment. Si atenem al que disposen els arts. 207 i 210 del Reglament d'estrangeria abans transcrits, crec que pot acceptar-se que l'estranger indiqui un domicili a Espanya als efectes que es considerin pertinents, però que el document notarial no hauria de donar per bona sense més ni més una manifestació de residència que no estigui degudament justificada.

Al marge del que és la identificació pròpiament dita, però per la relació que indubtablement presenta amb aquesta, fem una breu referència al NIF.

En primer lloc, per tal de recordar que el NIE, tant si consta a la targeta d'identitat

d'estranger com al certificat d'inscripció al Registre Central d'Estrangers (en el cas de ciutadans comunitaris), és, alhora, el NIF de l'estranger, conforme al que es preveu en l'art. 20 del Reial decret 1065/2007, del 27 de juliol, Reglament de gestió i inspecció tributària⁽⁴⁾.

Si l'estranger no té NIE i l'operació que va a formalitzar exigeix disposar de NIF (i amb independència que aquest pugui acreditar-se amb posterioritat), l'estranger podrà:

- a) Sol·licitar el NIE, al qual tenen dret, segons es preveu a l'art. 206 del Reglament d'estrangeria, *«aquells que pels seus interessos econòmics, professionals o socials es relacionin amb Espanya»*. Tenint en compte, això sí, que les bases de dades dels ministeris de l'Interior i d'Hisenda no semblen estar tant sincronitzades com seria desitjable, amb la qual cosa l'eficàcia del NIE com a tal NIF no és immediata. El procediment es detalla a l'article esmentat i extractat abans.
- b) Sol·licitar el NIF a l'Administració Tributària, d'acord amb el ja esmentat art. 20 del Reial decret 1065/2007, que així ho preveu per al cas de l'estranger que vagi a realitzar operacions de naturalesa o amb transcendència tributària. Aquest número estarà integrat per nou caràcters: una lletra inicial, que serà la M, destinada a indicar la naturalesa d'aquest número; set caràcters alfanumèrics i un caràcter de verificació alfabètic. El NIF de l'estranger tindrà validesa mentre el titular no obtingui el NIE, òbviament, quan hi estigui obligat⁽⁵⁾.

Excedeix de l'àmbit i propòsit d'aquests comentaris, però no podem deixar d'advertir que la qüestió relativa a la residència a Espanya del ciutadà estranger es complica quan es parla de *residència fiscal*, concepte diferent a l'examinat i bàsic, a l'hora de determinar l'aplicabilitat o no de normativa com la de l'Impost sobre la Renda de No Residents i les obligacions que se'n deriven en supòsits de transmissions de béns.

III. SOCIETAT MERCANTIL AMB OBJECTE PROFESSIONAL

La **Resolució del 5 de març del 2013** tracta d'una constitució de SL que té per

objecte, entre altres activitats, l'assessorament en matèria administrativa, comptable, fiscal, jurídica i laboral.

El Registrador rebutja la inscripció, a l'article relatiu a l'objecte social, de la referència a l'assessorament jurídic, per ser *«activitat professional sotmesa a la Llei específica 2/2007, del 15 de març»*.

La Direcció, citant la STS del 18 de juliol del 2012, dóna la raó al Registrador, i anuncia ja el canvi de criteri respecte del que s'havia sostingut des de la Resolució del 21 de desembre del 2007, que va ser objecte d'anul·lació per l'Audiència Provincial i, en últim terme, per la citada Sentència del Tribunal Suprem. Recordem que, en el supòsit d'aquesta Resolució, l'objecte social incloïa també l'*«assessorament tècnic, financer, comptable, comercial, fiscal, laboral, jurídic»*, i que l'escriptura contenia, igual que en la de la Resolució que comentem, la clàssica previsió que *«resten excloses totes les activitats per a l'exercici de les quals la Llei exigeixi requisits especials que no compleixi aquesta societat. Quan la Llei exigeixi algun títol professional per a l'exercici d'alguna de les activitats compreses a l'objecte social, haurà de realitzar-la mitjançant una persona que tingui la titularitat requerida»*.

Doncs bé, si l'any 2007 la Direcció entenia necessari que el Registrador tingués en compte *«no només la simple i pura literalitat dels termes emprats, sinó també la intenció evident dels atorgants reflectida al negoci documentat, la valoració global de les clàusules i la seva intel·ligència en el sentit més adequat perquè produeixin efecte (cfr. articles 1281, 1284 i 1285 del Codi Civil)»*, ara, per contra, centra tota l'atenció en la dada objectiva del que es diu que constitueix l'objecte social.

Així, al 2007, un objecte com l'indicat, acompanyat de les clàssiques previsions estatutàries indicades abans, va permetre a la Direcció entendre que *«no es tracta pròpiament de la fundació d'una societat professional, sinó de constituir una societat la finalitat de la qual sigui, com admet la Llei especial, "la de proveir i gestionar en comú els mitjans necessaris per a l'exercici individual de la professió, en el sentit no de proporcionar directament al sol·licitant la prestació que desenvoluparà el professional persona física, sinó de servir no només de mitjancera perquè sigui aquest últim qui la realitzi, sinó també de coordinadora de*

les diferents prestacions específiques següents».

S'està al davant d'una societat professional sempre que a l'objecte social d'aquesta es faci referència a les activitats que constitueixen l'objecte d'una professió titulada, de manera que, quan es vulgui constituir una societat diferent i evitar l'aplicació del règim imperatiu establert a la Llei 2/2007, caldrà declarar-ho expressament

Ara, per contra:

- Es renuncia a qualsevol pretensió d'esbrinar aquesta suposada voluntat dels atorgants mitjançant la valoració global de les clàusules del document, per tal de donar-li el sentit més adequat perquè produeixin efecte.
- Es considera que la citada previsió estatutària és una *«exigència legal òbvia, però no resol la qüestió central de determinar si l'actuació realitzada pel professional la realitza en nom de la societat, com executada directament sota la raó o denominació social, i li siguin atribuïts a la societat els drets i les obligacions inherents a l'exercici de l'activitat professional com a titular de la relació jurídica establerta amb el client, cas en el qual seria una societat professional, o la realitza en nom seu i sota la seva responsabilitat exclusiva, com a professional, cas en el qual no estariem en presència d'una societat professional»*.
- I, finalment, es conclou que *«una correcta interpretació de la Llei de societats professionals ha de portar a l'enteniment que s'està davant d'una societat professional sempre que a l'objecte social es faci referència a les activitats que constitueixen l'objecte d'una professió titulada, de manera que, quan es vulgui constituir una societat diferent i evitar l'aplicació del règim imperatiu establert a la Llei 2/2007, hagi de declarar-se expressament»*.

La doctrina s'ajusta a la repetida STS del 18 de juliol del 2012, que prioritza, da-



vant dels criteris fins ara defensats per la Direcció, el que l'Exposició de motius de la Llei concreta com la «*creació de certesa jurídica sobre les relacions jurídico-societàries que tenen lloc en l'àmbit professional*».

Es pot estar d'acord o no amb el canvi de criteri, però la conclusió indiscutible és que la regulació prevista a la Llei de societats professionals dista molt de ser satisfactòria, i que els problemes no acabaran arran d'aquesta Sentència del Tribunal Suprem o Resolució de la Direcció. Entre altres coses, perquè el mètode per aconseguir aquesta certesa no deixa de ser canviar una presumpció per una altra: si d'acord amb la doctrina anterior s'entenia que la repetida clàusula d'estil permetia presumir que el que es constituïa no era una societat professional pròpiament, ara la mera inclusió d'un objecte professional obliga a presumir el contrari.

Cal recordar que, al seu dia, la qüestió es va plantejar en termes de gran transcendència, perquè el 16 de desembre del 2008 vencien els terminis previstos a la disp. trans. 1a de la Llei per a l'Adaptació de les societats professionals, que determinava la dissolució de ple dret de les que no s'haguessin adaptat a la nova Llei. I sembla haver-se oblidat que llavors la Direcció va entendre (sense que això la portés a rebre gairebé cap retret) que la mera menció a l'objecte d'una activitat professional no havia de portar a la qualificació sense més ni més de la societat com a professional (i, si escau, com a dissolta, per no haver-se adaptat en termini), perquè resultava d'apreciació impossible per part del Registrador la concurrència del requisit previst a l'art. 1-1 LSP de l'«*exercici en comú d'una activitat professional*», doncs, segons l'esmentada norma, per tal que aquest existeixi és necessari que «*els actes propis de l'activitat siguin executats directament sota la raó o denominació social, i siguin atribuïts a la societat els drets i les obligacions inherents a l'exercici de l'activitat professional com a titular de la relació jurídica establerta amb el client*».

En qualsevol cas, la major importància de la qüestió deriva segurament del fet que el règim de les societats professionals presenta certes singularitats que convé recordar succintament, pel que fa a la responsabilitat pels deutes de la societat, que es regula a l'art. 11 de la Llei⁽⁶⁾, segons el qual:

- Pels deutes socials «*generals*» o «*no professionals*», respon, segons el núm. 1, la societat, i la responsabilitat del soci resta limitada (a les SA o SL) al valor de la seva aportació.
- En canvi, d'acord amb el núm. 2, com que es tracta de deutes derivats d'actes professionals, a la responsabilitat general anterior se li afegeix la responsabilitat solidària dels professionals intervinents, siguin socis o no.

A més, per evitar una eventual pretensió d'eludir aquest règim de responsabilitat reforçada, la disp. adic. 2a, núm. 1, de la Llei estableix que aquest «*serà igualment aplicable a tots els supòsits en què dos o més professionals desenvolupin col·lectivament una activitat professional sense constituir-se en societat professional de conformitat amb aquesta Llei. Es presumirà que concorre aquesta circumstància quan l'exercici de l'activitat es desenvolupi públicament sota una denominació comuna o col·lectiva, o s'emetin documents, factures, minuts o rebuts sota aquesta denominació*».

La inscripció al Registre Mercantil, per si mateixa, no donarà cobertura a una societat per evitar el règim de responsabilitat de la Llei de societats professionals, si concorren les circumstàncies previstes a la disp. adic. 2a, núm. 1

D'acord amb això, la primera pregunta que sorgeix és quina és la situació al respecte de totes les societats constituïdes i inscrites a l'empara de la doctrina anterior de la Direcció, és a dir, societats amb objecte que inclou una activitat professional, que, en no dir-se el contrari, la Direcció ha entès que es tracta d'una societat de mitjans o mediació. Perquè si en aquesta societat participen dos o més professionals que, com diu la norma, «*desenvolupen públicament la seva activitat sota una denominació comuna, o emeten documents, factures, minuts o rebuts sota aquesta denominació*», els afectaria la norma de presumpció i, per tant, se'ls aplicaria el règim de responsabilitat reforçada de l'art. 11 LSP.

N'hi hauria prou per evitar el que s'ha descrit abans amb el fet de no reunir la

resta de requisits de constitució d'una societat professional i figurar, en canvi, inscrites al Registre Mercantil, per invertir la presumpció i seguir aplicant la que va aplicar al seu dia la Direcció, per a no considerar-la societat professional?

Ho dubto, però crec, en qualsevol cas, que el problema no acaba aquí. Al meu parer, la inscripció al Registre Mercantil, per si mateixa, no donarà cobertura a una societat per evitar el règim de responsabilitat de la Llei de societats professionals, si concorren les circumstàncies previstes a la disp. adic. 2a, núm. 1, és a dir:

- a) Una pluralitat de professionals.
- b) Una activitat professional en els termes de l'art. 1.1 de la Llei, és a dir, la que exigeix una determinada titulació i inscripció al col·legi professional corresponent.
- c) Un exercici col·lectiu de l'activitat, que es presumirà que existeix quan es desenvolupa sota una denominació comuna o quan, sota aquesta denominació, s'emeten factures, minuts o rebuts.

I això ocorre no només amb les societats inscrites com a «*presumptament no professionals*» a l'empara de l'anterior doctrina de la Direcció, sinó també amb les que, abans o ara, es constitueixen i inscriuen a teòriques societats de mediació o de mitjans i, no obstant això, reuneixin els requisits per a l'aplicació de la responsabilitat estesa de la disp. adic. 2a, núm. 1.

Òbviament, la presumpció legal podrà ser destruïda per prova en contra, però, en qualsevol cas, els interessats han de saber amb certesa quin tipus de societat volen constituir i quin tipus de societat (i amb quin règim de responsabilitat) estan realment constituint, perquè, en principi, una societat de mitjans o de comunicació de guanys no realitza cap activitat, professional ni no professional, en el mercat, i, per tant, no podria emetre factures al client, mentre que la societat de mediació sí que ho fa, tot i que la seva activitat no té un caràcter professional, de manera que la factura que emeti no podria ser una factura per serveis professionals. Si es fes així, i es donessin la resta de requisits de la disp. adic. 2a, núm. 1, podria resultar difícil destruir la presumpció legal d'exercici

col·lectiu de l'activitat i evitar l'extensió de responsabilitat als professionals intervinents.

IV. USDEFUIT DE GUANYS vs. USDEFUIT CONJUNT I SUCCESSIU

La possibilitat de constituir un usdefruit conjunt sobre guanys ha estat reconegut des de fa temps per la Direcció. La principal qüestió que habitualment ha estat objecte de dubtes i controvèrsia s'ha plantejat en relació amb la necessitat d'incloure el dret d'usdefruit en la liquidació de guanys quan mor un dels dos cònjuges. Aquesta matèria ha estat objecte de tractament per part de la Direcció no només amb ocasió d'una successió hereditària, sinó, fins i tot amb més freqüència, davant de la pretensió d'efectuar algun acte de disposició sobre la finca sense haver practicat la liquidació de guanys.

Així, en la **Resolució del 30 de juny del 2012**, constant inscrit al Registre un usdefruit comprat pel marit, casat en règim de societat de guanys, es pretén cancel·lar-lo quan aquest mor, al·legant el Registrador que, com que es tracta d'un dret de guanys, cal incloure'l a la liquidació de la societat de guanys.

I en la **Resolució del 28 de novembre del 2012** es tracta d'una finca inscrita a nom del fill en nua propietat per venda

que li van fer els pares, casats en règim de societat de guanys, amb reserva de l'usdefruit vitalici, «*que s'extingirà quan mori l'últim d'ells*». Mort el marit, la vídua i el fill pretenen disposar de la finca, i la Registradora exigeix que es liquidi prèviament la societat de guanys o, almenys, que intervinguin els hereus del marit difunt.

En l'estudi de la matèria, sembla haver-se imposat la necessitat, a l'hora d'abordar-la amb pretensió d'una certa claredat, de diferenciar entre el que és la titularitat del dret, d'una banda, i el possible caràcter de guanys que pugi tenir, de l'altra⁽⁷⁾.

Aquesta titularitat determinarà, en alguns casos, la durada de l'usdefruit, de manera que, un cop mort el titular, resta extingit l'usdefruit, però no sempre serà així, i la Direcció posa com a exemple, a la Resolució del 30 de juny del 2012, el cas de venda de l'usdefruit, que fa que passi a ser de titularitat del comprador, però que la durada segueixi estant determinada per la vida del venedor.

Doncs bé, traslladant la qüestió a l'àmbit que tractem, que és el de l'usdefruit titularitat de cònjuge o cònjuges casats en règim de societat de guanys, pot ocórrer quelcom de semblant.

Llevat d'error o omissió, quatre resolucions de la Direcció han estat les que han donat lloc als estudis més interessants sobre la matèria: les del 10 de juli-

ol del 1975, 31 de gener del 1979, 21 de gener del 1991 i 25 de febrer del 1993. I totes apareixen citades en una o altra de les dues resolucions que comentem, si no en totes dues⁽⁸⁾.

Amb intenció didàctica, la Resolució del 28 de novembre del 2012 planteja algunes hipòtesis i ofereix la solució corresponent, assenyalant, per recolzar-la, una, una altra o diverses de les quatre resolucions que hem citat, a les quals resulta necessari acudir per intentar entendre quina és, en última instància, la doctrina del Centre Directiu. Assumint els riscos de la simplificació, podria dir-se que aquesta doctrina té tres pilars bàsics:

- 1) Que, com a excepció a la regla general dels arts. 392 i 393 CC, relatiu a la comunitat romana per quotes, l'usdefruit conjunt a favor de diverses persones al qual fa referència l'art. 469 CC constitueix una comunitat que (qualificada o no de *germànica*) provoca en tot cas que, en morir una, es produeixi l'acreciment a l'altra que preveu l'art. 521 CC.
- 2) Aquesta regla no es veu alterada pel fet que aquestes persones estiguin casades en règim de societat de guanys i l'usdefruit reuneixi els requisits generals d'un dret de guanys.
- 3) No obstant això, aquest usdefruit de guanys es veu substancialment modificat, en relació amb els efectes derivats de la mort d'un dels cònjuges, quan se li afegeix convencionalment la consideració de «*successiu*».

A partir d'aquí, i esquematitzant també, la Direcció distingeix entre el supòsit de titularitat individual d'un dels cònjuges i el de titularitat conjunta d'ambdós, i es planteja a continuació les conseqüències derivades de la defunció d'un dels dos:

- A) La hipòtesi de titularitat individual tractaria del supòsit en el qual el Joan, casat en règim de societat de guanys amb la Maria, adquireix a títol oneros l'usdefruit vitalici de la finca. Ens trobem amb un dret d'usdefruit la titularitat del qual correspon al Joan, sense perjudici que tingui un caràcter de guany i que, com a tal, al Registre aparegui inscrit «*per a la societat de guanys*» o «*amb caràcter presumpti-*





vament de guanys», en funció del que s'hagués fet constar al títol d'adquisició.

A.1) Mor el Joan. És el cas de la Resolució del 30 de juny, que la Direcció resol aplicant la doctrina continguda a la Resolució del 31 de gener del 1979, en la qual en recolza el recurs el Notari. Mort l'adquirent, desapareix el titular del dret, la persona «a la vida de la qual està unida l'existència d'aquest dret», el qual, en conseqüència, restarà extingit per aplicació de l'art. 513.1 CC, consolidant-se el ple domini en els nus propietaris i, diu la Direcció, «essent nul el seu valor a efectes de la liquidació de la societat conjugal».

A.2) Mor la Maria. És el supòsit precís que la Direcció resol el 1979. Si el que mor és el cònjuge de l'adquirent, l'usdefruit subsisteix fins que mori el titular. I és precisament la subsistència de l'usdefruit, unida a la mort d'un dels cònjuges, el que obliga a determinar els drets dels implicats, en particular, els hereus del cònjuge difunt.

No existeix titularitat conjunta, sinó que, «per contra, es tracta de l'adquisició per part d'una única usufructuària, amb la particularitat que la compra, per reunir els requisits establerts a l'article 1401, té el caràcter de guany».

La conseqüència de tot això és que «resulta necessari que, quan mori l'altre cònjuge, es requereixi, o que a la liquidació de la societat conjugal s'adjudiqui el bé de la manera que estimin tots els interessats, o que almenys consentin els hereus del marit a la transmissió operada».

B) En Joan i la Maria, casats en règim de societat de guanys, adquireixen l'usdefruit vitalici de la finca sense cap prevenció addicional. Sorgeix una titularitat conjunta d'un dret d'usdefruit amb caràcter de guany. Mor un dels dos: l'usdefruit subsisteix fins a la mort de l'altre cònjuge, però ingressa a la massa de guanys dissolta i pendent de liquidació, liquidació en

la qual pot ser adjudicat, fins i tot, als hereus del premort.

Tot i que la Direcció cita com a recolzament o referència les resolucions del 31 de gener del 1979 i del 25 de febrer del 1993, ni en una ni en l'altra es dona una coincidència plena amb el cas hipotètic que planteja: en la Resolució del 1979, perquè, com acabem de veure, hi havia un únic titular, i en aquesta ho són els dos cònjuges; a la del 1993, perquè en realitat el títol d'adquisició inclou aquest «pacte d'esdeveniment entre els cònjuges inscrit al Registre» del qual parlava la Resolució del 1979, al qual, no obstant això, la Direcció no atribueix eficàcia, per haver estat estipulat l'any 1972, quan el Codi Civil encara no permetia la contractació entre cònjuges⁽⁹⁾.

En relació amb l'adquisició d'usdefruit a favor dels dos i, a partir de la mort d'un, a favor del cònjuge que sobrevisqui, la solució depèn de la qualificació de bé privatiu o guany que hagi de donar-se al dret d'usdefruit

Interessa fer notar que, en aquesta Resolució del 1993, la Direcció indica, en relació amb l'adquisició d'usdefruit «a favor dels dos i, a partir de la mort d'un, a favor del cònjuge que sobrevisqui», que «la solució d'aquesta qüestió depèn de la qualificació de bé **privatiu o guany** que hagi de donar-se al dret d'usdefruit»; sembla que es resolgui, per tant, que de no resultar guany, caldria considerar-lo privatiu, qüestió que de seguida veurem com matisa posteriorment.

C) L'altre supòsit de titularitat conjunta es refereix al cas que, quan el Joan i la Maria, casats en règim de societat de guanys, adquireixen conjuntament l'usdefruit vitalici, s'afegeix, a més, que és «successiu».

En el cas de la Resolució del 28 de novembre del 2012, que, com dèiem, tracta de la disposició d'una finca per part de la vídua i el nu propietari, realment la constitució de l'usdefruit amb aquest caràcter s'havia realitzat

per via de reserva en transmetre's la nua propietat: l'escriptura deia, concretament, «amb reserva de l'usdefruit vitalici, que s'extingirà quan mori l'últim dels dos, venen la nua propietat d'aquesta finca», però la inscripció es va practicar «a favor del Sr. E. T. M i la Sra. J. M. J. amb caràcter de guany». La Direcció critica «els termes equívocs en els quals està practicada aquesta inscripció [que] obliguen, per tal de resoldre el recurs, a determinar prèviament el **caràcter de guany o conjunt i successiu** que s'ha d'entendre atribuït a l'esmentat usdefruit, doncs si, d'una banda, se n'indica el caràcter de guany, d'altra banda, s'especifica que només s'extingirà quan mori el cònjuge supervivent».

Convé destacar que ara la contraposició ja no és entre usdefruit de guanys i usdefruit privatiu, sinó entre usdefruit de guanys i usdefruit conjunt i successiu, i la Direcció assenyalava que «la indicació continguda al títol constitutiu en reservar-se l'usdefruit (constitució per deductio) respecte que "no s'extingirà fins a la mort de l'últim d'ells" [dels cònjuges] implica una **modalització** del règim de la societat de guanys que ha d'interpretar-se de la manera més adequada perquè produeixi efectes, conforme a l'article 1284 del Codi Civil, i no sigui una clàusula inútil o redundant».

La Direcció confirma així que l'usdefruit de titularitat conjunta sobre béns de guanys no s'extingeix fins a la mort de l'últim dels usufructuaris, però, llevat de «previsió o pacte d'acreixement», aquest no perd el caràcter (que podríem qualificar de) «cent per cent» de guanys i, per tant, quan mori el primer dels cònjuges, ha d'incloure's en la liquidació de la societat de guanys.

Si, per contra, existeix aquesta previsió o pacte, l'usdefruit veu moralitzada la seva condició de guany, acreix al cònjuge supervivent i, per tant, no ha d'incloure's a la liquidació. En relació amb aquesta previsió d'acreixement, la Direcció realitza dos pronunciaments importants:

a) En primer lloc, respecte del fonament d'aquesta postura, assenyalava que «és obvi que si els cònjuges poden atribuir caràcter privatiu a un bé de guanys (cfr. v. gr. Reso-

lució del 25 de setembre del 1990), pactant o no compensació a càrrec dels béns privatis i **causalitzant** aquest desplaçament, conforme al principi de llibertat de contractació entre cònjuges (cfr. article 1323 del Codi Civil), també han de poder pactar respecte d'un usdefruit de guanys el caràcter de successiu, de manera que persisteixi íntegre i no es consolidi ni total ni parcialment amb la nua propietat sinó fins al moment de la mort del supervivent, acreixent, mentrestant, la part vacant per mort del premort al supervivent, d'acord amb allò pactat al títol de constitució, en aquest cas, per via de reserva (cfr. article 467 del Codi Civil)».

- b) En segon lloc, en relació amb la manera en què pot fer-se aquesta atribució (i el que ha estat més discutit: aquesta causalització), a la Direcció li sembla suficient —basant-se en «el principi d'innecessarietat d'utilització de fórmules sacramentals consagrat per aquesta Direcció General (cfr. resolucions del 3 de novembre del 2001 i del 9 de març del 2012)»— la menció al títol que l'usdefruit és adquirit o reservat pels cònjuges amb caràcter successiu (sigui aquesta l'expressió o alguna altra de les utilitzades habitualment: «no s'extingirà fins a la mort de l'últim», etc.). «Aquesta clàusula significa que, malgrat estar constituït [...] sobre béns de guanys, l'usdefruit passa al cònjuge supervivent i resta exclòs de la liquidació de guanys».

L'única aproximació a una causa típica l'hem vista a la Resolució del 21 de gener del 1991, on la Direcció parla de la possibilitat de donació *inter vivos*, davant de la idea del Registrador, assumida pel President del Tribunal Superior de Justícia de Madrid, que s'estava al davant d'una donació *mortis causa*, prohibida d'acord amb l'art. 1271 CC. Actualment, però, admès des de fa temps el negoci de «comunicació de béns» entre cònjuges sense altre necessitat que la constància del caràcter oneros o gratuït, crec que resultaria certament difícil exigir una major causalització per admetre el pacte estudiat.

V. DACIÓ EN PAGAMENT SOTA CONDICIÓ SUSPENSIVA

El supòsit de fet que dona lloc a les resolucions que comentarem sembla bastant associat a un entorn de crisi econòmica, que porta a creditors i deutors a buscar fórmules alternatives per a la satisfacció dels deutes. Quan aquestes fórmules, d'una manera o altra, incorporen algun tipus de facilitat o flexibilització per al pagament del deute, i introdueixen algun bé propietat del deutor (en el cas, béns immobles) com a possible forma de pagament, apareix el «fantasma» del pacte comissori, amenaçant la licitud de la proposta.

Per analitzar quan es produeix i quan no aquesta licitud, és imprescindible recordar la **Resolució del 13 de març del 2000**, que se cita a les dues que comentarem i que sustenta, segons els recurrents, la validesa del negoci que s'instrumenta.

La Resolució del 13 de març del 2000 refereix el supòsit d'una escriptura autoritzada per Rodrigo Tena, Notari de Madrid, en la qual una societat reconeix deure a uns professionals una determinada quantitat en concepte d'honoraris, regula unes formes alternatives de pagament i, finalment, s'estableix que «en el supòsit que els creditors no hagin rebut el pagament del deute en alguna de les formes previstes, i sota la condició suspensiva propdita, l'entitat constructora dona en pagament, a cadascun dels creditors, determinades places d'aparcament que es descriuen a l'escriptura».

El Registrador de la Propietat qualifica negativament l'escriptura i assenjala a l'informe que la dació en pagament de deutes subjectes a condició suspensiva s'assimila a la compravenda en garantia i implica que estem en presència d'un pacte comissori (arts. 1859 i 1884 CC), doncs el creditor persegueix un fi prohibit legalment (apropiar-se de la cosa donada en garantia en satisfacció del seu crèdit) i, per tant, radicalment nul.

El Notari informa, en resum, en els següents termes:

- a) Que **el fonamental és atendre la causa** del negoci, que és la que millor revela la voluntat de les parts, i no podem incloure en la prohibició de comís els supòsits en els quals la falta

de pagament és un simple pressupòsit d'una autèntica transmissió, sinó només aquells en els quals es busca fonamentalment la garantia.

- b) Que, en aquest cas, no es busca la garantia, sinó la liquidació del deute a través d'una **dació en pagament actual** d'un **deute** perfectament causalitzat que té un origen anterior a l'escriptura, que és **exigible** i que no està garantida; el que els creditors **busquen és la liquidació del deute** en el termini més breu possible, preferentment, en metàl·lic, com demostren les diferents possibilitats de pagament que s'ofereixen i els ajornaments successius acordats per tal de facilitar la primera solució.
- c) Que, per tant, **el Registrador pretén tergiversar** la voluntat de les parts, en pensar que el creditor consent a prorrogar el venciment del crèdit a canvi que se li garanteixi el pagament del deute amb un bé que, en cas d'incompliment, podrà ser objecte d'apropiació.
- d) Assenyalant que, encara que fos així, hi ha arguments per excloure el joc de la prohibició, que són els que defensen la validesa del pacte *ex intervallo*, i el Tribunal Suprem mateix és permisiu en aquest punt (entre d'altres, STS del 7 de febrer del 1989).

En aquest supòsit, la dació en pagament, més que garantia d'un préstec imposada pel prestador, té una finalitat solutòria

Tot i que el President del Tribunal Superior de Justícia dona la raó al Registrador, la Direcció acaba per resoldre a favor del recurrent, acollint les raons del Notari, en dir:

En aquest supòsit, la dació en pagament, més que garantia d'un préstec imposada pel prestador, té una **finalitat solutòria**, atès que:

a) D'una banda, el deute ja està vençut i és exigible.

b) De l'altra, el fet que el deute estigui sotmès a diverses **condicions suspensi-**



ves i l'allargament del termini per part dels creditors reveli que el que volen és el pagament del deute, i no fer un abús de posició, que es podria haver donat amb més claredat si no existís la condició.

A continuació, la Direcció fa una interessant referència al fet que «el supòsit de fet que dona lloc a l'aplicació d'una norma prohibitiva no pot presumir-se, ni la norma aplicar-se extensivament».

Per tant, l'argument principal a partir del qual es resol és el d'excloure que la finalitat de l'operació sigui de garantia, i això ho basa en el fet que el deute està vençut i és exigible, com també en l'allargament del termini per part dels creditors i el mateix sotmetiment de la dació a la condició suspensiva.

Doncs bé, amb aquest antecedent, es publiquen dues resolucions amb supòsits de fet similars, i en les quals cal avançar que la Direcció rebutja la dació en pagament subjecta a condició suspensiva.

La primera és la **Resolució del 20 de juliol del 2012**, en la qual els fets són els següents: un reconeixement de deute, en concepte de préstec, que el deutor s'obliga a tornar en el termini de trenta dies, amb uns interessos del 20%. En la mateixa escriptura es pacta una dació en pagament del deutor a favor del creditor, subjecta a la condició suspensiva que, en la data prevista per a la devolució de la quantitat deguda, aquesta no s'hagués fet efectiva, circumstància que s'acreditaria per acta notarial de requeriment de pagament; si, per contra, resultés de l'acta que s'havia efectuat el pagament, la transmissió esdevindria ineficaç.

Arriba el dia previst i es requereix el pagament al deutor mitjançant acta notarial per correu certificat amb confirmació de recepció, de la qual no en resulta actuació ni resposta per part del deutor.

La Registradora entén que es tracta d'un pacte comissori prohibit i la Direcció així ho entén i qualifica el supòsit de «construcció jurídica en virtut de la qual el creditor, en cas d'incompliment del seu crèdit, pot apropiarse definitivament dels béns donats en garantia pel deutor [...], que en aplicació de la jurisprudència i doctrina exposades obliga al rebuig registral».

Certament, si la raó que va portar la Direcció a acceptar el supòsit de la Resolució de l'any 2000 era la consideració

de la seva finalitat solutòria, davant de la prohibida de garantia, sembla que certes circumstàncies permeten sospitar que, en aquest cas, pot ser al contrari. En aquest sentit, la Direcció crida l'atenció sobre el fet que «no només s'està reconeixent l'existència d'un deute líquid [...], sinó que, a més, es fixa un termini per al pagament [...] i es pacta que fins a aquesta data es generin interessos remuneradors [...], de manera que en la data en què es formalitza la dació en pagament no es tracta d'un deute líquid, vençut i exigible (a diferència del que succeïa al cas resolt per la Resolució del 13 de març del 2000, citada pel recurrent)».

És a dir, que dels dos elements que es va considerar que fonamentaven la idea de la finalitat solutòria en el cas anterior, falta ara el primer, atès que no tenim un deute vençut i exigible. I no el tenim perquè —diu la Direcció— s'estan pactant uns interessos i s'està fixant un termini per pagar capital i interessos. Aquí la Direcció no sembla considerar el termini com a argument de recolzament de la interpretació d'aquesta finalitat solutòria, entenem que perquè, com que es tracta d'un préstec formalitzat el mateix dia (se suposa que simultàniament), la concessió d'un termini per a la devolució és substancial a la naturalesa del contracte i a l'interès més elemental del prestatari, i no contribueix a revelar cap intenció solutòria en la dació en pagament.

Al seu torn, en la segona, **Resolució del 22 de febrer del 2013**, existeix de nou un reconeixement de deute, en aquest cas, derivat de certs treballs de construcció, una part del qual es paga mitjançant una compensació de crèdits; una altra, mitjançant el lliurament d'un xec, i la resta, es constitueix per la deutora, a favor de la creditora, un dret d'opció de dació en pagament que recau sobre diferents immobles, a exercitar dins d'un termini determinat que s'inicia uns anys després de l'atorgament de l'escriptura. S'afegeix la previsió que quedaria extingit el dret d'opció pel pagament del deute abans d'exercir-lo, pagament que podria fer-se amb la venda dels immobles, destinant-li necessàriament el preu obtingut (amb reduccions de menció innecessària ara), i venda per a la qual s'inclou una concessió a l'optant de la gestió, en determinades condicions.

Doncs bé, amb tots aquests elements, la Direcció sorprèn una mica qualificant el

supòsit com de *pacte comissori prohibit*, atesa la seva finalitat de garantia, i l'equipara no al de la Resolució del 13 de març del 2000, sinó al de la Resolució del 20 de juliol del 2012, amb menció expressa d'aquesta.

Quin és l'argument? Doncs, en essència, entendre que la concessió d'un ajornament per al pagament i per a l'efectivitat de la transmissió, que a l'any 2000 permetia recolzar la interpretació de la finalitat solutòria de l'operació, implica ara, en canvi, considerar-la com a garantia.

I dic que resulta una mica sorprenent perquè:

- D'una banda, el supòsit (més complex, sens dubte, en aquest cas, pel conjunt de la instrumentació) no sembla essencialment diferent al de llavors. I si en aquell moment, preveient-se com es preveia un termini per al pagament, es va dir i acceptar expressament que el deute estava vençut i era exigible, no s'entén per què ara aquest termini suposa que «durant aquest temps es manté el deute com a no exigible, sense que el concedent estigui obligat a pagar-lo».
- D'altra banda, perquè la resta dels arguments que recolzaven llavors una tesi són els mateixos que ara recolzen l'oposada:
 - Així, aquest mateix ajornament, que llavors revelava que el que perseguïen els creditors «era el pagament del deute i no abusar de la seva posició», ara significa tot el contrari.
 - Si llavors s'argumentava a favor de la finalitat solutòria «el fet que [la dació en pagament] estigui sotmesa a diverses condicions suspensives», ara resulta que la finalitat de garantia resulta apreciable, doncs fins al moment en què neix la facultat d'optar «l'entitat creditora compta amb la garantia de l'opció que encara no pot exercitar o consumir, però sí fer-la valer com a dret preferent davant de qualsevol altre dret que pugui constituir en aquest temps el propietari de les finques».
 - Si al seu dia van resultar convincents els arguments del Notari del fet que constituïen prova de la finalitat solutòria «les diverses possibilitats de pa-

gament que s'ofereixen», ara aquestes possibilitats es tornen en contra d'aquesta interpretació, perquè, si es permet al deutor pagar el deute amb el preu obtingut per la venda de les finques, abans que el creditor exerciti l'opció, en realitat el que això implica és que «en aquest lapse de temps es reforça la garantia de l'optant en establir una limitació a la facultat dispositiva del propietari, que pot vendre, però pagant el deute en la mateixa escriptura de compravenda».

Malgrat que, com deia, en la instrumentació el supòsit és bastant més complex que el de la Resolució de l'any 2000, els elements substancials semblen coincidir: un deute reconegut, a satisfer per determinats mitjans, que si no s'utilitzessin causarien l'entrada en joc de la dació en pagament prevista. Una diferència que sí cal apreciar és que, si bé en el cas resolt a l'any 2000 els efectes de la dació estaven «automatitzats», en cas de no utilitzar-se aquests mitjans de pagament alternatius, ara es preveuen com a facultat del creditor, que podrà exercitar l'opció o no. No obstant això, no és aquest l'obstacle que la Direcció aprecia per a l'admissibilitat del negoci, sinó l'enteniment que el mateix implica la no exigibilitat del deute fins al moment en què el creditor pugui exercitar l'opció.

El que és conseqüència del contingut de les resolucions estudiades és la possibilitat de la utilització de la dació en pagament subjecta a condició suspensiva com a forma d'extinció d'un deute, sempre que aquest no hagi perdut la condició de vençut i exigible

Deixant al marge que sigui discutible que uns elements que en un cas recolzen una argumentació es puguin convertir en arguments a favor de la posició contrària, el que sí sembla resultar conseqüència del contingut de les resolucions estudiades és la possibilitat de la utilització de la dació en pagament subjecta a condició suspensiva com a forma d'extinció d'un deute, sempre que aquest no hagi perdut la condició de vençut i exigible. I també que, tal com es va reconèixer a la Resolució del 2000, el fet de pactar un termini per al pagament no implica necessàriament

que l'obligació deixi de ser exigible: confirmant-se el termini com un mer element accessori de la forma de pagament acordada d'una obligació vençuda i exigible, i la dació com una alternativa per al cas de no efectuar-se el pagament d'aquesta manera, sembla que hauria d'admetre's el negoci; més encara quan, com es reconeix expressament a la Resolució de l'any 2000, «el supòsit de fet que dona lloc a l'aplicació d'una norma prohibitiva no pot presumir-se, ni aquesta aplicar-se extensivament».

VI. HIPOTECA EN GARANTIA DELS DRETS DEL FIADOR

Dues resolucions recents (tres, en realitat, encara que les dues últimes son idèntiques) tracten sobre la possibilitat de garantir al fiador el futur crèdit que sorgiria al seu favor per veure's reembossat pel deutor si, per no haver complit aquest la seva obligació, es veu obligat aquest fiador a fer-ho en el seu lloc.

La **particularitat** d'aquestes resolucions radica en el fet que **la fiança s'ha constituït sobre diverses obligacions del deutor principal**, per la qual cosa es planteja si la garantia real a favor d'aquell encaixa entre les possibilitats que el nostre Dret reconeix.

En la **Resolució del 28 de juny del 2012** la Direcció es planteja si pot inscriure's una hipoteca de màxim constituïda en garantia d'una línia de finançament concedida per una societat de garantia recíproca pels deutes d'un dels socis participants de la mateixa.

D'entre les diverses hipoteques de màxim possibles, la Direcció assenyalava:

- Que la constituïda no encaixa entre les regulades per l'**art. 153 LH**, atès que no es tracta de garantir el saldo derivat de l'obertura d'un compte corrent.
- I descarta també que pugui constituir-se a l'empara de l'**art. 153 bis LH**, perquè aquest només és aplicable a les hipoteques constituïdes a favor d'Administracions públiques titulars de crèdits tributaris, Seguretat Social o entitats financeres regulades per la Llei 2/1981, del 5 de març, de regulació del mercat hipotecari, entre les quals no s'inclou a les societats de garantia recíproca.

I entra a analitzar si pot constituir-se d'acord amb la regulació de les hipoteques en garantia d'obligacions futures continguda als **arts. 142 i 143 LH i 238 RH**.

Si cap la «fiança en garantia de deutes futurs» conforme a l'art. 1825 CC, ha d'admetre's també que l'obligació derivada de la fiança pugui ser objecte d'hipoteca en garantia d'obligació futura

Al respecte, comença per assenyalar que *«la Resolució de la Direcció General dels Registres i del Notariat del 17 de gener del 1994 no va admetre la hipoteca en garantia d'aval a favor d'una societat de garantia recíproca perquè, en no existir encara deute, es podria crear una reserva de rang mancada d'un interès legítim actual, i perquè exigia l'existència d'una relació jurídica bàsica que vinculï ja al deutor»*.

Dit així, no s'entén molt bé el canvi de criteri, que en realitat no existeix, atès que en la Resolució del 1994 el cas és substancialment diferent, doncs la hipoteca es constitueix *«en garantia de qualsevol quantitat que aquesta última [la societat de garantia recíproca] hagués de satisfer en compliment de l'aval concedit i dels que es concedissin en el termini màxim de quinze anys»*. És a dir, no és que l'obligació sigui futura, sinó que els pressupòsits bàsics de la seva existència i determinabilitat (la constitució de la fiança o aval) són inexistents actualment.

En el cas de la Resolució present, en canvi, la Direcció descarta que existeixi *«una simple reserva de rang, doncs es compleixen els requisits de la hipoteca en garantia d'obligació futura establerts als articles 142 i 143 de la Llei hipotecària»*.

«L'únic obstacle», segueix dient la Direcció, *«el podria representar l'expressió "en garantia d'obligació futura", que empra en singular l'art. 142 LH, però, en aquest cas, l'acte bàsic del que sorgeixen les obligacions és unitari, en existir un únic contracte de finançament i referir-se la hipoteca únicament a les obligacions derivades de la fiança»*.

Afegeix la Direcció a aquest argument que, si cap la «fiança en garantia de deutes



futurs» conforme a l'art. 1825 CC, ha d'admetre's també que l'obligació derivada de la fiança pugui ser objecte d'hipoteca en garantia d'obligació futura⁽¹⁰⁾.

De nou, el plantejament resulta confús: no es tracta del fet que les obligacions que es poden garantir mitjançant fiança siguin **futures**, sinó que siguin **diverses obligacions**, futures o no. I, per últim, si aquesta possibilitat existeix també quan parlem d'una garantia real, com la hipoteca.

Doncs bé, curiosament és la mateixa Resolució del 1994 que cita la Direcció en resoldre ara la que comença «*advertint, d'entrada, que, pels efectes jurídics reals i per la implicació en qüestions de preferència en conflictes d'interessos que no són només els del deutor i els del creditor, la constitució d'hipoteca en garantia de deutes futurs pot tenir una solució més restrictiva que la constitució de fiança en garantia de deutes futurs*». I és que, en efecte, la fiança no està subjecta, com la hipoteca, al principi d'especialitat, que, llevat de les excepcions legalment previstes, vincula la garantia a una única obligació, present o futura.

En conseqüència, la qüestió es concreta en resoldre si en el cas de la hipoteca de màxim en garantia d'una línia de finançament es vulnera o no aquest principi, i la resposta, sense necessitat de cercar símls, l'ha donada ja abans la Direcció, en assenyalar que «*en aquest cas, l'acte bàsic del qual sorgeixen les obligacions és unitari, en existir un únic contracte de finançament i referir-se la hipoteca únicament a les obligacions derivades de la fiança*».

Dit això, però, la Direcció rebutja la inscripció, perquè **l'escriptura no fa referència als arts. 142 i 143 LH, ni a la forma de concreció del naixement al seu dia de l'obligació futura, conforme al que es preveu a l'art. 238 RH**, extrems que no poden fer-se constar d'ofici pel Registrador.

És cert que si la hipoteca encaixa en el supòsit regulat, i només en aquest, la no menció dels articles en què es recolza aquesta constitució no semblaria argument de pes per vetar-ne la inscripció.

No obstant això, també ho és que, conforme a l'art. 238 RH, si «*per fer constar al Registre que s'han cregut les obliga-*



cions futures de què tracta l'art. 143 de la Llei, qualsevol dels interessats presentarà al Registrador una còpia del document públic que així ho acrediti, i, si no és possible, una sol·licitud signada per les dues parts», pot resultar comprensible no inscriure una hipoteca d'aquest tipus quan:

- No consta de manera expressa que sigui efectivament el que s'ha volgut constituir.
- No s'ha determinat quin tipus de document públic s'haurà de presentar al seu dia per acreditar que l'obligació ha nascut perquè el deutor principal ha incomplert i el fiador ha pagat per ell.
- I tampoc pot deduir-se, almenys que, mitjançant la referència als articles esmentats, existeixi una assumpció per part del creditor de la circumstància que, si manca l'esmentat document públic, l'eficàcia final de la garantia quedarà condicionada a aquesta sol·licitud, que, si no està subscripta també pel deutor, obligarà al creditor a acudir al Jutjat.

Al seu torn, les **resolucions del 2 i 3 de gener del 2013** tracten la constitució de *penyora sense desplaçament* de possessió en garantia del deute que pugui sorgir a càrrec d'una societat cooperativa a favor d'un soci de la mateixa a conseqüència de les quantitats que, si escau, aquest hagi d'abonar en qualitat de fiador solidari en **dues pòlisses de préstec** relacionades en la pròpia escriptura de constitució. S'as-

senyala una responsabilitat màxima i un termini de durada de la garantia.

La Direcció comença per assenyalar que allò predicable en relació amb la hipoteca en garantia d'obligació futura, quant a hipoteca pròpiament dita i no simple reserva de rang (cfr. Resolució del 26 de juliol del 2012), és predicable igualment respecte del dret real de penyora sense desplaçament de la possessió, tant per l'analogia existent entre els dos supòsits, atesa la identitat de raó que s'hi adverteix (art. 4, núm. 1 CC), com per l'aplicació supletòria de la Llei hipotecària prevista a la disp. adic. 3a de la Llei del 16 de desembre del 1954, sobre hipoteca mobiliària i penyora sense desplaçament.

El principi d'especialitat, atès que imposa l'exacta determinació de la naturalesa i extensió del dret que s'inscriu, no permet constituir un únic dret de penyora (o d'hipoteca) que garanteixi diverses obligacions futures sense un nexa causal comú

Però la diferència que aprecia aquí respecte del supòsit de la Resolució de juliol és que les obligacions futures garantides (les de reembossar o indemnitzar el fiador per part del deutor, ex art. 1838 CC) són tantes com contractes fiançats (dos préstecs). I el raonament que en la Resolució de juliol no fa la Direcció sí s'inclou en aquestes resolucions, assenyalant com el principi d'especialitat, pel fet d'imposar «*l'exacta determinació de la naturalesa i extensió del dret que s'inscriu* (cfr. arts. 9.2 de la Llei hipotecària i 51.6 del Reglament hipotecari)», no permet constituir un únic dret de penyora (o d'hipoteca) que garanteixi diverses obligacions futures sense un nexa causal comú⁽¹¹⁾.

No obstant això, i després de recordar els requisits per a l'admissió de la hipoteca en garantia de compte de crèdit⁽¹²⁾, la doctrina també recorda que:

La màxima segons la qual una única hipoteca no pot garantir obligacions de diversa naturalesa i sotmeses a diferent règim jurídic no pot mantenir-se com a principi absolut i axiomàtic. En aquest

sentit, cap admetre la constitució d'una única hipoteca (i el mateix ha d'entendre's respecte del dret de penyora) com a cobertura de diverses obligacions:

— Quan aquestes tenen connexió causal entre si o relació de dependència recíproca [...].

— Sempre que les diferents obligacions estiguin determinades en els aspectes definidors.

I la hipoteca constituïda quedi enllaçada amb aquestes obligacions, de manera que aquella **resti degudament supeditada a aquestes en el naixement, la vigència i l'exigibilitat** (cfr. resolucions de l'1 de juny i 26 de setembre del 2006 i 17 de març i 24 d'abril del 2008).

XXXXXXXXXXXX XX XXXXXX XXXXX
XXXX XXXXXXXX XX XXXX X XXXXX XX
XXX XXXXXXXXXXXX XX XXXXXX XXXXX
XXXXXXXX XXXXXXXX

A més:

Quan les diverses obligacions garantides mitjançant una relació hipotecària de caràcter unitari **no estiguin sotmeses al mateix règim jurídic i tinguin títols diferents**, per aconseguir-ne l'efectivitat hipotecària caldrà, segons doctrina reiterada d'aquest Centre Directiu, «per exigències de determinació del dret real constituït —articles 9 i 12 de la Llei hipotecària—, **establir separadament la quantitat que respecte de cada obligació cobrirà la garantia**» (cfr. resolucions del 14 de febrer i 15 de març del 1935, 26 i 31 d'octubre del 1984, 20 de maig i 23 i 26 d'octubre del 1987, 1 de juny i 26 de setembre del 2006 i 17 de març i 24 d'abril del 2008). Així ho exigeix també la Sentència del Tribunal Suprem del 12 de març del 1991, doncs «fixada així l'extensió de la hipoteca, això afecta als tercers que contractin basats en el contingut del Registre en virtut del principi de publicitat».

I, en el supòsit concret, no es donen totes aquestes condicions; més concretament, falten la primera i l'última, perquè:



- Es tracta de dues pòlisses de préstec diferents, no connectades causalment entre si.
- Amb diferent règim i títol contractual⁽¹³⁾.

Com a **conclusió**, podríem entendre que, a la Resolució del juliol del 2012, s'hauria admès la hipoteca (si s'haguessin complert els requisits formals que la Direcció assenyalava), perquè, en estar constituïda com a contragarantia d'una línia de finançament, el que s'està garantint és l'obligació, única, de reembossament a càrrec del deutor d'allò que el fiador hagués pagat per la suma de l'obligació o les obligacions incomplertes per aquell.

En canvi, a les resolucions del gener del 2013, el rebuig radica en el fet que les obligacions futures són diverses i no tenen un nexa causal entre si que faci que la hipoteca quedi enllaçada amb totes aquestes diferents obligacions, amb la qual cosa es produiria aquesta possibilitat que la Direcció rebutja que la hipoteca «floti» sobre les diferents obligacions i el creditor pugui decidir sobre quina la «deixa caure».

VII. ESCRIPTURES ATORGADES PER ADMINISTRADOR DE SOCIETAT MERCANTIL AMB CÀRREC NO INSCRIT

Les **resolucions del 5 d'octubre del 2012 i del 6 de novembre del 2012** rebutgen la inscripció al Registre de la Pro-

pietat de determinades escriptures (de compravenda i de novació de préstec, respectivament) atorgades per l'administrador d'una societat, pel defecte de no constar inscrit aquest càrrec al Registre Mercantil, i malgrat que el Notari dóna fe de suficiència de la representació.

Segons consta a les esmentades resolucions, la Notari i el Notari autoritzants, en establir judici sobre la suficiència de la representació, fan excepció expressa de la necessitat d'inscripció del seu nomenament al Registre Mercantil. Feta en aquests termes, l'excepció en qüestió sembla anar més enllà del que la normativa diu i del que la Direcció reconeix a les mateixes resolucions, el contingut de les quals mereix ésser repassat:

És reiterada doctrina d'aquest Centre Directiu que **el nomenament dels administradors té efecte des del moment de l'acceptació**.

La inscripció del nomenament o poder al Registre Mercantil **no és necessària per a la vàlida existència del nomenament o poder**, tot i que sí per a la plena eficàcia davant de tercers, fins i tot de bona fe (cfr. article 21 del Codi de Comerç i 9 del Reglament del Registre Mercantil).

La circumstància que sigui obligatòria la inscripció al Registre Mercantil dels nomenaments de càrrecs socials o poders generals (cfr. article 94.1.5a del Reglament del Registre Mercantil) **no significa que aquesta inscripció al Registre Mercantil hagi de realitzar-se necessàriament amb caràcter previ per a la inscripció al Registre de la Propietat** dels actes o contractes atorgats en exercici d'aquesta representació, doncs, en la legislació actual, amb les excepcions que s'hi contemplen, no hi ha cap precepte que imposi aquella inscripció al Registre Mercantil amb caràcter general i previ a la inscripció al Registre de la Propietat.

És obligació dels registradors **practicar la inscripció dels títols que s'ajusten a la legalitat**, que és la que, en última instància, en delimita el poder de control i en justifica l'exercici, tal com resulta específicament de l'article 18 de la Llei hipotecària i, més genèrica-



ment però decisivament, de l'article 103 de la Constitució.

A la vista d'això, hom només esperaria un argument addicional, que seria la referència a l'art. 98 de la Llei 24/2001, per donar el recurs per guanyat. En canvi, la Resolució continua així:

El compliment per part del Notari dels deures que li imposa l'art. 98 no es limita a facilitar en principi la prova de la representació, sinó que, segons consta literalment a la norma, dóna fe suficient, per si mateix, de la representació acreditada

En principi, el compliment per part del Notari dels deures que li imposa el repetit article 98 facilita la prova de la representació davant del Registre i, per expressa disposició del legislador, impedeix al Registrador fer un examen més detingut de l'existència i suficiència de la representació.

I aquí és on la Direcció comença a tirar per terra les conclusions coherents amb tot el que s'ha argumentat anteriorment. Perquè el compliment per part del Notari dels deures que li imposa el repetit art. 98 no es limita a «facilitar en principi la prova de la representació», sinó que, segons consta literalment a la norma, dóna fe suficient, per si mateix, de la representació acreditada.

El problema es troba en si, en casos com aquest, és o no exigible legalment la inscripció al Registre Mercantil.

Honestament, no es veu el problema si s'acaba de reconèixer: a) que el nomenament ha tingut efecte des de l'acceptació; b) que la inscripció al Registre Mercantil no és necessària perquè sigui vàlid; c) que l'obligatorietat de la inscripció del nomenament al Registre Mercantil no significa que aquesta hagi de ser prèvia a la que s'hagi de practicar al Registre de la Propietat, i d) que és obligació del Registrador practicar la inscripció del títol que s'ajusta a la legalitat. Però la Direcció, recolzant-se reiteradament en la «**presumpció de validesa i exactitud registral**» establerta als

articles 20 del Codi de Comerç i 7 del Reglament del Registre Mercantil», conclou que «en aquests casos de manca d'inscripció del nomenament d'administrador al Registre Mercantil, la ressenya identificativa del document o documents fefaents dels quals resulti la representació acreditada al Notari autoritzant de l'escriptura ha de contenir totes les circumstàncies que legalment siguin procedents per entendre vàlidament fet el nomenament d'administrador per constar l'acord vàlid de l'òrgan social competent per al seu nomenament degudament convocat, l'acceptació del seu nomenament i, si escau, notificació o consentiment dels titulars dels càrrecs anteriors inscrits en termes que facin compatible i congruent la situació registral amb l'extraregistral».

Preval, per tant, el que no és altra cosa que una mera presumpció davant el judici contrari fet pel Notari sota la seva responsabilitat, judici que, d'acord amb una norma amb rang de llei, dóna fe suficient per si mateix. Sorpren fins i tot que la Direcció citi, per recolzar aquesta conclusió, resolucions anteriors a la Llei 24/2001: «(vid. resolucions del 17 de desembre del 1997, 3 de febrer del 2001 i 23 de febrer del 2001)».

No s'ha d'oblidar que la inscripció del nomenament d'administrador pot no practicar-se per l'única raó de la manca de dipòsit de comptes de la societat, segons el que es preveu a l'art. 378 RRM. De manera que un negoci (per exemple, una venda) atorgat per l'esmentat administrador pot tenir vedat l'accés al Registre

de la Propietat per una circumstància aliena a la perfecta llicitud del nomenament, amb el perjudici consegüent per al comprador.

I, per evitar aquesta situació, la Direcció entén que el judici de suficiència del Notari ha d'incloure la ressenya de totes les circumstàncies que ja han estat ressenyades pel Notari autoritzant de l'escriptura de nomenament d'administrador, escriptura que després ha estat qualificada com a suficient de nou pel Notari que autoritza el document que es presenta al Registre de la Propietat.

Doncs bé, atès que no és defensable el fet de pretendre que amb aquesta ressenya el Registrador de la Propietat faci una qualificació que només correspon i només està en disposició de fer el Registrador Mercantil, l'exigència del Centre Directiu no es pot entendre en cap altre sentit que en el d'haver-se de mencionar, a l'escriptura que es presenta al Registre de la Propietat, que a l'escriptura prèvia de nomenament d'administrador el Notari autoritzant ha donat fe de les circumstàncies que la Direcció indica: validesa de l'acord, adopció per òrgan social competent, compliment dels requisits de convocatòria, acceptació del nomenament i, si escau, notificació o consentiment dels titulars dels anteriors càrrecs inscrits. Sense que, per descomptat, sigui necessari detallar les dades concretes de cadascuna d'aquestes circumstàncies.





- (1) En certa manera, el CCCat deslliga els efectes del benefici d'inventari de l'acceptació de l'herència, vinculant-los més a l'elaboració de l'inventari. Així, l'art. 461-14 es limita a exigir que l'hereu prengui inventari, abans o després de l'acceptació, i encara que accepti l'herència sense manifestar la voluntat d'acollir-se a aquest. L'art. 461-17 va més enllà i assenyala que: «*La mera manifestació feta per l'hereu d'acceptar l'herència de manera pura i simple no el priva d'aprofitar els efectes del benefici d'inventari*». L'art. 461-15 diu que «*l'inventari formalitzat per l'hereu en document privat que es presenti a l'Administració pública competent per a la liquidació dels impostos relatius a la successió també té els efectes legals del benefici d'inventari*». I l'art. 461-16 atribueix de ple dret el benefici d'inventari, «*encara que no l'hagin pres*», «*als hereus menors d'edat, les persones posades en tutela o curatela, els hereus de confiança, les persones jurídiques de dret públic i les fundacions i associacions declarades d'utilitat pública o d'interès social. També en gaudeixen les herències destinades a finalitats d'interès general*». D'aquesta manera, la principal regla que cal considerar és la prevista a l'art. 461-15, que indica que: «*L'inventari ha de prendre's en el termini de sis mesos a comptar des del moment en què l'hereu coneix o pot conèixer raonablement la delació*».
- (2) Article 1014. L'hereu que tingui en el seu poder els béns de l'herència o part d'aquests i vulgui utilitzar el benefici d'inventari o el dret de deliberar haurà de manifestar-ho al Jutge competent per conèixer de la testamentària, o de l'abintestat, en els deu dies següents al dia en què s'assabenti que és hereu, si resideix al lloc en el qual hagi mort el causant de l'herència. Si resideix fora, el termini serà de trenta dies. En tots dos casos l'hereu haurà de demanar alhora la formació de l'inventari i la citació als creditors i legataris perquè acudeixin a presenciar-lo, si els convé.
- Article 1015. Quan l'hereu no tingui en el seu poder l'herència ni part d'aquesta, ni hagi practicat cap gestió com a hereu, els terminis expressats a l'article anterior es comptaran des del dia següent al dia en què expiri el termini que el Jutge hagi fixat per a acceptar o repudiar l'herència segons l'article 1005, o des del dia en el qual l'hagi acceptat o l'hagi gestionat com a hereu.
- Article 1016. Fora dels casos als quals es refereixen els dos articles anteriors, si no s'hagués presentat cap demanda

contra l'hereu, aquest podrà acceptar a benefici d'inventari, o amb el dret de deliberar, mentre no prescrigui l'acció per reclamar l'herència.

- (3) De fet, l'Ordre del 7 de febrer del 1997, per la qual es regula la targeta d'identitat d'estranger, encara es refereix (vegeu-ne el número cinquè) a la targeta de règim comunitari.
- (4) Article 20. El número d'identificació fiscal de les persones físiques de nacionalitat estrangera.
- 1.–Per a les persones físiques que no tinguin la nacionalitat espanyola, el número d'identificació fiscal serà el número d'identitat d'estranger que se'ls assigni o faciliti d'acord amb la Llei orgànica 4/2000, de l'11 de gener, sobre drets i llibertats dels estrangers a Espanya i la seva integració social, i la normativa de desenvolupament corresponent.
- 2.–Les persones físiques que no tinguin la nacionalitat espanyola i no disposin del número d'identitat d'estranger, bé de manera transitòria, per estar obligats a tenir-lo, bé de manera definitiva, per no estar-hi obligats, hauran de sol·licitar a l'Administració Tributària l'assignació d'un número d'identificació fiscal quan vagin a realitzar operacions de naturalesa o amb transcendència tributària. Aquest número estarà integrat per nou caràcters amb la composició següent: una lletra inicial, que serà la M, destinada a indicar la naturalesa d'aquest número; set caràcters alfanumèrics i un caràcter de verificació alfabètic.
- En el cas que no el sol·licitin, l'Administració Tributària podrà procedir d'ofici a donar-los d'alta al Cens d'Obligats Tributaris i a assignar-los el número d'identificació fiscal que correspongui.
- (5) Article 21. Normes sobre l'assignació del número d'identificació fiscal a persones físiques nacionals i estrangeres per l'Administració Tributària.
- 1.–El número d'identificació fiscal assignat directament per l'Administració Tributària d'acord amb els articles 19 i 20 tindrà validesa sempre que el titular no obtingui el document nacional d'identitat o el número d'identitat d'estranger.
- Els qui, disposant de número d'identificació fiscal, obtinguin posteriorment el document nacional d'identitat o un número d'identitat d'estranger hauran de comunicar, en un termini de dos mesos, aquesta circumstància a l'Administració Tributària i a la resta de persones o entitats davant de les quals hagi de

constar el nou número d'identificació fiscal. El número d'identificació fiscal anterior tindrà efecte fins a la data de comunicació del nou.

2.–Quan es tracti de persones físiques que no tinguin la nacionalitat espanyola, l'òrgan de l'Agència Estatal d'Administració Tributària que es determini a les normes d'organització específica podrà rebre i traslladar directament al Ministeri de l'Interior la sol·licitud d'assignació d'un número d'identitat d'estranger.

3.–Quan es detecti que una persona física disposa simultàniament d'un número d'identificació fiscal assignat per l'Administració Tributària i d'un document nacional d'identitat o un número d'identitat d'estranger, prevaldrà aquest últim. L'Administració Tributària haurà de notificar a l'interessat la pèrdua de validesa del número d'identificació fiscal prèviament assignat d'acord amb el que disposa l'apartat 1 d'aquest article, i l'informarà de l'obligació de comunicar el número vàlid a totes les persones o entitats a les quals hagi de constar a causa de les operacions que realitzen.

- (6) 1.–Respondrà dels deutes socials la societat amb tot el seu patrimoni. La responsabilitat dels socis es determinarà de conformitat amb les regles de la forma social adoptada.
- 2.–No obstant això, dels deutes socials que es derivin dels actes professionals pròpiament dits, en respondran solidàriament la societat i els professionals, socis o no, que hagin actuat, i els seran d'aplicació les regles generals sobre la responsabilitat contractual o extracontractual que corresponguin.
- 3.–Les Societats professionals hauran d'estipular una assegurança que cobreixi la responsabilitat en què puguin incórrer en l'exercici de l'activitat o activitats que constitueixen l'objecte social.
- (7) La manera en què ho fa la Direcció no ajuda a aclarir les coses. Diu, a la Resolució del 30 de juny, que «*una cosa és la titularitat de l'usdefruit i, una altra de diferent, la vida en funció de la qual se n'estableix la durada quan el dret és de caràcter vitalici. En aquest supòsit, de l'escriptura de constitució es dedueix amb claredat que, malgrat que l'usdefruit és de guanys, la vida la durada de la qual serveix com a terme de l'usdefruit és la del difunt*». Així, sembla centrar la distinció entre titularitat/guanys, d'una banda, i persona la vida de la qual determina la durada de l'usdefruit, de



l'altra. Entenc preferible diferenciar, com s'ha fet fins ara, entre titularitat i guanys, i introduir, si escau, la vida o existència del tercer quan la durada de l'usdefruit no ve determinada per la del titular.

(8) Tampoc en les cites està particularment lúcida la Direcció, com pot apreciar-se a la Resolució del 28 de novembre, en citar la del 30 de juny en referència a un supòsit diferent, resolt també de manera diferent.

(9) El que ocorre és que la Direcció no havia seguit aquesta doctrina en una altra de les quatre famoses resolucions citades, la del 10 de juliol del 1975. Aquesta antiga Resolució tractava d'un cas en el qual es parteix de la base «de la constància en els llibres registrals d'un usdefruit vitalici a favor dels dos cònjuges amb dret d'acréixer al supervivent, per la qual cosa, un cop mort un dels dos, es compleix la previsió pactada que dóna lloc al acreixement; i, per això, la venda realitzada pel supervivent del seu dret total serà inscriptible, si no sorgeix algun altre obstacle que pugui impedir-ho». És a dir, aquí es va entendre, sense que fos un obstacle al respecte la prohibició de contractació entre cònjuges, que «no és necessària l'adjudicació de l'esmentat usdefruit, prèvia la dissolució de la societat de guanys», i que, per contra, «segons es dedueix del títol constitutiu reflectit als assentaments registrals, i d'acord, a més, amb els articles 521 i 987 del Codi Civil, acreixerà a l'altre usufructuari, que podrà disposar vàlidament del seu dret».

Aquesta Resolució s'ha considerat de manera general una «pedra a la sabata» del que ha acabat per ser la doctrina de la Direcció en aquesta matèria, doncs, davant d'aquesta, va determinar la no necessitat d'inclusió de l'usdefruit de guanys en la liquidació de la societat de guanys. No obstant això, amb la perspectiva que donen el transcurs del temps i la lectura d'algunes de les moltes aportacions fetes pels diferents comentaristes, em plantejo que potser la contradicció existeixi únicament

amb el que, com veïem, va resoldre la Direcció divuit anys després, essent en els dos casos el supòsit de fet anterior a la reforma del 1981.

Si, com deia la Direcció, la necessitat o no d'incloure l'usdefruit en la liquidació de guanys deriva de la qualificació de bé privatiu o de guanys que hagi de donar-se al dret d'usdefruit, qüestió per respondre a la qual resulta determinant la inexistència de previsió d'acreixement pels cònjuges, hem de concloure que, si es dóna aquesta previsió, l'usdefruit no és de guanys i, per tant, és coherent entendre que no s'ha d'incloure en la liquidació. Ara bé, si a la Resolució del 1993 no es va atendre als efectes d'aquest pacte perquè aquest datava del 1972 i, per tant, es va resoldre la necessitat d'incloure'l en la liquidació, menys encara s'hauria d'haver atès al 1975, quan ni tan sols havia canviat la normativa, que a partir del 1981 va permetre la contractació entre cònjuges.

10 «A aquests efectes, també és procedent considerar que cap la "fiança en garantia de deutes futurs" conforme a l'article 1825 del Codi Civil, en establir que "també pot prestar-se fiança en garantia de deutes futurs, l'import dels quals es desconeixi encara, però no es podrà reclamar contra el fiador fins que el deute sigui liquidat" [...]. En conseqüència, si està admesa al Codi Civil la fiança en garantia de deutes futurs, és admissible que la pròpia obligació de fiança resultant d'un contracte de finançament pugui ser objecte d'hipoteca en garantia d'obligació futura, d'acord amb els articles 142 i 143 de la Llei hipotecària».

11 Repeteix aquí la Direcció l'argumentació contrària a la hipoteca flotant tants cops utilitzada, sense adaptar-la al cas concret, on, per descomptat, no es tracta de «totes les obligacions» que hi pogués arribar a haver entre creditor i deutor: «Per això, no és possible inscriure al Registre una sola hipoteca que garanteixi totes les obligacions, existents i futures, que hi hagi o pogués haver-hi

entre creditor i deutor, de manera que la hipoteca "floti" sobre les diverses obligacions garantides perquè, en el moment en què el creditor desitgi executar-ne alguna, algunes o totes les que, estant vençudes i essent líquides i exigibles no hagin estat satisfetes, es deixi caure la hipoteca sobre l'obligació o obligacions incomplides que el creditor desitgi que estiguin cobertes amb la garantia i executar-la amb la preferència que respecte d'altres creditors hagi de tenir el creditor a conseqüència de la naturalesa del dret real i la data de la inscripció al Registre (resolucions de l'11 d'octubre del 2004 i 25 d'abril del 2005)».

12 «La posició mantinguda per aquesta Direcció General, partint dels articles 9, 12, 104 i 153 de la Llei hipotecària, i 1256 i 1273 del Codi Civil, en relació amb les hipoteques en garantia de compte de crèdit (vid. resolucions del 27 de juliol i 6 de novembre del 1999, 10 de juliol del 2001, 12 de setembre del 2003, 11 d'octubre del 2004 i 23 de juliol del 2005), exigeix per a l'admissió tres requisits diferents: 1r, la determinació a les línies generals de les obligacions a carregar en compte o a assegurar; 2n, el no arbitri del creditor respecte de la inclusió de les partides en compte i, 3r, que es pacti l'efecte novador de les obligacions carregades en compte, sense que n'hi hagi prou que es tracti d'una mera reunió comptable».

13 «En aquest cas, no es compleixen les exigències examinades, doncs no hi ha un únic acte o contracte bàsic del que puguin sorgir les futures obligacions (com en el cas recentment estudiat per aquest Centre Directiu en la Resolució del 26 de juliol del 2012, en què existia un únic contracte de finançament com a base d'una hipoteca de contragarantia), sinó que les relacions jurídiques existents de les quals podran derivar-se les obligacions futures garantides són els finançaments pactats en dues pòlisses de préstec diferents, per tant, amb diferent règim i títol contractual, no connectats causalment entre si, i amb dates de constitució i venciment diferents».

Notes sobre l'aplicació del Reial decret 235/2013, del 5 d'abril, pel qual s'aprova el procediment bàsic per a la certificació de l'eficiència energètica dels edificis⁽¹⁾

Antonio Ángel Longo Martínez
Notari de Barcelona

SUMARI

- I. INTRODUCCIÓ
- II. EL CERTIFICAT D'EFICIÈNCIA ENERGÈTICA
- III. L'ETIQUETA D'EFICIÈNCIA ENERGÈTICA

I. INTRODUCCIÓ

Dictat segons la disp. final 2a, a l'empara de les competències que corresponen a l'Estat sobre la matèria, el Reial decret 235/2013 complementa, incorporant-la i refonent-la, la regulació continguda al Reial decret 47/2007, del 19 de gener, que resta derogat. El citat Reial decret transposava la Directiva 2002/91/CE del Parlament Europeu i del Consell, del 16 de desembre del 2002, que, després de la publicació d'aquell, va ser modificada mitjançant la Directiva 2010/31/UE del Parlament Europeu i del Consell, del 19 de maig del 2010. La principal novetat del nou text és l'aplicabilitat als edificis existents, a diferència de la concreció que feia el Reial decret 47/2007 als de nova construcció.



Va entrar en vigor, segons la disp. final 4a, al dia següent de ser publicat al *BOE*, és a dir, el dia 14 d'abril del 2013, tot i que existeixen normes transitòries importants, com veurem.

El Reial decret consta d'un únic article, quatre disposicions addicionals, tres

disposicions transitòries, una disposició derogatòria i quatre disposicions finals.

L'article únic consta de dos nombres:

1.-S'aprova el *Procediment bàsic per a la certificació de l'eficiència*



energètica dels edificis, el text del qual s'insereix a continuació.

2.—*Quan es construeixin, venguin o lloguin edificis o unitats d'aquests, s'haurà de mostrar al comprador o nou arrendatari potencial una còpia del certificat d'eficiència energètica o una còpia, que es lliurarà al comprador o nou arrendatari, en els termes que s'estableixen al Procediment bàsic.*

El procediment al qual es refereix el núm. 1 es desenvolupa, en forma d'Annex al Reial decret, en cinc capítols i divuit articles. El primer dels articles del procediment bàsic (PB) confirma el que l'art. 1 del Reial decret transcrit assenyalava com a objecte de la regulació en conjunt:

- Establir les condicions aplicables a la metodologia de càlcul de la qualificació d'eficiència energètica dels edificis.
- Promoure l'eficiència energètica mitjançant l'obligació de subministrar als compradors i usuaris la informació continguda al certificat d'eficiència energètica.

En síntesi, el PB implica:

- a) Disposar d'un «document reconegut», consistent en un programa informàtic, especificacions, guies tècniques o qualsevol altre document, degudament aprovat (art. 3) i inscrit al registre general creat a l'efecte (art. 4), que estableixi les condicions tècniques i administratives i la metodologia de càlcul —articles 1-1 i 3, lletra a)— de la «qualificació d'eficiència energètica» de l'edifici.
- b) Seguir un procés o «certificació» per a la verificació d'aquesta qualificació d'eficiència energètica.
- c) Obtenir l'etiqueta d'eficiència energètica (EEE) i/o el certificat d'eficiència energètica (CEE).

FITXA TÈCNICA

Resum: En aquest treball s'analitza el procediment regulat al Reial decret 235/2013 de cara a l'obtenció de la certificació d'eficiència energètica dels edificis.

Paraules clau: Medi ambient, eficiència energètica, urbanisme.

Abstract: In this work we examine the procedure laid down in Royal Decree 235/2013 on the award of energy-efficiency certificates for buildings.

Keywords: Environment, energy efficiency, urban planning.

II. EL CERTIFICAT D'EFICIÈNCIA ENERGÈTICA

1. Concepte i caràcter

Es pot definir, d'acord amb el que preveu l'art. 1-3 PB, com la documentació subscrita per un tècnic competent que conté informació sobre les característiques i la qualificació energètica d'un edifici o part d'aquest. El contingut de la regulació resulta una mica ambigu pel que fa al valor real del certificat. Diu l'art. 5-4 que el CEE «donarà informació exclusivament sobre l'eficiència energètica de l'edifici i no suposarà en cap cas l'acreditació del compliment de cap altre requisit exigible a l'edifici. Aquest haurà de complir prèviament amb els requisits mínims d'eficiència energètica que estableixi la normativa vigent en el moment de la construcció». Tal com s'assenyala, també, al Preàmbul del Reial decret: «Els requisits mínims d'eficiència energètica dels edificis o unitats d'aquests no s'inclouen en aquest Reial decret, doncs s'estableixen al Codi Tècnic de l'Edificació». Per això no queda clar que el certificat acrediti en qualsevol cas el compliment dels requisits mínims. No obstant això, tractant-se d'edificis de nova construcció, l'obligació que el projecte els respecti ha de comportar que l'acreditació de la finalització d'acord amb el projecte impliqui que el CEE permeti donar per complerts els requisits.

Del mateix art. 1-3 PB i dels articles 7 i 8, es deriva que existeixen tres tipus de CEE: el CEE del projecte i el CEE de l'edifici acabat (art. 7), que es refereixen a l'edifici de nova construcció, i el CEE d'edifici existent, que es refereix al que no és de nova construcció.

Estan autoritzats per a l'expedició del CEE, segons l'art. 1-3, lletra p) PB, els

tècnics que ho estiguin per a la redacció de projectes o direcció d'obres i direcció d'execució d'obra d'edificació, o per a la realització de projectes de les instal·lacions tèrmiques d'aquests, segons la Llei d'ordenació de l'edificació. També ho estaran, al seu dia, els qui reuneixin les condicions que determini l'Ordre ministerial que ha de publicar-se a l'efecte, en compliment de la disp. adic. 4a del Reial decret.

El CEE pot definir-se, d'acord amb el que preveu l'art. 1-3 PB, com la documentació subscrita per un tècnic competent que conté informació sobre les característiques i la qualificació energètica d'un edifici o part d'aquest

La durada del CEE (art. 11) serà de deu anys màxim i serà susceptible de renovació i actualització.

Correspondrà a l'òrgan competent de la comunitat autònoma la inspecció (art. 10) i comprovació del compliment de l'obligació de certificació, com també la funció de control (art. 9) de la qualificació energètica feta constar al CEE. S'habilitarà a l'efecte (disp. adic. 3a) un «registre de certificacions» d'àmbit territorial, que servirà també com a mitjà d'informació general sobre els certificats als ciutadans, essent obligació del promotor o propietari de l'edifici presentar el CEE corresponent a l'esmentat registre (art. 5-6 PB).

L'art. 2 PB determina l'àmbit d'aplicació d'aquest procediment i, en con-

seqüència, quin tipus d'edificis han de disposar de CEE o EEE. El núm. 1 d'aquest article assenyalava com a tals:

- a) Edificis de nova construcció.
- b) Edificis o parts d'edificis existents que es venguin o lloguin.
- c) Edificis o parts d'edificis ocupats per una autoritat pública amb una superfície superior a 250 m² i que siguin freqüentats habitualment pel públic.

Cal tenir en compte, si atenem a la consideració del Notari com a «*autoritat pública*» als efectes esmentats, el contingut d'aquesta lletra c), com també el de la disp. trans. 2a, núm. 1 (en la qual sembla haver-hi un error en citar la lletra: ha de ser la c i no la d, que no existeix), que n'endarrerix l'aplicabilitat en funció dels metres i de la titularitat, en propietat o arrendatícia, del local.

L'article únic del Reial decret determina, al núm. 2, l'obligació de subministrar el CEE al comprador o nou arrendatari de l'edifici (o unitat del mateix). La disp. trans. 1a, en canvi, n'endarrerix l'exigibilitat fins a l'1 de juny del 2013

El núm. 2 del mateix art. 2 PB estableix, en canvi, unes exclusions a l'àmbit d'aplicació que afectarien edificis protegits, de culte, provisionals, industrials, de defensa o agrícoles, i, com de major interès per una possible major freqüència en operacions intervingudes per Notari, els de les lletres:

- e) Edificis o parts d'edificis aïllats amb una superfície útil total inferior a 50 m².
- f) Edificis que es comprin per a reformes importants o enderroc.
- g) Edificis o parts d'edificis d'habitatges existents l'ús **dels quals sigui inferior a quatre mesos l'any**, o bé durant un temps limitat a l'any i amb un **consum previst d' energia inferior al 25%** del que en resultaria d'utilitzar-los durant tot l'any, sempre que consti així mitjançant **declaració responsable** del propietari de l'habitatge.

2. Exigibilitat en documents notariaus

A) Escritures de compravenda o arrendament

L'article únic del Reial decret determina, al núm. 2, l'obligació de subministrar el CEE al comprador o nou arrendatari de l'edifici (o unitat del mateix). La disp. trans. 1a, en canvi, n'endarrerix l'exigibilitat fins a l'1 de juny del 2013.

La primera qüestió que cal resoldre seria si el compliment d'aquesta obligació ha de ser controlat o no pel Notari i, si la resposta és afirmativa, en quines ocasions i amb quin abast o conseqüències.

No existeix a la normativa que estudiem cap referència específica a aquest control, menys encara en termes que impedeixin autoritzar o inscriure l'escriptura, a diferència del que s'estableix en altres ocasions i en àmbits semblants. No obstant això, tenint en compte les referències al fonament legal de la regulació contingudes al preàmbul, que remeten al Text refós de la Llei de defensa de consumidors i usuaris i també a la Llei 2/2011, d'economia sostenible⁽²⁾, no sembla raonable, en els supòsits que caiguin dins de l'àmbit d'aplicació del Reial decret, prescindir de manera absoluta d'aquest control, sinó, per contra, advertir del dret que assisteix el consumidor en relació amb el lliurament del CEE. Feta aquesta advertència, no resultaria necessari consignar si el lliurament s'ha realitzat o no, ni la manifestació, si escau, de no haver-se fet hauria d'impedir autoritzar l'escriptura; en tot cas, si es reflecteix aquesta circumstància en l'escriptura, no és procedent que s'empari en cap tipus de renúncia o exoneració que pugui vulnerar el que es preveu als arts. 8 i 10 TRLDU.

Respecte a la segona de les qüestions plantejades, és a dir, en quines ocasions és exigible el lliurament del CEE, recordem que l'art. 1-2 del Reial decret disposa que «*quan es construeixin, venguin o lloguin edificis o unitats d'aquests, el certificat d'eficiència energètica o una còpia d'aquest s'haurà de mostrar al comprador o nou arrendatari potencial i es lliurarà al comprador o nou arrendatari, en els termes que s'estableixen al Procediment bàsic*».

D'acord amb la redacció, sembla que l'obligació s'estableixi en relació amb

tres casos diferents: construcció, venda i lloguer de l'edifici (o unitats d'aquest). I sense distinció, pel que fa a la venda, entre la d'edifici de nova construcció i edifici existent o, en terminologia més en ús, entre primera i segona transmissió. Aquesta interpretació vindria recolzada pel tenor de l'art. 2-1 PB, que, en establir els edificis als quals s'aplica, assenyalava, junt amb els de nova construcció, «*els edificis o parts d'edificis existents que es venguin o lloguin*», novament sense majors distincions.

No obstant això, existeixen alguns elements que crec que obliguen a detenir-se abans de donar per bona aquesta conclusió i que poden portar a entendre com limita aquesta obligació els supòsits d'operacions empresarials:

1. En primer lloc, la mateixa normativa esmentada abans i ressenyada al Preàmbul com a fonament legal del Reial decret. Així, l'art. 2 TRLDU en preveu l'aplicació «*a les relacions entre consumidors o usuaris i empresaris*», i l'art. 83 LES, que estableix la previsió de desenvolupament reglamentari de l'obligació de lliurament del CEE als compradors o usuaris, ho fa sota el títol «*Transparència i informació als consumidors*».
2. La pròpia redacció de la norma i, en concret, la referència que es fa al supòsit de construcció, que, ressenyat tant a la Directiva del 2002⁽³⁾ com a la del 2010⁽⁴⁾, només ha estat recollit pel legislador nacional en aquest nou Reial decret. Per contra, el Reial decret del 2007, que, com hem dit, transposa la Directiva del 2002, però regulant únicament la matèria en relació amb edificis de nova construcció, refereix l'obligació de lliurament en qüestió (art. 13-1) al venedor o arrendador respecte del comprador o inquilí de l'edifici, resultant clar, a banda d'això, atès l'àmbit d'aplicació limitat del Reial decret, que no podia entendre's extensible a la venda o l'arrendament d'edificis existents, doncs no eren objecte de regulació⁽⁵⁾.

Que el nou Reial decret, que s'aplica també a les construccions existents, sí que inclogui aquesta referència a la construcció pot tenir el sentit d'aclarir el manteniment de l'abast de l'obligació,



vinculant aquest supòsit amb el lliurament al comprador o arrendatari⁽⁶⁾.

En els casos en els quals existeixi Llibre de l'Edifici, s'hi ha d'incorporar el CEE, amb la qual cosa el lliurament del Llibre complirà l'obligació de lliurament. Si no es disposa de Llibre, el CEE haurà d'obtenir-se d'un tècnic competent

En tot cas, ha de tenir-se en compte que, conforme a l'art. 5, punt 7 PB, «els certificats d'eficiència energètica estaran a disposició de les autoritats competents en matèria d'eficiència energètica o d'edificació que així ho exigeixin per inspecció o qualsevol altre requeriment, bé incorporats al Llibre de l'Edifici, en el cas que l'existència sigui preceptiva, o en poder del propietari de l'edifici o de la part d'aquest, o del President de la comunitat de propietaris». És a dir, en els casos en els quals existeixi Llibre de l'Edifici, aquest ha d'incorporar el CEE, amb la qual cosa el lliurament del Llibre donarà per complida l'obligació de lliurament del CEE. I podem recordar que el lliurament del Llibre de l'Edifici és obligatori, en el cas de la compravenda d'habitatges, per determinació de l'art. 64 TRLD-CU i, a Catalunya, de l'art. 25-3 de la Llei de l'Habitatge.

Si no es disposa de Llibre de l'Edifici, haurà d'obtenir-se el CEE expedit pel tècnic competent esmentat abans.

B) Escritures de declaració d'obra nova

Amb independència de la interpretació que se segueixi en relació amb el sentit que pot tenir la inclusió a l'art. 1-1 del Reial decret del supòsit de construcció, per estar vinculat o no a l'activitat empresarial de qui després ven o lloga, cal recordar que l'art. 20-1 del Reial decret llei 2/2008, del 20 de juny, Text refós de la Llei del sòl, assenyalava que en l'autorització d'escriptura d'obra nova acabada haurà de presentar-se la documentació que acrediti «l'atorgament de les autoritzacions administratives necessàries per garantir que l'edificació reuneix



[...] i els requisits d'eficiència energètica, tal com exigeix la normativa vigent».

Malgrat que la redacció és confusa (perquè parla d'una autorització administrativa inexistente), la DGRN ha deixat clar en diverses resolucions dictades després de la modificació de l'article esmentat en virtut del Reial decret llei 8/2011, de l'1 de juliol, que interpreta que aquesta documentació està constituïda pel CEE.

Són els arts. 12 i 13 PB els que regulen l'EEE com a distintiu amb dret a ser utilitzat pels qui hagin obtingut el CEE i com a obligació en determinats casos

En conseqüència, a les escriptures de declaració d'obra nova acabada o actes d'acreditació de final d'obres, haurà de sol·licitar-se el CEE que regula aquest Reial decret 235/2013 (o el del 2007, segons la data d'acabament de les obres, i sempre que estigués vigent), sense perjudici que, atès que ha de quedar incorporat al Llibre de l'Edifici, pugui bastar amb l'exhibició o acreditació de l'existència del CEE i de la inclusió en aquest Llibre.

Cal tenir en compte en aquest respecte el contingut de la recent RD-GRN del 2 d'abril del 2013, que exigeix l'acreditació del CEE fins i tot en cas d'autopromotor per a ús propi, rebutjant l'argument del Notari del fet que, com ocorre amb el Llibre de l'Edifici, la finalitat de la llei és protegir el consumidor. La Direcció entén que no és així i assenyalava la diferent finalitat que, segons el Centre Directiu, existeix en les exigències previstes a l'art. 20 LS, que respecte dels supòsits de la lletra a) d'aquest article se centren en la protecció de l'adquirent, i en els de la lletra b) arriben a l'interès de tercers⁽⁷⁾.

Per contra, no es pot considerar exigible el CEE en la declaració d'obra preexistent (o obra «vella»), doncs el núm. 4 del mateix art. 20 LS, aplicable a la mateixa, no inclou cap menció al respecte. Fins i tot aquest mateix Reial decret, en establir a l'art. 2-1 PB l'àmbit d'aplicació, es refereix únicament, tal com hem remarcat, als «edificis o parts d'edificis existents que es venguin o lloguin», deixant al marge, en principi, els edificis existents que no són objecte de venda o arrendament.

III. L'ETIQUETA D'EFICIÈNCIA ENERGÈTICA

Els arts. 12 i 13 PB regulen l'EEE com a distintiu amb dret a ser utilitzat pels qui

hagin obtingut el CEE i com a obligació en determinats casos.

Així, l'art. 12-2 PB assenyala que: «L'etiqueta s'inclourà en qualsevol oferta, promoció i publicitat dirigida a la venda o arrendament de l'edifici o unitat de l'edifici».

Cal tenir en compte, d'altra banda, l'obligació d'exhibició de l'EEE en els casos assenyalats per l'art. 13 PB i la possible aplicabilitat en relació amb els despatxos notariais:

1.—Tots els edificis o unitats d'edificis de titularitat privada que siguin freqüentats habitualment pel públic, amb una superfície útil total superior a 500 m², exhibiran l'etiqueta d'eficiència energètica de manera obligatòria, en un lloc destacat i ben visible pel públic, quan els sigui exigible obtenir-la.

XXXXXXXXXXXX XX XXXXX XXXXX

XXXXX XXXXXXXX XX XXXX X XXXXX XX
xxx XXXXXXXXXXXX XX XXXXX XXXXX
XXXXXXXXXXXX XX XXXXX XXXXX XXXX
XXXXXXXXXX XXXXXXXX

Aquesta obligació entra en vigor l'1 de juny del 2013, segons el que preveu la disp. trans. 2a, núm. 2.

2.—Tots els edificis o parts d'edificis ocupats per les autoritats públiques i que siguin freqüentats habitualment pel públic, amb una superfície útil total superior a 250 m², exhibiran l'etiqueta d'eficiència energètica de manera obligatòria, en un lloc destacat i ben visible.

Segons el núm. 1 de la mateixa disp. trans. 2a, l'obligació entra en vigor:

- A partir de l'1 de juny del 2013, quan la superfície útil total sigui superior a 500 m²; des del 9 de juliol del 2015, si és superior a 250 m².
- I des del 31 de desembre del 2015, si, essent superior a 250 m², està en règim d'arrendament.

3.—Per a la resta de casos, l'exhibició pública de l'etiqueta d'eficiència energètica serà voluntària i d'acord amb el



que estableixi l'òrgan competent de la comunitat autònoma.

- (1) Aquestes notes tenen origen en l'exposició feta durant la sessió d'actualització del passat dia 22 de maig al Col·legi de Notaris de Catalunya i intenten recollir el que va ser el sentir majoritari dels assistents al debat posterior. Qualsevol eventual error d'apreciació al respecte només és imputable a l'autor d'aquestes notes.
- (2) Article 83. Transparència i informació als consumidors
 - 1.—El Govern establirà els instruments necessaris per assegurar que els usuaris disposen de la informació sobre els costos del model de subministrament energètic, la composició, l'origen i l'impacte ambiental.
 - 2.—Igualment, les Administracions públiques s'asseguraran que els consumidors disposin d'informació completa, clara i comprensible sobre el consum d'energia i l'impacte mediambiental dels productes i equips que utilitzen energia que adquireixen, de manera que puguin incorporar aquests elements a les decisions de consum.
 - 3.—Els certificats d'eficiència energètica per a edificis existents s'obtiniran d'acord amb el procediment bàsic que s'estableixi reglamentàriament per ser posats a disposició dels compradors o usuaris d'aquests edificis quan aquests es vinguin o lloguin.

- (3) Art. 7: «Els Estats Membres vetllaran perquè, quan els edificis siguin construïts, venuts o llogats, es posi a disposició del propietari o, per part del propietari, a disposició del possible comprador o inquilí, segons correspongui, un certificat d'eficiència energètica». Es determina així, respecte del supòsit de construcció, que a qui havia de lliurar-se el CEE era al propietari de l'obra, i que, com a obligat a aquest lliurament, s'inclou, per tant, al responsable de la construcció (fet que remet a l'edifici de nova construcció) o rehabilitació, si escau.
- (4) La Directiva del 2010 manté, a l'art. 12, la crida als estats membres perquè vetllin «perquè s'expedeixi un certificat d'eficiència energètica per als edificis o unitats d'aquests que es construeixen, venguin o lloguin a un nou arrendatari».
- (5) No s'inclou, en canvi, com sí ho feia la Directiva, cap referència a una obligació semblant per part del responsable de la construcció en relació amb el propietari d'aquesta, que potser podria entendre's, no obstant això, com a implícita, precisament per ser objecte del Reial decret únicament els edificis de nova construcció, en els quals el propietari assumeix una posició davant del constructor propera a la del comprador davant del promotor-venedor.
- (6) També entesa així, la referència que es fa en la norma a l'objecte del negoci (edificis o unitats d'aquests), re-



lacionada amb l'operació practicada, adquiriria un major sentit, doncs una unitat d'un edifici pot ser, efectivament, objecte de venda o arrendament, però molt més difícilment de construcció, fet que recolzaria que l'operació de construcció es contempli com a prèvia i determinativa del tipus de contracte de venda o arrendament.

- (7) Disposa la Resolució que *«les diferents exigències d'acreditació de l'article 20 de la Llei del sòl, tant si són d'ordre urbanístic com de protecció dels consumidors o de desenvolupament de polítiques de protecció del medi ambient i eficiència energètica, responen, en definitiva, a diferents causes i motivacions, i requereixen una regulació material diferent, per la qual cosa només l'anàlisi individualitzada de cadascuna permet determinar en quins casos i en quines condicions se'n pot modalitzar l'aplicació. Com aquest Centre Directiu ha tingut ocasió de recordar (resolucions del 15 de novembre del 2011 i del 21 de gener del 2012), no totes les exigències previstes a la Llei de l'edificació a la qual fa referència l'article 20 de la Llei del sòl responen a la mateixa finalitat ni tenen*

una regulació material que permeti una extensió automàtica de les causes de dispensa».

La distinció que fa la Direcció per no exigir el Llibre de l'Edifici i sí el CEE en el cas de l'autopromotor per a ús propi es basa, al meu parer, en arguments discutibles, quan, més enllà de la interpretació que es faci del mateix art. 20-1 LS, pretén sostenir-los en la regulació pròpia del CEE i en els seus fonaments legals. Per no estendre'ns en excés, val a dir:

— Que la Directiva 2010/31/UE del Parlament Europeu i del Consell, del 19 de maig del 2010, té un contingut més extens que el Reial decret que estudiem o que el seu antecedent del 2007, vigent en el moment del supòsit de fet que dona lloc a la Resolució. La Directiva, que es titula «Relativa a l'eficiència energètica dels edificis», estableix requisits en relació amb diversos sectors relacionats amb la matèria. Així, efectivament, l'art. 1-2 menciona *«l'aplicació de requisits mínims a l'eficiència energètica dels edificis nous o de noves unitats de l'edifici»*, i la Direcció destaca que l'art. 6 preveu que *«els estats membres prendran*

les mesures necessàries per garantir que els edificis nous compleixin els requisits mínims d'eficiència energètica establerts d'acord amb l'article 4». Però els requisits mínims, tal com vèiem, no estan establerts al Reial decret, segons aquest mateix recorda al Preàmbul, sinó al Codi Tècnic de l'Edificació.

— Que, en conseqüència, atès que l'objecte de la Directiva excedeix el del Reial decret, no poden equiparar-se les finalitats preteses en un i altre instrument. Acceptant que la finalitat de la Directiva s'emmarqui, com diu la Direcció, en les polítiques i accions de la comunitat de protecció del medi ambient, el cert és que el Reial decret té, segons indica, un objectiu més modest, que és (art. 1-2) *«la promoció de l'eficiència energètica mitjançant la informació objectiva que obligatòriament s'haurà de proporcionar als compradors i usuaris en relació amb les característiques energètiques dels edificis».* I aquesta finalitat específica es fonamenta, com deixa clar el Preàmbul, en les normes generals i particulars de defensa i protecció del consumidor a les quals s'ha fet referència abans.

Notarional

Les clàusules sòl: condicions generals de la contractació i clàusules abusives arran de la stjue de 14 de març de 2013

Elisabeth García Cueto
Notària de Barcelona
Professora col·laboradora de la
Facultat de Dret d'ESADE-URL

És freqüent trobar en les minuts relatives a préstecs d'interès variable amb garantia hipotecària signades entre les parts les anomenades *clàusules sòl* i *sòl*: les sòl fixen un límit màxim al qual

els interessos poden arribar, beneficiant (o teòricament havent de beneficiar) el prestatari, mentre que les sòl afavoreixen l'entitat prestadora, ja que els interessos no es poden reduir per sota d'un mínim⁽¹⁾.

En aquest marc contractual, i amb aquest exemple, ens situem davant l'anàlisi succinta de la recent pronunciació del Tribunal de Justícia de la Unió Europea que, en Sentència de 14 de març de 2013, declara que aquestes clàusules són contràries a la Directiva 93/13/CEE del Con-

sell, de 5 d'abril de 1993, sobre clàusules abusives en els contractes celebrats amb els consumidors⁽²⁾. En aquest sentit, el Tribunal recorda que la pròpia Directiva es basa en la idea que el consumidor es troba en situació d'inferioritat respecte al professional (l'entitat financera), tant pel que fa a la capacitat de negociació com a nivell d'informació. En definitiva, el Jutge, partint d'aquests principis, fonament (dotar els contractes bancaris, en aquest cas, de major transparència) i àmbit d'aplicació, considera que aquestes clàusules, entre d'altres, són abusives i no vinculen el consumidor, a fi de poder aconseguir que torni l'equilibri formal en el contracte. És per això que conclou⁽³⁾, de manera generalista, que la legislació espanyola és contrària a la normativa europea, especialment pel que fa als préstecs hipotecaris signats per tots aquells afectats que continguin clàusules o condicions abusives, com interessos de demora o venciments anticipats de préstec.

L'origen d'aquesta Sentència deriva d'una qüestió prejudicial llançada per un Jutjat Mercantil de Barcelona, després d'una demanda presentada el gener de l'any 2011 pel senyor Aziz contra l'entitat Catalunya Caixa⁽⁴⁾. I la mateixa s'emmarca no tant en el control de les clàusules, que també analitza, com en ressaltar la falta d'adaptació del procediment d'execució directa, regulat per la Llei d'Enjudiciament Civil⁽⁵⁾.





Una de les qüestions de fons que tracta és veure si aquesta clàusula i unes altres són o no abusives i, en cas afirmatiu, declarar-ne la nul·litat. Una de les complicacions del tema dilucidat es troba íntimament relacionada amb el fet que la validesa i/o nul·litat d'una clàusula per abusiva no pot afirmar-se amb generalitat. És a dir, que s'acudeix a l'estudi del «cas per cas», d'aquí la seva dificultat. En tot cas, no cal perdre de vista que, malgrat que l'assumpte s'emmarca, com s'apuntava anteriorment, en la protecció especial del consumidor, segueix existint la via de protecció del Dret contractual, més generalista, potser, però no per això menys eficient.

Una de les complicacions del tema dilucidat es troba íntimament relacionada amb el fet que la validesa i/o nul·litat d'una clàusula per abusiva no pot afirmar-se amb generalitat. És a dir, que s'acudeix a l'estudi del «cas per cas», d'aquí la seva dificultat

Ara bé, i situant-nos en la part més històrica a nivell jurisprudencial, no es pot oblidar que la controvèrsia sobre la validesa d'aquest tipus de clàusules tampoc no és recent: la Sentència del Jutjat Mercantil núm. 2 de Sevilla 246/2010, de 30 de setembre, ja va declarar l'abusivitat de la clàusula sòl. En aquesta es deixa clar que, en tot cas, estem davant el que es coneix com a «condicions generals de la contractació»⁽⁶⁾, situant-les fora del marc de la negociació individual, predisposades, imposades, generalitzades en una pluralitat de contractes i preredactades per les entitats bancàries. I això és així, atès que, com explica la Sentència, l'usuari no hi ha pogut incloure cap modificació, havent d'acceptar-la i adherir-s'hi, si vol el servei⁽⁷⁾. Tot això sense perjudici que existeixin clients que, per les seves condicions, especialitats, qualitats o altres raons, tinguin la possibilitat de matisar o adaptar cas per cas aquesta qüestió.

No obstant això, i juntament amb la qualificació de la clàusula com una condició general de la contractació, cal aprofundir una mica més en el tema, a fi de saber si aquest pacte



és abusiu o no (i, per tant, nul). És cert que aquest tipus de pactes sol cobrir amb major solvència la part prestadora, sense fer el propi amb la prestatària. Així ho afirma la resolució judicial en què es justifica que siguin qualificats d'abusius aquests pactes, ja que:

La veritat és que, en la majoria de casos, no ofereixen una protecció efectiva per als clients particulars del risc de pujada dels tipus, a causa dels alts nivells que aconsegueixen els sostres. Per aquest motiu es considera que:

1r. Un pacte que només cobreixi tal interès del prestador (clàusula sòl, únicament) seria nul per falta de reciprocitat en perjudici del consumidor.

2n. Un pacte que només cobris tal interès del prestatari (clàusula sostre, únicament) seria, sense embuts, merament anul·lable pel predisposant a la seva voluntarietat, donat que no es contempla anàloga tutela que al consumidor, precisament per la superioritat del primer enfront d'aquest (art. 1302 CC).

3r. Un pacte que cobris o pretengués cobrir tant els interessos de l'un com de l'altre faltaria a la reciprocitat sempre que no guardi la prudencial o raonable relació d'equivalència o semblança, legalment exigible, entre la limitació a l'alça i a la baixa de la variació dels tipus d'interès.

Ara bé, el Jutjat no entra a valorar quin ha de ser la forquilla raonable en què existiria aquesta relació d'equivalència.

Seguint la senda ja marcada per la jurisprudència espanyola, de manera clara es consideren abusives dues clàusules: la relativa als interessos de demora i la del venciment total per un sol impagament

Si això ho enllacem amb la Sentència del Tribunal de Justícia de la Unió Europea, i seguint la senda ja marcada per la jurisprudència espanyola, de manera clara es consideren abusives dues clàusules: la relativa als interessos de demora i la del venciment total per un sol impagament, sense perjudici d'una tercera qüestió que després citaré. I tot això sense oblidar una altra important constatació nova relativa al sistema d'execució hipotecària espanyol. Segons aquesta, no s'està permetent que el prestatari-consumidor es trobi protegit ni pugui defensar-se de manera eficaç, a causa de les causes d'oposició previstes per la llei⁽⁸⁾. Aquesta resolució és probable que impliqui per a l'Estat espanyol un nou canvi legislatiu de vital importància i transcendència, de la mateixa manera que ja les ha tingut socialment. És probable que la pedra angular on descansi i es recolzi aquest nou



canvi legislatiu giri entorn de la feble protecció als consumidors i usuaris existent, així com de la necessitat que es reforci a través d'un nou sistema d'execució hipotecària, adaptant-lo a la ja existent normativa de consumidors i usuaris⁽⁹⁾. No obstant això, no es pot oblidar que ja han començat a publicar-se tímides reformes en aquest sector. Així, a títol d'exemple, la Llei 1/2013, de 14 de maig, de mesures per reforçar la protecció dels deutors hipotecaris, reestructuració de deute i lloguer social⁽¹⁰⁾.

Per apreciar el caràcter abusiu es tindrà en compte: l'existència de desequilibri important en detriment del consumidor, la falta de bona fe i la llista no exhaustiva (annex de Directiva) així com la naturalesa dels béns o serveis que siguin objecte del contracte

Finalment, l'última qüestió de la qual es fa ressò la Sentència és la relativa als mecanismes de liquidació i fixació dels interessos variables (incloem en aquest concepte els ordinaris i els moratoris), realitzats unilateralment pel prestador i que es troben íntimament vinculats a la possible execució hipotecària. Quant a la determinació d'aquestes, considera el Tribunal que el deutor executat no pot oposar-se de cap manera a l'hora de quantificar el deute en el propi procediment executiu⁽¹¹⁾. I això dificulta l'accés del consumidor a la Justícia i, per tant, l'exercici del seu dret a la defensa a fi d'aconseguir la suspensió de l'execució quan el deutor impugni una clàusula abusiva en un altre procediment.

A manera de conclusió, es pot dir que existeixen clàusules abusives, que aquestes són nul·les i que el sistema espanyol s'oposa a la regulació fixada per la normativa europea. Per arribar a aquest punt, no obstant això, i a fi de finalitzar aquesta breu anàlisi de la citada Sentència, és im-

portant ressaltar i determinar quins són els criteris generals que apunta el Tribunal per apreciar el caràcter abusiu d'una clàusula, que es resumeixen en quatre.

En primer lloc, l'existència d'un desequilibri important en detriment del consumidor i, en segon, l'existència o no de bona fe. Aquests dos elements es podrien qualificar d'«abstractes»⁽¹²⁾. En tercer i quart lloc, la llista indicativa i no exhaustiva que existeix com a annex en la Directiva⁽¹³⁾, en la qual es consideren certes clàusules com a abusives a títol d'exemple, així com la naturalesa dels béns o serveis que siguin objecte del contracte, tenint en compte el moment de celebració d'aquest i les circumstàncies que envolten aquell instant⁽¹⁴⁾.

Tots ells són de vital importància per a l'òrgan judicial que enjudiciï l'abusivitat d'una clàusula i per a les reformes venidores sobre aquest tema, així com per a la resta dels operadors jurídics, els qui potser haurien d'intervenir d'una manera més activa (incloent-hi notaris i registradors de la propietat⁽¹⁵⁾), si no en aquest instant, en un futur proper.

- (1) A causa del renou social causat per aquesta qüestió, han estat diverses les entitats bancàries que han prescindit d'aquestes clàusules en les seves minuts de préstec hipotecari. Així, BBVA, Cajamar i NCG les han suprimit amb efectes de 9 de maig de 2013.
- (2) També cal tenir en compte la regulació establerta pel Reial Decret Legislatiu 1/2007, de 16 de novembre, pel qual s'aprova el Text Refós de la Llei General per a la Defensa dels Consumidors i Usuaris, especialment, allò previst a l'art. 82.
- (3) Entre d'altres qüestions.
- (4) Avui dia, Catalunya Bank, SA.
- (5) El procediment es troba recollit als arts. 681 a 698 LEC.
- (6) No cal oblidar que, d'acord amb el que es disposa a la Llei 7/1998, de 13 d'abril, sobre condicions generals de la contractació, específicament, al seu art. 1: «Són condicions generals de la contractació les clàusules predisposades la incorporació de les quals al contracte sigui imposada

per una de les parts, amb independència de l'autoria material d'aquestes, de la seva aparença externa, de la seva extensió i de qualssevol altres circumstàncies, havent estat redactades amb la finalitat de ser incorporades a una pluralitat de contractes».

- (7) En aquest mateix sentit, l'Audiència Provincial de Madrid, en Sentència de 21 de febrer de 2006.
- (8) En aquest sentit, és interessant la reflexió sobre la inseguretats jurídica que pot comportar aquesta situació des d'un punt de vista notarial, pel que fa al règim transitori en què queda el procés d'execució hipotecària, en concret, l'ex-trajudicial, i la rellevància de la intervenció notarial a l'efecte de protecció dels drets del consumidor, aportada per J. GÓMEZ MARTÍNEZ, «Ante la Sentencia del Tribunal de Justicia Europeo», *La Notaria*, 1/2013, p. 14-16.
- (9) Normativa d'influència clarament europea.
- (10) En aquest sentit, J. C. OLLÉ FAVARÓ, «La protección de los derechos del consumidor, una prioridad para los notarios», *La Notaria*, 1/2013, p. 17-18.
- (11) Haurà de fer el mateix a través d'un procediment declaratiu, el qual, per regla general, sol tenir un període de resolució major al de l'execució. És a dir, quan el pronunciament definitiu sobre l'execució s'hagi obtingut i, per tant, conclòs, havent-hi el deutor perdut el seu bé hipotecat, tindrà el pronunciament sobre aquesta altra qüestió.
- (12) Així, C. BALLUGUERA GÓMEZ, «La Sentencia del Tribunal de Luxemburgo reactiva la lucha contra las cláusulas abusivas», *La Ley*, any XXXIV, núm. 8088 (22 maig 2013).
- (13) Art. 3, apartat 3. Pot donar lloc a una important indemnització.
- (14) Vegeu els paràgrafs 68, 69, 70 i 71 de la STJUE.
- (15) Com bé diu C. BALLUGUERA GÓMEZ, *op. cit.*, el que sembla evident és que, de la lectura de la Sentència, queda clar que el venciment anticipat per incompliment d'una quantitat reduïda del deute, així com la d'interessos de demora per sobre del 18,75 %, són nul·les de ple dret.

Ressenya de les principals sentències del Tribunal Suprem

Des de l'abril de 2013 al juny de 2013

Redacció de LA LLEI

ACTES JURÍDICS DOCUMENTATS

Actes Jurídics Documentats: efectes fiscals de la denegació de la inscripció registral de préstec hipotecari subjecte a condicions suspensives nul·les

Sentència Tribunal Suprem, Sala Tercera, Contenciosa Administrativa, de 25 d'abril de 2013 (Ponent: José Antonio Montero Fernández) LA LLEI 36441/2013

ITER PROCESSAL: El Tribunal Suprem estima el recurs de cassació interposat contra sentència del TSJ Galícia, tot anul·lant la liquidació en concepte d'Impost de Transmissions Patrimonials i Actes Jurídics Documentats, modalitat actes jurídics documentats.

Fet impossible. Préstec hipotecari subjecte a condicions suspensives. Falta d'inscripció en el Registre de la Propietat per considerar la Registradora que aquestes condicions no tenien tal caràcter. Efectes fiscals de la denegació de la inscripció. Donat el caràcter constitutiu de la inscripció registral per dotar d'eficàcia la hipoteca que garanteix el préstec, si la hipoteca no és susceptible d'inscripció, ens trobem en exclusivitat davant un préstec, no inscripció registralment, no produint-se el fet impossible.

ARRENDAMENTS URBANS

Tàcita reconducció dels arrendaments d'habitatge després de l'entrada en vigor de la LAU 1994

Sentència Tribunal Suprem, Sala Primera, núm. 246/2013, de 16 d'abril (Ponent: Francisco Javier Arroyo Fiestas) LA LLEI 34925/2013

ITER PROCESSAL: Les sentències d'instància van estimar la demanda de resolució d'arrendament d'habitatge per expiració del termini. El Tribunal Suprem desestima el recurs de cassació interposat pel demandat.

Arrendament d'habitatge. Resolució del contracte per expiració del termini. Contracte celebrat sota la vigència del RDL 2/1985 i sotmès a tàcita reconducció en el moment d'entrada en vigor de la LAU 1994. El Tribunal Suprem fixa com a doctrina jurisprudencial que «la disp. transit. Primera de la LAU 1994 s'ha d'entendre de manera que, després de l'entrada en vigor d'aquesta norma, els contractes d'arrendament d'habitatge concertats a partir del 9 de maig de l'any 1985 es troben sotmesos a una tàcita reconducció de tres anys, després de la qual cosa li és aplicable el que s'estableix als arts. 1566 i 1581 CC». Per tant, transcorregut aquest període de tres anys el contracte es renovarà d'acord amb els terminis convinguts per al pagament de la renda, anualment o per mensualitats. D'aquesta manera rebutja l'Alt Tribunal que al contracte d'arrendament renovat per tres anys se li hagi d'aplicar un nou termini de tres anys d'acord amb l'art. 10 LAU 1994.

Per a la resolució de l'arrendament per impagament de l'IBI és necessari haver requerit prèviament i fefaent el seu pagament a l'arrendatari

Sentència Tribunal Suprem, Sala Primera, núm. 274/2013, de 18 d'abril (Ponent: Francisco Javier Arroyo Fiestas) LA LLEI 36280/2013

ITER PROCESSAL: El Jutjat de Primera Instància va desestimar la demanda de desnonament per falta de pagament de la renda i quantitats assimilades a aquesta. L'AP Cantàbria va revocar la sentència del Jutjat i va estimar parcialment la demanda resolent



Sentències

el contracte per impagament de l'IBI. El Tribunal Suprem estima parcialment el recurs de cassació interposat per la demandada, declara enervada l'acció de desnonament instada per l'actora i deixa sense efecte la resolució del contracte.

Arrendament de local de negoci. Acció de resolució del contracte per impagament de l'IBI. Desestimació. Per a la reclamació de l'IBI és necessari un requeriment fefaent de pagament abans de la presentació de la demanda, si el que es pretén és la resolució del contracte, conferint un termini de trenta dies a l'arrendatari per tal que s'hi oposi o accepti, després de la qual cosa podrà instar-se judicialment la resolució, havent d'adjuntar a la reclamació còpia del rebut de l'IBI, perquè l'arrendatari conegui la causa de la reclamació. En el cas, l'arrendatari no va ser requerit prèviament de pagament, per la qual cosa no procedeix la resolució del contracte, sense perjudici de condemnar-li al pagament de l'IBI atès que en adjuntar el rebut a la demanda, el demandat ha tingut oportunitat de defensar-se i no consta cap causa que li exoneri del seu abonament.

Abast temporal de l'autorització per realitzar obres al local arrendat amb la finalitat d'adequar-ho al negoci que es pensa establir

Sentència Tribunal Suprem, Sala Primera, núm. 279/2013, de 19 d'abril (Ponent: Francisco Javier Arroyo Fiestas) LA LLEI 45887/2013

ITER PROCESSAL: Les sentències d'instància van desestimar la demanda de resolució d'arrendament de local de negoci per obres inconscientides. El Tribunal Suprem estima el recurs de cassació interposat pels demandants, casa la sentència recorreguda i estima la demanda.

Arrendament de local. Resolució del contracte per obres inconscientides que alteren la configuració del local. L'arrendatari va tapiar les dues finestres de la façana principal que dona a la via pública. Interpretació del contracte. S'hi van autoritzar les obres necessàries per adequar el local al negoci que es pensava establir. D'això es dedueix que l'autorització es referia a les obres de condicionament o adaptació, les que per la seva pròpia naturalesa havien d'efectuar-se abans d'iniciar el desenvolupament del negoci i, per tant, properes a la data de vigència del contracte. No obstant això, les obres efectuades es van realitzar tretze anys després, a l'empara d'una autorització que limitava en el temps la seva eficàcia.

El Tribunal Suprem declara que el termini de prescripció de l'acció per reclamar a l'arrendatari el pagament de l'IBI és de cinc anys

Sentència Tribunal Suprem, Sala Primera, núm. 295/2013, de 22 d'abril (Ponent: Juan Antonio Xiol Ríos) LA LLEI 75865/2013

ITER PROCESSAL: Les sentències d'instància van desestimar la demanda de resolució del contracte d'arrendament per falta de pagament de l'Impost sobre Béns Immobles. El Tribunal Suprem declara que no pertoca el recurs de cassació interposat per la demandant.

Arrendament d'habitatge. Contracte regit per la LAU 1964. Acció de resolució per impagament de l'IBI. Desestimació per prescripció d'aquesta. El Tribunal Suprem declara que el termini de prescripció de l'acció per reclamar el pagament de l'IBI és de cinc anys (art. 1966.3a CC) per ser un pagament de periodicitat anual.

BANCA

El Tribunal Suprem rebutja la responsabilitat contractual de l'entitat financera que va intervenir en la compra de bons de Lehman Brothers

Sentència Tribunal Suprem, Sala Primera, núm. 243/2013, de 18 d'abril (Ponent: José Ramón Ferrándiz Gabriel) LA LLEI 78704/2013

ITER PROCESSAL: Les sentències d'instància van estimar parcialment la demanda i van condemnar les entitats financeres demandades a lliurar als demandants altres productes financers, en substitució dels bons de Lehman Brothers que havien adquirit. El Tribunal Suprem declara que no són procedents els recursos extraordinaris per infracció processal i de cassació interposats pels demandants.

Adquisició de bons de Lehman Brothers. Acció de responsabilitat contractual dirigida contra l'entitat financera que va intervenir en la compra. Desestimació. La relació entre els litigants va ser la pròpia d'un contracte de comissió sense que l'entitat demandada estigués obligada a prestar assessorament als inversors demandants, respecte de la concreta operació que es tracta. D'altra banda, els termes de l'encàrrec realitzat pel client no deixaven la comissionista, en cas d'acceptar, una altra alternativa que la de donar compliment a la comissió acceptada, d'acord amb les instruccions precises del comitent, per tal de no incórrer en incompliment. Tampoc no va existir, a la vista dels fets declarats provats, infracció contractual per defecte d'informació i diligència. El marge de discrecionalitat que, sobre la identificació final de l'emissor dels bons, s'havia reconegut a la comissionista, dins del límit que significava la necessitat que el designat tingués una determinada qualificació de solvència, no permet considerar l'elecció de Lehman Brothers (en el moment en què es va fer) un incompliment del mandat ni el resultat d'una actuació negligent, per ser respectuosa amb els criteris de determinabilitat imposats pel comitent, qualificat com a expert inversor. Respecte al possible incompliment de l'obligació de la demandada d'informar els inversors, amb la màxima celeritat, de totes les incidències relatives a l'operació contractada, hagués estat necessària la demostració de la previsibilitat de la crisi patrimonial de qui va emetre els bons. No obstant això, aquesta previsibilitat de la futura fallida de Lehman Brothers va quedar fora del procés.

COMPRAVENDA

Legitimació dels socis per instar la nul·litat d'una compravenda realitzada per la societat

Sentència Tribunal Suprem, Sala Primera, núm. 215/2013, de 8 d'abril (Ponent: Ignacio Sancho Gargallo) LA LLEI 45897/2013

ITER PROCESSAL: El Jutjat de Primera Instància va estimar l'acció de nul·litat de compravenda de finca. L'AP Albacete va revocar la sentència del Jutjat i va desestimar la demanda. El Tribunal Suprem estima el recurs de cassació formulat per la demandant, casa la sentència recorreguda i confirma la de primera instància.

Compravenda de finca pertanyent a una societat. Acció de nul·litat del contracte interposada per una sòcia de la societat venedora. Estimació de la demanda. Il·licitud de la causa. La trans-



missió de l'únic actiu immobiliari de la societat, de la qual formen part com a socis per parts iguals quatre germans, a favor d'una altra societat que es constitueix a aquest efecte per tres d'ells, sota l'aparença d'una compravenda, que en realitat encobreix una disposició a títol gratuït, posa de manifest la il·licitud de la causa del negoci, que no era una altra que defraudar els legítims drets de l'única germana que no formava part de la societat adquirent. Legitimació activa de la demandant. Aquesta té interès jurídic a instar la nul·litat de la compravenda atès que es veu afectada com a conseqüència de l'efecte reflex que l'alienació del bé ha suposat en la devaluació de les seves participacions socials.

Resolució de compravenda d'habitatge perquè el retard en el lliurament va motivar que el banc, a causa de la crisi econòmica, no acceptés la subrogació hipotecària de la compradora

Sentència Tribunal Suprem, Sala Primera, núm. 309/2013, de 26 d'abril (Ponent: Xavier O'Callaghan Muñoz) LA LLEI 42749/2013

ITER PROCESSAL: Les sentències d'instància van desestimar la demanda de resolució de compravenda d'habitatge formulada per la compradora i van estimar parcialment la reconvençió de la venedora, condemnant la compradora al compliment del contracte. El Tribunal Suprem declara que és procedent el recurs de cassació interposat per la compradora, anul·la la sentència recorreguda i estima la demanda decretant la resolució del contracte.

Resolució del contracte per incompliment del termini de lliurament i falta de subrogació de la compradora en el préstec hipotecari obtingut per la venedora, que havia estat pactada en el contracte. El retard en el termini de lliurament (previst per l'any 2007 i que es va produir el 2008) va ser essencial en el cas ja que va coincidir amb la crisi econòmica que, és un fet notori, va arribar al nostre país a partir de l'any 2008, la qual cosa va impedir l'acceptació bancària en la subrogació del préstec hipotecari. Posades en relació una circumstància i una altra (l'incompliment del termini i de la subrogació), és clar que el comprador va quedar sense possibilitat material (econòmica) d'adquirir l'objecte de la compravenda. Aplicació de la doctrina de la base del negoci i de la jurisprudència emanada del TS en casos molt semblants al d'actuacions.

Inaplicació d'astricció prevista per al cas d'incompliment d'una part o d'una altra quan ambdues van resultar incomplidores

Sentència Tribunal Suprem, Sala Primera, núm. 267/2013, de 30 d'abril (Ponent: José Ramón Ferrándiz Gabriel) LA LLEI 92050/2013

ITER PROCESSAL: El Jutjat de Primera Instància va estimar la demanda de resolució de compravenda d'habitatge i va condemnar la venedora demandada a retornar al comprador demandant els diners que li havia lliurat com a part del preu. L'AP Castelló va revocar la sentència del Jutjat, va deixar sense efecte la resolució contractual i va moderar la quantitat que la demandada havia de reintegrar a l'actor. El Tribunal Suprem estima el recurs de cassació interposat pel demandant i confirma la condemna de la venedora a lliurar al comprador els diners rebuts com a part del preu.

Compravenda d'habitatge. Resolució del contracte. Incompliment de tots dos contractants. Interpretació de l'astricció previs-

ta per al cas d'incompliment d'una part o una altra. A la clàusula no es contenia cap previsió relativa al cas que els incomplidors fossin els dos contractants, encara que un incomplís després que l'altre. Per tal raó, la liquidació de la relació contractual s'ha de regir per les regles generals (amb l'abast «ex tunc» que sanciona l'art. 1124 CC), en lloc de per l'específicament establerta pels contractants en l'astricció, reguladora d'un altre supòsit. Condemna la venedora demandada a restituir al comprador demandant la suma rebuda com a part del preu de compra.

COMUNITAT DE BÉNS

Divisió d'un conjunt de finques quan els copropietaris no estan d'acord en la formació de lots i la seva distribució

Sentència Tribunal Suprem, Sala Primera, núm. 298/2013, de 10 de maig (Ponent: Ignacio Sancho Gargallo) LA LLEI 65221/2013

ITER PROCESSAL: Les sentències d'instància van estimar tant la demanda principal com la reconvençional i van declarar resolta la comunitat indivisa existent entre els litigants respecte d'un conjunt d'immobles, ordenant-ne la venda en lots mitjançant pública subhasta. El Tribunal Suprem estima el recurs extraordinari per infracció processal interposat pels demandats reconvinguts, anul·la la sentència recorreguda i remet les actuacions a l'Audiència per tal de que, tenint en compte els termes del debat, torni a resoldre el recurs d'apel·lació.

Acció de divisió d'un conjunt de finques la nua propietat de les quals pertany als litigants. Incongruència. Hi va incórrer la sentència d'apel·lació en acordar la venda de les finques en pública subhasta quan no havia estat sol·licitat per cap de les parts, que estaven d'acord en la divisió i en què aquesta es materialitzés mitjançant la formació de lots, respecte dels quals no hi havia acord, ni tampoc en el seu repartiment. Encara que algunes de les finques siguin indivisibles, el fet que la divisió se sol·liciti conjuntament respecte de la totalitat d'aquestes, com un conjunt, permet que, respectant-se la indivisió dels béns indivisibles, puguin repartir-se aquests entre els copropietaris, i aplicar les normes de la divisió de l'herència, d'acord amb l'art. 406 CC. Devolució de les actuacions a l'Audiència Provincial perquè, a la vista de les proves practicades, es pronunciï sobre la composició dels lots i la seva distribució entre els copropietaris.

CONCURS DE CREDITORS

Legitimació dels síndics del concurs de creditors per exercitar l'acció rescissòria

Sentència Tribunal Suprem, Sala Primera, núm. 245/2013, de 18 d'abril (Ponent: Ignacio Sancho Gargallo) LA LLEI 66041/2013

ITER PROCESSAL: Les sentències d'instància van desestimar l'acció de rescissió d'un pagament realitzat per la concursada (deutora civil) en apreciar l'excepció de falta de legitimació activa de la sindicatura del concurs. El Tribunal Suprem estima el recurs de cassació formulat per aquesta i, assumint la instància, estima la demanda.



Sentències

Concurs instat abans que entrés en vigor la Llei Concursal de l'any 2003. Sota la normativa concursal anterior, en principi, no existia cap obstacle perquè pogués exercitar-se, després de la declaració de concurs, l'acció pauliana o rescissòria dels actes de disposició del concursat, donat que no hi havia prohibició sobre aquest tema. Quant a la legitimació per al seu exercici, correspon als síndics del concurs, com a òrgan que representa els interessos col·lectius dels creditors que conformen la massa passiva, destinant-se l'obtingut a reintegrar la massa del concurs, per evitar una alteració de la «par condicio creditorum». En el cas d'actuacions, procedeix la rescissió del pagament d'un deute aliè realitzat per la concursada uns dies abans de sol·licitar el concurs de creditors, quan ja estava en situació d'insolvència, distraient l'import satisfet de la massa activa del concurs, amb el consegüent perjudici als creditors perquè va disminuir la garantia patrimonial del cobrament dels seus crèdits.

CONFLICTE DE COMPETÈNCIES

Conflicte de competència: dies a quo del termini per efectuar el requeriment d'inhibició previ

Sentència Tribunal Suprem, Sala Tercera, Contenciosa Administrativa, de 26 d'abril de 2013 (Ponent: Emilio Frías Ponce) LA LLEI 36228/2013

ITER PROCESSAL: El Tribunal Suprem estima els recursos contenciosos administratius interposats contra l'acord de la Junta Arbitral del Concert entre l'Estat i la Comunitat Autònoma del País Basc, havent-se de declarar mal admes el conflicte plantejat per la Xunta de Galícia, en no haver-se efectuat el requeriment previ en termini.

Exacció de l'Impost sobre Successions meritat per la defunció del causant esdevinguda a Galícia, havent-se autoliquidat l'herència a Guipúscoa. Càlcul del termini per efectuar el requeriment d'inhibició previ en cas d'autoliquidació: *dies a quo*. N'hi ha prou amb tenir coneixement formal i fefaent d'actuacions de gestió per una Administració, encara que el procediment s'hagués iniciat mitjançant autoliquidació en una altra de diferent, perquè el termini per formular la reclamació de competència comenci a computar-se, sense que, per tant, calgui que l'Administració tingui el convenciment que li correspon el rendiment d'un tribut, per aplicació dels punts de connexió. Es declara mal admes el conflicte plantejat per la Junta Arbitral en no haver-se efectuat el requeriment previ en termini.

CONSUMIDORS I USUARIS

Doctrina del Tribunal Suprem sobre les clàusules sòl

Sentència Tribunal Suprem, Sala Primera, núm. 241/2013, de 9 de maig (Ponent: Rafael Gimeno-Bayón Cobos) LA LLEI 34973/2013

ITER PROCESSAL: El Jutjat Mercantil número 2 de Sevilla va estimar la demanda de nul·litat per abusives de les denominades «clàusules sòl» incloses per les entitats bancàries demandades en els préstecs hipotecaris a interès variable celebrats amb els consumidors. L'AP Sevilla va revocar la sentència del Jutjat i va desestimar la demanda. El Tribunal Suprem estima en part els recursos de cassació interposats pel Ministeri Fiscal i per l'associació de

consumidors demandant, casa la sentència recorreguda i, assumint la instància, desestima en part la demanda i declara que no és procedent declarar, en general, la nul·litat de les clàusules sòl incorporades a contractes de préstec a interès variable subscrits amb consumidors, però sí declarar la nul·litat de les clàusules sòl denunciades en el cas d'actuacions per falta d'informació suficient.

Acció col·lectiva de cessació de condicions generals de contractació, en la qual se sol·licitava la declaració de nul·litat, per abusives, de les clàusules dels contractes de préstec hipotecari que estableixen un tipus mínim d'interès o un tipus mínim de referència (clàusules sòl). Legitimació activa de l'associació de consumidors demandant malgrat no estar inscrita al Registre d'Associacions de Consumidors i Usuaris. Apreciació d'ofici pel Tribunal de l'eventual nul·litat de les clàusules abusives. Qualificació de la clàusules litigioses com a condicions generals de la contractació referides a l'objecte principal del contracte, la qual cosa, com a regla, d'acord amb l'art. 4.2 de la Directiva 93/13, elimina la possibilitat de controlar judicialment si el seu contingut és o no abusiu, si bé això no impedeix sotmetre aquestes clàusules a un control de transparència que inclou el control de comprensibilitat real de la seva importància en el desenvolupament del contracte. En el cas d'actuacions, les clàusules denunciades no superen aquest control de transparència per falta d'informació suficientment clara que es refereixen a un element definitori de l'objecte principal del contracte. I encara que aquesta falta de transparència no suposa necessàriament que les clàusules estiguin desequilibrades i que el desequilibri sigui important en perjudici del consumidor, tals requisits, necessaris per considerar-les abusives, també concorren en aquest cas ja que les clàusules, malgrat incloure's en contractes oferts com a préstecs a interès variable, de fet, de forma raonablement previsible per a l'empresari i sorprenent per al consumidor, els converteixen en préstecs a interès mínim fix que difícilment es beneficien de les baixades del tipus de referència, de manera que els riscos d'oscil·lació del tipus mínim de referència donen cobertura exclusivament als riscos que per a l'entitat creditícia poguessin tenir les oscil·lacions a la baixa i frustren les expectatives del consumidor d'abaratiment del crèdit. Nul·litat de les clàusules denunciades. Condemna les entitats bancàries demandades a eliminar-les dels seus contractes i a abstenir-se d'utilitzar-les en endavant de la forma en què s'utilitzen. Eficàcia no retroactiva de la sentència. La nul·litat de les clàusules no afectarà les situacions definitivament decidides per resolucions judicials amb força de cosa jutjada ni els pagaments ja efectuats en la data de publicació de la sentència.

CONTRACTE DE GESTIÓ DE CARTERA DE VALORS

Condemna a un banc per invertir els diners d'un client en un fons d'alt risc sense informar-li degudament

Sentència Tribunal Suprem, Sala Primera, núm. 240/2013, de 17 d'abril (Ponent: Francisco Marín Castán) LA LLEI 28443/2013

ITER PROCESSAL: Les sentències d'instància van condemnar el banc demandat a pagar a un client la quantitat que aquest havia perdut després de ser invertida pel banc en un fons d'alt risc sense informar-li degudament. El Tribunal Suprem desestima els recursos extraordinari per infracció processal i de cassació interposats pel demandat.



Inversió realitzada pel banc gestor en un fons d'alt risc en contra del perfil conservador del client plasmat en el contracte. Responsabilitat del banc per la pèrdua de la totalitat de la inversió. Falta d'informació sobre el risc del fons. Inexistència de cas fortuït. No pot considerar-se com a tal el fet que el fons es veiés afectat pel frau internacional comès per un conegut inversor.

Recurs extraordinari per infracció processal. No es pot confondre la incongruència amb la disconformitat o discrepància del recurrent amb la motivació de la sentència. Al·legada incongruència per un canvi indegut de demanda, aquesta infracció processal hauria exigít citar la norma relativa a la prohibició del canvi de demanda, que no és l'art. 218.1 LEC ni l'art. 24 de la Constitució.

Condemna al BBVA a indemnitzar les pèrdues sofertes per uns clients que, a proposta del banc, van adquirir participacions preferents de Lehman Brothers

Sentència Tribunal Suprem, Sala Primera, núm. 244/2013, de 18 d'abril (Ponent: Rafael Sarazá Jimena) LA LLEI 45383/2013

ITER PROCESSAL: El Jutjat de Primera Instància va estimar la demanda de reclamació d'indemnització per negligència de l'entitat bancària demandada en adquirir per als actors participacions preferents de l'entitat Lehman Brothers. L'AP València va revocar la sentència del Jutjat i va desestimar la demanda. El Tribunal Suprem estima el recurs de cassació interposat pels demandants, casa la sentència recorreguda i confirma la de primera instància.

Responsabilitat de l'entitat gestora (BBVA) per adquirir per als seus clients valors d'alt risc com eren les participacions preferents de Lehman Brothers. La demandada no va complir l'estàndard de diligència, bona fe i informació completa, clara i precisa que li era exigible en proposar als demandants l'adquisició de determinats valors que van resultar ser valors complexos i d'alt risc, sense explicar-los que aquests no eren coherents amb el perfil de risc molt baix que havien seleccionat en concertar el contracte de gestió discrecional de carteres d'inversió. Aquest incompliment constitueix el títol jurídic d'imputació de la responsabilitat pels danys soferts per tals clients com a conseqüència de la pèrdua gairebé absoluta de valor de les participacions preferents adquirides.

DIVORCI

Doctrina del Tribunal Suprem sobre els criteris que han de tenir-se en compte per adoptar el règim de guarda i custòdia compartida dels fills

Sentència Tribunal Suprem, Sala Primera, núm. 257/2013, de 29 d'abril (Ponent: José Antonio Seijas Quintana) LA LLEI 37196/2013

ITER PROCESSAL: Les sentències d'instància van estimar parcialment la demanda de divorci i, entre altres mesures, van atribuir al pare la guarda i custòdia de la filla del matrimoni. El Tribunal Suprem declara que és procedent el recurs de cassació interposat per la mare i casa la sentència recorreguda pel que fa a la denegació de la guarda i custòdia compartida de la filla, encara que manté aquest pronunciament si bé per raons diferents de les quals assenyalava la sentència recorreguda.

El Tribunal Suprem fixa doctrina jurisprudencial sobre la interpretació de l'art. 92, 5, 6 i 7 CC respecte als requisits que han de tenir-se en compte a l'hora de decidir si es concedeix o no la guarda i custòdia compartida dels fills.

El litigi va començar amb la demanda de divorci formulada pel marit sol·licitant l'atribució de la guarda de la filla del matrimoni a ell mateix. La sentència de l'Audiència Provincial, confirmant la del Jutjat, va accedir a aquesta pretensió. L'esposa va interposar recurs de cassació que és desestimat pel Tribunal Suprem, que manté l'atribució de la guarda de la filla al pare encara que per raons diferents de les assenyalades per la sentència d'apel·lació, que la Sala no comparteix en absolut, donat que l'Audiència parteix d'una posició inicialment contrària al règim de guarda i custòdia compartida, plantejant com a problemes el que són virtuts d'aquest règim, com l'exigència d'un alt grau de dedicació per part dels pares i la necessitat d'una gran disposició d'aquests a col·laborar en la seva execució, sense fundar la seva decisió en l'interès del menor, al qual no fa cap al·lusió.

Destaca el Tribunal Suprem, en primer lloc, que correspon exclusivament al Jutge o Tribunal verificar si concorren els requisits legals per aplicar aquest règim considerant quina sigui la situació més beneficiosa per al nen, des de la idea que no es tracta d'una mesura excepcional, sinó que al contrari, haurà de considerar-se normal i fins i tot desitjable, perquè permet que sigui efectiu el dret que els fills tenen a relacionar-se amb tots dos progenitors, fins i tot en situacions de crisi, sempre que això sigui possible.

No obstant l'anterior, la Sala deixa clar que un requisit essencial per acordar aquest règim és la petició d'almenys un dels progenitors, sense la qual no podrà acordar-se. En aquest cas, cap dels progenitors no va sol·licitar aquesta mesura en els seus escrits inicials ni en el recurs d'apel·lació, ni conseqüentment es van oferir unes pautes necessàries per fer efectiu aquest règim. A més, diu el Tribunal, les dades que manegen les sentències d'instància no permeten acordar-la en l'interès de la menor que és la que, al cap i a la fi, quedarà afectada per la mesura, ja que no concorre cap dels requisits que amb reiteració ha assenyalat la Sala i que ara fixa com a doctrina jurisprudencial. Aquests requisits són: la pràctica anterior dels progenitors en les seves relacions amb el menor i les seves aptituds personals; els desitjos manifestats pels menors competents; el nombre de fills; el compliment per part dels progenitors dels seus deures en relació amb els fills i el respecte mutu en les seves relacions personals; el resultat dels informes exigits legalment i, en definitiva, qualsevol altre que permeti als menors una vida adequada en una convivència que forçosament haurà de ser més complexa que la que es duu a terme quan els progenitors conviuen.

Doctrina del Tribunal Suprem sobre la reducció de la pensió d'aliments pel naixement de nous fills

Sentència Tribunal Suprem, Sala Primera, núm. 250/2013, de 30 d'abril (Ponent: José Antonio Seijas Quintana) LA LLEI 36263/2013

ITER PROCESSAL: El Jutjat de Primera Instància va acordar la dissolució del matrimoni per divorci dels litigants i va declarar vigents les mesures acordades en la sentència de separació excepte la pensió d'aliments dels fills que havia d'abonar el pare, la quantia de la qual va reduir, i el pagament de la hipoteca de l'habitatge conjugal, les quotes de la qual serien satisfetes per tots



Sentències

dos cònjuges al 50%. L'AP Jaén va revocar la sentència del Jutjat quant als pronunciaments sobre aliments dels fills i pagament de la quota hipotecària, i al seu lloc, va acordar el manteniment del pactat per les parts en el conveni regulador. El Tribunal Suprem declara que és procedent el recurs de cassació interposat pel pare i casa la sentència recorreguda pel que fa a la mesura sobre aliments dels fills del matrimoni, pronunciant que manté si bé per raons diferents de les quals refereix la sentència recorreguda.

Sol·licitud de modificació de les mesures adoptades en el conveni regulador de la separació matrimonial en relació amb els aliments dels fills i la hipoteca de l'habitatge conjugal, a causa d'un canvi de circumstàncies ja que el pare havia tingut altres dos fills d'una nova relació de parella. Desestimació. Pel que fa a la hipoteca, en el conveni es va pactar que seria satisfeta íntegrament pel pare, havent admès la jurisprudència aquesta classe de pactes sobre la base que el conveni és un negoci jurídic de dret de família que, d'acord amb l'autonomia de la voluntat, permet a tots dos cònjuges pactar el que considerin més convenient als seus interessos. Respecte als aliments, el Tribunal Suprem formula com a doctrina jurisprudencial que «el naixement de nous fills fruit d'una relació posterior, no suposa, per si sol, causa suficient per donar lloc a la modificació de les pensions alimentàries establertes a favor dels fills d'una anterior relació, sinó que cal conèixer si la capacitat patrimonial o mitjans econòmics de l'alimentant és insuficient per fer front a aquesta obligació ja imposada i a la que resulta de les necessitats dels fills nascuts amb posterioritat». En el cas d'actuacions, no s'ha provat que la nova situació del pare suposi un minvament de la seva capacitat econòmica, que pot fins i tot haver millorat en raó al patrimoni de la seva parella i mare dels fills, obligada també al seu sosteniment i els recursos de la qual s'ignoren.

Improcedència de la concessió d'una pensió compensatòria després d'anys de ruptura efectiva de la convivència conjugal

Sentència Tribunal Suprem, Sala Primera, núm. 386/2013, de 3 de juny (Ponent: José Antonio Seijas Quintana) LA LLEI 65209/2013

ITER PROCESSAL: Les sentències d'instància van estimar la demanda de divorci concedint, la d'apel·lació, una pensió compensatòria a l'esposa. El Tribunal Suprem estima el recurs de cassació formulat per l'espòs i casa la sentència recorreguda en el sentit de deixar sense efecte la pensió compensatòria concedida.

Pensió compensatòria. Admissió de la sol·licitud d'aquesta mitjançant reconvençió implícita. Va ser el propi espòs demandant qui, anticipant-se a les al·legacions de l'esposa, i en previsió de la petició formal que aquesta pogués fer sobre aquest tema, va prendre la decisió, fins i tot sense citar-la, d'introduir a la seva demanda els elements fàctics necessaris per negar la pensió compensatòria a partir d'una relació detallada tant de la seva situació econòmica com de la de la seva esposa. Aquesta, per la seva banda, no es va limitar a defensar-se de manera genèrica de les pretensions formulades en contra seva, sinó que va interessar expressament el reconeixement de la pensió en la contestació a la demanda. Una altra cosa és que l'esposa hi tinguí dret després de set anys de ruptura efectiva de la convivència conjugal, sense que durant tot aquest període hi hagués cap reclamació entre els cònjuges i sense que s'hagi pogut constatar cap vinculació econòmica, ni d'un altre tipus. En aquesta situació el que no pot l'esposa és instrumentalitzar

el judici de divorci per sol·licitar una prestació econòmica que s'ha demostrat innecessària per al seu sosteniment.

ESTAFA

Il·lícita utilització de poders generals per administrar propietats per subscriure préstecs hipotecaris

Sentència Tribunal Suprem, Sala Segona, Penal, núm. 449/2013, de 22 de maig (Ponent: Conde-Pumpido Tourón, Cándido) LA LLEI 64790/2013

ITER PROCESSAL: El Tribunal Suprem desestima el recurs de cassació interposat contra la sentència dictada per l'AP Illes Balears i confirma la condemna de l'acusat com a autor d'un delictes continuat d'estafa, amb l'agreujant de reincidència i l'atenuant de toxifrènia, declarant la nul·litat dels negocis jurídics que van servir per consumir el delictes.

Utilització dels poders generals atorgats a l'acusat per administrar propietats per subscriure préstecs hipotecaris que rebia en metàl·lic i destinava al seu propi benefici, donant com a garantia els béns i ocultant als titulars tals hipoteques. El poder, fruit d'un error, generat per l'engany, va ser aprofitat per l'acusat per generar un segon error en els prestadors, oferint-los condicions extremadament avantatjoses, determinant així el desplaçament patrimonial, provocant-se amb això el perjudici per a les víctimes i el benefici il·lícit per a l'acusat, aconseguit a través de la maniobra fraudulenta.

Responsabilitat civil. Declaració de nul·litat per via de l'art. 6.3 i 1261 CC dels negocis jurídics de préstec i hipoteca que constitueixen l'instrument de l'estafa, així com de les inscripcions i assentaments registrals. Possibilitat per als prestadors de reclamar en l'àmbit civil les quantitats lliurades al responsable del delictes ex art. 1305 CC. Protecció del tercer hipotecari. Un negoci radicalment nul, com ho són els préstecs hipotecaris que van consumir els delictes d'estafa, per il·licitud penal de la causa, no esdevé vàlid per la inscripció al registre. En conseqüència, un negoci nul de ple dret, fins i tot inscrit, no li serveix al tercer que hi ha estat part per invocar, a favor seu, la tutela del Registre, enfront del titular real. Sent radicalment nul el seu propi negoci, no hi ha adquisició del tercer, doncs en aquest cas no juga la protecció de l'assentament. (Existeix Vot Particular).

IMPOST DE SOCIETATS

Exempcions

Sentència Tribunal Suprem, Sala Tercera, Contenciosa Administrativa, de 20 de maig de 2013 (Ponent: Emilio Frías Ponce) LA LLEI 66549/2013

ITER PROCESSAL: El Tribunal Suprem estima el recurs de cassació interposat contra la sentència de l'Audiència Nacional, cassant i anul·lant-la, així com les liquidacions relatives a l'Impost de societats, exercicis 1994 i 1995 de les quals porta causa.

Reinversió en actius fixos. Operació de permuta que efectua una entitat en relació a uns terrenys de la seva propietat. Entitat que té com a activitat principal la promoció immobiliària i explotació d'immobles mitjançant arrendament, sense perjudici d'altres



secundàries –explotació de gimnàs i instal·lacions esportives– que des del moment en què adquireix els terrenys inicialment rústics va desenvolupar diverses actuacions fins a aconseguir-ne la qualificació com a edificables per a la seva explotació posterior en règim d'arrendament, per la qual cosa no cal negar l'afectació del terreny transmès a una activitat empresarial. Necessarietat com a condició indispensable per a la seva consideració entre els elements materials de l'actiu fix en relació amb l'empresa que ha procedit a la transmissió dels béns. Falta a la sentència d'instància d'una interpretació integradora dels preceptes reglamentaris que van detallar els requisits per gaudir de l'exempció.

(Existeix Vot Particular).

IMPOSAT SOBRE SUCCESSIONS I DONACIONS

Meritació de l'impost sobre successions en un supòsit de designació d'hereus en testament hològraf

Sentència Tribunal Suprem, Sala Tercera, Contenciosa Administrativa, de 7 de maig de 2013 (Ponent: Manuel Vicente Garzón Herrero) LA LLEI 66553/2013

ITER PROCESSAL: El Tribunal Suprem desestima el recurs de cassació interposat contra sentència del TSJ Andalusia relativa a liquidació provisional practicada per l'Impost sobre Successions, confirmant la resolució judicial impugnada i l'acte administratiu del qual porta causa.

Successions *mortis causa*. Data de meritació en testaments hològrafs. L'impost corresponent a l'adquisició *mortis causa* es merita el dia de la defunció del causant. La protocolització del testament hològraf en un termini de 5 anys (article 689 CC) és un requisit de validesa del testament referit a la institució d'hereu que determina l'existència del fet imposable successori. Una cosa és el testament i els requisits per a la seva validesa i una altra les disposicions del testador (entre elles la institució d'hereu). Per tant l'efectivitat de l'adquisició de l'article 473.6 del Reglament de l'Impost s'entén referida a la institució d'hereu i no a l'instrument en què es plasma aquesta decisió (el testament).

Reduccions de la base imposable. Improcedència de la pretesa reducció del 90% per l'adquisició */* del d'explotació agrària en la seva integritat. El benefici fiscal se supedita al compliment de requisits temporals i formals que no s'han complert. D'una banda, l'explotació no ha estat en poder de l'adquirent per un termini d'almenys 5 anys i, d'altra banda, l'adquisició ha d'efectuar-se en escriptura pública, circumstància que tampoc no es dona.

OPCIÓ DE COMPRA

Condemna a la societat demandada a l'atorgament de l'escriptura pública de compravenda

Sentència Tribunal Suprem, Sala Primera, núm. 261/2013, de 12 d'abril (Ponent: Xavier O'Callaghan Muñoz) LA LLEI 33122/2013

ITER PROCESSAL: Les sentències d'instància van desestimar la demanda formulada pels optants sol·licitant la declaració de validesa i vigència del precontracte d'opció de compra i la condemna a la concedent a atorgar escriptura pública de compravenda. El Tribunal

Suprem declara que és procedent el recurs de cassació interposat pels demandants, casa la sentència recorreguda i estima la demanda.

Exercici en termini de l'opció de compra. Condemna a la societat demandada (concedent de l'opció) a l'atorgament de l'escriptura pública de compravenda. Interpretació del contracte d'acord amb la regla «contra proferentem» (art. 1288 CC). La clàusula en la qual es va pactar l'opció de compra, redactada per la demandada, és confusa i contradictòria ja que assenyalava el termini d'exercici de l'opció (del 24/12/06 al 24/12/07) i, alhora, imposa una comunicació que s'exercirà «almenys tres mesos abans de la data de finalització del present contracte». És a dir, no apareix clar que l'exercici de l'opció finalitzi el setembre, per mor del període de comunicació, o el desembre de l'any 2007, com resa el contracte. D'acord amb la citada regla no pot realitzar-se una interpretació de la clàusula litigiosa afavoridora de la part que ha ocasionat la foscor. Procedeix, en conseqüència, la declaració de validesa del dret d'opció exercitat dins del període de vigència mitjançant compareixença davant notari el 21 desembre de 2007.

PROPIETAT HORITZONTAL

Caràcter vinculant dels acords comunitaris modificatius del títol constitutiu que, malgrat no estar inscrits al Registre de la Propietat, són coneguts pels comuners

Sentència Tribunal Suprem, Sala Primera, núm. 300/2013, de 25 d'abril (Ponent: José Antonio Seijas Quintana) LA LLEI 36383/2013

ITER PROCESSAL: El Jutjat de Primera Instància va desestimar la demanda d'impugnació de l'acord comunitari pel qual es denegava al propietari demandant el reintegrament del que va abonar per reparar el seu balcó. L'AP Guipúscoa va revocar la sentència del Jutjat i va estimar la demanda. El Tribunal Suprem estima els recursos per infracció processal i de cassació formulats per la comunitat de propietaris demandada, casa la sentència recorreguda i confirma la de primera instància.

Impugnació de l'acord comunitari pel qual es denegava al propietari demandant el reintegrament del que va abonar per reparar el seu balcó. Desestimació de la demanda. Abans que el demandant adquirís el seu habitatge, la comunitat havia adoptat diversos acords modificatius del títol constitutiu, en els quals s'establia que cada propietari efectuari pel seu compte la reparació del seu balcó, i encara que aquests acords no van ser inscrits en el Registre de la Propietat, el demandant en va tenir coneixement ja que després d'adquirir el seu habitatge va ser president de la comunitat durant alguns anys, per la qual cosa va tenir coneixement de les actes en les quals es reflectien els acords modificatius i, a més, coneixia l'acord adoptat en una Junta posterior en què recordava el contingut d'aquests acords modificatius. Coneguts aquests, el demandant va adquirir legitimació per impugnar-los. El no haver-ho fet suposa que des d'aquest moment són vinculants i executables.

Els propietaris exclosos pels estatuts de contribuir a les despeses de l'ascensor no han de pagar les despeses d'adaptació de l'ascensor a la normativa vigent

Sentència Tribunal Suprem, Sala Primera, núm. 342/2013, de 6 de maig (Ponent: Juan Antonio Xiol Ríos) LA LLEI 75864/2013



Sentències

ITER PROCESSAL: Les sentències d'instància van desestimar la demanda d'impugnació de l'acord comunitari pel qual s'establia que tots els copropietaris contribuïrien a sufragar les despeses derivades de les obres d'adaptació dels ascensors a la normativa vigent. El Tribunal Suprem declara que no és procedent el recurs de cassació interposat pels demandants i casa la sentència recorreguda deixant sense efecte l'acord impugnat.

Impugnació de l'acord pel qual s'establia que tots els copropietaris contribuïrien, en atenció al seu coeficient de participació, a sufragar les despeses derivades de les obres d'adaptació dels ascensors de la comunitat a la normativa vigent. Estimació de la demanda. Els propietaris eximits del pagament de les despeses relacionades amb els ascensors en els estatuts o en el títol constitutiu de la comunitat queden exclosos del pagament de les despeses generades per les obres de substitució o adaptació de l'ascensor. El Tribunal Suprem reitera com a doctrina jurisprudencial que les exempcions genèriques de despeses que afecten els locals, contingudes en les clàusules estatutàries, amb suport en el no ús del servei, comprenen tant les despeses ordinàries com les extraordinàries.

Nul·litat de l'acord pel qual es va autoritzar la instal·lació d'una xemeneia al pati de l'immoble per a evacuació de fums del local situat a la planta baixa

Sentència Tribunal Suprem, Sala Primera, núm. 307/2013, de 9 de maig (Ponent: Francisco Javier Arroyo Fiestas) LA LLEI 45888/2013

ITER PROCESSAL: El Jutjat de Primera Instància va estimar la demanda de nul·litat d'acord comunitari. L'AP Madrid va revocar la sentència del Jutjat i va desestimar la demanda. El Tribunal Suprem estima el recurs de cassació interposat per la demandant, casa la sentència recorreguda i confirma la de primera instància.

Nul·litat de l'acord pel qual es va autoritzar la instal·lació d'una xemeneia al pati de l'immoble per a evacuació de fums del local situat a la planta baixa. Les obres efectuades van alterar substancialment la configuració de l'edifici. L'acord, quan afectava elements comuns, solament podia adoptar-se per unanimitat, i l'oposició de l'actora és il·lustrativa que aquesta no es va aconseguir, unit això al fet que a la demandant se li va produir un manifest perjudici de caràcter objectiu amb la instal·lació d'una xemeneia que interrompia l'espai existent entre les dues finestres del seu pis. El fet que no manifestés la seva disconformitat amb l'acord en el termini de 30 dies establert en l'art. 17 LPH no comporta la supressió de la facultat de sol·licitar-ne l'anul·lació. Quant a la caducitat de l'acció, el termini és d'un any, d'acord amb l'art. 18.3 LPH, atès que s'infringeix la prohibició d'alterar elements comuns sense autorització unànime de la comunitat.

El TS reconeix legitimació per impugnar acords comunitaris als propietaris que van votar en contra sense salvar el seu vot

Sentència Tribunal Suprem, Sala Primera, núm. 242/2013, de 10 de maig (Ponent: José Antonio Seijas Quintana) LA LLEI 67759/2013

ITER PROCESSAL: Les sentències d'instància van estimar parcialment la demanda d'impugnació d'acords comunitaris. El Tribunal Suprem estima el recurs de cassació formulat per varis dels demandants i anul·la la sentència recorreguda, únicament quan

va negar legitimació als cinc propietaris que van votar en contra dels acords que impugnen i no van salvar el vot, mantenint la fallada d'aquesta sobre la qüestió de fons.

Impugnació d'acords comunitaris. Estimació parcial de la demanda. Legitimació activa dels propietaris que van votar en contra dels acords que impugnen i no van salvar el vot. El Tribunal Suprem declara com a doctrina jurisprudencial la següent: l'expressió «haguessin salvat el seu vot», de l'art. 18.2 LPH, ha d'interpretar-se en el sentit que no obliga al comú que hagués votat en contra de l'acord, sinó únicament al que s'absté.

Legalitat del tancament del passadís comú d'accés als habitatges permès als estatuts comunitaris

Sentència Tribunal Suprem, Sala Primera, núm. 351/2013, de 16 de maig (Ponent: Francisco Javier Arroyo Fiestas) LA LLEI 45899/2013

ITER PROCESSAL: Les sentències d'instància van desestimar la demanda de declaració d'il·legalitat i demolició de les obres de tancament del passadís comú d'accés als habitatges dels demandats. El Tribunal Suprem desestima el recurs de cassació interposat pels demandants.

Instal·lació d'una porta a un passadís comú d'accés a diversos habitatges, previ acord dels seus propietaris. Desestimació de la demanda que sol·licitava la declaració d'il·legalitat de les obres i la seva demolició. Als estatuts, degudament inscrits al Registre de la Propietat, es permetia el tancament de passadissos quan els titulars dels habitatges que donaven a ells prestessin el seu consentiment, la qual cosa no infringeix cap norma d'«ius cogens». Tampoc no es pot entendre que la clàusula estatutària fos discriminatòria, ni que afavorís uns comuns en perjudici d'uns altres, ni que s'hagués preredactat pel promotor en el seu propi benefici o dels qui l'envolten. Ni tan sols porta com a conseqüència una alteració de les quotes de participació en elements comuns, sinó que es limita a conferir l'ús exclusiu d'un element comú.

REGISTRE DE LA PROPIETAT

Doble immatriculació

Sentència Tribunal Suprem, Sala Primera, de 4 d'abril de 2013 (Ponent: Antonio Salas Carceller) LA LLEI 30429/2013

ITER PROCESSAL: Les sentències d'instància van estimar l'acció declarativa de domini d'una finca formulada pel demandant i, davant la impossibilitat de lliurar-li el ple domini i possessió de la finca, van condemnar l'ajuntament demandat a abonar-li'n el valor. El Tribunal Suprem declara que és procedent en part el recurs de cassació interposat pel demandat i casa parcialment la sentència recorreguda deixant sense efecte el pronunciament referit a la rectificació de la inscripció registral de la seva finca, ordenant la cancel·lació de la inscripció registral de la finca del demandant.

Segregació de dues finques de la mateixa finca matriu quedant part d'una d'elles (la del demandant) inclosa en la superfície registral de l'altra (la de l'ajuntament demandat), a causa d'un error en la descripció d'aquesta segona finca amb posterioritat a la seva segregació. Condemna el demandat a abonar al deman-



dant el valor de la seva finca davant la impossibilitat de lliurar-li'n el ple domini i possessió ja que es troba afecta o destinada a vials públics o zones verdes en virtut de l'actuació urbanística desenvolupada a la zona pel demandat. Solució del conflicte mitjançant l'aplicació de normes de dret civil amb exclusió de les normes hipotecàries. Cancel·lació de la inscripció registral de la finca a favor del demandant. La declaració judicial de cancel·lació de l'assentament ve imposada, sense necessitat de petició expressa, per la pròpia pretensió alternativa que ha estat acollida (el pagament del valor de la finca).

RESPONSABILITAT CIVIL D'ADVOCADA

Negligència de l'advocada que no va sol·licitar l'anotació preventiva de demanda impedit que el seu client recuperés la finca venuda

Sentència Tribunal Suprem, Sala Primera, de 22 d'abril de 2013 (Ponent: Juan Antonio Xiol Ríos) LA LLEI 66042/2013

ITER PROCESSAL: El Jutjat de Primera Instància va desestimar la demanda de reclamació d'indemnització dirigida, entre d'altres, contra una advocada per negligència professional. L'AP Madrid va revocar la sentència del Jutjat i va estimar en part la demanda contra aquesta advocada. El Tribunal Suprem desestima el recurs extraordinari per infracció processal interposat pel demandant i estima en part el seu recurs de cassació, anul·lant la sentència recorreguda quan aprecia compensació de culpes en la seva fonamentació. També desestima el recurs de cassació interposat per l'advocada.

Pèrdua d'oportunitat processal del client perquè l'advocada va interposar demanda sense sol·licitar-ne la mesura cautelar d'anotació preventiva. Omissió per l'advocada de la diligència exigible en l'acompliment de la seva comesa professional, ja que no va aplicar els imprescindibles coneixements jurídics que haguessin evitat el perjudici sofert pel client. Inexistència de concurrència de culpa d'aquest. Doctrina jurisprudencial sobre responsabilitat dels advocats per frustració de les accions judicials.

SOCIETATS

El president del consell d'administració no pot aixecar la sessió per evitar la seva destitució

Sentència Tribunal Suprem, Sala Primera, núm. 320/2013, de 20 de maig (Ponent: Ignacio Sancho Gargallo) LA LLEI 55100/2013

ITER PROCESSAL: El Jutjat Mercantil va desestimar la demanda d'impugnació d'acords adoptats pel consell d'administració per caducitat de l'acció. L'AP Alacant va revocar la sentència del Jutjat i va estimar la demanda. El Tribunal Suprem declara que és procedent el recurs de cassació interposat per la societat demandada, casa la sentència recorreguda i desestima la demanda.

Societat de responsabilitat limitada. Impugnació pel president del consell d'administració de l'acord pel qual se li va cessar en el càrrec, adoptat per la majoria dels consellers després que el propi president hagués aixecat la sessió i abandonat aquesta. Desestimació de la demanda. L'ordre del dia o la relació de temes a tractar no constitueix un requisit essencial per a la valide-

sa de la convocatòria del consell. Conseqüentment, en principi, poden ser tractats tots els assumptes que el consell consideri oportuns. D'altra banda, forma part de la capacitat autoorganitzativa del consell d'administració la designació i revocació del president, tret que els estatuts prevegin una altra cosa. En el cas d'actuacions, abans que el president donés per concloua la sessió, els consellers que representaven la majoria del consell van proposar, a través del secretari, que es discutís la remodelació dels càrrecs dins del consell, al que es va oposar el president. En aquest context, en què els consellers pretenien treure del càrrec de president la persona que ho era fins aleshores, constitueix un abús de facultats per part del president evitar la seva destitució mitjançant la decisió d'aixecar la sessió. Formalment, li correspon al president convocar la reunió, donar per constituït el consell, presidir-lo i concloure'l, però no pot avortar la presa d'una decisió que li afecta directament, aixecant la sessió, quan la majoria dels consellers havia votat a favor de la discussió d'aquest assumpte.

Abast de la renúncia a l'exercici del dret d'adquisició preferent en les societats de responsabilitat limitada

Sentència Tribunal Suprem, Sala Primera, núm. 338/2013, de 24 de maig (Ponent: Ignacio Sancho Gargallo) LA LLEI 65220/2013

ITER PROCESSAL: El Jutjat Mercantil va desestimar la demanda d'impugnació d'acords socials. L'AP Biscaia va revocar la sentència del Jutjat i va estimar la demanda. El Tribunal Suprem desestima els recursos de cassació formulats per les entitats demandades.

Societat de responsabilitat limitada. Comunicació per diversos socis de la seva intenció de transmetre les seves participacions. Renúncia dels socis restants i de la societat a l'exercici del dret d'adquisició preferent contemplat en els estatuts, en què també s'establia que si en el termini de sis mesos no es realitzava la transmissió projectada, havia de reiterar-se la comunicació, sancionant-se l'incompliment d'aquesta norma amb el no reconeixement de la condició de soci a l'adquirent. Impugnació dels acords adoptats en una Junta a la qual va acudir com a sòcia l'adquirent de les participacions havent incomplert els transmissors l'obligació de reiterar la comunicació. Estimació de la demanda. La renúncia al dret d'adquisició preferent dels socis no transmissors i de la societat ho era en relació amb la proposta de transmissió comunicada inicialment, i si, una vegada aconseguida la lliure transmissió per la renúncia aprovada per unanimitat en la junta de socis, no es verificava la venda en sis mesos, la facultat de lliure transmissió s'extingia i era necessari tornar a iniciar el procés previst en els estatuts per obtenir-la novament.

Data de valoració de les participacions del soci administrador exclòs mitjançant sentència ferma per incompliment de la prohibició de competència

Sentència Tribunal Suprem, Sala Primera, núm. 345/2013, de 27 de maig (Ponent: Ignacio Sancho Gargallo) LA LLEI 65211/2013

ITER PROCESSAL: Les sentències d'instància van estimar parcialment la demanda formulada per un soci exclòs de la societat demandada i van declarar que la valoració de les seves participacions havia de referir-se a la data en què va ser ferma la sentèn-



Sentències

cia d'exclusió. El Tribunal Suprem desestima el recurs de cassació interposat per la societat.

Societat de responsabilitat limitada. Exclusió del soci administrador per incompliment de la prohibició de competència. En un supòsit en què, per tenir el soci exclòs una participació igual o superior al 25% capital social, i no estar conforme amb l'acord d'exclusió, ha resultat necessària una sentència ferma per a la seva exclusió, els efectes d'aquesta exclusió operen des de la fermesa de la sentència i, per això, també cal referir a aquest moment la valoració de les seves participacions.

TÍTOLS NOBILIARIS

Acció declarativa del millor dret a posseir un títol nobiliari

Sentència Tribunal Suprem, Sala Primera, núm. 410/2013, de 13 de juny (Ponent: Antonio Salas Carceller) LA LLEI 83498/2013

ITER PROCESSAL: Les sentències d'instància van estimar l'acció de reclamació del millor dret a posseir un títol nobiliari. El Tribunal Suprem declara que és procedent el recurs extraordinari per infracció processal interposat per la demandada, anul·la la sentència recorreguda i desestima la demanda.

Falta de legitimació activa de la demandant ja que els documents aportats amb la demanda no eren aptes per acreditar-ne la filiació respecte de l'anterior posseïdor del títol. Els documents aportats són de caràcter públic (certificacions d'inscripció de naixement i matrimoni) però es van presentar sense compliment dels requisits legalment establerts ja que apareixien autoritzats a l'estranger sense comptar amb la «postil·la» exigida, es van aportar mitjançant fotocòpia i van ser impugnats per la part de-

mandada, per la qual cosa s'ha d'entendre que manquen de valor probatori.

URBANISME

Il·legalitat d'obres de construcció de diversos apartaments en sòl rústic

Sentència Tribunal Suprem, Sala Tercera, Contenciosa Administrativa, de 9 de maig de 2013 (Ponent: Eduardo Calvo Rojas) LA LLEI 49101/2013

ITER PROCESSAL: El Tribunal Suprem declara que no és procedent el recurs de cassació interposat contra la sentència del TSJ Galicia que va confirmar la il·legalitat d'unes obres de construcció i ordre de reposició al seu estat original.

Ordre de restitució de la parcel·la al seu estat original i ajust de l'ús i destinació de l'edificació als autoritzats per la llicència. Parcel·lació urbanística il·legal. Terreny classificat per les Normes Subsidiàries com a sòl no urbanitzable de protecció de costes. Hi ha hagut canvi d'ús de l'edificació en contra de la condició sota la qual es va concedir la llicència per a construcció d'aparthotel. Complex immobiliari. Encara que es mantingui formalment la unitat de l'immoble, es produeix la divisió ideal del dret o de l'aprofitament finca, donant amb això lloc a un resultat del tot equivalent al del complex immobiliari mitjançant un artificiós joc combinat de la divisió horitzontal i les participacions societàries de la societat civil creada a aquest efecte. Concepció àmplia i finalista de la parcel·lació urbanística. Comunicació al Registre de la Propietat, per a la seva constància, de la impossibilitat jurídica de divisió, segregació o parcel·lació de la parcel·la matriu en atenció al seu caràcter indivisible. Discrepància amb la valoració dels mitjans de prova no atendible en cassació.

Resolucions de la Direcció General dels Registres i del Notariat contra qualificacions de la propietat i mercantils

PublicadEs L'abril, EL MAIG I EL JUNY de 2013

Fernando Agustín Bonaga
Notari de Calatayud

ANOTACIÓ PREVENTIVA

Resolució de 3 d'abril de 2013 (BOE 97, 23-IV-13: 4314)

La caducitat de les anotacions ordenades judicialment opera *ipso iure* un cop esgotat el seu termini de vigència, tot i que formalment l'assentament es cancel·li posteriorment, en el moment de realitzar una nova inscripció o certificació. Un cop esgotat el termini de l'anotació, els assentaments posteriors milloren automàticament el seu rang i ja no poden ser cancel·lats en virtut del manament de l'art. 175 RH, el qual només pot ordenar la cancel·lació dels assentaments no preferents.

Així, la Direcció denega la cancel·lació de les càrregues posteriors a una anotació preventiva d'embargament, ordenada en un decret judicial d'adjudicació, perquè, en el moment de presentar el títol, l'anotació d'embargament es troba cancel·lada per transcurso del seu termini de vigència de quatre anys.

Resolució de 4 d'abril de 2013 (BOE 115, 14-V-13: 5016)

Denega la realització d'un embargament davant de l'herència jacent o hereus desconeguts d'una persona morta per falta de tracte successiu (art. 20 LH), ja que l'embargament s'ha dirigit contra els seus hereus indeterminats, sense més precisió, quan allò procedent hauria estat dirigir-lo contra els seus hereus certs i determinats, o bé contra l'administrador judicial.

Resolució de 17 d'abril de 2013 (BOE 118, 17-V-13: 5179)

Es presenta una sentència ferma que anul·la una inscripció de domini i ordena la reinscripció de la finca a nom dels anteriors propietaris, com també la cancel·lació de tots els assentaments

posteriors a l'assentament anul·lat. La Direcció denega la cancel·lació d'un embargament per deute tributari del titular l'assentament del qual s'anul·la, per no constar en el manament que el creditor hagi estat part en el procediment, ni que hagi estat personalment notificat, ni consti que la demanda havia estat anotada preventivament.

Resolució de 10 de maig de 2013 (BOE 135, 6-VI-13: 6016), Resolució de 10 de maig de 2013 (BOE 135, 6-VI-13: 6017), Resolució de 10 de maig de 2013 (BOE 135, 6-VI-13: 6018) i Resolució de 10 de maig de 2013 (BOE 135, 6-VI-13: 6019)

Al seu dia es va realitzar indegudament una anotació preventiva d'embargament administratiu sobre una finca el foli registral de la qual ja havia d'estar tancat, per haver estat prèviament agrupada amb una altra i venuda a un tercer aliè al procediment. Ara se sol·licita la pròrroga de l'anotació. En principi, caldria realitzar-la, ja que la pròrroga d'una anotació no és un assentament autònom, sinó que es limita a mantenir en el temps els efectes de l'anotació primitiva, tot mantenint-ne la seva prioritat. No obstant això, la Direcció denega la pròrroga, per seguretat jurídica, per no crear una aparença de dret que podria perjudicar el postor de bona fe, ja que el principi de prioritat impedirà en tot cas inscriure l'adjudicació derivada del procediment. Per resoldre aquest tipus d'errors de concepte apreciats pel Registrador, és aplicable el procediment dels art. 42-9 i 217 LH: convocar tots els interessats per a la subscripció unànime d'una acta de rectificació (o resolució judicial, si passa altrament), i es podrà demanar, mentrestant, una anotació preventiva per defecte esmenable de la pròrroga sol·licitada.



Resolucions

Resolució de 29 de maig de 2013 (BOE 154, 28-VI-13: 7035)

Denega l'anotació d'un manament d'embargament administratiu, tenint en compte que la societat embargada es troba en concurs de creditors en fase de liquidació, tant les provisions de constrenyiment com la diligència d'embargament són posteriors a la data d'obertura de la fase de liquidació i, segons el manament, el crèdit que causa l'embargament té la condició de crèdit contra la massa.

CONCURS DE CREDITORS

Resolució de 8 de març de 2013 (BOE 87, 11-IV-13: 3827) i Resolució d'11 de març de 2013 (BOE 90, 15-IV-13: 3985)

Deneguen una anotació preventiva d'embargament pretesa en virtut de constrenyiment administratiu quan ja consta anotat al Registre el concurs voluntari del deutor, ja que la provisió de constrenyiment i la diligència d'embargament són posteriors a la declaració de concurs i no existeix pronunciament previ del Jutge del concurs especificant que es tracta de crèdits contra la massa susceptibles d'execució separada.

Resolució de 14 de març de 2013 (BOE 90, 15-IV-13: 3988)

La jurisdicció del Jutge que està coneixent d'un concurs de creditors és exclusiva i excloent per conèixer, en altres matèries, de les mesures cautelars que afecten el patrimoni del concursat (art. 8 LC). En conseqüència, la Direcció denega la pràctica d'una anotació preventiva de demanda dictada per un Jutge diferent del que està coneixent del concurs prèviament anotat sobre la finca.

Resolució de 22 de març de 2013 (BOE 92, 17-IV-13: 4068)

Denega la inscripció d'un manament judicial d'embargament en virtut de la nova redacció dels art. 55 i 56 LC (redactats per l'art. 43 de la Llei 38/2011), que imposen la continuïtat en la jurisdicció del Jutge que coneix del concurs, a qui competirà declarar la no afecció dels béns travats a l'activitat empresarial o professional del concursat.

Resolució de 8 d'abril de 2013 (BOE 115, 14-V-13: 5022)

Admet una anotació preventiva d'embargament sobre béns d'una societat declarada en concurs, amb conveni aprovat. Confirma la doctrina de la STS de 10 de juny de 1997: l'aprovació del conveni concursal amb els creditors posa fi a l'expedient de suspensió de pagaments, amb la conseqüència que el deutor recobra de nou la seva plena llibertat d'actuació, llevat que en el conveni pactat se li hagués imposat alguna limitació, la qual sempre serà d'interpretació estricta. Avui aquesta solució resulta dels art. 133 i 137 LC.

Resolució de 9 d'abril de 2013 (BOE 115, 14-V-13: 5025)

Denega l'anotació d'un embargament recaigut en procediment de constrenyiment administratiu contra un titular declarat en concurs, tot i que la diligència d'embargament és anterior a la declaració de concurs, i el manament d'embargament es presenta abans que la dita declaració. Cal acreditar el pronunciament del Jutge del concurs que els béns embargats no són necessaris

per a la continuïtat de l'activitat professional del deutor (l'actual art. 55-1 LC exigeix aquest requisit per tal que puguin continuar els procediments d'execució administrativa que ja tinguessin provisió de constrenyiment abans de la declaració concursal).

I tot això amb independència que en presentar el manament no consti anotat el concurs, ja que la inscripció d'aquest no és una càrrega que s'hagi d'ordenar segons la prioritat registral, sinó la publicació d'una situació subjectiva, de manera que el Registrador haurà de qualificar tenint en compte les dates de la interlocutòria de declaració de concurs i la de l'acte de inscripció del qual se sol·licita, sense que es doni el conflicte de prioritat que resol l'art. 17 LH. A més, el règim d'intervenció o suspensió de facultats del concursat no neix amb la inscripció de la interlocutòria, sinó que és eficaç des de la data d'aquesta (art. 21-2 LC).

Resolució de 20 de maig de 2013 (BOE 152, 26-VI-13: 6920)

Un cop anotada al Registre la declaració de concurs, no és possible anotar més embargaments posteriors que els acordats pel Jutge concursal (art. 24-4 LC). Ara bé, l'art. 55-1 LC permet continuar els procediments administratius d'execució que ja tinguessin provisió de constrenyiment i les execucions laborals en què ja s'haguessin embargat béns, tot això abans de la declaració de concurs, sempre que els béns embargats no siguin necessaris per a la continuïtat de l'activitat professional o empresarial del deutor, una qüestió d'apreciació judicial, a la qual no s'estén la qualificació registral i respecte de la qual l'Administració actuant ha de demanar a l'òrgan judicial que es pronunciï, de manera que aquesta Administració recuperarà les seves facultats d'execució si la decisió és negativa, mentre que perdrà la seva competència si és positiva (Sentència 5a de 22 de juny de 2009, de la Sala de Conflictes de Jurisdicció i Competència del Tribunal Suprem). Després de la reforma de la Llei Concursal introduïda per la Llei 38/2011, la competència per a la declaració de no afecció correspon exclusivament al Jutge del concurs, seguint la pauta de la jurisprudència.

Sobre la base d'aquesta doctrina, la **Direcció denega un anotació preventiva d'embargament pretesa** per la Tresoreria General de la Seguretat Social quan ja consta anotat al Registre el concurs voluntari del deutor, malgrat que la providència de constrenyiment i la diligència d'embargament són anteriors a la declaració de concurs, en no existir pronunciament previ del Jutge concursal sobre el caràcter necessari del bé per a l'activitat del concursat.

CONDICIÓ RESOLUTÒRIA

Resolució de 17 de maig de 2013 (BOE 152, 26-VI-13: 6916)

Recapitula la doctrina de la Direcció sobre requisits per obtenir la reinscripció a favor del transmissor com a conseqüència de l'exercici de la condició resolutòria explícita, ex art. 1504 CC: aportació del títol del venedor; notificació judicial o notarial de quedar resolta la transmissió, feta a l'adquirent i sense oposició d'aquest (si hi ha oposició, cal pronunciament judicial sobre l'existència d'incompliment greu i injustificat); document que acrediti la consignació de l'import que hagi de ser retornat a l'adquirent o que correspongui per subrogació real als titulars de drets extingits (art. 175-6 RH), tenint en compte que la possible clàusula penal estipul-



lada per al cas de resolució no es pot deduir de la quantitat a consignar, ja que podria ser objecte de correcció judicial (art. 1154 CC).

Aplicant la doctrina anterior, denega la resolució pretesa per falta de consentiment del titular, la contestació al requeriment del qual no constitueix aplanament, ja que exigeix prèviament el lliurament de certes factures i d'una quantitat per diferència de repercussió de l'IVA.

DIVISIÓ, SEGREGACIÓ, PARCEL·LACIÓ

Resolució de 21 de març de 2013 (BOE 92, 17-IV-13: 4065)

Denega la inscripció d'una escriptura de segregació per falta de llicència o declaració d'innecessarietat. L'escriptura va ser atorgada un cop vigent el RDL 8/2011, però la sol·licitud de llicència es va presentar el 1999, per la qual cosa el recurrent al·lega haver-la adquirit mitjançant silenci administratiu positiu, d'acord amb la doctrina permissiva que mantenia la Direcció en el moment de sol·licitar aquesta llicència (anys 2009 i 2010).

El principi d'irretroactivitat impera respecte de la legislació i la jurisprudència, però no respecte de la doctrina que les interpreta. La Resolució de 14 d'abril de 2011 va declarar aplicables a les obres noves les normes vigents en el moment d'atorgar els documents, tot i que l'obra hagués estat executada abans. La Resolució de 27 de gener de 2012 va denegar la inscripció d'una escriptura de segregació de finca rústica inferior a la unitat mínima de cultiu, tot i que va ser atorgada abans de la legislació que reconeix el règim d'aquestes unitats. El principi d'irretroactivitat s'ha de matisar. En el supòsit estrictament registral, com seria una segregació, el Registrador ha de qualificar la concurrència no només dels controls administratius vigents en la data d'atorgament, sinó també dels aplicables a la data de presentació al Registre.

Resolució de 15 d'abril de 2013 (BOE 118, 17-V-13: 5176)

Admet la inscripció d'una compravenda de parts indivises de diverses finques no urbanitzables situades a Andalusia a diversos compradors, on, si bé és cert que no existeix cap assignació formal i expressa d'ús individualitzat d'una part de l'immoble, es discuteix si hi ha elements de judici reveladors de possible parcel·lació urbanística, amb risc de creació d'un nucli de població, que requeriria una llicència o una declaració d'innecessarietat. Certament, es reconeix que el concepte de *parcel·lació* transcendeix avui a la mera divisió material. Així, l'art. 66 de la Llei d'Ordenació Urbanística d'Andalusia considera també actes reveladors de possible parcel·lació urbanística aquells en què, mitjançant la interposició de societats, divisions horitzontals o assignacions d'ús o quotes *pro indiviso* d'un terreny, o d'una acció o participació social, poden existir diversos titulars als quals correspon l'ús individualitzat d'una part de terreny equivalent. No obstant això, en el cas resolt, no hi ha assignació d'ús individual de parts de finca, ni cap indicati del qual es pugui sostreure la sospita d'una possible parcel·lació.

Resolució de 16 de maig de 2013 (BOE 139, 11-VI-13: 6175)

Consten inscrites dues finques, de les quals es van anar segregant, al llarg del temps, diverses porcions, però sense determinar en quina de les dues finques registrals s'ubicava cada part segregada, com si es tractés d'una sola finca funcional agrupada.

No obstant això, ara la Direcció denega la inscripció d'una nova segregació indistinta. No acreditar prou la ubicació de la part segregada en una o altra pot donar lloc a una doble immatriculació. Es podria aplicar a aquest supòsit la solució de l'art. 306 RH, prevista, en principi, per a immatriculacions, però extensible a qualsevol creació d'una nova finca registral.

La Direcció desestima l'altre defecte apreciat pel Registrador: havent-se aportat certificació municipal sobre innecessarietat de llicència de segregació, no cal acreditar que la porció segregada no està destinada a dotacions públiques, viàries o zones verdes.

DOCUMENTS ADMINISTRATIUS

Resolució de 21 de març de 2013 (BOE 92, 17-IV-13: 4067), Resolució de 20 de març de 2013 (BOE 92, 17-IV-13: 4064) i Resolució de 20 de març de 2013 (BOE 92, 17-IV-13: 4063)

Al seu dia, mitjançant escrit de la Xunta de Galícia, es va instar el canvi de titularitat d'unes finques fins aleshores inscrites a nom de la Tresoreria General de la Seguretat Social, que van passar a nom de la comunitat autònoma, tot això en virtut de la normativa sobre transferències. Ara, la Tresoreria General sol·licita la rectificació de l'assentament, per entendre que la cessió es va produir indegudament en propietat, quan hauria d'haver estat en ús. La Direcció entén que no estem davant d'un supòsit en què és possible la rectificació d'ofici per part del Registrador, pel fet que l'error resulta susceptible de prova mitjançant document fefaent independent de la voluntat dels interessos. Per a la rectificació pretesa, caldrà el consentiment de l'Administració titular, o si no n'hi ha, resolució judicial ferma.

DOCUMENTS JUDICIALS

Resolució de 15 de març de 2013 (BOE 90, 15-IV-13: 3990)

Denega la inscripció al Registre de Béns Mobles d'un decret judicial d'adjudicació de vaixell recaigut en procediment separat de responsabilitat civil. La Direcció no considera obstacle per inscriure una adjudicació derivada de procediment de constrenyiment que l'embargament no hagi estat anotat (o que l'anotació hagués caducat), sempre que no resultin obstacles del Registre (art. 674-1 LEC). Els defectes que impedeixen la inscripció són: falta de ferma de la resolució judicial, a més, especialment, exigida per als vaixells a l'art. 167 RRM-1956; la no constància en el títol que el titular registral hagi estat part en el procediment, ni que (tractant-se d'un bé inscrit com a presumptivament de guanys) el seu cònjuge hagi estat notificat, i la falta de determinació en el títol de la quota de vaixell que correspon a cada un dels adjudicataris, tal com exigeix l'art. 54 RH, i atesa l'especial transcendència de la comunitat sobre un vaixell en la regulació dels art. 589 i s. CCom.

Resolució d'1 d'abril de 2013 (BOE 97, 23-IV-13: 4309)

Denega la inscripció d'una interlocutòria judicial recaiguda en expedient de domini immatriculador, pel qual es declara justificat el domini d'una persona sobre una finca que es diu formada amb part de la superfície de dues finques registrals determinades, l'agrupació de les quals ja figurava inscrita abans de l'expedient de domini.



Resolucions

La Direcció confirma la qualificació registral, que apreciava quatre defectes. Primer, la incongruència de la resolució judicial, en utilitzar-se l'expedient de domini immatriculador, quan el que hagués estat procedent és el de represa del tracte interromput. Segon, l'absència d'intervenció dels titulars registrals. Tercer, falta la descripció de la porció segregada i de les modificacions en les finques de les quals prové. Quatre, cal determinar quina part o porció de finca prové de cada una des les finques matrius i agrupar-les, per a la qual cosa fa falta llicència de segregació o declaració d'innecessarietat.

Resolució de 9 de maig de 2013 (BOE 135, 6-VI-13: 6015)

Denega la inscripció d'una sentència declarativa de domini adquirit per usucapió extraordinària. La demanda es dirigeix contra els hereus desconeputs del titular registral de la nua propietat, quan és doctrina consolidada la impossibilitat de cancel·lar drets inscrits a nom de persones no esmentades en el procediment. D'altra banda, no s'acredita la defunció de l'usufructuari el dret del qual es declara consolidat amb la nua propietat. Tot i que el títol del seu dret sigui del 1887, no correspon al Registrador substituir ni declarar per presumpció cap dels sistemes de prova de la defunció previstos a la legislació del Registre Civil.

Resolució d'11 de maig de 2013 (BOE 139, 11-VI-13: 6169)

Rebutja la inscripció d'una acta de conciliació dictada pel Jutge de Pau en què les parts s'avenen sobre determinades qüestions obligacionals relatives a un habitatge seu (ús provisional i pagaments), amb motiu de la ruptura de la seva convivència, però sense més dades sobre la seva situació personal, ni sobre si s'ha presentat o no demanda de separació o divorci.

Formalment, no s'ha complert l'exigència general d'escriptura pública, ni les seves excepcions: conveni regulador homologat judicialment, o resolució judicial. A més, l'acord assolit és merament obligacional: no es constitueix cap dret familiar d'ús en atenció dels fills menors i del cònjuge que ho necessiti (art. 90 i 96 CC); ni un dret real sobre la finca, en els termes dels art. 523 i s. CC; ni una modelització, amb rellevància registral, de les regles d'administració i disposició sobre el condomini de l'habitatge, a l'empara dels art. 399 CC i 2 LH.

Resolució de 17 de maig de 2013 (BOE 152, 26-VI-13: 6914)

Denega la inscripció d'una sentència que declara l'existència d'un contracte privat de compravenda i condemna el demandat a atorgar l'escriptura corresponent. Certament, les sentències declaratives o constitutives amb transcendència immobiliària són directament inscrivibles (llevat de les dictades en rebel·lia, en els termes de l'art. 524 LEC). Però també és cert que les sentències de condemna requereixen, per a la seva plena eficàcia i, per tant, per a la seva inscripció, la tramitació del corresponent procés d'execució (Resolució de 4 de maig de 2010).

EXCÉS DE CABUDA

Resolució de 3 d'abril de 2013 (BOE 97, 23-IV-13: 4313)

Denega la inscripció d'una acta de notorietat d'excés de cabuda (art. 298 RH) perquè el Registrador té dubtes fundats sobre

la identitat de la finca. En general, aquests dubtes no poden ser arbitraris, sinó fundats i motivats. A títol enunciatiu, el mateix art. 298 RH ofereix exemples (que es tracti d'una finca formada per segregació, divisió, agrupació, o bé que s'hagi inscrit amb anterioritat un altre excés). N'hi ha prou amb que el Registrador tingui aquests dubtes fundats (i no necessàriament total seguretat) perquè correspongui als sol·licitants la prova d'identitat. En el cas resolt, el Registrador funda els seus dubtes en què consta ja inscrit un previ excés de cabuda mitjançant acta promoguda per un titular anterior. Si existeix una acta anterior que va acreditar el fet notori de la cabuda real de la finca, l'acta actual hauria de justificar per què aquest «fet notori» és ara diferent. Sense aquesta justificació, el dubte del Registrador està plenament fundat.

Resolució de 4 d'abril de 2013 (BOE 115, 14-V-13: 5017)

Denega la inscripció de dos excessos de cabuda documentats en sengles actes de notorietat, tramitades d'acord amb l'art. 53-10 de la Llei 13/1996, per considerar fundats els dubtes del Registrador quant a la identitat de les finques i quant a si l'excés de cabuda pretès implica o no una invasió de terrenys contigus. Les finques afectades tenen en part límits fixos; estan identificades en bases gràfiques georeferenciades, i sobre aquestes existeixen prèvies rectificacions de cabuda, agrupacions i segregacions.

Per a la Direcció, l'informe favorable a la inscripció que va ser emès prèviament pel Registrador competent, segons l'art. 355 RH, té caràcter no vinculant, perquè així ho exigeix la STS de 31 de gener de 2001, que va anul·lar la reforma del Reglament Hipotecari mitjançant el RD 1867/1998. D'altra banda, no és obstacle per a la inscripció la falta de consentiment dels titulars de finques contigües, ni la falta de tracte successiu pel que fa a aquests, ja que la normativa reguladora d'aquest tipus d'actes s'està referint als contigus reals, siguin titulars registrals o no (Resolució de 2 de juliol de 1980), i l'acta no suposa la inscripció d'una acta translativa, sinó que els contigus només compareixen com a possibles perjudicats. Tampoc no cal expressar la causa de la modificació pretesa, ja que realment estem davant la registració d'un excés de cabuda, és a dir, davant la rectificació d'una dada errònia de superfície, i a aquests efectes n'hi ha prou amb la notificació.

Resolució de 6 de maig de 2013 (BOE 132, 3-VI-13: 5849)

Denega la inscripció d'un excés que duplica la cabuda inscrita. Tot excés de cabuda que superi la vintena part de la superfície inscrita ha de ser tractat amb un supòsit d'immatriculació. En el cas resolt, no s'ha aportat títol immatriculador suficient, ni certificació cadastral totalment coincident amb el títol. L'existència d'un mer projecte tècnic de mesurament tampoc no seria de per si suficient per inscriure l'excés (a més del fet que, d'acord amb l'art. 326 LH, no es pot tenir en compte en el recurs per haver-se aportat després de la qualificació).

FINCA DISCONTÍNUA

Resolució de 14 de maig de 2013 (BOE 139, 11-VI-13: 6173)

Per a la creació d'una finca discontinua, no n'hi ha prou amb la mera voluntat del propietari, sinó que s'ha d'acreditar objecti-



vament la unitat funcional d'explotació, o que les porcions estan en situació de dependència o interdependència per raó de propietat (i no, per exemple, per un mer arrendament).

En aplicació d'aquesta doctrina, la Direcció admet la inscripció d'una escriptura d'agrupació de dues finques no contigües que passen a formar una finca discontinua, per entendre que la certificació de la comunitat autònoma (exigida pel Registrador) no és l'únic mitjà acreditatiu objectiu idoni, sinó que, per contra, la possibilitat i la conveniència d'una unitat orgànica i funcional entre aquestes dues porcions de propietari únic resulten clarament d'altres circumstàncies recollides en les certificacions cadastrals descriptives i gràfiques aportades a l'escriptura, segon les quals: l'ús principal de les finques és agrari (totes dues són de secà: una d'oliveres i una altra d'ametlles), no disten entre si més de 500 m i estan comunicades per un camí comarcal d'ús agrícola de caràcter públic.

HIPOTECA

Resolució de 7 de març de 2013 (BOE 87, 11-IV-13: 3825)

Denega la inscripció d'un decret d'adjudicació com a conseqüència d'una execució hipotecària per falta de requeriment de pagament al deutor no hipotecant. El requeriment de pagament al deutor, a l'hipotecant no deutor i al tercer posseïdor és tràmit qualificable exigint per la legislació hipotecària (art. 132-1 LH) i processal (art. 685 LEC), i la seva manca suposa la infracció d'un tràmit essencial del procediment que podria donar lloc a la seva nul·litat.

Resolució de 8 de març de 2013 (BOE 87, 11-IV-13: 3826)

Una finca va ser hipotecada amb estipulació d'extensió de la hipoteca a les «agregacions de terrenys». Posteriorment, la finca va ser agrupada amb una altra. Ara es pretén deixar sense efecte l'agrupació, i deixar la hipoteca restringida a la finca inicialment hipotecada. La Direcció exigeix el consentiment del creditor hipotecari, ja que el pacte d'extensió de la hipoteca a les «agregacions de terrenys» s'estén a qualsevol forma en què a la finca hipotecada se li afegeixi una altra porció, ja sigui agrupació o agregació, que no difereixin materialment, sinó només en el seu mecanisme formal.

Resolució de 19 de març de 2013 (BOE 92, 17-IV-13: 4062) i Resolució de 21 de març de 2013 (BOE 92, 17-IV-13: 4066)

Denega l'expedició d'una certificació de domini i càrregues —i la corresponent nota marginal prevista a l'art. 236, lletra b), 2 RH— perquè la hipoteca no està inscrita a nom de l'executant (el titular és Unicaja, mentre que l'executant és Unicaja Banco, SA).

La Direcció recorda doctrina consolidada. La nota marginal d'expedició de certificació de domini i càrregues, si bé no produeix tancament registral, opera com una condició resolutòria que determinarà la cancel·lació de tots els assentaments posteriors a la hipoteca. No és una mera publicitat-notícia, sinó una notificació formal substitutiva de notificacions individualitzades als titulars posteriors. A més, el procediment d'execució hipotecària és essencialment de caràcter registral, atès el caràcter constitutiu de la inscripció respecte de la hipoteca, i la seva funció és essencialment protectora de la posició del deutor.

Resolució de 2 d'abril de 2013 (BOE 97, 23-IV-13: 4311)

Denega la inscripció d'una hipoteca mobiliària sobre vehicles i maquinària industrial. Quant als vehicles, no n'hi ha prou amb acompanyar el permís de circulació, sinó que el que és transcendent és fer-hi constar la hipoteca, ateses les restriccions per a la seva lliure circulació disposades a l'art. 37 LHMPD. Respecte de les màquines industrials, la seva ressenya es fa per mera referència a un informe de taxació que es protocol·litza, i amb la mera menció del seu dipòsit a la seu de la societat, però sense menció de la seva destinació a una explotació industrial (tal com exigeix l'art. 16-6 Reglament de LHMPD). Si es vol que les màquines siguin objecte d'hipoteca immobiliària independent, han de ser rigorosament descrites amb ressenya d'aquestes, expressió de les seves característiques de fàbrica, número, tipus i totes aquelles peculiaritats que contribueixin a la seva identificació (art. 43 LHMPD), com també sistema de propulsió, tipus o model (si es designés amb nom especial) i sèrie. Altrament, només podran ser objecte d'extensió d'una hipoteca mobiliària d'establiment mercantil, o d'extensió paccionada d'una hipoteca immobiliària. D'altra banda, la falta de menció de l'explotació a la qual es destinen només permet hipotecar les màquines com un element més de l'establiment mercantil hipotecat —art. 21, lletra b) LHMPD—, o ser objecte de penyora sense desplaçament de manera autònoma (art. 53-1 LHMPD). D'altra banda, la falta en l'escriptura de declaracions necessàries dels interessats (distribució de la responsabilitat entre els diversos béns hipotecats, domicili del deutor, designació del mandatar) no pot ser suplerta en l'escrit de recurs.

Resolució de 26 d'abril de 2013 (BOE 128, 29-V-13: 5635)

Denega la inscripció d'una escriptura d'herència i constitució d'hipoteca. La testadora havia ordenat dos llegats de quantitat, disposant que, en no haver-hi metàl·lic a l'herència, se satisfarien en vendre béns de l'herència, «i quedarà especialment vinculat l'import que s'obtingui de la venda de la finca propietat de la testadora a Artà». En l'escriptura d'herència, atesa la inexistència de metàl·lic, l'hereva adjudica a una de les legatàries de quantitat un dret de crèdit contra la mateixa hereva, que es garanteix amb una hipoteca sobre la finca d'Artà. La inscripció de la hipoteca no és possible per falta d'assenyalament d'un termini de venciment de la hipoteca, a partir del moment en què es compleixi la condició suspensiva (venda de la finca), perquè, de no ser així, la hipoteca naixeria i venceria simultàniament. Cal donar un termini per tal que, si es ven la finca, l'hereva hagi de pagar el llegat.

Resolució de 9 de maig de 2013 (BOE 135, 6-VI-13: 6014)

Suspèn la inscripció d'una escriptura de venda extrajudicial d'una finca hipotecada per no haver-se realitzat el requeriment de pagament al deutor amb cap de les persones previstes a l'art. 236, lletra c) RH.

La Direcció és favorable a interpretar flexiblement les normes que regeixen aquest tràmit essencial, tenint en compte la doctrina constitucional que afirma la transcendència dels actes de comunicació dins dels procediments judicials com a mitjà per tal que el destinatari pugui exercitar el seu dret de defensa, si bé tot ponderant els interessos en joc per evitar que es pugui paralitzar qualsevol actuació (sobretot quan la impossibilitat sigui imputable al mateix destinatari), i considerant irrellevant el defecte de comunicació que no impedeixi la tutela del processat per haver



Resolucions

tingut aquest coneixement extraprocedimental del contingut de la comunicació. Però, en tot cas, cal tenir en compte que aquesta doctrina constitucional es refereix a l'àmbit jurisdiccional, i no es pot traslladar automàticament a la venda extrajudicial, que, en definitiva, suposa l'exercici d'un dret privat.

El procediment al qual es refereix aquesta resolució va continuar, malgrat que la notificació de la societat deutora es va verificar en el domicili del Registre, però amb una persona que no va recollir-ne la cèdula, per manifestar que la societat requerida havia canviat el seu domicili, tot ignorant quin era el nou, i que no manté relacions amb aquesta. Existeix absoluta falta de relació amb el requerit. No és procedent interpretar l'art. 236 RH, en vista de les normes de la Llei d'Enjudiciament Civil, sobre notificació edictal en cas de frustració del requeriment, ja que no es pot confondre un procediment derivat de la potestat de l'Estat amb el desenvolupament d'un pacte negocial. Tampoc no és procedent l'aplicació supletòria o analògica del Reglament Notarial, ja que el prohibeix el seu art. 206. Certament, un requeriment de pagament al deutor quedaria frustrat per la seva mera negativa a identificar-se o la seva absència del domicili. I també és cert que, en el cas resolt, hi ha conductes del deutor que podrien imputar-li la seva pròpia indefensió o posar-la en dubte: no va notificar el seu canvi de domicili al creditor, ni ho va fer constar al Registre; a més, després del requeriment frustrat, va atorgar escriptura de venda de la finca (el Notari autoritzant va realitzar advertències sobre la constància del procediment). Però l'apreciació de totes aquestes circumstàncies correspon als jutges, i queda limitada l'activitat del Registrador a acceptar o no la inscripció.

Resolució de 18 de maig de 2013 (BOE 152, 26-VI-13: 6917)

Admet la inscripció d'una escriptura de compravenda amb subrogació d'hipoteca sotmesa a la condició suspensiva que en el moment de la inscripció no existeix cap assentament que impedeixi mantenir el mateix rang a la hipoteca novada. Segons la qualificació, no competeix al Registrador decidir si hi ha alteració de rang o no. En el Registre existeixen dues càrregues posteriors: una hipoteca a favor de la mateixa entitat de crèdit i una servitud d'instal·lació d'energia elèctrica. Totes dues s'han reflectit a l'escriptura i, malgrat aquestes, les parts han manifestat la seva voluntat inequívoca de realitzar el negoci. Per tant, la condició només produiria la seva ineficàcia en cas de càrregues preferents no esmentades.

Resolució de 22 de maig de 2013 (BOE 153, 27-VI-13: 6959)

Denega la inscripció d'un decret d'adjudicació com a conseqüència d'una execució hipotecària, per falta de demanda de requeriment de pagament al tercer posseïdor que va inscriure el seu dret abans de la nota d'expedició de certificació de domini i càrregues. El requeriment de pagament al tercer posseïdor és un tràmit qualificable exigint per la legislació hipotecària (art. 132-1 LH) i processal (art. 685 LEC), i la seva falta suposa la infracció d'un tràmit essencial del procediment que podria donar lloc a la seva nul·litat. No n'hi ha prou amb la mera notificació que, sobre la mera existència del procediment, li hagi realitzat el Registrador a l'hora d'expedir la certificació (art. 659 LEC), l'efecte de la qual només és avisar-lo de l'execució i permetre-li pagar i subrogar-se, però no substitueix tràmits processals més rigorosos.

Resolució de 29 de maig de 2013 (BOE 154, 28-VI-13: 7034)

Denega la cancel·lació d'una hipoteca en garantia d'una obligació al portador, pretesa en virtut de l'art. 82-5 LH, perquè a

l'escriptura de constitució es va estipular una determinada data de compliment (anterior en més de vint-i-un anys al moment de la qualificació), però establint la possibilitat de pròrroga pels tenidors de fins a un màxim de deu anys. Per tant, el termini de vint anys per a la prescripció de l'acció hipotecària, més l'any següent sense constància registral en contra, s'ha de comptar des de la data màxima de pròrroga. Aquest termini encara no ha transcorregut.

D'altra banda, nega que interrompi la prescripció la mera nota marginal a la hipoteca per la qual el titular de la finca que la va adquirir en un procediment d'execució hipotecària no preferent (la dels altres títols garantits amb la mateixa hipoteca) fixa un domicili per a requeriments i notificacions per a una eventual execució de la càrrega subsistent. El reconeixement de deute que interrompi la prescripció (art. 1973 CC) ha de ser realitzat pel mateix deutor, una circumstància que no concorre en l'adjudicatari per execució de càrrega no preferent. A més, el mer senyalament de domicili no constitueix manifestació relativa al crèdit, sinó a la configuració de la hipoteca.

IMMATRICULACIÓ

Resolució de 16 d'abril de 2013 (BOE 118, 17-V-13: 5178)

Admet una immatriculació mitjançant escriptura d'herència, complementada per acte de notorietat autoritzada per un Notari d'un altre districte notarial.

L'art. 199, lletra b) LH (a diferència de les actes per a represa de tracte, ex art. 203-1 LH), no exigeix que l'acta de notorietat per a immatriculació sigui autoritzada per Notari hàbil per actuar en el lloc en què radiquin les finques. I l'art. 298-1 RH es limita a preveure que es tramitaran d'acord amb l'art. 209 RN, el qual no requereix la competència territorial del Notari (l'art. 210 RN sí que exigia específicament per a aquestes actes que fossin autoritzades per Notari hàbil per actuar en el terme de la finca, però va ser anul·lat per la STS de 20 de maig de 2008). Només el Notari competent en el lloc on radiqui la finca podrà realitzar proves que requereixin la seva presència o actuació directa i immediata en aquest lloc.

Resolució de 8 de maig de 2013 (BOE 135, 6-VI-13: 6009)

Denega una immatriculació per doble títol notarial perquè la certificació cadastral descriptiva i gràfica no és totalment coincident amb el títol, la qual cosa és una exigència imprescindible per immatricular finques, sigui quin sigui el titular i el mitjà pel qual es pretengui.

Resolució de 9 de maig de 2013 (BOE 135, 6-VI-13: 6013)

Rebutja una immatriculació (art. 205 LH) pretesa mitjançant escriptura de compravenda el títol previ de la qual és una altra escriptura (atorgada el mateix dia i davant del mateix Notari) d'aportació a la societat de guanys dels venedors, en la qual el cònjuge aportant es limita a manifestar retòricament que al seu torn havia adquirit per «títols justos i legítims». Es pot inferir que tots dos títols han estat preparats *ad hoc* per aconseguir la immatriculació, atesa la seva simultaneïtat, la inexistència del títol original d'adquisició i el nul cost fiscal. No s'estima suficient l'argument que, amb la prèvia aportació, es pretén fer participi l'altre cònjuge dels beneficis derivats de la venda, ja que el preu, des



del seu ingrés al compte bancari referit als mitjans de pagament, esdevé presumptivament de guanys.

Resolució de 22 de maig de 2013 (BOE 153, 27-VI-13: 6961)

Admet la immatriculació de diverses finques que inclouen edificacions mitjançant la certificació eclesiàstica regulada a l'art. 206-1 LH, malgrat que el paràgraf 2n d'aquest article, relatiu, entre altres actes, a les declaracions d'obra, s'aplica només a les entitats públiques estatals. Per a la Direcció, no és aplicable aquest paràgraf 2n, sinó només el 1r. És doctrina reiterada que les exigències imposades per la legislació urbanística per a la inscripció al Registre de la Propietat regeixen també per les immatriculacions de finques amb edificacions. No hi ha cap norma urbanística que imposi l'escriptura per a les declaracions d'obra, el títol de la qual pot ser un altre (art. 208 LH i 308 RH), com ara una interlocutòria aprovatòria d'expedient de domini per reprendre el tracte (Resolució de 18 de juny de 1991) o un títol immatriculador, com el del supòsit.

Resolució de 28 de maig de 2013 (BOE 154, 28-VI-13: 7033)

Admet la immatriculació d'una finca ubicada a Galícia i contigua, segons el títol, amb una «*montaña pública*». La Direcció reitera la seva doctrina que l'informe exigint a l'art. 22 de la Llei de Muntanyes estatal no és preceptiu a qualsevol immatriculació de la finca ubicada en un terme municipal on hi ha muntanyes demaniales, sinó només quan es pretengui immatricular una muntanya o una finca contigua amb una muntanya demanial o ubicada en un terme municipal en què hi ha muntanyes demaniales. Certament, en el cas resolt, atesa l'expressió dels límits en el títol, està justificada l'exigència d'un informe, si bé finalment resulta que no es tracta d'una muntanya de domini públic: segons l'informe de la Xunta de Galícia, a la parròquia d'ubicació de la finca no hi ha cap muntanya demanial; a més, segons l'informe del Concello de Vigo, la muntanya contigua amb la finca és la muntanya veïnal a mà comuna (configurades a l'art. 56 de la Llei 2/2006, de Dret civil de Galícia, com de titularitat i aprofitament dels veïns en comunitat germànica, però no dels municipis o altres entitats locals).

MITJANS DE PAGAMENT

Resolució d'11 de març de 2013 (BOE 90, 15-IV-13: 3984)

Denega la inscripció d'una escriptura de reconeixement del dubte sorgit d'un contracte de préstec datat tres dies abans. La part creditora no és una entitat de crèdit, per la qual cosa no és aplicable l'especial normativa de supervisió i prevenció de frau fiscal prevista per a aquestes entitats.

El reconeixement de deute és un negoci pel qual s'assumeix i es fixa una obligació preexistent, l'efecte processal de la qual és dispensar de la prova d'aquesta (STS de 17 de novembre de 2006); no produeix efecte extintiu d'aquesta, a no ser que vagi acompanyat d'una novació extintiva. El nostre sistema no admet negocis abstractes, per tant, el reconeixement ha de tenir causa, que, en el cas resolt, s'indica expressament. L'obligació d'acreditar els mitjans de pagament s'aplica als «*actes i contractes onerosos*» amb contraprestació en diners. El mutu és contracte unilateral, però també oneros, perquè, tot i que només produeix obligació per al deutor, imposa càrrega patrimonial a totes dues parts. Les exigències legals sobre acreditació de mitjans de pagament són aplicables a les escriptures d'elevació a públic de

documents privats autoritzats després de l'entrada en vigor de la seva normativa reguladora. En l'escriptura es confessa haver rebut tot el préstec, i des del punt de vista registral només es pot considerar com a data del negoci la del document públic, i és sobre aquesta declaració que es projectarà l'exigència d'acreditació dels mitjans de pagament.

OBRA NOVA

Resolució de 5 de març de 2013 (BOE 87, 11-IV-13: 3818)

Admet la inscripció de la declaració de tretze obres noves, respecte de les quals ja no són procedents accions de disciplina urbanística, sobre un terreny que pertany *pro indiviso* a quatre titulars, sense exigir amb caràcter previ cap de les següents quatre coses:

- Aportació de l'acte administratiu que declari la situació de fora d'ordenació. No és requisit previ a la inscripció, sinó que pot ser complet amb posterioritat, ja que és possible que la construcció no es trobi fora d'ordenació. Si el legislador hagués optat per un sistema de prèvia fiscalització administrativa, només hagués admès la inscripció d'aquestes obres mitjançant certificació municipal. Per contra, segueix exigint al Registrador que qualifiqui l'antiguitat de la construcció, que no ocupa sol demanial, i que notifiqui a l'Ajuntament la inscripció realitzada, la qual cosa només té sentit si es pretén mantenir el sistema que possibilita la inscripció sense necessitat de prèvia intervenció municipal.
- Acreditació completa de l'efectiva extinció per prescripció del dret de l'Administració per tal d'adoptar mesures de restabliment de la legalitat urbanística, la qual cosa suposaria fonamentalment provar que l'obra no està inclosa en cap dels supòsits legals d'excepció a la prescripció (establerts, per exemple, a l'art. 185 de la Llei d'Ordenació Urbanística d'Andalusia, aplicable al cas). La prova del termini de prescripció, unida a la constatació d'inexistència d'anotació preventiva d'incoació d'expedient de disciplina urbanística, són els únics requisits d'inscripció exigits als art. 20-4 LS i 52, lletra d) RD 1093/1997.
- Aportació de llicència d'ocupació o utilització. Aquest criteri d'innecessarietat inspira la regulació del Decret andalús 2/2012, que regula les edificacions i els assentaments en sol urbanitzable, i que declara la incompatibilitat de la llicència de primera ocupació amb les edificacions assimilades al règim de fora d'ordenació, com a conseqüència de la caducitat de l'acció de disciplina urbanística (art. 8-6).
- Llicència de parcel·lació. Certament, l'art. 66 de la Llei d'Ordenació Urbanística d'Andalusia considera també actes reveladors de possible parcel·lació urbanística aquells en què, mitjançant la interposició de societats, divisions horitzontals, o assignacions d'ús o quotes *pro indiviso* d'un terreny, o d'una acció o participació social, puguin existir titulars als quals els correspongui l'ús individualitzat d'una part de terreny equivalent. Però, en tot cas, l'índex de parcel·lació il·legal no ve determinat pel nombre de titulars, sinó per l'ús individualitzat de parts de terreny, cosa que no succeeix en aquest supòsit.

Resolució de 2 d'abril de 2013 (BOE 97, 23-IV-13: 4312)

Per a la inscripció d'una escriptura d'obra nova acabada, el requisit de la certificació energètica és exigible encara que es tracti d'un supòsit d'autopromoció per a ús propi.

El legislador espanyol va aprofitar la reforma de l'art. 20 LS, efectuada mitjançant el RDL 8/2011, per incorporar aquesta manifestació concreta de la política de la Unió Europea en matèria de medi ambient i política energètica, que és, per tant, aplicable a qualsevol edificació acabada dins del seu àmbit material i temporal. No hi ha, doncs, identitat de raó amb altres requisits l'exempció dels quals ha estat admesa quan no concorrin les circumstàncies de protecció a tercers que en justifiquen l'existència (per exemple, el Llibre de l'Edifici).

Resolució de 15 d'abril de 2013 (BOE 118, 17-V-13: 5175)

Declara inscrivible una escriptura d'obra nova, situada a Andalusia, declarada per transcurs del termini de prescripció de possibles infraccions urbanístiques (art. 20-4 LS).

Confirma la interpretació del requisit legal de fer constar a l'assentament la situació de fora d'ordenació mitjançant aportació de l'acte administratiu que declari aquesta situació. L'aportació d'aquest acte no és requisit previ a la inscripció, sinó que pot ser complert amb posterioritat, ja que pot ser que la construcció no es trobi fora d'ordenació. A més, si el legislador hagués optat per un sistema de prèvia fiscalització administrativa, només hauria admès la inscripció d'aquestes obres mitjançant certificació municipal. Per contra, segueix exigint al Registrador que qualifiqui l'antiguitat de la construcció, que no ocupa sòl demanial, i que notifiqui a l'Ajuntament la inscripció realitzada; tot això només té sentit si es pretén mantenir el sistema que possibilita la inscripció sense necessitat de prèvia intervenció municipal.

Tampoc no és exigible per a aquest tipus d'obres «antigues» l'aportació de llicència d'ocupació o utilització. Aquest criteri inspira la regulació del Decret andalús 2/2012, sobre edificacions i assentaments en sòl no urbanitzable, que declara la incompatibilitat de la llicència de primera ocupació amb les edificacions assimilades al règim de fora d'ordenació, com a conseqüència de la caducitat de l'acció de disciplina urbanística (art. 8-6).

Resolució de 6 de maig de 2013 (BOE 132, 3-VI-13: 5847)

Admet la inscripció d'obres noves respecte de les quals ja no és procedent accions de disciplina urbanística (art. 20-4 LS) sense exigir la prèvia aportació de l'acte administratiu que declari la situació de fora d'ordenació, aportació que no és requisit previ a la inscripció, sinó que pot ser complert amb posterioritat, ja que és possible que la construcció no es trobi fora d'ordenació. A més, si el legislador hagués optat per un sistema de prèvia fiscalització administrativa, només hauria admès la inscripció d'aquestes obres mitjançant certificació municipal. Per contra, segueix exigint al Registrador que qualifiqui l'antiguitat de la construcció, que no ocupa sòl demanial, i que notifiqui a l'Ajuntament la inscripció realitzada; tot això només té sentit si es pretén mantenir el sistema que possibilita la inscripció sense necessitat de prèvia intervenció municipal.

Tampoc no és exigible, per declarar obres «antigues», aportar llicència d'ocupació o utilització. Aquest criteri inspira la regulació del Decret andalús 2/2012, que regula les edificacions en sòl no urbanitzable, i que declara la incompatibilitat de la llicència de primera ocupació amb les edificacions assimilades al règim de fora d'ordenació, com a conseqüència de la caducitat de l'acció de disciplina urbanística (art. 8-6).

Resolució d'11 de maig de 2013 (BOE 139, 11-VI-13: 6168)

Declara inscrivible una declaració d'obra nova en la via de l'art. 20-4 LS, malgrat tenir com a base una resolució de l'Ajuntament de la qual en resulta (a més d'una antiguitat superior a sis anys) que l'edificació és disconforme amb l'ordenació, que per aquest mateix motiu no és legalitzable i que l'ús al qual es destinarà és de magatzem-cotxera, sense que se'n pugui reconèixer l'ús d'habitatge per no tenir justificats els serveis bàsics propis d'aquest ús.

L'art. 20-4 LS no diu res sobre l'ús al qual es destini l'edifici, la seva conformitat amb les previsions urbanístiques (de fet, el més probable és que estigui fora d'ordenació), ni l'eventual control registral respecte d'això. Per això, per a la inscripció, ni es pot exigir la llicència d'ocupació, ni és obstacle la declaració municipal d'usos incompatibles amb la descripció de l'edificació. Tot això, sense perjudici que l'ús continuat contrari a l'ordenament sigui sancionable, ni que la constància registral de la limitació d'ús serveixi per donar a conèixer l'il·lícit a tercers.

Resolució de 16 de maig de 2013 (BOE 139, 11-VI-13: 6176)

Declara inscrivible una escriptura d'obra nova declarada per antiguitat (art. 20-4 LS) sense necessitat d'aportar el Llibre de l'Edifici per al seu dipòsit al Registre —contra el parer del Registrador, que entenia aplicable l'art. 27-1, lletra c) del Reglament de Disciplina Urbanística andalús.

La Direcció entén que l'exigència del Llibre de l'Edifici queda limitada als supòsits del núm. 1 de l'art. 20 LS, però no als del núm. 4. L'acreditació dels requisits exigibles per a la inscripció és matèria de competència estatal, que, per a aquest tipus d'obres, es regula en l'esmentat art. 20-4 LS. Certament, la Direcció ha exigint l'assegurança decennal per declarar i inscriure obres noves que, tot i estar consolidades per raó d'antiguitat, estiguessin dins de l'àmbit d'aplicació temporal de la Llei d'Ordenació de l'Edificació (*infra*. Resolució de 3 de juliol de 2012, 1a i 2a), però no perquè l'exigència vingui imposada per l'art. 20-4 LS, sinó per l'art. 20 LOEx, que exigeix l'assegurança per autoritzar i inscriure obres noves, sense distinció entre antigues i de nova construcció. Per contra, l'exigència del Llibre de l'Edifici com a requisit d'autorització i inscripció ve imposada a l'art. 20-1 LS només per a les obres de nova construcció. Les resolucions de 24 de març i de 14 d'abril de 2011 van mantenir el criteri oposat, però són anteriors a la reforma de l'art. 20 LS operada pel RD 8/2011.

OPCIÓ

Resolució de 18 d'abril de 2013 (BOE 127, 28-V-13: 5586)

Denega la inscripció d'una escriptura d'elevació a públic d'un document privat d'opció de compra en què l'immoble s'identifica però no es descriu, i en la qual no compareix el propietari.



L'oferta es concreta en la incorporació d'uns documents que, segons es manifesta, suposen el pagament d'un senyal i la recepció de l'oferta pel qui es diu representant de l'entitat de crèdit venedora. La seva eficàcia no és real, sinó només obligacional, i, per això, la següent Resolució de 18 d'abril de 2013 (BOE 127, 28-V-13: 5587) denega la possibilitat d'obtenir anotació de suspensió.

PRIORITAT REGISTRAL

Resolució de 7 de maig de 2013 (BOE 132, 3-VI-13: 5850) i Resolució de 8 de maig de 2013 (BOE 135, 6-VI-13: 6010)

En escriptura atorgada davant d'un Notari de Panamà, una societat panamenya declara acceptar l'aportació a aquesta d'unes finques situades a Espanya realitzada per una societat espanyola. Posteriorment, la societat aportant atorga a Espanya una escriptura de ratificació de l'anterior aportació. Al Registre es presenten, per aquest ordre: l'escriptura de ratificació, un manament judicial sol·licitant anotació preventiva de demanda contra el titular registral aportant i, per acabar, l'escriptura inicial d'aportació.

La Direcció confirma la prioritat del manament judicial. La sola escriptura de ratificació no és títol inscrivible tenint en compte l'art. 2 LH. El títol formal i material inscrivible és l'escriptura d'aportació atorgada a Panamà i presentada al Registre quan ja es trobava presentat un títol contradictori, sense que la prioritat registral de l'aportació es pugui retrotreure en el moment de presentar la ratificació, ja que, quan el nostre ordenament admet la ratificació d'un negoci amb eficàcia retroactiva, aquesta eficàcia es limita a l'àmbit de les parts contractants, i deixa fora qualsevol efecte perjudicial per a tercers. El defecte que impedeix inscriure la ratificació és ineludible, precisament, a causa de la impossibilitat de retrotreure els seus efectes.

PROCEDIMENT I PUBLICITAT REGISTRAL

Resolució d'1 d'abril de 2013 (BOE 97, 23-IV-13: 4308)

Denega la sol·licitud d'exhibició dels llibres relatius a totes les inscripcions de certes finques registrals dels titulars anteriors, de les quals la sol·licitant és filla i hereva.

L'interès que dona dret a accedir al Registre ha de ser directe, conegut i legítim. Al Registre de la Propietat, l'interès s'ha de provar a satisfacció del Registrador, sota la seva responsabilitat, d'acord amb el sentit i la funció de la institució registral. A més, les dades sensibles de caràcter personal o patrimonial només podran ser objecte de publicitat per a finalitats pròpies de la institució registral, que, segons la Instrucció de la DGRN de 17 de febrer de 1998, són la investigació jurídica, patrimonial i econòmica encaminada a la contractació o a la interposició d'accions judicials, però no la investigació privada de dades no patrimonials, que només podran ser objecte de publicitat segons les normes sobre protecció de dades. En el cas resolt, la sol·licitant té interès legítim, malgrat que els seus causants ja no figurin com a titulars dels béns, ja que això no li impediria impugnar la transmissió posterior.

No obstant això, la sol·licitud es denega quant a la forma de publicitat prestesa. L'exhibició a la qual té dret la sol·licitant no pot ser

la del llibre físic, sinó la de la seva reproducció, i no de tot, sinó només de la part necessària per satisfer l'interès legítim de la sol·licitant.

Resolució de 8 d'abril de 2013 (BOE 115, 14-V-13: 5021)

Denega la sol·licitud de certificació de vint-i-sis finques, la destinació de les quals és paralitzar una junta de compensació, per haver estat admesa en aquesta una parcel·la que, segon el sol·licitant, té només existència registral, però no real, i respecte de la qual hi ha diversos processos penals. També se sol·licita que el Registrador emeti judicis corroborant o rebatent l'argumentació del sol·licitant.

La Direcció denega la sol·licitud. L'objecte d'una certificació és només posar de manifest el contingut del Registre en la forma legal (art. 221 i s. LH). La sol·licitud de certificació ha d'expressar amb tota claredat el contingut registral concret que es vol conèixer (art. 229 LH). Si l'interessat creu que el Registre no reflecteix la realitat, ha d'acudir al procediment de l'art. 40 LH.

Resolució d'11 d'abril de 2013 (BOE 118, 17-V-13: 5173)

Es presenta al Registre Mercantil una segona còpia d'una escriptura de constitució de societat perquè s'hi facin constar les seves dades d'inscripció. La Registradora ho denega per apreciar una discrepància (quant a la data de tancament de l'exercici social) entre la segona còpia i els Estatuts inscrits, i exigeix l'aportació de la primera còpia per poder saber si es tracta d'un error del Registre o del títol ara presentat. La Direcció revoca la qualificació negativa: no cal tornar a aportar la primera còpia autoritzada, ja que totes tenen el mateix valor (art. 221 RN i Resolució de 3 d'octubre de 2012); en els casos de presentació de segona o ulterior còpia d'un document inscrit, l'actuació registral s'ha de concretar a l'expressió del fet que el document presentat no s'inscriu, ja que una altra còpia d'aquest està degudament inscrita.

Resolució de 7 de maig de 2013 (BOE 132, 3-VI-13: 5852)

Un cop realitzats els assentaments ordenats judicialment com a conseqüència d'un procediment d'execució directa contra béns hipotecats, el recurs governatiu no és ara la via apropiada per conèixer de la pretensió d'un titular posterior a la hipoteca que al·lega la invalidesa del títol per no haver tingut en el procediment la posició jurídica prevista per a ell en l'ordenament. El recurs només és procedent contra qualificacions negatives. Els assentaments ja realitzats estan sota la salvaguarda dels tribunals.

Resolució de 8 de maig de 2013 (BOE 135, 6-VI-13: 6012)

Un cop realitzat un assentament ordenat judicialment, el recurs governatiu no és ara la via apropiada per conèixer de la pretensió del recurrent, que al·lega la invalidesa del títol. Els assentaments ja realitzats estan sota la salvaguarda dels tribunals.

PROPIETAT HORITZONTAL

Resolució de 9 d'abril de 2013 (BOE 115, 14-V-13: 5024)

Denega la immatriculació, mitjançant expedient judicial de domini, d'una terrassa inserta dins d'una propietat horitzontal inscrita. No és possible alterar la inscripció de la propietat horitzontal sense el consentiment dels propietaris.



Resolucions

Resolució de 25 d'abril de 2013 (BOE 127, 28-V-13: 5592)

Denega la inscripció d'una escriptura de modificació del títol constitutiu d'una propietat horitzontal (divisió d'un departament i canvi d'ús dels resultants) per falta de consentiment dels nous propietaris, els quals, tot i haver adquirit el seu dret després de l'acord de junta que autoritzava la modificació, el van inscriure abans d'aquesta.

La Direcció no admet l'al·legació que aquest acord de junta sigui un acte col·lectiu que no necessiti el consentiment individualitzat dels propietaris (ni tan sols de la relació de propietaris assistents). La distinció entre actes col·lectius i actes individualitzats només afecta la forma d'expressió del consentiment dels titulars: amb acord de junta, en el primer cas, i individualment per cada propietari, en el segon. Però, al marge que la formulació del consentiment sigui col·lectiva o individualitzada, s'han d'aplicar els principis hipotecaris (tancament registral, inoponibilitat) inspirats en la seguretat del tràfic i en la necessitat d'evitar la clandestinitat de les càrregues ocultes (art. 13, 17 i 32 LH). El canvi d'ús d'una entitat i la creació de nous departaments constitueix una modificació del títol constitutiu de la propietat horitzontal que afecta tots els copropietaris de l'immoble (art. 5 LPH), per tant, la seva falta d'inscripció representa una càrrega oculta.

Resolució de 31 de maig de 2013 (BOE 154, 28-VI-13: 7039)

Declara inscrivible la regla estatutària que atribueix a cada habitatge l'ús de la terrassa a la qual dona accés, com també les despeses del seu manteniment i de la seva neteja, si bé les reparacions generals de les terrasses (com a elements comuns) seran a càrrec de tots els habitatges, però no dels locals.

La Direcció es fa ressò de l'evolució jurisprudencial, que ha passat de declarar invàlid el pacte d'exempció en despeses comunes (STS de 18 de juny de 1970) a permetre, sobre la base de l'actual art. 9-5 LPH, un règim de despeses basat en mòduls diferents de la quota (STS de 22 de maig de 2008), si bé l'exempció total només serà admissible si es justifica en una causa proporcionada, com succeeix quan s'eximeix de pagar despeses d'ascensor als propietaris de la planta baixa o de pagar despeses de portal i escala als amos dels locals.

Les terrasses són elements comuns per destinació, per tant, es pot atribuir a cada habitatge el seu ús privat i el seu manteniment. Però, al mateix temps, el forjat que hi ha sota la terrassa és un element comú per naturalesa, per tant, la seva conservació és una obligació comuna de tots els elements de l'edifici. L'exoneració dels locals només és admissible si la interpretem cenyida a les reparacions generals que no afecten les condicions estructurals d'estanqueïtat, habitabilitat, accessibilitat i seguretat de l'edifici, ja que les que sí que les afecten són imperativament a compte de tota la comunitat.

RECTIFICACIÓ I ESMENA

Resolució de 2 d'abril de 2013 (BOE 97, 23-IV-13: 4310)

Denega la rectificació d'una inscripció d'agrupació pretesa mitjançant instància privada subscripta només per part dels ti-

tulars registrals, la qual es basa en uns errors i inexactituds pels quals se sol·licita la rectificació pel procediment dels art. 211 i s. LH. La Direcció ho desestima perquè no hi ha cap error material evident que permeti seguir aquest procediment. Sense examinar el títol de l'agrupació, tampoc no es pot apreciar si existeix un error de concepte (art. 218 LH) o un error del títol (art. 44 LH). A més, l'assentament d'agrupació va ser objecte de rectificació judicial anterior, de manera que si hi haguessin hagut més errors, s'haurien resolt en aquest procediment judicial.

Resolució de 19 d'abril de 2013 (BOE 127, 28-V-13: 5589)

Al seu dia, mitjançant escrit de la Xunta de Galícia, es va instar el canvi de titularitat d'unes finques fins aleshores inscrites a nom de la Tresoreria General de la Seguretat Social, que van passar a nom de la comunitat autònoma, tot això en virtut de la normativa sobre transferències. Ara, la Tresoreria General sol·licita la rectificació de l'assentament perquè no va ser part en el procediment. La Direcció entén que no és possible un recurs contra la inscripció ja realitzada. La nul·litat d'un assentament només pot ser declarada pels tribunals en procediment dirigit contra tots aquells a qui l'assentament concedeix algun dret (art. 40 LH).

Resolució de 20 d'abril de 2013 (BOE 127, 28-V-13: 5590)

Denega la desagrupació d'una finca, mitjançant la segregació de part d'aquesta i la inscripció posterior a favor del sol·licitant, amb efectes retroactius, prèvia cancel·lació de totes les inscripcions realitzades des del 1984. Per a la rectificació pretesa, és imprescindible el consentiment del titular registral o, si no n'hi ha, resolució judicial.

Resolució de 13 de maig de 2013 (BOE 139, 11-VI-13: 6170)

Denega la inscripció d'una escriptura de rectificació de descripció d'una finca (modificació d'un límit i d'una superfície) per falta d'aportació del títol i de l'avantítol, documents necessaris per a la inscripció: el títol previ és la segregació de la finca la descripció de la qual es rectifica, i el títol d'adquisició és l'elevació a públic de la venda de la porció per segregar.

Resolució de 14 de maig de 2013 (BOE 139, 11-VI-13: 6174)

Consta inscrita una escriptura en la qual els compradors van manifestar estar casats en règim de guanys. Ara es pretén modificar aquesta inscripció mitjançant una escriptura atorgada només per un dels compradors, el qual acredita (mitjançant certificació seva de naixement i Llibre de Família) que en el moment de la compra tots dos adquirents estaven solters, per tant, realment la compra ha de constar inscrita per meitat i amb caràcter privat.

La Direcció denega la inscripció de l'esmena pretesa i exigeix el consentiment de l'altre cònjuge o, si no n'hi ha, resolució judicial recaiguda en judici entaulat contra ell —art. 40, lletra d) LH. Certament, és doctrina de la Direcció que, quan la rectificació es refereix a fets susceptibles de prova mitjançant documents fefaents i independents de la voluntat dels interessats, n'hi haurà prou per a l'esmena la mera petició de l'interessat acompanyada d'aquests documents. Però no és això el que ha passat en aquest supòsit, en què s'ha acreditat de manera fefaent l'estat de solters dels aleshores compradors, però no la porció que cada un va ad-



quirir *pro indiviso*, per a la determinació de la qual és ineludible el consentiment de tots dos.

Resolució de 24 de maig de 2013 (BOE 154, 28-VI-13: 7031)

Al seu dia es va inscriure la cessió d'una finca pertanyent a diversos titulars a canvi d'obra futura. El 2010 es va presentar escriptura de resolució de la cessió, per mutu acord de les parts, que no va ser qualificada ni inscrita. El 2013 es torna a presentar la mateixa escriptura de resolució i es reinscriu la finca a nom de la pluralitat de cedents. Ara la Direcció denega la pretensió d'un dels titulars readquirents (el qual diu, a més, actuar en nom d'altres, però sense acreditar-ho) que es rectifiqui la data de la inscripció de la resolució realitzada el 2013 per fer constar la del 2010. La data de la inscripció és la que correspon al moment de la presentació que la va motivar i, com tot l'assentament, està sota la salvaguarda dels tribunals.

RÈGIM ECONÒMIC MATRIMONIAL

Resolució de 7 de març de 2013 (BOE 87, 11-IV-13: 3823)

Es refereix una participació de dos terços de finca inscrita a nom de dos cònjuges bolivians, per meitat i *pro indiviso*, d'acord amb la llei que regeix el seu matrimoni (art. 92 RH). La Direcció denega l'embargament d'un dels dos terços disposat en procediment seguit només contra el marit, tot i que notificat a l'esposa. Resulta obligatori demandar conjuntament els dos cònjuges estrangers per embargar béns inscrits a nom de tots dos amb subjecció al seu règim econòmic quan no consti, per acreditació del Dret estranger (en aquest cas, el bolivià, segons l'art. 9-2 CC) o per coneixement d'aquest per part del Notari o Registrador, que regeix un sistema de comunitat de béns que permeti la mera notificació al cònjuge no deutor prevista a l'art. 144-1 RH.

El cas es planteja abans de l'entrada en vigor del nou art. 144-6 RH (introduït per la Llei 13/2012, de 26 de desembre), que permet embargar béns inscrits segons l'art. 92 RH, sempre que la demanda s'hagi adreçat contra tots dos cònjuges o només contra un d'ells amb notificació a l'altre.

Resolució de 9 de març de 2013 (BOE 90, 15-IV-13: 3983)

L'efectivitat del conveni regulador és merament liquidatòria del règim econòmic conjugal, sense que sigui possible estendre'l a d'altres actes amb significació negocial pròpia, que requeririen escriptura pública. Així, respecte d'un immoble que no és habitatge familiar (una plaça de garatge) i que l'esposa va adquirir de soltera, la Direcció denega la inscripció de la seva adjudicació a l'espòs mitjançant conveni regulador.

Resolució de 17 d'abril de 2013 (BOE 120, 20-V-13: 5285)

Havent-se atorgat una anterior escriptura en la qual diversos ciutadans francesos casats en règim de comunitat de béns compravren una finca, es presenta ara una escriptura complementària en la qual els cònjuges dels compradors confessen que els diners utilitzats en la compra eren propis dels adquirents i consenten la inscripció privativa a favor d'aquests. Per inscriure l'escriptura complementària, cal acreditar-se el NIE dels confessants. La confessió de privativitat és acte inclòs a l'art. 254-2 LH no només

perquè determina una modificació de la titularitat del bé, sinó també per la seva transcendència tributària (no és un dels actes exceptuats de presentació d'acord amb l'art. 54 L-ITP).

D'altra banda, no és aplicable la doctrina de la Resolució de 7 de desembre de 2007, que eximia d'acreditar el NIF del cònjuge del venedor, compareixent als efectes de consentir la disposició de l'habitatge habitual (art. 1320 CC), ja que aquest cònjuge no és part, sinó que solament presta un mer assentiment al negoci realitzat pel seu consort. Per contra, la confessió de privativitat suposa un autèntic consentiment l'objecte del qual és desvirtuar el caràcter comú que per defecte correspondria al bé.

Resolució de 23 de maig de 2013 (BOE 153, 27-VI-13: 6963)

Denega la inscripció de la constitució d'un agermanament (art. 38-43 de la Llei 10/2007, de règim econòmic matrimonial valencià) entre diverses finques pertanyents a cada un de dos cònjuges casats en separació de béns per falta d'expressió de la causa onerosa o gratuïta. És cert que germania i de guanys no són equiparables ni és possible, en general, l'aplicació analògica de les seves normes, però en tots dos casos es produeix un desplaçament entre masses patrimonials separades i, per tant, resulta aplicable també a la germania la doctrina que la Direcció ha anat perfilant en matèria de guanys, tot i que aplicable a qual-sevol negoci d'aportació, per exigir la concreció de tots els seus elements constitutius i, entre aquests, que s'expressi o dedueixi del títol la causa, havent-hi prou amb esmentar la seva onerositat o gratuïtat.

La Direcció s'entén competent per al recurs, ja que l'Estatut d'Autonomia Valencià no té norma competencial sobre recursos contra qualificacions registrals.

Resolució de 30 de maig de 2013 (BOE 154, 28-VI-13: 7037)

Denega la inscripció de l'adjudicació, feta a l'esposa en conveni regulador homologat judicialment, de l'habitatge familiar, per falta de tracte successiu, tenint en compte que consta inscrita a favor d'una societat de la qual l'espòs n'és soci únic i administrador.

SOCIETAT CIVIL

Resolució de 21 de maig de 2013 (BOE 153, 27-VI-13: 6956)

Denega la inscripció d'una compra feta per una societat civil constituïda en document privat, però amb objecte mercantil; en concret, el comerç de maquinària de perforació i sondejos. Un supòsit similar al de les resolucions, esmentades als «vistos», de 20 d'abril de 2010 (l'objecte era comerç de roba i representació de marques comercials) i de 25 de maig de 2006 (promoció d'apartaments turístics).

És doctrina reiterada que l'objecte d'una societat determina la seva qualificació com a mercantil (resolucions de 13 de desembre de 1985, de 20 de març de 1986, d'1 d'abril de 1997, de 30 d'abril de 1997 i d'11 de desembre de 1997) sense que la voluntat dels socis d'acollir-se al règim de la societat civil sigui suficient per eludir l'aplicació de les normes mercantils (que imposen la constitució mitjançant escriptura pública i inscripció al Registre Mercantil), la majoria imperatives per protegir



Resolucions

l'interès de tercers o del tràfic. Les societats d'aquests supòsits són mercantils pel seu objecte i, en conceptuar-les com a civils, el títol introdueix una confusió sobre el titular registral suficient per denegar la inscripció, i ni tan sols permet determinar indubtablement a quin tipus social s'acull el constituent i, en conseqüència, el règim jurídic aplicable. No som davant d'una societat mercantil en formació o irregular (Resolució de 22 d'abril de 2000), ni davant d'una societat civil, per la seva forma i objecte (Resolució de 14 de febrer de 2001).

SOCIETATS MERCANTILS

ADMINISTRADORS SOCIALS

Resolució de 6 de març de 2013 (BOE 87, 11-IV-13: 3821)

L'art. 171 LSC permet distingir dos supòsits de renúncia d'administradors que deixen inoperant l'òrgan d'administració. Si encara es manté en el càrrec algun altre administrador, serà immediat el coneixement de la renúncia per part d'aquest, com a receptor de la notificació de la societat que obliga a realitzar l'art. 147-1 RRM, i la possibilitat de resposta a la situació creada és immediata, ja que l'administrador subsistent, en aquest cas, està legalment habilitat per convocar junta. Per contra, una renúncia de tots els administradors aboca a la convocatòria judicial de junta a sol·licitud dels socis, una solució més molesta i lenta, ja que el coneixement de la renúncia per part dels socis i el seu remei es poden dilatar.

En el cas resolt, es va inscriure al seu dia la renúncia de l'administrador únic acceptada en junta general, la qual no va nomenar nou administrador. Ara la Direcció denega la inscripció del nomenament del nou administrador en una altra junta convocada per l'administrador que va dimitir, ja que el seu càrrec ja no està vigent. El que és procedent és la convocatòria judicial a sol·licitud de qualsevol soci (art. 171 LSC), sense perjudici de la possibilitat de junta universal, que eliminaria qualsevol defecte de convocatòria.

Resolució de 7 de març de 2013 (BOE 87, 11-IV-13: 3824)

Denega la inscripció d'una escriptura de modificació d'Estatuts perquè la nova regla estatutària sobre la retribució dels administradors infringeix l'art. 217 LSC, ja que es limita a dir que la quantia serà fixada en junta cada any. Això suposa deixar a l'arbitri de cada junta el concret sistema de retribució, l'exacta fixació estatutària del qual, per contra, exigeix la Direcció, que pot consistir en la participació en beneficis (amb els límits fixats legalment), dietes, sou periòdic, assegurances de vida, plans de pensions, utilització de béns socials, entrega o opció sobre accions, entre d'altres.

Resolució de 3 d'abril de 2013 (BOE 97, 23-IV-13: 4315)

Admet la inscripció d'un precepte estatutari d'una SL que preveu, juntament amb la remuneració de l'administrador, l'existència d'altres possibles relacions remunerades («*honoraris professionals o salaris, pel que fa a la prestació de serveis professionals o de la vinculació laboral de l'administrador amb la companyia per al desenvolupament d'altres activitats en aquesta*»).

Està consolidada en la nostra jurisprudència la «doctrina del vincle» (des de la STS de 29 de setembre de 1988, sobre

el cas *Huarte*), segons la qual són inherents al càrrec d'administrador totes les comeses que es refereixin a l'administració de la societat, en l'àmbit de la qual preval la relació mercantil, que desplaça i exclou altres possibles vinculacions, ja siguin laborals —en la relació de l'administrador amb la societat hi falta la nota de dependència i, per això, l'art. 1-3, lletra c) ET l'exclou del seu àmbit—, ja siguin civils o mercantils —art. 23, lletra e) i 217 i s. LSC. Seria nul·la la superposició de vincles societari i extrasocietari a no ser que fos per retribuir comeses que sobrepassin els propis de l'exercici de la funció. Ara bé, la clàusula debatuda en aquest supòsit es limita a preveure l'eventualitat que l'administrador realitzi altres activitats, que només es poden entendre com a alienes a les facultats inherents al càrrec d'administrador (elaboració de dictàmens professionals, realització de certa obra, etc.). A més, la clàusula es pot entendre referida als serveis prestats pels administradors als quals al·ludeix l'art. 220 LSC, que requereixen autorització de junta en cada cas.

La Direcció també recorda la seva doctrina sobre la inscripció parcial, la sol·licitud genèrica de la qual, pel que fa a clàusula d'estil, no pot ser aplicada sense una rogació específica que determini a quina part de la clàusula debatuda es refereix. En el supòsit concret, la no inscripció de la regla relativa a la remuneració implicaria l'entrada de la presumpció de gratuïtat de l'art. 217 LSC, en flagrant contradicció amb la voluntat social expressada a l'acord la inscripció del qual es pretén.

Resolució de 5 d'abril de 2013 (BOE 115, 14-V-13: 5019)

Declara inscrivible un precepte estatutari d'una SA en el qual es diu que el càrrec d'administrador no és retribuït, però es fixa una pensió vitalícia a favor de qui hagi estat administrador durant almenys cinc anys i assoleixi la jubilació en l'exercici del seu càrrec. La pensió consistirà, com a màxim, en la quantitat necessària per completar la pensió de jubilació fins a igualar l'import de la retribució salarial percebuda per aquest administrador en el moment de jubilar-se.

No hi ha dubtes sobre la licitud del pacte estatutari pel qual la societat s'obliga a pagar una remuneració periòdica als antics administradors. A les societats familiars, és habitual que l'antic administrador quedi vinculat a la societat amb un càrrec merament honorífic, però susceptible de retribució, la qual cosa es pot preveure en els Estatuts sempre que quedi establert el sistema de remuneració —art. 124-2, lletra d) RRM, redactat pel RD 171/2007, sobre publicitat dels protocols familiars. La inclusió en els Estatuts d'aquesta clàusula la posa fora de perill d'una possible anul·lació per aplicació de la «doctrina del vincle», tal com succeeix quan es pacta fora d'Estatuts —en contracte laboral (típicament de l'alta direcció), civil o mercantil— una retribució pel simple exercici de funcions directives i de representació.

Resolució de 30 d'abril de 2013 (BOE 128, 29-V-13: 5638), Resolució de 29 d'abril de 2013 (BOE 128, 9-V-13: 5637), Resolució de 27 d'abril de 2013 (BOE 128, 29-V-13: 5636), Resolució de 3 de maig de 2013 (BOE 132, 3-VI-13: 5845), Resolució de 4 de maig de 2013 (BOE 132, 3-VI-13: 5846), Resolució de 6 de maig de 2013 (BOE 132, 3-VI-13: 5848), Resolució de 7 de maig de 2013 (BOE 132, 3-VI-13: 5851), Resolució de 21 de maig de 2013 (BOE 153, 27-VI-13: 6958), Resolució de 22 de maig de 2013 (BOE 153, 27-VI-13: 6960), Resolució de 23 de



maig de 2013 (BOE 153, 27-VI-13: 6964) i Resolució de 24 de maig de 2013 (BOE 154, 28-VI-13: 7032)

Deneguen la inscripció de la clàusula estatutària que preveu que el càrrec d'administrador serà retribuït sempre que desenvolupi funcions de gerent o personal d'alta direcció (en el supòsit de la Resolució de 7 de maig, es fixa fins i tot en els Estatuts la quantia anual de la retribució, i en la Resolució de 6 de maig, el seu import màxim i mínim, dins del qual haurà de ser concretada cada exercici en junta).

Per tal que el càrrec d'administrador sigui retribuït, l'art. 217 LSC exigeix preveure-ho així expressament, tot determinant el sistema de retribució, de manera que a l'arbitri de la junta només pot quedar la determinació concreta de la seva quantia en funció dels paràmetres que s'estimen convenients (treball efectiu, resultats socials, període de permanència, etc.).

No hi ha obstacle en el fet d'admetre el caràcter retribuït del càrrec per a alguns administradors respecte de la resta, sempre que existeixi un factor de distinció. Tampoc no hi ha obstacle en el fet de condicionar aquesta circumstància a la feina que desenvolupa per a la societat. És a dir, no hi haurien diferències en el cas d'administració solidària o mancomunada, però sí en el cas d'òrgan d'administració complex, on es pot preveure que certs membres duguin a terme tasques especials (conseller delegat, conseller amb poder de representació, consell consultiu). Ara bé, el que no és possible és que sigui la mateixa junta la que determini quan els administradors estan realitzant efectivament les funcions que justifiquen la seva remuneració, perquè això suposaria deixar al seu arbitri no només la quantia, sinó també l'existència mateixa de la retribució, i els administradors quedarien desprotegits. La clàusula debatuda preveu una remuneració desigual no pel que fa a funcions singulars, sinó a unes tasques de gestió social a les quals tots els administradors estan cridats, ja que les tasques de gerent o alta direcció són inherents al càrrec d'administrador. Aquesta clàusula suposa condicionar l'apreciació de si l'administrador ha dut a terme aquestes tasques (i, per tant, l'existència mateixa de la retribució) a la decisió subjectiva de la junta.

AUDITORS

Resolució de 8 de maig de 2013 (BOE 135, 6-VI-13: 6011)

Denega la inscripció d'un nomenament d'auditor perquè en el moment de la presentació del nomenament consta ja sol·licitada la designació d'auditor a instàncies de la minoria (art. 265-2 LSC).

CAPITAL SOCIAL

Resolució de 4 d'abril de 2013 (BOE 115, 14-V-13: 5018)

Consta inscrita l'escriptura de constitució d'una SL al capital de la qual va ser aportada una finca. Ara la Direcció denega la inscripció d'una escriptura per la qual es pretén esmenar la valoració de la finca, reduir-ne el valor i, per tant, la xifra de capital social, a fi de reassignar la numeració de les participacions socials. Un cop inscrita la societat (la qual cosa li atorga personalitat jurídica), les alteracions de capital, a l'alça o a la baixa, només es podran fer valer davant de tercers quan existeixi i s'inscriu

el corresponent acord social amb els requisits de l'augment o la reducció del capital social (amb independència, en aquest darrer cas, del procediment seguit: reducció per pèrdues, per restitució d'aportacions o amortització de participacions i dotació de reserva). La disminució de valor del bé produeix una situació irregular en què el capital social no està íntegrament desemborsat, sense perjudici de poder realitzar noves aportacions per cobrir el dèficit i d'aplicar el règim de responsabilitat solidària per la realitat de les aportacions (art. 77 LSC).

Resolució de 26 d'abril de 2013 (BOE 128, 29-V-13: 5634)

Denega la inscripció d'una adquisició derivativa de participacions pròpies realitzada per una SL en execució d'un acord de reducció de capital —art. 140-1, lletra b) LSC—, amb la particularitat que la reducció es faci per l'import del valor nominal de les participacions amortitzades, mentre que el preu d'adquisició és menor.

Llevat que l'amortització de participacions deixés incòmode el capital social (per exemple, perquè s'augmentés el nominal de les participacions restants), cal assegurar la tutela dels creditors socials, cosa que es farà segons sigui la manera en què es faci la reducció amb devolució d'aportacions per import inferior al nominal. En primer lloc, si la societat hagués entrat en pèrdues, la reducció es podria executar mitjançant un sistema mixt de reducció amb devolució d'aportacions i responsabilitat de socis en la quantia percebuda (art. 331 LSC) i de compensació de pèrdues justificades amb balanç verificat per un auditor (art. 320 i s. LSC). En segon lloc, la diferència es pot imputar a reserves voluntàries, la qual cosa suposaria instrumentar la reducció del supòsit de forma també mixta: mitjançant devolució d'aportacions i mitjançant la constitució d'una reserva voluntària amb responsabilitat dels socis subsistents fins a l'import de la reserva (art. 331 LSC, núm. 1 i 2, per analogia). En tercer lloc, la diferència es pot portar a una reserva indisponible (art. 332-2 LSC i Resolució de 25 de gener de 2011). En conclusió, el títol hauria de dir si el saldo diferencial es destina a compensar pèrdues o a constituir una reserva voluntària o indisponible, amb observança dels requisits exigits legalment en cada cas.

Resolució de 13 de maig de 2013 (BOE 139, 11-VI-13: 6172)

Admet la inscripció d'una reducció de capital d'una SL per amortització de participacions pròpies adquirides el 2008, malgrat que en els comptes dipositats entre el 2008 i el 2011 consta la inexistència d'operacions sobre participacions pròpies.

Pel que fa a l'abast i el valor jurídic de la informació continguda als comptes dipositats, de cara a qualificacions ulteriors, la Direcció ha analitzat dues possibles situacions. En primer lloc, ha denegat el dipòsit de comptes no conformes amb el Registre o amb títols presentats simultàniament (Resolució de 16 de setembre de 2009, resumida a l'apartat sobre transformació), ja que, si bé l'art. 280-1 LSC limita la qualificació dels comptes a si els documents presentats són els exigits legalment, estan aprovats per la junta o els socis i hi consten les signatures preceptives, la Direcció prolonga la qualificació a aspectes materials, com la coincidència del capital social consignat als comptes amb l'inscrit (Resolució de 17 de desembre de 2012, resumida a l'apartat sobre dipòsit de comptes), i respecta els drets d'informació i publicitat que el dipòsit de comptes pretén.

En segon lloc, també s'ha analitzat la situació inversa: pre-tendre la inscripció d'un acord no reflectit en els comptes dipositats (Resolució de 16 de març de 2011). Mentre els actes inscrits gaudeixen de la presumpció d'exactitud i validesa, els efectes protectors de la publicitat registral tenen efectes limitats quan es refereix als comptes dipositats, de manera que el contingut d'aquests no pot condicionar una inscripció com la del supòsit.

Resolució de 17 de maig de 2013 (BOE 152, 26-VI-13: 6915)

Es refereix a un augment del capital d'una SA per import de 560.000 euros mitjançant la creació de 10.353 noves accions de 54,090841 euros de valor nominal cada una. La Direcció admet la inscripció, malgrat que en l'acord es diu que les noves accions tenen el mateix valor nominal que les ja existents, però, segons el Registre, el nominal és de 54,091089 euros (la qual cosa es correspondria amb un augment de capital de 560.005,04 euros). No es pot aplicar a aquest cas la doctrina de la pervivència de l'art. 21 de la Llei 46/1998, sobre introducció de l'euro, en virtut de la qual la Resolució de 28 d'octubre de 2009 va entendre que no hi ha inconvenient per tal que, un cop consolidada la vigència de l'euro, existeixi una discordança aritmètica entre l'import d'una ampliació de capital i la suma dels valors nominals de les noves participacions creades, sempre que la quantia de l'ampliació es correspongui amb l'efectiu desemborsament i el desajust estigui motivat per la reducció a dos decimals de la xifra de capital. El cert és que, en el cas resolt, en haver-se ampliat el capital en una xifra inferior no com a conseqüència d'arrodoniment, sinó per voluntat unilateral, el resultat és que les noves accions són de nominal inferior al de les preexistents, i deixen de representar, respecte de les antigues, parts alíquotes de capital social. No obstant això, la Direcció no té en compte aquestes consideracions, ja que van ser posades de manifest en l'informe, però no en la qualificació inicial, ni en la substitutiva, que es van limitar a assenyalar la mera dada registral del nominal inscrit.

FUSIÓ

Resolució de 6 d'abril de 2013 (BOE 115, 14-V-13: 5020)

Es refereix a una fusió per absorció de diverses societats que es troben a diferent demarcació registral. En aquest cas, la competència per qualificar la fusió correspon al Registrador Mercantil del domicili de la societat absorbent (art. 17 i 232-2 RRM). La intervenció del Registrador del domicili de les societats absorbides només està legalment prevista en dos moments, i amb àmbit de qualificació acotat: per rebre en dipòsit el projecte de fusió per absorció (art. 32 de la Llei de Modificacions Estructurals), i per fer constar, en el títol i al marge de l'últim assentament, la inexistència d'obstacles registrals per a la fusió pretesa (art. 231 RRM), però no obstacles referits al fons del negoci, sinó al Registre (obstacles com ara la falta de tracte successiu o dipòsit de comptes, prohibició judicial d'assentaments, etc.).

En el cas resolt, en sol·licitar-se al Registre del domicili d'una de les societats absorbides la nota de l'art. 231 RRM, el Registrador la denega per motius referits al fons del negoci de fusió (la societat absorbida està indirectament participada per l'absorbent i no s'acredita degudament l'aprovació dels balanços de les societats absorbides). La Direcció revoca aquesta qualificació per extralimitació competencial.

JUNTA GENERAL, ACORDS SOCIALS I LA SEVA ANUL·LACIÓ

Resolució de 24 d'abril de 2013 (BOE 127, 28-V-13: 5591)

Denega la inscripció d'una acta notarial de junta degudament convocada i amb assistència de tot el capital social en allò relatiu a un determinat acord (sobre el nomenament d'un auditor de comptes) perquè aquest assumpte no figurava en l'ordre del dia i una de les sòcies minoritàries va votar en contra de l'acord.

La junta universal està prevista pel nostre legislador com una excepció a la regla general de junta convocada, per tant, s'han de complir de manera estricta els seus requisits, que, per al Tribunal Suprem (SSTS de 16 de març de 2010 i de 18 de juny de 2012), són tres: presència personal o per representació de tot el capital social; acceptació unànime de la seva celebració, i acceptació unànime de l'ordre del dia. De l'acte notarial qualificada en resulta el compliment dels dos primers requisits. Quant al tercer, en canvi, sembla que el vot contrari de la sòcia dissident implica una negativa no només al nomenament d'un auditor concret, sinó també al debat i a la inclusió en l'ordre del dia d'aquest assumpte (en l'acta es diu que «fa constar expressament la seva oposició» a l'acord «a efectes de la seva posterior impugnació judicial»). Però, en tot cas, la qüestió de si la dissident va acceptar o no la inclusió de la qüestió debatuda en l'ordre del dia no només és jurídica, sinó també factual, ja que el recurs governatiu no és la via apropiada per a la resolució del conflicte plantejat.

Resolució de 18 de maig de 2013 (BOE 152, 26-VI-13: 6918)

Al seu dia es van inscriure dos augments de capital acordats en la mateixa junta i, posteriorment, una renovació de càrrecs i un altre augment de capital. Més tard, es va cancel·lar el primer dels augments com a conseqüència d'una sentència ferma d'impugnació del corresponent acord, que es limitava a ordenar la cancel·lació d'aquesta inscripció, sense cap referència a la cancel·lació d'assentaments posteriors contradictoris. Ara, mitjançant instància privada del soci dissident, es pretén la cancel·lació dels altres augments de capital sense menció dels altres assentaments (la renovació de càrrecs), que es podrien veure també afectats per la nul·litat. La Direcció ho denega: no es pot exigir la cancel·lació d'assentaments posteriors sense ordre de l'autoritat judicial (almenys en els termes generals de l'art. 208 LSC), a mera instància de part i només en relació amb part dels assentaments afectats, i sobretot tenint en compte que es podria haver instat la mesura cautelar de suspensió dels acords socials (art. 727-10 LEC) o, almenys, l'anotació preventiva de demanda (art. 727, 5a i 6a LEC i 155 RRM).

Resolució de 20 de maig de 2013 (BOE 152, 26-VI-13: 6919)

Denega la inscripció d'un augment de capital d'una SA perquè en els anuncis de la convocatòria de junta es fa constar el dret dels socis a obtenir gratuïtament i a examinar en el domicili social el text de la modificació i l'informe justificatiu, però no s'inclou el dret dels socis a sol·licitar l'enviament gratuït d'aquests documents.

El dret d'informació dels socis en la modificació estatutària és unitari (comprèn l'examen dels documents i totes les formes possibles de dur-lo a terme), per tant, l'omissió total o parcial d'aquesta exigència determina un vici en la convocatòria i la invalidesa de l'acord. Aquesta rigorosa doctrina ha estat mitigada en casos d'escassa rellevància que no comprometin els drets del soci (Resolució



de 8 de febrer de 2012). Per contra, en el cas resolt, els accionistes minoritaris han considerat violats els seus drets, ja que consta que han exercitat acció de nul·litat de la convocatòria i els acords adoptats.

Resolució de 30 de maig de 2013 (BOE 154, 28-VI-13: 7036)

Admet la inscripció d'una elevació a públic d'acords d'una SA (cessament i nomenament d'administrador, modificació total d'Estatuts, canvi de domicili, reducció i augment simultanis de capital), atorgada per adequar la societat a una sentència ferma que ha declarat la nul·litat de totes les juntes i els acords adoptats a partir del 29 de maig de 1989, com també la cancel·lació de les seves inscripcions.

La Direcció acull un criteri flexible quant a l'eficàcia retroactiva de les declaracions de nul·litat en l'àmbit societari: no es produeix automàticament la restitució a l'estat de coses anterior a l'acord anul·lat, ja que això seria contrari a la seguretat jurídica, en perjudicar els drets adquirits pels socis i els tercers. Els successius actes organitzatius adoptats per la societat, un cop declarada nul·la la causa jurídica d'aquests, han de ser convalidats o regularitzats mitjançant nou acord de la junta, convocada pels administradors. Es tracta d'un acte degut: si la societat no adopta l'acord, la imposarà el Jutge. Els nous socis procedents d'un augment de capital declarat nul tenen dret a ser mantinguts en la condició de socis, llevat que optin per la restitució de la seva aportació. Tampoc els creditors han de ser perjudicats per la nul·litat: tenen dret a que la restitució d'aportacions als nous socis que optin per sortir de la societat s'instrumenti com una reducció de capital.

Sobre la base d'aquesta doctrina, es rebutgen els obstacles de la qualificació. És correcte que els acords qualificats parteixin de l'últim capital inscrit (conseqüència d'un augment de capital anul·lat per la sentència), per reduir-lo amb la devolució d'aportacions i l'amortització de les noves accions, amb simultani augment subscrit pels accionistes originals per aconseguir la xifra mínima de les anònimes i eludir la dissolució legal imposada a la disp. trans. 6a LSA-1989. La declaració de nul·litat del nomenament d'un administrador no produeix la nul·litat absoluta de qualsevol acord adoptat en junta convocada per ell, sinó que es limita als actes incompatibles amb la declaració de nul·litat d'aquest administrador. La Direcció s'allunya del rigorisme formal i entén respectat el dret d'informació dels socis en la convocatòria de la junta (sense perjudici de la possibilitat d'impugnar judicialment l'acord, ha de mantenir-se la seva eficàcia, tenint en compte l'especial transcendència que una eventual declaració de nul·litat tindria sobre els actes posteriors). En lloc de privar de dret de vot els socis nous, la Direcció considera escrupolós i correcte haver sotmès cada acord a tres votacions separades (socis antics, socis nous i la totalitat), en la via de l'art. 293 LSC, que preveu aquest procediment en relació amb acords que afecten una determinada classe d'accions.

OBJECTE SOCIAL

Resolució de 19 de març de 2013 (BOE 92, 17-IV-13: 4061)

Admet la inscripció d'una escriptura de constitució de societat l'objecte de la qual és «la mera administració del patrimoni dels socis». Reitera la doctrina de la Direcció sobre la necessitat

que l'objecte acoti suficientment un sector econòmic o un gènere d'activitat mercantil legal o socialment demarcats. En aquest cas, es tracta d'una activitat lícita i possible —art. 1271 i 1272 CC, i 56-1, lletra e) LSC—, la qual, en cenyir-se al patrimoni dels socis, acota suficientment una determinada activitat econòmica que inclús té reconeixement legal a la disp. add. 27a-2 de la Llei General de Seguretat Social.

PARTICIPACIONS SOCIALS

Resolució de 8 d'abril de 2013 (BOE 115, 14-V-13: 5023)

Denega la possibilitat de prendre anotació preventiva d'embargament sobre les participacions socials pertanyents al soci d'una SL.

Llevat en el moment inicial de la constitució social, i en cas d'unipersonalitat sobrevinguda o de canvi de soci únic, la titularitat de les accions o participacions flueix al marge del Registre Mercantil, de manera que no és possible constatar registralment la transmissió, el gravamen, l'embargament, la prohibició de disposar i altres actes relatius a aquestes parts del capital social.

SOCIETAT PROFESSIONAL

Resolució de 5 de març de 2013 (BOE 87, 11-IV-13: 3820)

Denega la inscripció de l'activitat integrant de l'objecte social «*assessorament jurídic*» per ser una activitat professional sotmesa a la Llei 2/2007. La societat professional, en sentit estricte, és el centre subjectiu d'imputació del negoci, i se li atribueixen els drets i les obligacions d'aquest, a diferència de les societats de mitjans, comunicació de guanys o intermediació, que queden fora de la Llei de Societats Professionals. Ara bé, en relació amb aquesta matèria, la STS de 18 de juliol de 2012 estableix com a principis el caràcter imperatiu de la regulació especial i l'exigència de certesa jurídica. Així, davant dels dubtes derivats de la inclusió en l'objecte social d'activitats que poguessin constituir l'objecte d'una societat professional o no, s'ha d'exigir la menció expressa que es tracta d'una societat de mitjans, comunicació de guanys o intermediació, ja que la falta d'aquesta expressió farà entendre que es tracta d'una societat sotmesa imperativament a la Llei de Societats Professionals. No canvia aquest criteri la inclusió d'una clàusula que exigeixi la intervenció d'una persona titulada quan la Llei exigeixi un determinat títol professional per a alguna de les activitats de l'objecte, ja que aquesta exigència legal òbvia no resol la qüestió central de determinar si l'actuació del professional la realitza en nom seu i sota la seva responsabilitat o per a la societat.

Resolució de 16 de març de 2013 (BOE 90, 15-IV-13: 3991)

Estableix la mateixa doctrina i denega per la mateixa raó la inscripció d'una constitució de societat en l'objecte de la qual s'hi inclou la realització d'activitats mèdiques (traumatologia), ortopèdia i fisioteràpia. La societat s'ha de constituir com a professional o fer constar expressament que és de mitjans, comunicació de guanys o intermediació.

Resolució de 13 de març de 2013 (BOE 90, 15-IV-13: 3987)

Denega la inscripció d'una elevació a públic d'una certificació de l'òrgan d'administració d'una SAP en la qual simplement se certifica que determinada persona ha deixat de ser



Resolucions

sòcia, i que una altra persona ha passat a ser-ho amb caràcter de soci professional. Per a la inscripció del canvi de soci, el títol ha d'expressar les circumstàncies essencials del negoci que ha donat lloc a aquest (art. 8 i 12 LSP): identificació dels socis professionals i els no professionals i, en relació amb aquests, número de col·legiat i col·legi professional de pertinença; identificació de transmissor i adquirent, i de les accions o participacions transmeses, com també acreditació del consentiment dels altres socis. També cal expressar el compliment dels requisits de l'art. 122 LSC, o la sol·licitud d'anotació al Llibre de Registre de la societat pel que fa a les accions necessàriament nominatives (art. 17 LSP).

Resolució de 12 d'abril de 2013 (BOE 118, 17-V-13: 5174)

Admet la inscripció d'una transmissió de participacions d'una SL professional sense necessitat que els professionals adquirents declari en l'escriptura que no estan incursos en causa d'incompatibilitat per a l'exercici de la professió.

No poden ser socis professionals les persones en les quals concorren causa d'incompatibilitat o d'inhabilitat (art. 4-4 LSP). Respecte de la inexistència d'inhabilitació en el moment de la constitució social, en l'escriptura s'haurà d'acreditar el col·legi de pertinença i el número de col·legiat, mitjançant certificació col·legial —art. 7-2, lletra b) LSP. La Llei de Societats Professionals no conté normes sobre control d'absència d'incompatibilitat dels nous socis professionals per a l'exercici de la seva professió, si bé aquesta qüestió entra en la qualificació registral. No obstant això, no hi ha cap norma que imposi als atorgants un deure d'acreditació negativa, manifestant la inexistència de causes de suspensió o d'exclusió de l'exercici professional, sense perjudici que el registre professional col·legial pugui ser accessible d'ofici al Registrador Mercantil.

TRANSFORMACIÓ

Resolució de 12 de març de 2013 (BOE 90, 15-IV-13: 3986)

Admet la inscripció d'una transformació en SL d'una SA incursa en la causa de dissolució prevista a la disp. trans. 6a-2 LSA-1989, per no haver presentat en el Registre Mercantil l'acord d'augmentar el capital social, en tenir en aquesta data un capital inferior a 10 milions de pessetes.

Aquesta disposició transitòria ha estat derogada per la Llei de Societats de Capital. L'art. 238-1-2 RRM preveu la transformació com a alternativa a la dissolució de ple dret per al cas que el capital fos inferior al mínim establert per la Llei (principi de «conservació de l'empresa»). L'art. 5 de la Llei de Modificacions Estructurals permet la transformació de societats en liquidació sempre que no hagi començat la distribució del seu patrimoni entre els socis, sense exigir per a això l'acord de reactivació previst a l'art. 370 LSC. La Llei de Modificacions Estructurals és especial i, per tant, d'aplicació preferent a la Llei de Societats de Capital.

SUCCESSIONS

Resolució de 5 de març de 2013 (BOE 87, 11-IV-13: 3819)

Denega una anotació preventiva de llegat de quantitat sobre una finca rústica de la testadora, per a l'obtenció de la qual s'aporten

testimonis notariais dels tres últims testaments de la causant i d'una escriptura d'elevació a públic de lliurament de llegat, atorgada només per alguns hereus (els quals, al seu torn, són legataris).

L'art. 56 LH exigeix el consentiment dels hereus restants (o del que d'aquests hagués resultat adjudicatari de la finca en la participació) o, si no n'hi ha, mandat judicial. D'altra banda, el testimoni notarial té la consideració d'instrument públic (art. 144 RN), però només la matriu i la còpia autoritzada (art. 221 RN) són escriptures públiques en vista de l'art. 3 LH. Per tant, els testimonis per exhibició s'admeten per a la seva presa de consideració com a documents complementaris, però no per obtenir la inscripció del títol.

Resolució de 14 de març de 2013 (BOE 90, 15-IV-13: 3989)

Denega la inscripció d'una escriptura d'herència basada en un testament en el qual la testadora, sense perjudici que la llei reserva als ascendents i que l'atorgant reconeix als seus pares, institueix hereva una germana. En l'escriptura d'herència s'expressa que la instituïda hi renuncia purament i simplement i que, com a conseqüència d'això, acreix tota l'herència als pares legítims nomenats en el testament, els quals s'adjudiquen els béns per meitat. Com a conseqüència de la renúncia, allò procedent hauria estat obrir la successió intestada, sense que existeixi dret d'acréixer a favor dels hereus forçosos. Per a la tesi doctrinal majoritària, la legítima del Codi Civil no és una *pars reservata bonorum*. És evident la voluntat de la testadora de nomenar una sola hereva (sense substitut), per tant, la reserva de la legítima a favor dels pares s'ha d'entendre a títol de llegat, motiu pel qual no pot tenir-hi lloc el dret d'acréixer entre ells.

Resolució de 18 d'abril de 2013 (BOE 127, 28-V-13: 5586)

La testadora, que no tenia legítims, va distribuir tota l'herència en llegats i va atribuir al marmessor comptador-partidor les més àmplies facultats per partir aquesta i entregar aquests, com també per vendre dos immobles determinats i distribuir-ne els diners obtinguts entre certs legataris. Ara la Direcció admet la inscripció d'una escriptura de lliurament de llegat en la qual el marmessor lliura els dos immobles als legataris afavorits, els quals adquireixen *pro indiviso* en la mateixa proporció en què la testadora havia disposat el repartiment dels diners i expressen que no estan interessats en la venda «com a conseqüència de la situació del sector immobiliari».

En tractar-se d'una herència mancada de legítims i íntegrament distribuïda en llegats, els legataris ocupen el lloc dels hereus, i l'única actuació necessària per al lliurament d'immobles determinats és la del marmessor i els legataris afavorits —art. 891 CC i 81, lletra d) RH. La Direcció interpreta teleològicament la voluntat de la testadora, el desig de la qual no pot ser obligar a malvendre els béns, sinó beneficiar amb aquests, de la millor manera possible, els legataris, i encomanar al marmessor la seva realització presumiblement per evitar els habituals conflictes generats per la indivisió. L'escriptura qualificada no es pot entendre contrària a la voluntat de la testadora, ni a l'art. 886 CC. El llegat ordenat converteix els legataris en creditors d'una suma, per tant, són possibles opcions resolutives alternatives a l'estricta pagament en diners, per a la qual cosa cal el consentiment dels hereus i els legataris (els quals, en aquest cas, ocupen el mateix lloc) i del marmessor. Entre les facultats del marmessor comptador-



partidor, hi ha la interpretació del testament, que només es pot rebutjar en seu registral si resulta clarament aliena a les pautes de l'art. 675 CC, al marge de la possible impugnació judicial.

Resolució de 25 d'abril de 2013 (BOE 127, 28-V-13: 5593)

Denega la inscripció d'una adjudicació conseqüència d'un procediment d'execució de títols judicials, per infracció del principi de tracte successiu (art. 20 LH i 105 RH). Segons els antecedents del Registre, l'embargament realitzat al seu dia estava dirigit contra l'espòs (aleshores viu), i respecte de l'esposa premorta, contra els seus hereus desconeguts i herència jacent, amb nomenament inclús d'administrador judicial d'aquesta. El procediment d'execució causant de l'adjudicació va seguir contra el mateix espòs (que va morir durant aquest) i contra un fill i hereu dels titulars, declarat en rebel·lia, però respecte del qual no s'acrediten les exigències resultants de l'art. 166 RH: títol d'hereu, condició d'hereu únic i haver estat demandats també els altres hereus desconeguts i herència jacent del marit (exigència aquesta última que sí que es va complir respecte de l'esposa).

TRACTE SUCCESSIU

Resolució de 23 de maig de 2013 (BOE 153, 27-VI-13: 6962)

Denega una anotació preventiva d'embargament sobre una finca propietat d'una societat unipersonal, ordenada en procediment d'execució contra el seu soci únic, en el qual es traven simultàniament totes les participacions socials, però sense haver demandat la societat. L'atribució de personalitat jurídica produeix la independència de patrimonis i responsabilitat, de manera que la trava de les participacions (encara que siguin totes les que integren el capital social) de cap manera implica la dels béns socials. Per aixecar el vel d'una societat, és inexcusable que sigui demandada.

Resolució de 31 de maig de 2013 (BOE 154, 28-VI-13: 7038)

Denega la inscripció d'una venda pel fet que la finca està inscrita a nom de persones diferents dels venedors. Tampoc no és procedent anul·lar mitjançant recurs governatiu l'assentament que el recurrent considera incorrecte, perquè els assentaments registrals estan sota la salvaguarda dels tribunals.

UNIÓ DE FET

Resolució de 13 de maig de 2013 (BOE 139, 11-VI-13: 6171) i Resolució de 21 de maig de 2013 (BOE 153, 27-VI-13: 6957)

Denegen la inscripció de sengles escriptures de disposició d'habitatge (una ampliació i modificació de préstec hipotecari, en la Resolució de 13 de maig, i una compravenda, en la del 21) atorgades a la Comunitat Valenciana, per una persona soltera, per no constar la seva manifestació que no ha constituït unió de fet formalitzada en aquesta comunitat autònoma o que l'immoble no constitueix el domicili d'aquesta. I tot això malgrat que ni del títol ni del Registre en resulti l'existència d'una unió de fet formalitzada segons la Llei valenciana 5/2012, de 15 d'octubre. Remet a la Sentència del Jutjat de 1a Instància núm. 35 de Barcelona, de 19 d'abril de 2006, que anul·la la Resolució de 18 de juny de 2004 (en un cas de conflicte de lleis que el Jutge resol observant els requisits de la Llei catalana 10/1998, d'unions estables de parella).

URBANISME

Resolució de 6 de març de 2013 (BOE 87, 11-IV-13: 3822)

Denega la inscripció d'una sentència ferma que anul·la un instrument d'ordenació urbanística (estudi de detall) i la ulterior reparcel·lació basada en aquest, perquè no han estat part ni notificats en el procediment judicial els altres titulars de drets afectats pel procediment urbanístic, i perquè no resulta del títol presentat una pormenorització de les finques registrals afectades.

Resolució de 16 d'abril de 2013 (BOE 118, 17-V-13: 5177)

Rebutja la inscripció d'una operació jurídica complementària a un projecte de reparcel·lació ferma i inscrit perquè no consta el consentiment exprés dels titulars i les modificacions que es pretenen inscriure excedeixen de meres rectificacions d'errors materials o de meres previsions complementàries del projecte de reparcel·lació originari (la modificació pretesa és la més rellevant, ja que consisteix en l'alteració del titular registral del domini). Aquesta modificació exigiria el consentiment dels titulars registrals afectats o resolució judicial (art. 40 LH). Resolucions

El Notari és «l'autèntic garant dels interessos generals en l'àmbit de les relacions particulars i dels drets dels ciutadans quan contracten amb grans operadors i amb l'Administració»

Conferència commemorativa del 151è Aniversari de la Llei del Notariat al Senat

Amb motiu del 151è Aniversari de la Llei del Notariat, Joan Carles Ollé, Degà del Col·legi de Notaris de Catalunya i Vicepresident del Consell General del Notariat, va pronunciar, el passat 28 de maig, al Senat, la conferència «Constitució i seguretat jurídica. Valor de la funció notarial davant els reptes del segle XXI» (publicada íntegrament en aquesta edició). Ollé va destacar *«la posició clau del Notari en el marc de la seguretat jurídica al segle XXI»*, una posició que, atesa la seva doble dimensió de funcionari públic i professional del Dret, l'erigeix en *«l'autèntic garant dels interessos generals en l'àmbit de les relacions particulars i dels drets dels ciutadans quan contracten amb grans operadors i amb la mateixa Administració»*.

Partint del principi constitucional de la seguretat jurídica, recollit a l'art. 9.3 CE, Joan Carles Ollé va assegurar que *«la seguretat jurídica es converteix en principi determinant de l'exercici de llibertat del ciutadà, que ha de conèixer la llei anticipadament a la seva actuació»*, perquè la societat *«requereix l'existència de lleis clares i suficients i la seva aplicació efectiva als tribunals»*.

A l'acte va estar acompanyat de Juan José Lucas, Vicepresident del Senat; Fernando de Rosa, Vicepresident del Consell General del Poder Judicial; José Manuel García Collantes, President del Consell General del Notariat; Francisco Fonseca, representant de la Comissió Europea a Espanya; José Manuel Sieira, President de la Sala 3a del Tribunal Suprem; Eduardo Ortega, President de la Sala del Contenciós Administratiu de l'Audiència Nacional, i Francisco Javier Vieira, President del Tribunal Superior de Justícia de Madrid, entre altres autoritats.

Quant a la funció notarial, Ollé va assegurar que *«l'existència d'interessos generals en tota relació jurídica entre particulars demanda la presència d'un representant de l'Administració que vetlli pel seu respecte i per la seva realització»*. A continuació, també va assenyalar que *«el control preventiu del compliment de la legalitat es converteix en la seva més eficaç defensa, amb la finalitat que l'acte s'adapti estrictament a l'imperi de la llei i neixi vàlid, lícit i eficaç»*.

Un dels reptes més imminents, va destacar, se centra en la protecció dels drets del consumidor, i és *«l'impuls i la potenciació de la dimensió social de la funció notarial una de les grans prioritats de la corporació notarial per al futur immediat»*. Un altre repte és *«assegurar que les noves tecnologies, en l'àmbit de les relacions jurídiques privades, estiguin sota el control estricte d'un fedatari públic i mantinguin les garanties que ofereix el sistema de seguretat jurídica preventiva»*. Així mateix, va recordar que *«el fet de comptar amb un bon sistema de seguretat jurídica preventiva, en col·laboració amb els altres països europeus, constitueix un important factor d'inversions i de reactivació econòmica»*.

Amb referència al paper notarial en els procediments de resolució alternativa de conflictes, Ollé va afirmar que *«els nous contextos i plantejaments faran possible que el Notari recuperi*



Joan Carles Ollé, Degà del Col·legi de Notaris de Catalunya i Vicepresident del Consell General del Notariat, al Senat, durant la conferència commemorativa del 151è Aniversari de la Llei del Notariat

«L'Administració i la societat demanen cada vegada més l'existència d'un representant de l'Estat amb la missió de garantir el control preventiu del compliment de la legalitat en l'àmbit de les relacions privades»

moltes funcions, no estrictament contencioses, que havia exercit des de temps immemorials fins al segle XXI».

Finalment, va assenyalar que «l'Administració i la societat demanen cada vegada més l'existència d'un representant de l'Estat amb la missió de garantir el control preventiu del compliment de la legalitat en l'àmbit de les relacions privades». En aquest sentit, «és el Notari qui ha de garantir la protecció dels drets dels ciutadans per tal que l'acte jurídic es constitueixi, des de l'origen, vàlid, lícit i eficaç».

Per tot això, «el col·lectiu notarial s'erigeix com l'autèntic garant dels interessos generals en l'àmbit de les relacions entre particulars. Però, al seu torn, també s'erigeix en garant dels drets dels ciutadans davant els grans operadors o la mateixa Administració». Immediatament abans, havia assegurat que «ara més que mai hem de sumar esforços i treballar en la construcció d'una societat que

continui ben estructurada jurídicament i que sigui la base per superar aquests moments i sortir reforçada amb vista al futur».

Ollé va evidenciar l'evolució del Notariat paral·lelament a la de la societat, «mantenint-nos sempre fidels als principis essencials de la funció notarial». Així, va assegurar: «Avui, com sempre, des del Notariat oferim un element de solidesa, de certesa i de compromís social i institucional», així com «són els mateixos ciutadans, més enllà de la llei, els qui ens han atorgat i atorguen la vigència de la funció, en la mesura que segueix sent substancialment útil i beneficiosa per a la societat».

La inauguració de l'acte va anar a càrrec de Juan José Lucas, Vicepresident del Senat, el qual va assenyalar que «tot servidor públic ha de creure en el deure, i la Llei del Notariat és un exemple d'això. Aquesta Llei va ser la contribució dels notaris a la consolidació de la seguretat jurídica, l'ordre i la pau». Finalment, la clausura li va correspondre al President del Consell General del Notariat, José Manuel García Collantes, el qual va afirmar que «coincidim en un dia i en un lloc assenyalats perquè avui, 28 de maig, és el 151è Aniversari de la promulgació de la Llei del Notariat, i perquè va ser al Senat de l'època on més es va discutir aquesta norma, que encara continua vigent, i amb la qual l'Estat va assumir la fe pública com un dels seus serveis».

«Si els notaris som capaços, com ho hem estat fins ara, d'adaptar-nos als canvis dels temps i mantenir la confiança personal i institucional, d'aquí a cent cinquanta-un anys és possible que continuem parlant de la Llei del Notariat i de les seves successives reformes», va concloure.

Barcelona, seu de la Comissió d'Afers Europeus de la Unió Internacional del Notariat

En la reunió plenària de la Comissió d'Assumptes Europeus (CAE) de la Unió Internacional del Notariat Llatí (UINL), que es va celebrar a Vilnius (Lituània) els passats 3 i 4 de maig, es va decidir per unanimitat que Barcelona sigui la seu permanent de les reunions de la CAE. Els motius al·legats per prendre aquesta decisió han estat «les qualitats del Notariat al nostre país,



Vida corporativa

d'àmplia trajectòria i compromís en el desenvolupament de les relacions notariales internacionals, a les quals s'afegeixen les magnífiques condicions de la ciutat i la disposició del Col·legi a acollir aquesta Comissió».

Això suposarà que, una vegada l'any, la CAE es reuneixi a la nostra ciutat, i que la seu física sigui el Col·legi. A més, això implica que el Col·legi serà la seu de l'Acadèmia Notarial Europea,

fins ara amb seu a Roma, que té entre els objectius fundacionals la formació dels notaris europeus; aprofundir i promoure el coneixement de les lleis i el Dret nacional europeu; promoure la publicació de treballs i la comunicació entre els notariats europeus per coordinar i harmonitzar les seves activitats, i estudiar temes de Dret comparat i Dret internacional privat en els àmbits d'actuació del Notariat, en cooperació amb altres institucions nacionals i supranacionals. Joan Carles Ollé, Degà del Col·legi, ha afirmat recentment que el fet «és de gran importància des d'una doble vessant: d'una banda, perquè situa la ciutat com a punt de referència del Notariat arreu d'Europa, la qual cosa suposa una important projecció internacional de la ciutat com a centre neuràlgic europeu del Notariat i, per extensió, del món jurídic, a la vegada que suposa una aposta pel model de seguretat jurídica del nostre país, reconegut internacionalment com un dels més garantistes d'arreu». Ollé també ha destacat que la designació «consolida Barcelona com a focus d'atracció d'interès internacional i transmet aquells valors intrínsecs al Notariat com són l'excel·lència i el prestigi».



Germà Gordó, Conseller de Justícia; Xavier Trias, Alcalde de Barcelona; Joan Carles Ollé, Degà del Col·legi de Notaris de Catalunya, i Santiago Ballesster, Director de Dret i Entitats Jurídiques de la Generalitat de Catalunya, es van reunir per mostrar el seu suport a la designació de Barcelona com a seu de la CAE

Barcelona ha estat escollida per la seva àmplia trajectòria i el compromís en el desenvolupament de les relacions notariales internacionals, així com per les magnífiques condicions de la ciutat i la disposició del Col·legi

El passat 1 de juliol va tenir lloc la primera reunió del Buró de la CAE, que va comptar amb l'assistència del seu President, l'italià Mario Miccoli, i dels vicepresidents Pierre Becque (França) i Ernesto Tarragón (Espanya), entre altres membres del Buró (o Consell Directiu). L'objectiu central de la trobada va consistir a marcar el full de ruta de la primera reunió plenària de la CAE, que es va fixar per als propers 22 i 23 de novembre, a la seu col·legial, i a la qual es preveu l'assistència de més de cent cinquanta representants dels trenta-sis països que en formen part (i cinc més com a observadors).

En el decurs d'aquesta reunió, es presentaran diversos estudis sobre deontologia, una qüestió que, segons Mario Miccoli, «en un moment de crisi no tan sols econòmica, sinó també de valors morals, pren més importància que mai». El President de la CAE també va voler destacar, en aquest sentit, l'important estudi que es presentarà sobre l'autenticació dels documents notariales, «un tema de gran rellevància en un món cada vegada més globalitzat». Entre els principals reptes de la Comissió, Miccoli va destacar l'objectiu de «traslladar als països geogràficament europeus però políticament fora de la Unió Europea tot el desenvolupament jurisprudencial i legislatiu de la Unió», i va definir la CAE com «un pont entre l'Europa política i la geogràfica».

D'aquesta manera, Barcelona s'ha convertit en una de les tres ciutats de referència en l'àmbit del Notariat europeu, al costat de Brussel·les, que acull el Consell dels Notariats de la Unió Europea (CNUE), i Roma, seu de la Unió Internacional del Notariat Llatí (UINL).



Conferència d'Eugeni Gay, Exvicepresident del Tribunal Constitucional, sobre la Constitució

En els temps de crisi actuals «s'han perdut molts drets, com l'educació o la sanitat»; amb relació al principi de divisió de poders, «hi ha incompliments flagrants», com ara «la reserva de llei en matèria financera o tributària»

El passat 26 de juny, Eugeni Gay i Montalvo, Exvicepresident del Tribunal Constitucional, va pronunciar al Col·legi la conferència «La Constitució davant dels actuals reptes socials, econòmics i polítics». Després d'afirmar que «en època de crisi, la característica principal és la confusió general quant a valors socials, uns valors que no sabem o no volem trobar», Gay va centrar el discurs en el marc legal que atorga la Constitució, a la qual va definir com «un punt de trobada entre gent que havia participat en els esdeveniments que van portar a la Guerra Civil i els qui havien enquistat l'anterior règim en què el dictat creava la norma i la submissió a la norma era absolutament inqüestionable». Així, va afirmar que la Constitució, «un text molt influenciat per les constitucions precedents d'arreu d'Europa i per la mateixa Constitució republicana», és fruit de la voluntat «d'un canvi en què ningú no imposés a l'altri la seva ideologia, de la pacificació del país i d'un pacte perquè tothom pogués expressar-se amb llibertat». En definitiva, «de convertir els ciutadans en subjectes, en veritables sobirans».

Després de fer un repàs a diversos articles de la Constitució (entre ells, les referències als valors, als drets de les autonomies o a la seguretat jurídica), va plantejar algunes reflexions. Entre elles, com és possible que vivint en un Estat social de Dret, amb un principi de legalitat i una reserva de llei, s'utilitzi cada vegada més el reial decret i el reial decret llei,

i també com està responant la Constitució a les qüestions més fonamentals. En aquest sentit, va ser crític amb la resposta en l'actual temps de crisi, en què «s'han perdut molts drets, com l'educació o la sanitat», a més de considerar que en la divisió de poders «hi ha incompliments flagrants, el primer dels quals és la reserva de llei en matèria financera o tributària, per exemple».

Una altra reflexió que va voler exposar va ser la conveniència o no que el debat polític se centri en els mitjans de comunicació o a la societat civil. En aquest sentit, va afirmar que el debat correspon fer-lo «al Parlament, atès que l'expressió genuïna de la voluntat d'un poble resideix en els seus òrgans legislatius». I va criticar el fet que «tant el partit que governa com l'oposició, en un moment determinat, van recórrer totes les lleis del Tribunal Constitucional, cosa que em fa preguntar on és el debat parlamentari».

Pel que fa a la divisió de poders, va afirmar que «el poder judicial és independent, però emana del poble», mentre que va qüestionar el poder executiu tot preguntant-se si respon també a la intencionalitat del constituent i si el

centre de decisions és actualment el Govern o bé recau en les secretaries dels partits polítics. Fruit d'aquest raonament, Gay va recordar que la doctrina del Tribunal Constitucional, com a instrument suprem de la Constitució i com a organisme de control dels tres poders, hauria de ser pacíficament respectada tant pels governs com pels poders.

Pel que fa a les comunitats autònomes i les seves competències, recollides en diversos articles de la Constitució, va afirmar que «el constituent va deixar algunes qüestions molt obertes, i va recollir una realitat diversa i aportacions de tots els pobles d'Espanya». I va seguir:



El passat 26 de juny, Eugeni Gay Montalvo, Exvicepresident del Tribunal Constitucional, va pronunciar al Col·legi la conferència «La Constitució davant dels actuals reptes socials, econòmics i polítics»



Vida corporativa

«Els valors d'una societat únicament poden ser defensats i garantits en un Estat de Dret, de respecte, de tolerància, on les diferències es debaten als parlaments i no al carrer»

«Actualment ens referim contraposadament a Estat i a comunitats autònomes, però aquestes són l'Estat». Tanmateix, va afirmar que «la Constitució va resoldre en fals la qüestió de les comunitats autònomes per donar sortida a territoris amb aspiracions, que no eren disset». D'altra banda, va assegurar que «el Tribunal Constitucional ha intentat suplir les mancances d'una veritable càmera territorial i ha fet com si fos una càmera més de les càmeres parlamentàries».

Pel que fa a l'Estatut de Catalunya, va qüestionar el fet que s'hagués recorregut, mentre que això mateix no es va fer amb altres estatuts, i va afirmar que «la Constitució és l'únic camí per resoldre els problemes; s'ha de defensar, perquè tots els càrrecs polítics d'aquest país l'han jurat amb un consens espectacular, i tots els experiments que es facin fora de la Constitució entenc que són perillosos». Així, va assegurar que «els valors d'una societat únicament poden ser defensats i garantits en un Estat de Dret, de respecte, de tolerància, on les diferències es debaten als parlaments i no al carrer». I va continuar afirmant que «el primer és el sotmetiment a l'Estat de Dret, a la Constitució», una norma que, d'altra banda, «crec que s'hauria de reformar, però amb molt de compte».

Preguntat sobre la possibilitat de crear un Tribunal Constitucional europeu, va afirmar que «si no hagués arribat aquesta crisi, ja el tindríem», i va assegurar que «el Tribunal d'Estrasburg està destinat a ser el Constitucional europeu». Pel que fa al sistema de renovació dels membres del Tribunal, va comentar que «possiblement el sistema espanyol és el millor de tots».

Finalment, Gay va afirmar que «el Tribunal Constitucional ha estat tractat injustament, i ha fet una tasca impagable per a l'Estat i per a les comunitats autònomes i uns esforços importants per pacificar el país». Així mateix, es va mostrar preocupat pel moment de crisi actual, en què més que mai va voler destacar que «el Dret fonamental recau en la persona [...], i l'Estat de Dret és la materialització d'alguna cosa sempre que el mogui la moral i l'ètica».

Seminari Internacional sobre la Unificació del Dret Internacional Privat

La aplicación del programa de la apostilla electrónica en España «supone un aumento espectacular de eficiencia y seguridad respecto de la apostilla papel»

El 16 de maig, a l'Aula Magna de la Universitat de Barcelona, i el 17, al Col·legi, va tenir lloc el Seminari Internacional sobre la Unificació Convencional i Regional del Dret Internacional Privat. En el marc d'aquest, es va celebrar l'acte d'homenatge a Alegria Borràs, catedràtica de Dret Internacional Privat de la Universitat de Barcelona.

El Seminari va reunir professors de Dret internacional privat d'arreu d'Europa i notaris per tal de compartir continguts nous sobre aquesta matèria comuna. La conferència inaugural va anar a càrrec d'Alegria Borràs, que va exposar «La unificació convencional i regional del Dret internacional privat: De l'adopció de les normes a la seva aplicació». Posteriorment, la primera part del Seminari es va dedicar a «L'aplicació del Dret internacional privat en matèria civil», amb la intervenció, entre d'altres, del Notari Martín Garrido Melero, que va parlar sobre «Protocol notarial i emigració (algunes reflexions sobre la pràctica)». La segona part, centrada en la postil·la electrònica, va comptar amb la presència de Christophe Bernasconi, Secretari General Adjunt de la Conferència de l'Haia de Dret Internacional Privat, que va exposar el programa de la postil·la electrònica (e-APP), mentre que José Alberto Marín Sánchez, Vicedegà del Col·legi, va explicar l'aplicació del programa a Espanya.

En la seva exposició, Bernasconi va qualificar de «gran èxit» la implantació de la postil·la electrònica i va remarcar, especialment, que «el valor de la convenció és que fa la vida més fàcil



a tothom, perquè té un impacte directe en la vida de la gent i en els negocis, les transaccions o els inversors que volen invertir fora. En definitiva, crea un entorn legal més fàcil per moure's i invertir».

Així, va parlar tant de la postil·la electrònica com dels registres electrònics, i va afirmar, quant a la primera, que «*tot el sistema es basa en què l'e-APP ha de ser reconeguda a altres països, de la mateixa manera que passa amb la postil·la paper*», mentre que, pel que fa als registres electrònics, va parlar dels diferents sistemes de funcionament actualment utilitzats arreu del món.

Per la seva banda, Marín va desenvolupar en profunditat l'aplicació del programa de la postil·la electrònica a Espanya i va afirmar que «*suposa un augment espectacular d'eficiència i seguretat respecte de la postil·la paper*». Fent un repàs a la normativa espanyola, va repassar aspectes com ara l'emissió de postil·les, la regulació del Registre de Postil·les Electròniques, la postil·la electrònica sobre documents notariais, la forma de la postil·la, la validesa de les postil·les electròniques estrangeres i la seva verificació, entre d'altres.

Finalment, pel que fa als països que generen un major nombre de legalitzacions, va destacar que l'estadística del 2012 posa de manifest que aquests són Xile, Algèria, el Brasil, l'Uruguai i la Xina, mentre que, pel que fa a postil·les, els cinc

primers països en el rànquing són actualment Rússia, Colòmbia, l'Equador, Veneçuela i, a una certa distància, l'Argentina. Per continents, l'Amèrica del Sud (5.849), seguida de l'Àfrica (4.559) i, en tercer lloc, l'Àsia (4.640), són els principals a generar legalitzacions, mentre que, pel que fa a postil·les, ho són l'Amèrica del Sud (32.094), l'Àsia (14.374) i Europa (11.992). En darrer lloc, diferenciant els documents generats per persones físiques dels generats per persones jurídiques, les dades mostren que el 65 % correspon a persones físiques, davant d'un 35 % que correspon a persones jurídiques. En total, el Col·legi va gestionar 85.542 legalitzacions i postil·les l'any 2012.

El Seminari va acabar amb una tercera part dedicada a l'aplicació del Dret internacional privat en matèria mercantil, en què va intervenir el Notari Ricardo Cabanas Trejo per exposar el tema «Formalització i inscripció de la fusió transfronterera intracomunitària».



Els dies 16 i 17 de maig, a l'Aula Magna de la Universitat de Barcelona i al Col·legi, respectivament, va tenir lloc el Seminari Internacional sobre la Unificació Convencional i Regional del Dret Internacional Privat. En el marc d'aquest, es va celebrar l'acte d'homenatge a Alegria Borràs, catedràtica de Dret Internacional Privat de la Universitat de Barcelona

PUBLI

Normes per a la publicació de treballs a **LA NOTARIA**

1. **CORRESPONDÈNCIA.** Els originals es remetràn, en qualsevol cas, a: lanotaria@catalunya.notariado.org

La primer pàgina ha d'incloure *necessàriament* el títol, el nom complet de l'autor, les dades de contacte, una direcció de correu electrònic i, lliurement, altres circumstàncies identificadores en un màxim de tres mitges línia (alineades al marge dret).

2. **REMISSIÓ I FORMAT.** Cal enviar l'original per correu electrònic i *necessàriament* en format Word (de forma excepcional i prèvia autorització, caldrà enviar-lo en format convertible).

3. **EXTENSIÓ DELS TREBALLS:** Els treballs han de ser *originals*, sense que s'hagin publicat amb anterioritat ni en paper ni en qualsevol altre format. L'acceptació s'entendrà revocada automàticament si es publiquen en l'interim, excepte de forma excepcional i prèvia autorització, en idiomes que no siguin els de treball de la revista o en formats no habituals.

— Els articles doctrinals han de tenir una extensió d'unes 30 cares de foli (inclosos les notes, les conclusions, la bibliografia i els annexos), en *Times New Roman* 12, espai senzill i amb notes a peu de pàgina en *Times New Roman* 10.

— Els articles pràctics no han de superar les 10/15 cares de foli.

— Els comentaris de sentències o resolucions, unes 5 cares de foli, sempre amb divisió en els corresponents epígrafs i subepígrafs.

4. **ACEPTACIÓ.** La redacció de la revista acusarà recepció, mitjançant correu electrònic, dels treballs que li arribin i els passarà a *informe confidencial*. El resultat dels informes es comunicarà als interessats (en el termini de temps més breu possible, d'acord amb les normes habituals) i només podrà ser un dels següents:

— L'acceptació del treball i el número en què es publicarà.

— L'acceptació sempre que s'adapti l'extensió o la presentació del treball.

— La no acceptació del treball.

5. **PUBLICACIÓ.** S'indicarà el número de la revista on es publicaran els treballs acceptats, llevat que, per circumstàncies excepcionals, s'hagi de posposar. En aquest cas, es comunicarà amb l'antelació suficient.

6. **NORMES D'EDICIÓ.** Cal remetre *necessàriament* els articles doctrinals en català o castellà (l'autor ha d'acceptar la traducció a l'una o altra llengua, atès el caràcter bilingüe de l'edició de *La Notaria*; en el cas d'altres llengües, serà necessària una autorització). A més, els articles han de tenir un apartat bibliogràfic, que no serà necessari en els articles pràctics o en els comentaris de sentències o resolucions.

— No pot utilitzar-se *negreta* (excepte en el epígrafs o subepígrafs) ni subratllat en cap cas.

— *Notes a peu de pàgina.* Les notes s'han de numerar mitjançant caràcters aràbics, en format superíndex i ordre ascendent.

— *Cites.* Les cites estan subjectes a les regles habituals, segons es tracti d'un llibre, un article de revista, un article en una obra col·lectiva, Internet o revistes electròniques. Cal indicar els cognoms en majúscules i no és necessari el nom tret que pugui haver-hi confusió. Els possibles canvis o comentaris de la cites literals s'han d'indicar entre claudàtors.

PUBLI