COLEGIO NOTARIAL
DE CATALUÑA

Director:
Ángel Serrano de Nicolás
Subdirector:
Guzmán Clavel Jordà
Consejo de redacción:
José Javier Cuevas Castaño *(Vida corporativa)*, Víctor Esquirol Jiménez *(Jurisprudencia/Resoluciones)*, Elisabeth García Cueto *(Internacional)*, Antonio Ángel Longo Martínez *(Práctica)*, Patricia Olivencia Cerezo *(Jurisprudencia)*
Consejo editorial:
Esther Arroyo Amayuelas *(U. de Barcelona)*, Luis Humberto Clavería Gosálbez *(U. de Sevilla)*, Andrés Domínguez 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. Autónoma de Madrid)*, Susana Navas Navarro *(U. Autónoma de Barcelona)*, Pablo Salvador Coderch *(U. Pompeu Fabra)*, Antoni Vaquer Aloy *(U. de Lleida)*, Rafael Verdera Server *(U. de Valencia)*, Francisco Vicent Chuliá *(U. de Valencia)*, Roberto Follía Camps *(Notario - RALJC)*, José Antonio García Vila *(Notario)*, Ildefonso Sánchez Prat *(Notario)*, Josep M.ª Valls Xufré *(Notario)*, M.ª Angels Vallvé Ribera *(Notario)*
Coordinación:
Sandra Purroy Corbella
Diseño y Producción: LA LEY
ISSN: 0210-427X
D.L.: M-15124-2012

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

© *2010 Ilustre Colegio de Notarios de Catalunya*
Notariado 4 - 08001 Barcelona

Edición online disponible en
www.colnotcat.es

lanotaria@catalunya.notariado.org

Editorial

HIPOTECAS, INTERESES... Y, AL FINAL, EUROPA

Muchas son las cosas que en los últimos cinco años se están poniendo de manifiesto, sea en lo político, lo económico, lo legislativo, lo judicial e incluso en lo preventivo, y que junto a demostrar que las cosas se podrían haber hecho, en unos campos más que en otros, de forma manifiestamente mejorable, también llevan a confiar que, aunque las cosas nunca vuelven a repetirse exactamente igual, las reformas que se adopten no sean un mero lavado de cara para que todo siga igual, sino que los principios constitucionales, y aunque ya la propia Constitución española es una norma jurídica, se expandan y den sustancia vivificadora a todo el Ordenamiento jurídico, y de forma singular al Derecho patrimonial, tan pendiente de renovación y al que también deberá llegar, en su aplicación diaria, seguramente sin necesidad de modificación legislativa, la aplicación de principios como la dignidad de la persona, la seguridad jurídica, la tutela judicial efectiva, la protección de los consumidores, etc.

No es totalmente infrecuente que así suceda ya, y de momento, pues por ellos tiene que empezar, en juzgados de 1.ª instancia o de lo mercantil, aunque tampoco puede ocultarse que no han faltado ulteriores resoluciones, en el orden jurisdiccional o en el constitucional, en que dichas sentencias han sido revocadas o no se ha admitido la cuestión de constitucionalidad con débiles argumentos que, finalmente, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha resuelto de forma que ha llevado a tener que modificar imperiosamente nuestra legislación positiva, así, en procedimientos no tan antiguos, pues la Ley de Enjuiciamiento Civil es del año 2000 y dejó sin contenido al art. 131 LH, cambiando, además, reglas esenciales, de forma que modificó el art. 129 LH con un «legalizado» procedimiento de ejecución extrajudicial o de «venta extrajudicial», dado que ni en el nombre se pone siempre de acuerdo el legislador, incluso en una misma norma o en artículos casi seguidos.

Como de la hipoteca y los intereses se trata, no solo los que devenga el préstamo que garantiza, sino también los legítimos intereses de las partes intervinientes, tanto consumidores como entidades acreedoras, parece necesario un serio y riguroso replanteamiento de la ejecución hipotecaria, singularmente de la llamada, unas veces así y otras no, «venta extrajudicial», pero no con las premuras de la reforma que se está tramitando, más fruto de la imperiosa necesidad de acomodar la legislación positiva a la legalidad que no de atender los serios problemas de ejecución que ya se han detectado. Y, desde luego, no podrá desconocerse y tendrá que llegar una reforma de calado en lo que a la ejecución hipotecaria se refiere y a la reclamación de deudas a consumidores concierne, pues ya se atisba una nueva sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en que, cuando de consumidores se trate, la autoridad judicial tendrá que ir más allá del mero *petitum*, no ya solo para «de oficio» expurgar el contrato de cláusulas abusivas, sino incluso para, superando ciertas formalidades totalmente asentadas y asumidas hasta el momento, dar verdadera protección a los consumidores.

Editorial

Los consumidores están protegidos constitucionalmente, y también lo está la seguridad jurídica, ciertamente, pero no parece de recibo, en aras de un pretendido interés público económico, ni puede admitirse, como límite a la nulidad de ciertas cláusulas y su consiguiente efecto retroactivo, que se proteja al infractor, es decir, a la entidad acreedora que ha utilizado cláusulas abusivas, sea aplicando —ante la nulidad de la cláusula que contenía el interés estipulado— el interés legal del dinero, pues devendría en que en cualquier situación este sería al menos el que se devengaría, o que se niegue la eficacia retroactiva a la nulidad de una «cláusula suelo», pues, en el peor de los casos, lo cobrado ya no hay que devolverlo, cuando, además, son mayoría las entidades que no utilizan dichas «cláusulas suelo», sin que ello las haya llevado a ninguna situación de insolvencia.

Por otra parte, parece harto discutible que las denominadas «cláusulas suelo» incidan en un elemento esencial del contrato, pues lo esencial será el tipo de interés, y este, aunque dichas cláusulas se declaren nulas, seguirá existiendo. Seguirá habiendo un «interés de referencia» (Euribor, IRPH, etc.) con el que se podrá determinar el interés aplicable, pues la «cláusula suelo» e incluso la «cláusula techo» no son sino accesorias e inadecuadas para determinar el interés y sus oscilaciones, pues, siendo evidente que la entidad acreedora, con la prudencia exigible a todo buen banquero, debe garantizarse unos márgenes de beneficio, estos pueden alcanzarse fijando un adecuado diferencial, o porcentaje en que se incrementa el «tipo de referencia», de cuya suma resulta el interés concreto aplicable. Quizás cabría preguntarse si esto no daría verdadera «transparencia» y auténtica facilidad de cotejo con otras ofertas de la competencia. La solución legislativa parece que será, y dará justo equilibrio, que en materia de consumidores está contemplado un mismo porcentaje de oscilación al alza o a la baja, aunque reitero que lo que creo que da verdadera claridad es el diferencial, sin perjuicio de que, además, haya o no bonificaciones y un límite para su aplicación.

Finalmente, dos cuestiones. La primera: en el Derecho real, accesorio de garantía, que da nombre a la venerable Ley Hipotecaria, debe alcanzarse el justo equilibrio entre la fase de seguridad y la de realización de valor, y difícilmente puede alcanzarse más en la fase de seguridad de la hipoteca, aunque, como accesoria, no puede decirse lo mismo en el préstamo que garantiza —con sus cláusulas abusivas, aunque, en la práctica, de las de vencimiento anticipado solo haya una, que es el impago, y, de ordinario, tras el impago de varias—, y, sin embargo, en lo que es su finalidad última, o de realización de valor, mucho es todavía lo que queda por hacer. Lo es por haber fallado estrepitosamente en estos momentos de crisis hipotecaria, aunque quizás no esté solo en garantizar que la entidad acreedora se adjudica lo hipotecado, sino en cómo extinguir la deuda respetando los legítimos intereses de ambas partes, con la mayor celeridad —pues los intereses de demora se van devengando, aunque se moderen— y, además, cuando de vivienda habitual se trate, debe quedar garantizado el derecho a la vivienda del deudor, que también lo está constitucionalmente. Y sí es un límite constitucional a la realización de la deuda. Aquí un serio replanteamiento de la hoy denominada «venta extrajudicial» parece imprescindible; una nueva regulación del procedimiento podría ser una vía para la mediación previa y para la novación final, sin necesidad de figuras «bárbaras», como una pretendida propiedad limitada.

La segunda y postrera cuestión es la información para el préstamo o el crédito, e incluso otras figuras de inversión, ahorro —o eso se pretendía—, etc., pues, como ha dicho con certeza, en su «Prólogo», A. M. MORALES MORENO —*El error en los contratos*, Madrid, Ceura, 1988—, hay que replantear el error, superando la idea de mero vicio de la voluntad, para, extrayéndolo —como hace— de la propia jurisprudencia del Tribunal Supremo, concebirlo «*como un problema de reparto de riesgo: el riesgo de una defectuosa información*». En otras latitudes, se regula expresamente la recognoscibilidad en el error.

Ángel Serrano de Nicolás

Director
Doctor en Dereho
Notario de Barcelona

Sumario

Editorial

- HIPOTECAS, INTERESES... Y, AL FINAL, EUROPA
  Ángel Serrano de Nicolás 4

Tribuna

- La publicidad formal, el Archivo de Revocación de Poderes y la reforma integral de los registros públicos
  Alfonso Cavallé cruz 6
- Del apoyo a los emprendedores
  José-Félix Belloch Julbe 8
- ¿Hacer mudanza en tiempos convulsos?
  Jesús Fuentes martínez 11
- Ante la sentencia del Tribunal de Justicia europeo
  Juan Gómez Martínez 14
- Tribuna que falta
  Joan Carles Ollé Favaró 17

Entrevista

- «Tenemos que reconocer y reforzar la tarea de los notarios en lo que concierne a seguridad jurídica»
  Germà Gordó 19
- «El 2014 es el momento del cambio económico»
  Joaquim Gay De Montellà 23

Doctrina

- Algunas consideraciones fundamentales en la regulación de las parejas de hecho
  Robert Follia Camps 27
- El poder preventivo: tutela privada, un reto para el Notariado
  Josep M. Valls Xufré 36
- La publicidad engañosa en la red: valoraciones desde el ordenamiento jurídico europeo y español
  David López Jiménez 53
- A propósito de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de marzo de 2013
  José-Javier Cuevas Castaño 68

Práctica

- Decreto 141/2012, de 30 de octubre, por el que se regulan las condiciones mínimas de habitabilidad de las viviendas y la cédula de habitabilidad
  Antonio ANGEL Longo MARTÍNEZ 72

Internacional

- Las parejas en Europa
  Elisabeth García Cueto 80

Sentencias

- Reseña de las principales sentencias del Tribunal Supremo
  Redacción de LA LEY 83
- Reseña de las principales sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña(*)
  Víctor Esquirol Jiménez 92

Resoluciones

- Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado contra calificaciones de la propiedad y mercantiles
  Fernando Agustín Bonaga 96
- Reseña de las principales resoluciones de la Dirección General de Derecho y Entidades Jurídicas de la Generalitat
  Víctor Esquirol Jiménez 122

Vida Corporativa

- Noticias corporativas y del mundo del Derecho 125

La publicidad formal, el Archivo de Revocación de Poderes y la reforma integral de los registros públicos

Alfonso Cavallé cruz
Decano del Colegio Notarial de las Islas Canarias

Nunca el Derecho Registral ocupó tanto espacio en los medios de comunicación como desde el día en que salió a escena un borrador de anteproyecto de ley que, con la excusa de atribuir a los registradores de la propiedad y mercantiles el Registro Civil, se aventuró en una «*reforma integral de los registros públicos*».

El texto, de tintes iconoclastas, rechaza modelos y trastoca leyes veteranas y con tanta autoridad como el Código Civil, el Código de Comercio, la Ley de Sociedades Anónimas o Limitadas, la Ley del Notariado, la Ley Hipotecaria y la Ley del Registro Civil, que, en su día, nacieron con total consenso político. **Sus mentores son un pequeño pero muy influyente grupo de registradores que**, abiertamente, en esa plaza pública que es Internet, **han proclamado a los cuatro vientos su autoría ideológica**. La propuesta representa su personal carta a los Reyes Magos. **Pero, como se demostró en Zaragoza, otro grupo más numeroso de registradores no lo creen así** y atisban a ver tras su articulado el «cuento de la lechera», que acaba con el cántaro roto y la leche desparramada por los suelos.

El borrador de anteproyecto tiene el dudoso honor de haber logrado la unanimidad de la ciudadanía y de todos los operadores jurídicos en su rechazo, incluido el de sus hipotéticos beneficiarios, tal como se evidenció en el Hotel Hiberus de la capital maña. También **debe reconocérsele el mérito de ser el paradigma, el no va más, de lo que no debe ser una reforma**, ya que esta norma **«solucionaría» problemas inexistentes, crearía problemas nuevos donde antes no los había y, lo que es más llamativo, los problemas reales no solo no los afronta, sino que los perpetuaría**: entre ellos, la obsolescencia de la publicidad formal y el solapamiento de bases con el Catastro. Solo me detendré en el primero.

La publicidad es el fundamento, causa y razón de ser de la creación, en su día, de las contadurías de hipotecas, y luego, **del Registro de la Propiedad**. La publicidad formal debe ser acorde con los medios disponibles y debe responder a las necesidades sociales de cada época. Las nuevas tecnologías permiten que la información —y, por tanto, la publicidad del Registro— llegue de forma inmediata al ciudadano, que gana en oportunidad, eficacia y comodidad. El acceso en línea y en tiempo real a la información es una realidad cotidiana en los registros más avanzados del mundo. En España, primero la Ley 24/2001 y más tarde la 24/2005 así lo ordenaron, pero, **a pesar de la diligencia y los propósitos del legislador, la aplicación de las nuevas tecno-**

logías a la publicidad formal es hoy solo una «realidad de papel», el del BOE. Si hacemos una estadística de cuántos registros han acatado dicha orden, el resultado es desolador: ¡ni uno solo! ¿Se puede calificar de Estado de Derecho un país donde un cuerpo de funcionarios incumple durante casi tres lustros un doble mandato expreso del legislador sin que pase nada y sin que se le imponga?

No puede argumentarse que no existen medios económicos o imposibilidad técnica, ya que, desde hace años, ello es posible, como cualquiera puede comprobar con la Oficina Virtual del Catastro o como personalmente he podido comprobar en algunos registros de América, en países con menores medios económicos. **El incumplimiento es pura desobediencia y ha tenido consecuencias para los ciudadanos** que han padecido los «incidentes» —con sus correspondientes perjuicios económicos— derivados de no contar con la información adecuada en el momento oportuno. Cualquiera que haya acudido en los últimos días a una Notaría en España ha podido comprobar que **el acceso en línea no es posible y que el Registro todavía remite la información sobre la titularidad y el estado de cargas de las fincas por el obsoleto telefax**, mecanismo muy avanzado en su día, pero hoy digno de figurar en una exposición de tecnología *vintage*.

¿Quiénes son estos funcionarios que están por encima del poder legislativo, cuyas leyes desobedecen abiertamente? Son los mismos que de forma autocomplaciente se autocalifican en su borrador de «*verdaderos instrumentos del control de legalidad*». Son los mismos que invocan «*la radical necesidad de respeto a la independencia de los registradores*» (*cfr.* borrador de la LRIRP) y **olvidan que son funcionarios públicos y que, como tales, han de servir con objetividad a los intereses generales** y actuar de acuerdo con el principio de jerarquía, con sometimiento pleno a la ley y al Derecho (103.1 CE).

Con el borrador de anteproyecto, la historia se repite, ya que **existen antecedentes de ese afán de crear nuevos registros de dudosa utilidad**. En la década de los noventa del pasado siglo, los mismos, en contra de la opinión de la doctrina y de los demás operadores jurídicos, apadrinaron e impulsaron el Registro de Condiciones Generales de la Contratación y de Cláusulas Abusivas, que se convirtió en otro monumento a la inutilidad, como los acontecimientos acabaron por demostrar. También son los mismos que en otro momento se opusieron a la existencia del Archivo de Revocación de Poderes, cuya ascendencia, caída y renacer pueden dejar entrever los anhelos que subyacen en el borrador.

El Archivo de Revocación de Poderes, cuya finalidad es la que resulta de su nombre, **se llevó durante su corta existencia por el Consejo General del Notariado, funcionó con carácter gratuito, de forma automática, sin cargar al ciudadano con nuevos trámites y se caracterizó por su eficacia y agilidad**. Su existencia fue bien recibida tanto por la ciudadanía como por los operadores económicos, y no se conoció ningún incidente que desaconsejase su existencia. **Los que hoy promueven la inscripción de las revocaciones, casualmente, son los mismos que recurrieron contra la existencia de este archivo**. Sus verdugos, ahora, como san Pablo camino de Damasco, ven la luz y se dan cuenta de lo útil y acertado que era, como dice su borrador, para «*eliminar uno de los factores de mayor incertidumbre en la contratación: la acreditación de la subsistencia del poder de representación*». Rectificar es de sabios, por lo que, advertido el error, lo lógico sería dar cobertura normativa formal a lo que empíricamente funcionó bien. Pero la solución propuesta es otra. Así, pretenden que, como el ave fénix, el Archivo de Revocación de Poderes renazca de sus cenizas, ahora convertido en ave elefante y con un doble matiz: **lo quieren de pago y para ellos. Además, ya no se limitaría,** como sería de prever, **a las revocaciones**, que es lo que interesa, **sino que se extendería al otorgamiento, modificación, suspensión, revocación y cancelación de los poderes** de las personas físicas, incluidos los apoderamientos preventivos. Además, se impone la inscripción obligatoria de los poderes que deban hacerse valer ante los jueces y tribunales y ante las administraciones y los funcionarios públicos en el ejercicio de sus competencias, es decir, **todos en la práctica**. En un poder normal, **el gasto se va a multiplicar exponencialmente**, ya que, al coste de la inscripción y cancelación, habrá que añadir el derivado del cúmulo de consultas que habrá que hacer cada vez que se quiera usar.

Este nuevo modelo, frente al anterior, no tiene ninguna ventaja y sí múltiples inconvenientes: su coste para el ciudadano; pérdida de agilidad e inmediatez; aumento de la burocracia, con la consiguiente ralentización del tráfico, al transformar el Archivo en un registro *ad hoc*, con sus asientos, plazos, calificación y toda la liturgia del procedimiento registral, y afectará también a la intimidad de las personas, al ampliar su extensión y contenido.

En los últimos años, se han autorizado en España varios millones de poderes y revocaciones, sin que se haya producido incidente alguno digno de mención que justifique un cambio tan radical, ya que el sistema actual es seguro: **¿hay razones suficientes que justifiquen esta pérdida de privacidad? ¿Es justificable cargar con gastos innecesarios al ciudadano? ¿Es razonable ralentizar el tráfico jurídico? No hay ninguna razón objetiva y seria**. En Europa tampoco han visto la razón, ya que tampoco se inscriben los poderes. Y si a los registradores ahora les preocupan las revocaciones, ¿por qué no reactivar el Archivo de Revocación de Poderes, que mañana mismo podría funcionar sin ningún coste y que, durante su corta vida, demostró ser eficaz, discreto, sencillo, inmediato y, un dato a tener en cuenta en plena crisis, gratuito?

Del apoyo a los emprendedores

José-Félix Belloch Julbe
Notario de Barcelona y Exdecano del Colegio Notarial de Cataluña

Hace solo unos días, el Gobierno publicaba los últimos datos de la llamada Encuesta de Población Activa: más de seis millones doscientas mil personas están, en este momento, buscando trabajo sin encontrarlo; el número de parados es, desde luego, mayor, ya que decenas de miles de ciudadanos han renunciado, dadas las circunstancias, a registrarse como desempleados. Por otra parte, **la suma de parados y pensionistas se aproxima peligrosamente al número total de cotizantes del sistema público de la Seguridad Social**.

Estamos, al menos por el momento, ante un **fracaso sin paliativos de la política económica adoptada por el Gobierno**, sin que ni su Presidente ni ninguno de los ministros responsables se muestren capaces de articular relato coherente alguno que, al menos, brinde alguna esperanza razonable de mejora, ni en el corto ni en el medio plazo.

La política económica seguida por el Gobierno ha sido casi exclusivamente la de tratar de controlar el déficit público. Como es sabido, este «control» exige o bien disminuir los gastos o bien incrementar los ingresos, o ambas cosas a la vez. El Gobierno se obligó a hacerlo racionalizando y reduciendo el gasto de nuestras elefantiásicas administraciones públicas, potenciando el crecimiento del producto interior bruto mediante una fiscalidad estimulante, flexibilizando el mercado laboral y apoyando, de un modo decidido, a los «emprendedores». Lo que el Gobierno ha hecho —violando todas sus promesas electorales— ha sido: subir drásticamente todos los impuestos —tanto los directos como los indirectos—, creando, además, un amplio repertorio de tasas, después de incrementar la cuantía de todas las existentes; llevar a cabo un amplio y no demasiado selectivo plan de reducción de las prestaciones sociales de toda índole, y castigar severamente las retribuciones de los funcionarios públicos.

Los «paganos» de todo este proceso de ajustes han sido y estamos siendo los de siempre: las clases medias, los asalariados y los profesionales de éxito. Dejando aparte una reforma del mercado de trabajo, de eficacia discutible y discutida, el Gobierno no ha hecho prácticamente nada en la línea de sus supuestas convicciones teóricas: «menos Estado y más sociedad civil», «son los empresarios quienes verdaderamente crean empleo», hay que reducir el tamaño y coste de las administraciones públicas; hay que apoyar a los emprendedores, etc.

Pues bien, **circula en estos momentos por los mentideros madrileños un «Anteproyecto de Ley de Apoyo a los Emprendedores y a su Internacionalización»** con el que, al parecer, el Gobierno pretende dar

una respuesta válida a sus reiteradas promesas sobre este asunto.

> La política económica seguida por el Gobierno ha sido casi exclusivamente la de tratar de controlar el déficit público

No se trata, en este momento, de entrar en un análisis técnico-jurídico del texto propuesto por el Gobierno, sino de valorarlo políticamente, es decir, de reflexionar acerca de si va o no a servir eficazmente al propósito político que supuestamente lo inspira. Sin perjuicio de las rectificaciones que, en su caso, me vea obligado a hacer, si el texto cambia a lo largo de su gestación y, después, de su tramitación parlamentaria, **tras dos lecturas atentas y detenidas del mismo, he llegado a una conclusión provisional**: lo que sustancialmente ofrece el Anteproyecto a los emprendedores es, recordando una conocida sección de la desaparecida revista humorística *La Codorniz*, **nada con sifón**.

Veamos someramente sus novedades.

1. **Creación de la figura del «emprendedor de responsabilidad limitada»**. Se trata de que la responsabilidad del emprendedor que tenga su origen en deudas empresariales o profesionales **no alcance a aquellos de sus bienes que él mismo haya declarado como «no vinculados» a estas actividades**. Esto se consigue a través de un acta notarial o instancia suscrita con firma electrónica reconocida, que ha de inscribirse en el Registro Mercantil y, además, en los otros registros —el de la Propiedad, el de Bienes Muebles, etc.— en que se hallen inscritas las titularidades de los bienes «no vinculados».

   Estamos ante el descubrimiento del mar Mediterráneo: **esta misma finalidad se consigue hoy de un modo más seguro, más rápido y más barato** mediante la creación de la sociedad unipersonal de responsabilidad limitada del art. 5 del Real Decreto-Ley 13/2010, de 3 de diciembre. En veinticuatro horas y con un gasto de 100 euros, queda constituida una sociedad de estas características, en la que no hay que hablar para nada de bienes «no vinculados»: solo quedan afectos a las responsabilidades derivadas de su actividad empresarial los activos incorporados por el socio al capital social. Solo hay una inscripción y en un único registro: el Mercantil.

   Por lo demás, **el tema de la «responsabilidad limitada» o del «bien no vinculado» no dejará de ser, en la mayoría de los casos, una construcción puramente teórica que el simple roce con la realidad convertirá en humo**. En el momento mismo en que el emprendedor —sea persona física con responsabilidad limitada o sociedad mercantil— solicite de un banco o de un proveedor la apertura de una cuenta de crédito, la respuesta será negativa, salvo que se presten las garantías personales o reales que el acreedor estime necesarias.

   En resumen: desde un punto de vista teórico, la figura es totalmente innecesaria, y desde un punto de vista práctico, completamente inútil.

2. **La sociedad limitada de fundación sucesiva: se trata de que una sociedad, cuyo capital legal mínimo es de 3.000 euros, pueda constituirse sin necesidad de desembolsarlo —ya se irá haciendo— ni de acreditar la realidad de las aportaciones no dinerarias** —ya responderán los fundadores, personal y solidariamente, de esta realidad, tanto frente a la sociedad como frente a los acreedores sociales.

   ¿Puede un proyecto empresarial tener un mínimo de credibilidad y solvencia sin que en su constitución se haga una aportación económica, aunque sea de mínima envergadura, esto es, de menos de 3.000 euros?

   Este genial descubrimiento de la sociedad limitada de fundación sucesiva **solo puede servir para que renazcan los revendedores de sociedades constituidas con un capital social de**

15 euros, o, como es lo más probable, para nada.

3. **Constitución rápida de sociedades**. Al autor del Anteproyecto y a todos nos preocupa que el emprendedor pueda dar comienzo a sus actividades lo más rápidamente posible, y que se reduzcan al mínimo los trámites legales indispensables para ello. Sin embargo, al Anteproyecto le resulta imposible sustraerse al tópico según el cual los problemas de «arranque» de los emprendedores españoles tienen su origen en los plazos en que notarios y registradores realizan su trabajo, **cuando es público y notorio que la causa real de la ralentización estriba en los múltiples permisos y autorizaciones administrativas que eternizan el inicio de cualquier actividad empresarial**.

   Pues bien, en el marco legal vigente, **el art. 5 del Real Decreto-Ley 13/2010, de 3 de diciembre, introdujo un sistema notarial de constitución telemática de sociedades mercantiles**. A su amparo, el Notario, tras autorizar la escritura de constitución de la sociedad, la presenta telemáticamente al Registro, liquida telemáticamente el impuesto de operaciones societarias, recibe telemáticamente los datos de inscripción, los adjunta a la copia y la envía a cualquier oficina pública, como es la Tesorería General de la Seguridad Social o la Agencia Tributaria, para el CIF definitivo. **Todo ello se realiza en un solo día y al coste de 100 euros**: 60 para el Notario y 40 para el Registrador.

A pesar de ello, el Anteproyecto parece incomprensiblemente seguro de que la desaparición del Notario en el proceso de constitución de las sociedades supondrá un notable estímulo para el «emprendedor».

> El Anteproyecto parece incomprensiblemente seguro de que la desaparición del Notario en el proceso de constitución de las sociedades supondrá un notable estímulo para el «emprendedor»

No se sabe bien por qué. La preocupación del legislador por la constitución rápida de las sociedades dio origen, **en el año 2003**, a la llamada **«sociedad limitada nueva empresa»**. Este sistema, basado en la plataforma CIRCE y el documento electrónico (DUE), ha constituido **un completo fracaso**. Según datos del Ministerio de Industria, entre el año 2003 y el 2013, se han constituido por esta vía únicamente 5.913 sociedades. **Por el contrario, a través del sistema notarial de constitución telemática del Real Decreto-Ley 13/2010, de 3 de diciembre, se han constituido, en dos años y medio, 56.221**. Y, sin embargo, el Anteproyecto suprime de un plumazo el sistema notarial de constitución telemática de sociedades y lo sustituye por otro —el sistema CIRCE— ya ensayado y fracasado. **Con el sistema introducido, el emprendedor, si lo desea, podrá otorgar escritura de constitución de su sociedad, pero el Notario no podrá continuar tramitándola por el sistema notarial**, sino que habrá de remitir la copia a un punto de atención al emprendedor (PAE) para que sea este quien se ocupe de liquidar impuestos, inscribir en el Registro, notificar a las administraciones públicas, etc. **Resulta verdaderamente incomprensible que se convierta a los PAE —antes, puntos de asesoramiento e inicio de la tramitación, PAIT— en el eje del sistema** para informar al emprendedor sobre los trámites a llevar a cabo, sobre apoyos y ayudas financieras para la actividad económica de que se trate, la tramitación registral y remitente único de declaraciones, altas, etc. **El Notariado dispone de una red de tres mil oficinas instaladas y ha demostrado con creces la eficiencia de su sistema de constitución telemática**. ¿Por qué prescindir de él? ¿Para servir al emprendedor? Pues que el emprendedor elija entre el sistema notarial y el que diseña el Anteproyecto. **¿Por qué tanto miedo a la libertad de elección de los ciudadanos?**

Cuando el Anteproyecto se convierta, si así sucede, en Proyecto de Ley, habrá llegado el momento de hacer el riguroso análisis técnico-jurídico que merezca; mientras tanto, me quedo con **tres claras conclusiones**:

1. **El empresario individual de responsabilidad limitada, la sociedad limitada de fundación sucesiva y la exclusión** —si se quiere, y para determinados tipos— **de la necesidad de escritura pública de constitución** constituyen, ciertamente, novedades, pero **resultan decididamente inútiles para estimular la actividad de las personas que quieran convertirse en emprendedoras**.

2. **Los PAE no constituyen novedad alguna: son los actuales PAIT**. La confianza en ellos por parte de los aspirantes a emprendedores, como ya hemos visto, ha sido muy limitada. El hecho de que se amplíen sus competencias y se les atribuyan determinados monopolios en la tramitación telemática de sociedades ni mejora su imagen ni los hará más fiables ni eficientes.

3. **Lo que sí resulta verdaderamente novedoso es la exclusión de los Notarios no solo en la tramitación telemática de la constitución de sociedades limitadas, sino también en la de su disolución, liquidación y extinción**. Pero **lo peor** de estas novedades antinotariales **es la introducción de la posibilidad de constituir un determinado tipo de sociedades limitadas a través del DUE y del sistema CIRCE, sin necesidad de escritura pública. Se trata de un gravísimo atentado a nuestro sistema de seguridad jurídica preventiva**. Es difícil comprender por qué constituirá un atractivo o un apoyo para el emprendedor la supresión de la función notarial: asesoramiento, garantía del consentimiento informado, control de legalidad del negocio... ¿No está más preparado para esto el Notariado que los puntos de asesoramiento a cargo de no se sabe muy bien quién?

Como decía al principio de esta nota, **el Anteproyecto** ofrece al aspirante a emprendedor poco más que nada con sifón. Por el contrario, **abre, gratuita e innecesariamente, una vía en la línea de flotación de nuestro prestigioso sistema público de seguridad jurídica preventiva**. No es la primera vez que se sugiere que el DUE, el CIRCE y el PAE sustituyan —con ventaja para el ciudadano— la intervención del Notario, en su doble de calidad de funcionario y de profesional del Derecho.

Por lo demás, **el Anteproyecto incluye una deliciosa nota naif: el fomento del apoyo a la iniciativa emprendedora en las enseñanzas primaria, secundaria y universitaria**. Emociona pensar que a un niño de diez años se le vaya a hacer soñar con una «vocación emprendedora», en lugar de otras tan ramplonas como las de bombero, policía o astronauta.

¿Hacer mudanza en tiempos convulsos?

(A propósito de la proyectada reforma de ciertos Registros Públicos)

Jesús Fuentes martínez
Notario de Barcelona

Por razones que son de todos conocidas, los principios que tradicionalmente han guiado la actuación de la Compañía de Jesús vuelven a estar de actualidad, y uno de ellos aparece encarnado en esa célebre frase atribuida tradicionalmente a san Ignacio de Loyola.

Continuando con la explicación de la frase cuyo título encabeza esta colaboración, la misma cobra verdadero sentido si se la relaciona con la explicación entre paréntesis, ya que, por las noticias que constantemente van goteando, **se tiene conocimiento de un anteproyecto de ley** —accesible para cualquier interesado desde el momento en que organizaciones como algunas centrales sindicales han facilitado su descarga en Internet— **que pretende una reordenación o una ordenación *ex novo*, más que una reforma, de un cierto número de registros —no todos— que hasta ahora han funcionado con absoluta independencia entre sí**, pues distintos son su origen y naturaleza y distinta es la función que han de desempeñar, **razón por la cual no se acaba de encontrar una explicación**, desde la óptima del mejor servicio de la sociedad, **a la necesidad de la reordenación pretendida**.

Son muchas las cuestiones que se están suscitando a medida que se han ido conociendo los sucesivos borradores del anteproyecto, la mayoría no exentas de polémica y que han merecido la atención, en los medios de comunicación escrita, de relevantes juristas, y nada menos que de las dos últimas titulares de la DGRN, Pilar Blanco-Morales y María Ángeles Alcalá, curiosamente realizando un análisis bajo puntos de vista muy cercanos —por no decir coincidentes— en los aspectos fundamentales de la pretendida reforma. Numerosas son las cuestiones que se pueden suscitar en un anteproyecto de tan ambiciosas pretensiones, y cada una de ellas podría ser merecedora no ya de una modesta colaboración como la presente, sino de un verdadero trabajo doctrinal en profundidad, razón por la cual **voy a centrarme únicamente en tres aspectos de la reforma**.

1. LA REORDENACIÓN DEL REGISTRO CIVIL

Tratando de precisar brevemente la razón de ser y la naturaleza específica del Registro Civil, y por más vueltas que le demos a la cuestión, estamos en presencia de un organismo de publicidad ligado a esas circunstancias de especial carácter y relevan-

cia en que puede encontrarse la persona, esto es, su estado civil, según una definición por suficientemente conocida ya clásica.

En segundo lugar, el Registro Civil se basa esencialmente en hechos que, tras su comprobación —fáctica, no se nos olvide—, son objeto de una publicidad oficial que los eleva a la categoría de verdad oficial, en tanto no sean destruidos mediante la correspondiente resolución firme. Pues bien, en el año 2011 se aprobó una Ley de Reforma de la Ley del Registro Civil de 1957 —que tan importantes servicios rindió a la seguridad jurídica— por consenso de todos los grupos parlamentarios, aplazándose su entrada en vigor, en base a una enmienda aceptada por todos los grupos de la Cámara, al año 2014. Y en esa Ley de 2011 ya aparecen claramente enunciados unos principios que han motivado unas cuantiosas inversiones públicas que, más que un cambio radical —verdadera privatización para algunas reputadas voces—, lo que piden a gritos es que se pongan en vigor, se profundicen y se lleven a término hasta sus últimas consecuencias.

En un reciente artículo publicado en un destacado medio nacional, quien desempeñaba la titularidad del Centro Directivo en 2011, María Ángeles Alcalá, ha puesto de relieve cómo **los registros civiles están informatizados desde el año 2000 y cómo las inscripciones posteriores a 1957 también han sido digitalizadas**, precisamente en aras del funcionamiento electrónico del mismo, que es uno de los principios claramente inspiradores de su reforma, algo que, como es de suponer, habrá motivado **una nada desdeñable inversión de recursos públicos** —algunas fuentes la cuantifican en cifras que superan claramente los 100 millones de euros. **Asimismo, la reforma de 2011 racionalizó la estructura del Registro Civil y desjudicializó sus competencias**, atribuyéndoselas a funcionarios públicos y secretarios judiciales, una vez superado el correspondiente concurso público.

Pues bien, la concusión que se obtiene de lo antes expuesto es que la vía a seguir es la puesta en marcha de la reforma efectuada en el Registro Civil en el año 2011, profundizando sus principios inspiradores y no extendiendo sus competencias más allá de lo que conforman su específica razón de ser y la naturaleza de los hechos que está llamado a dar publicidad. Es más, podría incluso pensarse que esa opción legislativa de configurar un registro único digitalizado, servido por una pluralidad —de encargados o titulares—, podría ser extrapolable a otros registros hoy en funcionamiento, respecto de los cuales se podría conferir al ciudadano la posibilidad de elegir al funcionario que practique determinada operación registral, bien sea por su mayor celeridad, por su mayor rigor en el desempeño de dicha tarea o por otras razones que en modo alguno pueden ir en contra de su estricta legalidad en la actuación y su imparcialidad —¿les suena esto?—, sin tener que sujetarse a una competencia territorial predeterminada, pues el funcionario obtendría los antecedentes necesarios para desarrollar su función, a la vista del título presentado, de una base única accesible para todos ellos. Creo que se me entiende perfectamente...

2. EL RIESGO DE HIPERTROFIA DEL REGISTRO CIVIL

Pues sí, sin duda alguna, la pretendida expansión de lo que podría ser objeto de inscripción en el Registro Civil —al menos, tal y como la conocemos por los datos que se han ido filtrando— llevaría a su hipertrofia y, más grave aún, a su profunda desnaturalización —por no emplear otros calificativos que en estos días son de ver en los medios escritos—, tal y como han proclamado voces desde ámbitos muy diversos a la hora de analizar la pretendida expansión del objeto del Registro Civil.

En efecto, poco cabe añadir ya a **la pretendida inscribilidad de los apoderamientos o del domicilio de las personas físicas**, pues creo que ha sido suficientemente criticada y su pretensión de inscripción **se descalifica por sí sola**. Pero sí que **me voy a detener especialmente en la pretendida incorporación al Registro Civil de tres registros cuyo funcionamiento** —siempre mejorable y perfectible, faltaría más— se puede decir que **es bastante satisfactorio**, con un altísimo nivel de informatización, en la mayoría de los casos, y con un coste muy reducido para el ciudadano.

Me refiero al Registro de Seguros de Cobertura de Fallecimiento, que tan buenos servicios y tanta utilidad está demostrando cada día y del que los notarios hacemos una utilización que redunda directamente en beneficio del ciudadano y de la Administración tributaria.

Por supuesto, **también** —faltaría más— **el más que centenario** —y venerable— **Registro de Últimas Voluntades**, tan cercano a nuestra diaria actividad, entre otras cosas, porque somos nosotros quienes, sin coste alguno para el ciudadano, le suministramos los datos necesarios para su funcionamiento de forma ágil y segura, empleando para ello las nuevas tecnologías —casi me atrevería a decir que de forma absolutamente ejemplar. Y qué decir, igualmente, de la importante labor que siguen prestando los colegios notariales en esta materia, pues son ellos quienes muchas veces, y ante los escasos pero a veces inevitables errores del Registro General, nos ponen sobre la pista de la última voluntad del causante. ¿Qué sería de los archivos colegiales de salir adelante la reforma?

Y qué decir del Registro General de Fundaciones, aún por desarrollar y respecto del cual el anteproyecto parece haber olvidado una cosa esencial: la existencia de los diversos registros autonómicos creados para la inscripción y publicidad de las fundaciones de ámbito no estatal, con lo que coexistirían, de salir adelante las pretensiones del anteproyecto, dos sistemas completamente distintos en su funcionamiento y que me atrevería a calificar como incompatibles entre sí —dato, por cierto, que tampoco ha pasado desapercibido a quienes han opinado en los medios escritos sobre el anteproyecto.

En suma, que **es mejor dejar los experimentos para mejor ocasión y profundizar y mejorar lo que funciona aceptablemente y a un coste más que módico para la Administración y para el ciudadano**. Sin duda, hay determinados aspectos del tráfico jurídico que merecen una mejor publicidad. **Estoy pensando, por ejemplo, en un mecanismo que permitiera conocer la posible revocación de apoderamientos**, algo que se intentó solucionar razonablemente —y con resultados por desgracia ya conocidos— desde nuestra corporación, y al que ahora se podría dotar de cobertura legal.

¿Cómo? Pues, por ejemplo, creando, en la propia DGRN, un Registro de Apoderamientos Procesales, accesible para órganos jurisdiccionales y para notarios —pensemos en los supuestos muy frecuentes en nuestra práctica profesional de delegaciones o de subapoderamientos—, una de cuyas secciones podrían ser, preci-

samente, las revocaciones y extinciones de todo tipo de poderes de personas físicas.

Y lo mismo sucede con la tantas veces anhelada publicidad del régimen económico matrimonial, que, perfeccionando la a todas luces insuficiente regulación actual, **podría cobrar un evidente impulso en el seno del propio Registro Civil**, pero en la línea que ya apuntaba claramente el art. 60 de la Ley 20/2011, que, con un adecuado desarrollo reglamentario, colmaría dicha aspiración, aunque sin desnaturalizarla, tal y como sucedería de salir adelante el anteproyecto.

3. LA NECESIDAD DE POTENCIAR LA DGRN

Pues sí, ante las hipercríticas voces que en estos años han entonado o proclamado el *delenda est* respecto de nuestro ya centenario Centro Directivo, **yo abogo, abierta y claramente, por potenciarlo. Y lo hago en un doble aspecto**: primero, **reforzando su labor de inspección y control sobre notarios y registradores**, pues no en vano ambos ejercemos una función pública por delegación del Estado. **Pretender sustraer ese control a la Administración** —lo que para nuestra actividad, y en fase ya clásica, viene a suponer, lisa y llanamente, la administración pública del Derecho Privado— **y trasvasarlo a otras instancias es una pretensión absolutamente fuera de lugar**.

En segundo lugar, **nunca hay que perder de vista que una de las funciones que presidieron la creación del Centro Directivo fue la de crear un cuerpo de doctrina** —en base a las resoluciones que se dictaran— **que permitiera la homogeneización en la aplicación de la ley**, pues, como la tantas veces alabada Exposición de Motivos de la Ley Hipotecaria de 1861 proclamaba, era una evidente causa de desprestigio de las leyes esa falta de criterios homogéneos en su aplicación por parte de quienes estaban llamados a realizarla.

Pues bien, tras el giro que no hace mucho se realizó en la interpretación del art. 327 de la Ley y el carácter vinculante de las resoluciones estimatorias del recurso contra la calificación, **hay que hacer cuanto legislativamente sea necesario para que las resoluciones de la DGRN**, en acertada expresión de Ignacio Gomá, **vuelvan a ser lo que fueron para nosotros cuando opositábamos**: «*Las resoluciones de la Dirección General eran* ***como la palabra de un dios jurídico que morase en el Olimpo****: sus decisiones eran inapelables procesalmente, pero también intelectualmente, por la altura de sus disquisiciones jurídicas y lo acertado de sus soluciones*».

Y cuando digo «*hacer lo que sea*», me refiero a adoptar medidas legislativas para que quede definitivamente despejado el sentido de lo que la ley proclama —su carácter vinculante— y para arbitrar un sistema imaginativo —pensemos en comisiones mixtas paritarias— para lograr que al Centro Directivo solo le lleguen las cuestiones de verdadero alcance e interés jurídico, y que el resto de los recursos contra calificaciones —muchas veces, por criterios formales o bien sin evidente fundamento, tanto la calificación como el recurso— se resuelva de una forma más rápida y expeditiva, poniendo fin a discusiones estériles y que nada aportan —especialmente, al ciudadano.

Hasta aquí mi breve y apresurada opinión sobre un anteproyecto que, según pienso, ha de quedar para mejor ocasión, tras la sosegada reflexión y el debate a fondo que ahora se impone. Por lo demás, sobre dicho texto hay otras muchas opiniones, mejor fundadas y con mayor enjundia y mordiente que la mía, que son fácilmente accesibles para el lector interesado. Recomiendo, por lo tanto, su lectura, y tras ella, que cada uno saque sus propias conclusiones...

Ante la sentencia del Tribunal de Justicia europeo

Juan Gómez Martínez
Notario de Sabadell

El pasado mes de marzo, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) ha venido a poner, por lo menos, un punto y aparte en el largo proceso de «crisis» —en sentido etimológico— que está sufriendo el sistema hipotecario español.

Aprovechando la coyuntura, el otrora alabado proceso hipotecario español se ve hoy puesto en entredicho por todo tipo de actores del sistema. Algunos de ellos, con mejores argumentos técnicos o económicos, y otros, con escaso rigor científico.

La **Sentencia del TJUE del pasado 14 de marzo**, a pesar de ser esperada —el informe de la Abogada General del TJUE hacía prever una resolución en el sentido de la que se ha dictado—, **ha provocado una especie de pistoletazo de salida**, y todos nos hemos puesto en marcha: **unos para atacar el sistema, otros para defenderlo y aun otros para modificarlo**.

> La Sentencia del TJUE del pasado 14 de marzo ha provocado una especie de pistoletazo de salida, y todos nos hemos puesto en marcha: unos para atacar el sistema, otros para defenderlo y aun otros para modificarlo

Lo primero que hay que aclarar es que la Sentencia **no pone en duda el sistema hipotecario español**, si entendemos por tal el que se inicia con el acuerdo de financiación de las partes y desemboca en la constitución de la hipoteca. Es fundamentalmente un proceso notarial y registral, basado en la intervención no de uno, sino de dos funcionarios imparciales, y que ha dado hasta ahora unos resultados más que aceptables.

Lo que la Sentencia critica es el súper privilegiado procedimiento de ejecución hipotecaria. Y dirige sus comentarios críticos en dos direcciones bien diferenciadas: unos, más específicos, en los que **señala dos cláusulas**, habituales en los préstamos hipotecarios, **que deben considerarse abusivas —la de los intereses de demora y la del vencimiento total de la obligación por un solo impago—**, y otros, más genéricos y trascendentes, que ponen en duda el sistema de ejecución hipotecaria en cuanto que, según el TJUE, **la inmediatez del procedimiento no permite una protección eficaz del consumidor que ha suscrito cláusulas que puedan resultar abusivas**;

es decir, que el procedimiento de ejecución hipotecaria es tan automático que **las causas de oposición que la ley contempla no permiten una defensa eficiente de los derechos de los consumidores**. Más especial es el pronunciamiento que hace el Tribunal sobre el sistema de determinación unilateral, por parte del acreedor, del importe de la deuda.

Debemos ver en la Sentencia del TJUE una oportunidad para nuestra función

La Sentencia merece una reflexión más profunda que la que puedan contener estos párrafos, pero sirva este comentario de urgencia para acreditar la **preocupación del Notariado sobre la situación. Preocupación por la situación de inseguridad o, si queremos, de transitoriedad en que queda el proceso de ejecución hipotecaria, también el extrajudicial**; especial preocupación **por el hecho de que se articule de verdad una defensa eficaz de los intereses de los consumidores, y también, en este mismo sentido, porque somos conscientes de que el instrumento de protección de consumidores más eficaz que tiene el sistema es la intervención notarial**.

En efecto, es socialmente evidente que **el momento adecuado para comprobar que un negocio es regular y respetuoso con los intereses de los consumidores es el de la firma de la escritura**. Es entonces cuando se dan todos los requisitos necesarios para que una protección de la parte menos informada sea eficaz: ese es el momento en que el negocio se perfecciona y solo desde entonces es irreversible; es el acto en el que concurren simultáneamente la voluntad de todas las partes implicadas, y, sobre todo, en ese momento se cuenta con el asesoramiento de un funcionario imparcial —imparcialidad cualificada— y con la competencia técnica suficiente para determinar qué cláusulas y condiciones del contrato se ajustan a la legalidad y cuáles son lesivas para consumidores y usuarios. **Y es evidente que ese es el momento adecuado, porque**, por encima de lo que piensen nuestros gobernantes, **de hecho, lo hemos venido haciendo así. Ese es el Notariado que tiene sentido y el que podrá subsistir** en una sociedad en la que la inteligencia artificial va a suplir otras de nuestras funciones que podríamos considerar más administrativas.

Y siendo socialmente evidente, así debe reconocerse también **no solo por la normativa** —en algunos casos, ya lo hace, aunque haya quien trate de ignorarlo—, **sino también por los tribunales y por nuestra Dirección General**.

Sin embargo, continuas resoluciones, tanto del Centro Directivo como de algunos tribunales, **limitan injustificadamente nuestras posibilidades de arbitrar en el sistema para aplicar**, con el rigor que la equidad y Europa exigen, **la normativa que protege a consumidores y usuarios**. Estas resoluciones parecen querer reducir nuestra intervención en las escrituras a la de un mero testigo que no puede controlar la legalidad de lo que se conviene y firma, ni denegar su autorización cuando la protección del consumidor se ve violada.

Y todo ello por intereses puramente corporativos y en perjuicio de los ciudadanos. Lo que de ninguna manera se puede pretender es que la decisión sobre el carácter abusivo de una cláusula se determine en una instancia en la que ni están presentes, ni se oye, ni se asesora a los interesados.

Debemos ver en la Sentencia del TJUE una oportunidad para nuestra función.

La Sentencia va a provocar modificaciones normativas que afectarán a dos ámbitos diferentes: por un lado, hay que estudiar cuáles son las consecuencias de la Sentencia **en materia de protección de consumidores, y por el otro, las modificaciones que va a provocar en el ámbito procesal**.

Cuando abordemos el problema, más allá de los detalles del razonamiento del TJUE —que quizás adolezca de cierta superficialidad—, tendremos que tener como guía la filosofía que se desprende de la Sentencia, que es muy clara: **el TJUE considera que el sistema de ejecución hipotecaria español no protege suficientemente a los consumidores**.

Creo que las razones fundamentales de esta desprotección se encuentran, **por un lado**, en el hecho de que, **al regular el procedimiento de ejecución hipotecaria, la LEC obvia la existencia de una regulación de protección de consumidores, que existe** en nuestro ordenamiento y que parece completamente conforme con la Directiva del 93, **y por otro lado, en que el sistema español de protección de consumidores es excesivamente rígido**, de manera que la apreciación preventiva del carácter abusivo de una cláusula solo es verdaderamente eficaz si ha sido previamente declarada como tal por un Tribunal y se ha inscrito —normalmente, con gran retraso— en el Registro de Condiciones Generales de Contratación (RGCC).

De nuevo aparece aquí el espectro del control de legalidad por parte del Notario. Si la condición está inscrita en el RGCC, no hay duda: el Notario no autorizará el documento. Pero parece evidente que **se cumpliría mejor con los requisitos de protección de consumidores** —y con la filosofía que dimana de la Sentencia— **si el Notario pudiera apreciar por sí, sin esperar a la inscripción, el carácter abusivo de la cláusula**.

De la propia Sentencia se deduce que la legislación española sobre defensa y protección de consumidores es sustantivamente suficiente; lo que quizás no sea suficiente es la forma en que es aplicada al caso concreto

De la propia Sentencia se deduce que **la legislación española sobre defensa y protección de consumidores es sustantivamente suficiente; lo que quizás no sea suficiente es la forma en que es aplicada al caso concreto**. Como he dicho, me parece que **lo más acertado sería que la normativa confiriera al Notario capacidad de calificación de las cláusulas abusivas**. Y si se considera que facultar al Notario para denegar su autorización cuando, a su entender, existan cláusulas abusivas es conferirle poderes casi jurisdiccionales, y no se le quiere otorgar tal poder decisorio, que se le otorgue la potestad de señalar de alguna manera su opinión sobre el carácter abusivo de una cláusula, con el fin de dotar de una mejor información al consumidor, y para que este pueda empezar a reclamar sus derechos desde el mismo momento en que se formaliza el contrato. **Esto es de trascendental importancia en el estado actual de la cuestión**, porque la verdad es

que la práctica habitual es utilizar la condición de abusiva de una cláusula por la vía de excepción, como causa de oposición a una demanda previa, y esto, a efectos de la Sentencia que nos ocupa, tiene mucha importancia. La cuestión es que, si se interpone una demanda por nulidad antes de la expedición de la certificación de dominio y cargas, y se anota la demanda sobre el derecho de hipoteca, subsiste la anotación, a pesar de la ejecución de la misma, pero si la anotación de la demanda tiene entrada con posterioridad a la certificación, la ejecución conlleva la cancelación de la anotación de la demanda, y esto, a juicio del TJUE, es insuficiente para garantizar un resultado eficaz del procedimiento entablado por el consumidor para conseguir la nulidad de las cláusulas.

Creo que una solución razonable de la cuestión podría ir por estos derroteros y, por lo tanto, **podríamos proponer**:

1. **Mantener la legislación sobre consumidores, incluyendo en ella valores cuantitativos respecto de algunas condiciones concretas** —ya se han apuntado propuestas sobre límites a los intereses de demora y al número de impagos suficientes para el vencimiento anticipado—, **y dotar al Notario de un mayor poder decisorio sobre la validez de las cláusulas**, sin necesidad de esperar a la inscripción de la condición en el RGCC.

2. **Permitir que la anotación de la demanda sobre la nulidad de las cláusulas abusivas subsista, cualquiera que sea el momento en que se anote en el Registro de la Propiedad**.

Como veis, soluciones ambas poco traumáticas, compatibles con los procedimientos ya entablados, y que suponen pocas modificaciones legislativas.

> Con estas soluciones, lo que pretendemos es que nuestro Derecho se ponga a la altura de los ordenamientos más modernos en materia de protección de los más desfavorecidos

Lo que sí representan estas soluciones es que **nuestro Derecho se ponga a la altura de los ordenamientos más modernos en materia de protección de los más desfavorecidos**.

Joan Carles Ollé Favaró
kkkkk

«Tenemos que reconocer y reforzar la tarea de los notarios en lo que concierne a seguridad jurídica»

Germà Gordó

Conseller de Justicia

AUTORA: Sandra Purroy
FOTOGRAFÍAS: Montserrat Fontich

Germà Gordó Aubarell (la Pobla de Segur, 1963) es licenciado en Derecho por la Universidad de Barcelona. Además, es diplomado en Estudios Europeos por la Universidad de Ciencias Sociales de Grenoble; en Función Gerencial en las Administraciones Públicas, en Control de Gestión y en Función Directiva en las Organizaciones Públicas y Privadas por ESADE, y en Liderazgo de Organizaciones por el IESE.

Con una dilatada trayectoria tanto en el ámbito privado como en el público, ha sido responsable de relaciones institucionales de la Conselleria d'Ensenyament de la Generalitat de Catalunya entre los años 1988 y 1993, así como coordinador de la Secretaría General de este mismo Departamento entre los años 1993 y 1996. Desde 1996 hasta 2000, se hizo cargo de la Secretaría General de la Asociación Catalana de Municipios y Comarcas (ACM), hasta que en 1999 fue nombrado Secretario General del Departamento de Agricultura, Ganadería y Pesca de la Generalitat, responsabilidad que ejerció hasta 2003.

En el mes de diciembre de 2010 fue nombrado Secretario del Govern de la Generalitat de Catalunya, cargo que ocupó hasta diciembre de 2012, momento en el que fue nombrado Conseller de Justicia.

P: ¿Qué balance hace de los primeros meses como Conseller de Justicia?

R: El balance es positivo, porque en los primeros dos meses hemos podido estructurar nuestros hitos para esta legislatura en todos los ámbitos que son competencia del Departamento de Justicia. Y no sólo eso, sino que, además, hemos podido hablar prácticamente con todos los operadores jurídicos y judiciales. La verdad es que me siento bastante satisfecho de cómo ha ido todo.

P: ¿Cuáles son los objetivos a corto, medio y largo plazo?

R: Los objetivos, básicamente, se enmarcan en tres campos. El primero, el de la misma Administración de Justicia, o sea, hacer efectiva la tutela judicial. El segundo hace referencia a la política penitenciaria, y aquí hay dos vertientes: por un lado, mantener el actual modelo de política penitenciaria y, por otro, aprobar una planificación de los equipamientos penitenciarios. Y habría también un tercer objetivo enmarcado en el ámbito del Derecho y de las entidades jurídicas. En este sentido, los objetivos básicamente son dos: el primero, acabar el Código civil catalán, por lo tanto, completarlo con la aprobación de los libros V y VI y con la armonización correspondiente; el segundo, mantener el actual sistema de colegios profesionales catalanes, que en este momento están en cuestión con el borrador que hay en Madrid. Y un tercer objetivo es apoyar al mundo de las academias, las fundaciones y las asociaciones. Éstas son nuestras columnas vertebrales.

> Tendremos un Código civil catalán muy completo y con los estándares más elevados de la Unión Europea

P: En cuanto al proceso de codificación y armonización del Derecho Civil catalán, ¿en qué punto nos encontramos? ¿Cuándo prevé culminar el proceso?

R: Mi compromiso y mi voluntad –y así lo dije ante la Comisión de Justicia hace unas semanas– es que el Código civil se complete durante esta legislatura, en principio, en estos cuatro años. Éste es el horizonte máximo. De hecho, de dos de los proyectos a los que me he referido, la armonización y el libro V, el Govern ya ha aprobado su memoria, de modo que ahora empieza el proceso gubernativo para acabar en el seno del Parlament. Todavía no se ha aprobado la memoria del libro VI, pero supongo que en los próximos meses la podremos aprobar, de manera que todo se está ya vehiculando. En este sentido, soy muy optimista. Creo que esto se cerrará y que se cerrará bien, y que tendremos un Código civil muy completo y con los estándares más elevados de la Unión Europea.

P: ¿Y cómo valora la aportación notarial en este ámbito a lo largo de la historia?

R: La aportación de los notarios es muy evidente. Y lo es por lo que ha significado mantener el Derecho Civil catalán en décadas y en siglos anteriores, puesto que la aportación de los notarios ha sido básica para el mantenimiento del Derecho Civil catalán, y también desde el punto de vista de la codificación. En estos momentos, en las tres secciones de codificación –la de armonización, la del libro V y la del libro VI–, hay notarios. Y, además, hay que decir que he encomendado al Decano del Colegio de Notarios de Cataluña, Joan Carles Ollé, la dirección de toda la codificación en Cataluña. Por lo tanto, más implicación de los notarios, imposible.

P: Por lo que se refiere al Observatorio de Derecho Privado, ¿cuáles son los objetivos y la tarea que lleva a cabo actualmente?

R: El Observatorio desarrolla, básicamente, tres papeles: uno es el de control de la codificación del Derecho Civil; otro es el de la revisión, y el último, el del impulso y la propagación del Derecho Privado, el hecho de darlo a conocer.

P: En Cataluña se hizo, en 2010, un amplio documento de consenso sobre la desjudicialización. Por otro lado, entre las principales líneas de trabajo fijadas desde el Ministerio de Justicia, está la Ley de Jurisdicción Voluntaria. ¿Cómo valora el trabajo hecho en este sentido?

R: Tiene que haber, lógicamente, un proceso de desjudicialización. Tenemos muy cargados de trabajo los órganos judiciales, de manera que la base de la que tenemos que partir absolutamente todos es que los tribunales de Justicia tienen que ser el último recurso. Por lo tanto, no tiene ningún sentido que la ciudadanía recurra directamente a los tribunales sin haber podido utilizar otros mecanismos previamente. Y, en este sentido, hay dos vías: primero, que algunas tareas que actualmente están judicializadas las puedan hacer otros operadores jurídicos, y segundo –para nosotros también muy importante y algo en lo que

ya estamos trabajando desde hace tiempo–, que los mecanismos de mediación cada vez sean más importantes. De este modo, seguramente conseguiríamos una rebaja de la carga judicial y, además, la Justicia pasaría a ser lo que tiene que ser, que es el último mecanismo, el más extremo para llegar a acuerdos o para acabar con los desacuerdos entre ciudadanos.

El papel de los notarios para ayudar a descolapsar la vía judicial estoy seguro de que crecerá

P: En el ámbito notarial, se habla de toda una serie de posibles nuevas atribuciones que podrían ayudar a descolapsar la vía judicial. ¿Cómo valora esta opción?

R: Tanto por lo que se refiere a sacar algunas de las tareas que se están haciendo en la Administración de Justicia y pasarlas a otros operadores jurídicos como para impulsar mucho más la mediación, entre los operadores jurídicos, contamos con los notarios. Y también con las cámaras, por ejemplo. Lógicamente, la aportación que pueden hacer los notarios, justamente por su conocimiento del Derecho, es muy importante. En este sentido, creo que el papel de los notarios tiene que crecer y estoy seguro de que crecerá.

P: Todo el mundo en el ámbito de la Justicia coincide en destacar la necesidad de contar con una Justicia más ágil, eficaz y moderna. ¿Cuáles cree que son las claves para conseguir este objetivo?

R: La tutela judicial efectiva tiene varios requisitos. El primero es el de la facilidad de acceso. Y, justamente desde este punto de vista, las tasas judiciales implementadas por el Ministerio de Justicia son todo el contrario. Aplaudimos que el Ministerio haya corregido, pero creemos que ha corregido poco. Todavía hay tasas excesivamente elevadas que pueden impedir esta tutela judicial efectiva. El segundo requisito que tiene que tener la tutela judicial efectiva es el de la calidad de las resoluciones judiciales, cosa que creemos que ya cumplimos. Creo que los profesionales de la Administración de Justicia, especialmente los jueces y magistrados, dictaminan resoluciones de un elevado nivel desde un punto de vista cualitativo. Y el tercer requisito es la agilidad. Y en este ámbito sí que se tiene que avanzar, porque no estamos lo suficientemente bien. Y lo podemos hacer a través de diversos mecanismos: uno es rebajar las cargas de la Administración de Justicia, pasando algunas tareas a otros operadores jurídicos, como decía antes. Pero aún hay dos cuestiones más: por un lado, la implementación de la Nueva Oficina Judicial, que tiene que ser mucho más racional y que tiene que hacer posible que convivan varios órganos judiciales, a la vez que también tiene que hacer posible que en la misma se incorpore personal diverso de la Administración de Justicia, de tal manera que tengamos una organización más racional, menos burocratizada, más eficaz y más suficiente. De hecho, ya hemos concluido la Nueva Oficina Judicial en la Audiencia Provincial de Girona, donde los resultados han sido óptimos, y ahora lo que tenemos que hacer durante los próximos años es extender la Nueva Oficina Judicial en todo Cataluña. Por lo tanto, por un lado, hay que rebajar las cargas de la Administración de Justicia; por el otro, hay que implementar la Oficina Judicial, y como tercera vía, hay que incorporar las nuevas tecnologías. En este sentido, precisamente, estamos implementando, en el Juzgado de Primera Instancia número 37 de Barcelona y como iniciativa pionera, la gestión telemática, que permite eliminar el papel, lo que denominamos *e-justicia* e introduce el expediente electrónico.

P: Recientemente, el Departamento ha manifestado la voluntad de impulsar una reforma de la Ley Hipotecaria para evitar que se puedan repetir las difíciles situaciones derivadas de la crisis actual en lo relativo a los desahucios. ¿En qué sentido cree que tiene que ir esta reforma?

R: Es evidente que hace falta una reforma integral de la Ley Hipotecaria y de las leyes procesales para dar respuesta a las situaciones injustas que se generen. En este sentido, recientemente, el Departamento ha firmado un convenio con el Ayuntamiento de Barcelona, el Colegio de Abogados de Barcelona y el Colegio de Procuradores de los Tribunales de Barcelona que permitirá garantizar que los ciudadanos que pierdan su vivienda por un proceso de desahucio o de ejecución puedan acceder a los servicios municipales con la máxima celeridad posible. Además, también se constituirá una comisión mixta de seguimiento que velará por su aplicación. Hay que estudiar las opciones, toda la casuística, porque no es verdad que con la dación en pago haya suficiente. La dación en pago tiene que ser uno de los recursos, pero hay otros, como, por ejemplo, la posibilidad de que los afectados puedan pagar un alquiler social que se aplicaría a los intereses y las amortizaciones, allanando el proceso de amortizaciones de la persona afectada. Y, evidentemente, una de las cosas que también hay que detener con esta nueva regulación son los tipos de interés, que llegan a ser leoninos. A menudo, cuando llega el momento de la ejecución hipotecaria, vemos que el principal es relativamente bajo y la cuantía más elevada es la que hace referencia a los intereses, y a los intereses de los intereses. Esto lo tenemos que acabar a través de la modificación normativa oportuna.

P: Ha manifestado en reiteradas ocasiones una apuesta decidida por la creación del Consejo de Justicia de Cataluña. ¿Qué cree que aportaría su creación?

R: En primer lugar, la creación del Consejo de Justicia de Cataluña es una obligación legal. Se encuentra en el Estatut de Autonomía y el Tribunal Constitucional dijo que era posible, pero que para hacerlo

posible se tenía que modificar la Ley Orgánica del Poder Judicial. Hay ocho estatutos de autonomía que prevén su consejo de Justicia y, por lo tanto, esto quiere decir que hay ocho comunidades autónomas que estamos esperando la modificación de la Ley Orgánica. Así pues, el primer tema es sencillamente de cumplimiento legislativo. La segunda cuestión es que una descentralización del Consejo General del Poder Judicial en los territorios significará acercar la Justicia a la ciudadanía, y estamos seguros de que con un acercamiento de la Administración de Justicia al territorio y a la ciudadanía, ésta será más eficaz y más eficiente. Y esto será así por una sencilla razón, y es que, cuanto más cerca estás, mejor conoces las problemáticas y es más fácil dar las respuestas o las soluciones adecuadas.

P: En cuanto a los testamentos, recientemente se ha ampliado en dos años el plazo para protocolizar aquellos que han sido otorgados ante rector. ¿Cuál es el objetivo del alargamiento del plazo?

R: El objetivo es ejecutar lo que decía la norma, cosa que hasta ahora no habíamos podido hacer. Hasta ahora era posible la interpretación, por parte del Notario, de que si no había reglamento que desarrollara la ley, no se podían protocolizar ciertos testamentos. Lo que hemos hecho ahora es que, con la nueva modificación normativa, ya no es necesario este reglamento. Ahora, a partir de un acuerdo entre la Provincial Tarraconense, el Colegio de Notarios de Cataluña y el Departamento de Justicia, emprenderemos el camino para la protocolización de todos estos testamentos ante rector.

> El 40 % de las plazas creadas a raíz del Real Decreto de 2007 no se ha ocupado nunca. Sabemos que tenemos una planta excesiva y que la tendremos que reconsiderar

P: Uno de los principales temas que se están trabajando junto con el Colegio es la revisión de la demarcación notarial. ¿En qué punto nos hallamos?

R: Ahora mismo, nosotros ya tenemos una petición por parte del Colegio de Notarios de Cataluña, ya hemos estudiado cuál es la realidad y sabemos que la realidad es que el 40 % de las plazas creadas a raíz del Real Decreto de 2007 no se ha ocupado nunca. Por tanto, sabemos que tenemos una planta excesiva y que la tendremos que reconsiderar. En estos momentos, hay constituido un equipo de trabajo que está evaluando cómo podemos corregir esta situación.

P: ¿Cómo valora la figura del Notario en el marco jurídico, económico y social?

R: Es evidente que el papel del Notario es absolutamente básico desde el punto de vista social y desde el punto de vista jurídico por la seguridad jurídica que da al tráfico mercantil. Sin la figura del Notario y del Notariado, el tráfico mercantil y el civil perderían esta seguridad. Nosotros tenemos que trabajar justamente para que Cataluña sea cada vez más apreciada como destino, como territorio donde la seguridad jurídica es muy elevada. Por lo tanto, tenemos que reconocer la tarea de los notarios y del Notariado, y no sólo tenemos que reconocerla, sino que también la tenemos que reforzar. Otra de las funciones de los notarios que es muy importante es la de aconsejar a los clientes. Algo muy importante y muy positivo es que el ciudadano puede escoger al Notario que desea. Y esto está muy bien, porque se crea una relación de confianza entre el Notario y el cliente. Y en esta relación de confianza es cuando el asesoramiento jurídico se puede realizar de una manera mejor. Por lo tanto, la seguridad jurídica que garantiza y, además, el asesoramiento a los clientes hacen del Notario una figura clave en el marco jurídico, económico y social.

P: ¿Cómo valora el nivel de seguridad jurídica preventiva en nuestro país? ¿Y en relación con el resto de Europa?

R: Creo que la seguridad jurídica que hay en Cataluña –y me atrevería a decir que también en el Estado español– es muy elevada y permite actuar con tranquilidad a los ciudadanos, las empresas y entidades. En relación con el resto de Europa, también estamos a un buen nivel. La única carencia que encuentro es que, desde el punto de vista de la Administración de Justicia, tendríamos que ir con más celeridad. Pero este hecho mejorable no afecta a la seguridad jurídica, un ámbito en el que tenemos grandes profesionales.

P: ¿Cómo podemos combatir la actual desafección de los ciudadanos hacia la política y, más concretamente, los políticos?

R: En este sentido, hay dos temas críticos: por un lado, el problema de los lanzamientos hipotecarios y el derecho a la vivienda, que ya hemos comentado, y por el otro, una situación no suficientemente buena en cuanto a la transparencia política y económica se refiere. En Cataluña, en este último ámbito, se ha reaccionado bien en tres sentidos: con la iniciativa del 'President' Mas de establecer órganos de control político y de las administraciones, con la propuesta de cincuenta y una medidas muy importantes en este sentido, y con dos iniciativas parlamentarias: la Ley de Transparencia y una ley electoral que tienen que permitir intensificar la relación de los responsables políticos con la ciudadanía para hacerla más estrecha, más posible y más visible.

P: ¿Qué papel tiene que desarrollar la Justicia en el marco de la crisis actual?

R: El papel de la Justicia siempre tiene que ser el que le dé el ordenamiento jurídico y, sobre todo, tiene que tener un papel corrector en aquellos casos en los que se producen ciertos desajustes.

«El 2014 es el momento del cambio económico»

Joaquim Gay De Montellà
Presidente de Fomento del Trabajo

Joaquim Gay de Montellà Ferrer-Vidal (Barcelona, 1950) se licenció en Derecho por la Universidad de Barcelona y es diplomado en Dirección General de Empresas por el IESE. Fue, durante diecisite años, Director para Cataluña, el País Valenciano y Aragón de la entidad holandesa ABN Amro, con la que colaboró desde 1982 hasta 1999. En 1999 se incorporó a Acesa, predecesora de la actual Abertis, donde llegó a ser adjunto al Consejero Delegado y Director General de Abertis Logística. Dirige el grupo empresarial familiar Estram, con negocios en el sector de la restauración y el vino, y es Presidente de las Bodegas Torre del Veguer desde 1995. Después de una etapa como Vicepresidente, preside la organización patronal Fomento del Trabajo desde el 14 de marzo de 2011.

P: Hace dos años que asumió la Presidencia de Fomento del Trabajo. ¿Qué balance realiza de este período?

R: Hago una valoración positiva. Entramos en la Presidencia con tres ejes principales, que eran la reforma laboral, el corredor del Mediterráneo y el pacto fiscal. Para nosotros, este discurso fue muy positivo durante el primer año y medio, hasta que en septiembre del 2012 cambió la sensibilidad de la ciudadanía y la incorporación de nuevas orientaciones alteró su ritmo. Han sido dos años muy intensos, con una crisis severa que hemos ido llevando de una manera ordenada con nuestros empresarios.

El primer objetivo es conseguir recuperar la ocupación en Cataluña

P: ¿Cuáles son los principales objetivos?

R: Los principales objetivos son continuar desarrollando estos tres ejes: el primero, conseguir recuperar el empleo de Cataluña con una integración laboral más profunda de los jóvenes; el segundo, reforzar el papel de las pymes y de nuestro Vicepresidente, Eusebi Cima, Presidente de Fepime, para realizar una plena integración, desarrollando así un papel cada vez más patente para la Comisión Europea; y el tercero, colaborar en finalizar este período económico que empezó en el 2007 y contribuir a que, en este año 2013, se acabe la crisis severa y la absoluta falta de financiación, para poder entrar en un nuevo período, del 2014 en adelante, que esperamos sea tan interesante como lo fue el transcurrido de 1996 a 2006.

P: ¿Cómo valora el momento actual de Cataluña y de España por lo que se refiere a los tres ámbitos principales de actuación de Fomento: el marco económico, el laboral y el social?

R: En el marco económico, es importante ver que desde noviembre hay una percepción diferente de la confianza en la economía española por cuatro motivos: la mejora de la productividad, la contención del déficit, la internacionalización de las empresas españolas y el proceso de reforma laboral, que ha conseguido dar un futuro a las relaciones laborales a través de la flexibilidad negociadora. En el aspecto fiscal, lo que nosotros queremos es que, una vez saneadas las cuentas del Estado, dejemos de ser los líderes de la fiscalidad europea y tengamos una situación intermedia más favorable de la que tenemos ahora, especialmente en Cataluña, donde los particulares viven una situación difícil porque estamos arriba de todo del ranking de los que más contribuimos a la Hacienda Pública. Y en el ámbito laboral, queremos conseguir que la reforma, que ha sido necesaria para mejorar la confianza empresarial, no solamente sea estructural, sino que las medidas que se empiezan a adoptar por parte del Gobierno por lo que respecta a ayudas a los jóvenes empiecen a servir, a partir del 2014, para recuperar y generar empleo.

P: ¿Cuáles tienen que ser los motores de la «nueva» economía catalana?

R: Los motores de la economía tienen que ser la industria, su recuperación y la confianza en ella. Y, a través de la industria, la investigación y la innovación. En este país siempre hemos apostado por investigar, y ello quiere decir incorporar valores, innovar y conseguir la apertura de los mercados exteriores gracias al hecho de que nosotros realizamos este importante esfuerzo, y así se ha hecho. No tenemos los niveles de ayudas para investigación e innovación del sector público, pero sí es cierto que, internamente, las empresas en Cataluña hacen un gran esfuerzo al respecto. Y esto es muy importante para conseguir que verdaderamente tengamos un futuro brillante, como ha tenido Cataluña desde el siglo XIX.

P: ¿Continúa Cataluña siendo el motor de España?

R: Si cogemos como indicador la exportación, podemos decir que Cataluña es líder, con un 26 % de las exportaciones de todo el Estado. De forma que continuamos siendo el motor y éste es nuestro compromiso: continuar siendo el líder industrial y de servicios del Estado.

P: Usted también ha reclamado autocrítica al empresariado. ¿Qué se ha hecho bien y qué hay que mejorar?

R: Nosotros a menudo hablamos con los vicepresidentes del «milagro empresarial», de cómo la industria y las empresas catalanas han conseguido vivir sin financiación. Y también de cómo hemos conseguido vivir todo este proceso, después de la derrota del sector financiero, con una confianza importante, aportando recursos propios y con los ahorros que nos quedan. En este sentido, es muy importante todo lo que se ha hecho. Pero también es cierto que constantemente, viendo la situación general de desconcierto de la ciudadanía, tenemos que hacer un llamamiento a la ética –en este caso, a la ética empresarial. Es necesario que ésta sea muy importante, más evidente que nunca, para que de este modo podamos construir un camino.

P: Por otro lado, también ha pedido que se refuerce la seguridad jurídica. ¿En qué sentido?

R: Lo que tenemos que tener claro es que las acciones que pida la ciudadanía se tienen que inscribir dentro de un entorno jurídico de solidez y de legalidad. Y esto es muy importante porque, de no ser así, siempre tendríamos la duda de si nuestro país puede tomar decisiones que estén fuera de este ordenamiento jurídico.

P: ¿Cómo valora los niveles de seguridad jurídica de nuestro país en el entorno europeo y mundial?

R: Creo que tenemos una seguridad jurídica, a través de los fedatarios públicos, muy garantizada, de modo que somos un país en el que internamente no hay dudas. No todos los países tienen el conjunto de cuerpos jurídicos que tenemos nosotros, con un registro hipotecario o registros mercantiles y de la propiedad. Somos uno de los países en los que la gente sabe muy bien quién es quién, qué es lo que tiene cada uno y dónde están los activos. Esto es una señal evidente de esta fortaleza.

Hay que tener comportamientos éticos porque sin ética se llega a la corrupción y de ahí, a la inseguridad jurídica

P: ¿Qué papel cree que tiene que desarrollar el Derecho, y más concretamente, los operadores jurídicos, en el actual contexto de crisis, tanto en el ámbito legislativo como en lo que se refiere a medidas de control?

R: En el aspecto del ordenamiento, es evidente que aparecemos siempre como campeones de la normativa. En el año 2012, en España se han llegado a hacer alrededor de cien mil leyes, disposiciones y normas. Y Cataluña se lleva la palma, de modo que estamos en lo alto del ranking. Tenemos que conseguir rebajar la normativa, porque no es posible que los empresarios conozcan tantas disposiciones, normativas y leyes como se están generando en el ámbito de la Administración central —donde en el 2012 se han hecho casi tres mil— y también por parte de la Generalitat —con mil más—. Si a esto todavía le añadimos la normativa europea, todo resulta muy pesado y no es fácil de administrar por parte de los empresarios. En cuanto a los aspectos de control para llegar a frenar la corrupción y en pro de la ética, todas las medidas que se puedan implementar son bienvenidas. Pero lo primero es el comportamiento de las personas, y de las personas dentro de las empresas. Hay que tener comportamientos éticos, porque, si no, desde la falta de ética se llega a la corrupción, y desde la corrupción, a la inseguridad jurídica. Y esto es lo que no nos interesa, porque tenemos una sociedad que es buena y no querríamos que se generaran dudas.

P: Hace prácticamente un año que se aprobó la reforma laboral. ¿Cuál es su valoración al respecto?

R: Es evidente que era una reforma necesaria. Es una reforma estructural, que se tenía que complementar con medidas de choque para corregir los desajustes que podría producir su implementación. Y una vez los desajustes han sido evidentes, ha habido una segunda etapa en la que el Gobierno ha empezado a establecer aquellas medidas de choque que nosotros pedíamos desde el principio. Pero por el camino hemos destruido muchos puestos de trabajo, especialmente en el segmento joven, que es el activo más vigoroso y más poderoso que tenemos, de modo que esto es un absurdo. Tenemos que reconducir esta situación, en primer lugar, por compromiso social, y en segundo lugar, porque para salir de esta crisis tan intensa hace falta que creemos puestos de trabajo.

P: En este mismo ámbito laboral, también se firmó el Acuerdo Interprofesional de Cataluña 2011-2014, con los sindicatos y la Generalitat. ¿Qué ha aportado en el ámbito de las relaciones laborales?

R: El 28 de noviembre del 2011 firmamos la tercera revisión que hicimos del Acuerdo Interprofesional, que es bastante interesante porque inicia dos caminos muy importantes. Por un lado, la revisión salarial a través de la productividad, es decir, introduce la productividad en lugar del IPC para hacer la revisión salarial, lo cual ya ha dado como resultado la mejora de la productividad, que es una de las medidas más importantes para los creadores de opinión

sobre nuestra deuda soberana y, en definitiva, es importante para nuestra financiación. Y, por otro lado, el Acuerdo Interprofesional ha conseguido también capacidad de flexibilidad negociadora interna, es decir, ha conseguido consolidar un instrumento tan válido como es el Tribunal Laboral de Cataluña, con los sindicatos, que es una herramienta fantástica para llegar a acuerdos en lugar de ir al proceso judicial.

P: ¿Cómo valora la competitividad de Cataluña y de España en el entorno europeo y mundial?

R: El cambio ha sido muy importante. Hemos pasado de ser uno de los países de los que se decía que sufríamos una falta de competitividad y de productividad muy importante a que, gracias al esfuerzo que está haciendo el mundo del trabajo, y gracias también al esfuerzo que han hecho las empresas para mejorar sus estructuras, en este momento se hayan recuperado la productividad y la competitividad. Y esto, que está generando confianza y que es un elemento muy integrador, se ha conseguido con el esfuerzo de todo el mundo, tanto del empresario como del que está haciendo la gente del mundo del trabajo, aceptando en los convenios que no haya incrementos y, muchas veces, aceptando también reducciones departamentales o generales. Desde aquí quiero agradecer el trabajo que hacen y el juicio que están teniendo las organi-

zaciones sindicales a la hora de conducir y ayudarnos a conducir este sistema en beneficio de la competitividad y la mejora de la productividad.

El gran valor de la economía española actual es la mejora de la balanza comercial

P: ¿La internacionalización es el principal recurso, en este momento, para las empresas?

R: Es evidente que el gran valor de la economía española en este momento es la mejora de la balanza comercial, que incluso en tiempos de crisis tiene tres puntos de superávit. Esto era insólito en la historia de los últimos veinte años de economía española. En este marco, son muy importantes las exportaciones, que han crecido alrededor de un 6 % este año y a las que Cataluña ha contribuido con un 26 % del total. Y después está el turismo, que es la pata de servicios que compensa y que ha hecho posible que la balanza comercial española y catalana, incluso ahora, sea positiva.

P: ¿Y cómo ve actualmente a las pymes?

R: Las pymes se han puesto las pilas y han potenciado, sobre todo, la exportación y la internacionalización. Y, además, han potenciado también la innovación, que aporta valor añadido y permite descubrir nuevos mercados. Lo que también es cierto es que incide demasiado el tema de las normativas vigentes, que son una mochila que nos lo pone todo más difícil. En este país no sólo hay que hacer leyes, sino que también haría falta hacer limpieza y derogar las que procedan. Tiene que haber menos, más claras y más efectivas, porque la multitud administrativa que tenemos da pie a diferentes interpretaciones.

P: Por último, ¿cuándo visualiza el inicio del final de la crisis actual?

R: El 2014 es el momento del cambio económico. Será más significativo el 2015, evidentemente, pero en el 2014 confiamos –y los indicadores así lo están demostrando– que será un momento de inflexión y de cambio de período. Y deseamos que a partir del 2014 iniciemos un período de diez años de crecimiento. Así es la vida económica, los ciclos económicos siempre los mantendremos. Podrán ser ocho, diez o, tal como decía la Biblia, siete años de vacas flacas y siete años de vacas gordas, pero es evidente que los ciclos 1996-2006 y el actual 2007-2013 son habituales.

Algunas consideraciones fundamentales en la regulación de las parejas de hecho

Robert Follia Camps
Exdecano del Colegio de Notarios de Cataluña

SUMARIO

I. ORIGEN Y CAMBIO DE FUNDAMENTACIÓN DE LA NORMATIVA
II. LAS UNIONES ESTABLES DE PAREJA EN EL LIBRO II DEL CÓDIGO CIVIL DE CATALUÑA
III. EL FUNDAMENTO DE LA PAREJA ESTABLE: LA CONVIVENCIA MORE UXORI
IV. EL PUNTO DE CONEXIÓN PARA PODER AUTORIZAR LA ESCRITURA
V. SOBRE LA POSIBILIDAD DE UNA ESCRITURA DE NEGACIÓN DE UNIÓN CONVIVENCIAL
VI. LA UNIÓN ESTABLE DE PAREJA Y EL RÉGIMEN MATRIMONIAL
VII. EL CONTENIDO DE LA ESCRITURA
VIII. COEXISTENCIA DEL PRINCIPIO DE TERRITORIALIDAD CON EL ESTATUTO PERSONAL

I. ORIGEN Y CAMBIO DE FUNDAMENTACIÓN DE LA NORMATIVA

Como es sobradamente conocido, la regulación de estas parejas tiene su origen, por primera vez dentro del Estado español, en la Ley 10/1998, de 15 de julio, de uniones estables de pareja. En el preámbulo se afirma que «*al margen del matrimonio, la sociedad catalana de hoy presenta otras formas de unión en convivencia, de carácter estable*», y asimismo que, en lo referente a la pareja heterosexual, ya había merecido la atención de la legislación en algunos aspectos parciales referentes a la filiación, la adopción o la tutela. Aunque «*se llega al convencimiento de que es procedente establecer una regulación más completa y matizada sobre la convivencia de las parejas de hecho, con independencia de su orientación sexual*».

Lo que no menciona claramente —y es natural que no lo diga— es que esta regulación nació fundamentalmente no por regular los efectos de las uniones heterosexuales, que no lo necesitaban, puesto que se les habían reconocido los aspectos más impor-

FICHA TÉCNICA

Resumen: Es pretensión del autor de este trabajo seleccionar los principales aspectos que relacionados con la práctica notarial considera más importantes respecto de las parejas de hecho, por ello, además de recordar la normativa aplicable trata con más produndidad cuestiones referentes a aspectos como la convivencia, fundamento de la pareja estable, la escritura de constitución de pareja estable, etc.

Palabras clave:: Parejas de hecho, conviencia, Derecho catalán, escritura.

Abstract: The aim of the author of this work is to select the main aspects which, in relation to notarial practice, he considers to be most important with regard to civil partnerships, and for this reason, in addition reviewing the applicable regulations, he deals in greater depth with questions referring to aspects such as co-habitation, the basis of stable relationships, the legal instrument for setting up a stable relationship, etc..

Key words: Civil partnerships, co-habitation, Catalan Law, legal instrument.

Advertencia previa: No se pretende en este trabajo estudiar toda la problemática de la regulación de estas parejas, sino meramente hacer referencia a unos puntos que creo que tienen una gran importancia y que están especialmente relacionados con la práctica notarial. Estos puntos, que contienen una simple opinión personal, son los siguientes.

tantes y, además, se podían casar, sino para las uniones homosexuales, carentes de toda regulación y, por lo tanto, desconocidas por el Derecho en cuanto a sus efectos y que se encontraban necesitadas de una regulación que les reconociera cierto estatus y ciertos efectos.

Y el propio preámbulo al que nos referimos lo manifiesta indirectamente al decir: «*La pareja heterosexual que vive maritalmente, si no se casa, es por voluntad propia. La pareja homosexual no se puede casar aunque lo desee. La primera es capaz de engendrar descendencia biológica; la segunda, no*». Por este motivo regulaba en capítulos separados la normativa sobre parejas heterosexuales y sobre parejas homosexuales, negando a las primeras derechos sucesorios en la sucesión intestada y, en cambio, reconociéndolos a las parejas homosexuales en el artículo 34, aunque exigiendo, para la acreditación de la pareja homosexual, la escritura notarial de constitución, otorgada conjuntamente (artículo 22), mientras que la heterosexual se podía acreditar tanto por escritura pública de constitución como por el transcurso de un plazo de convivencia de dos años, o bien sin plazo si existió convivencia y sus miembros tenían un hijo común (artículos 1 y 2).

Para las uniones homosexuales, la escritura de constitución era, pues, un requisito inexcusable, algo similar al matrimonio civil para las parejas heterosexuales. En otros términos: las parejas heterosexuales, si querían tener un *status familiae*, tenían que casarse canónicamente o civilmente. La unión estable para convivencia tenía unos efectos limitados. En cambio, a las parejas homosexuales, la escritura de constitución daba cierto estatus no familiar,[1] pero sí en relación con ambos.

II. LAS UNIONES ESTABLES DE PAREJA EN EL LIBRO II DEL CÓDIGO CIVIL DE CATALUÑA

Actualmente todo ello ha cambiado. El matrimonio es una institución tanto de las parejas heterosexuales como homosexuales. Incluso los miembros de las dos tienen, si cabe, la consideración de progenitores. ¿Cuál es, pues, la esencia y finalidad de la regulación de las parejas de hecho? ¿Existen parejas de hecho fuera del ámbito de la Ley? ¿Podrían excluirse, mediante un pacto, los efectos de la Ley? ¿Existen antecedentes históricos de las parejas de hecho que nos puedan guiar?

Podría parecer que estas parejas de hecho que se acogen a la Ley eran una suerte de matrimonio de segunda categoría, parecido al «concubinato del Derecho romano», una unión estable, aunque sin *affectus maritalis*, que normalmente se daba en uniones en que uno de los miembros de la pareja no tenía categoría de ciudadano, si bien más adelante se extendió a toda clase de personas.[2]

Creo, sin embargo, que el tratamiento de la pareja estable en el Derecho catalán a lo que más se parece en lo referente al Derecho romano es al matrimonio, puesto que este no necesitaba de ningún tipo de formalidad, por lo menos en la época clásica. Como dice SCHULZ,[3] en el Derecho clásico, el matrimonio se constituye por acuerdo no formal. No se exige por ley, fórmula o acto simbólico, ni colaboración de sacerdote o magistrado, ni inscripción a ningún registro. La *humanitas* romana pretendía dejar claro que solamente la libre libertad del hombre y la mujer es la que constituye el elemento esencial del matrimonio. Lo que sí exige es que, a diferencia del matrimonio moderno, el consentimiento o *affectus maritalis* sea continuo o durable,[4] que es lo que viene sucediendo en la convivencia de la pareja estable, que perdura mientras haya convivencia *more uxori*.

En el Derecho catalán, la Ley recoge la unión estable como un matrimonio sin formalidades, pero casi con los mismos efectos y reconocimientos que el matrimonio civil (artículo 231-1.1). No otorga únicamente deberes y derechos entre la pareja, sino que también otorga, a mi entender, un cierto *status famili*. Así pues, la potestad parental, que se da por el hecho de ser progenitor legal no biológico, es idéntica que en el caso del matrimonio, y las facultades que se otorgan al que no es padre legal en algunos casos determinados (artículos 236-14 y 234-15) son también idénticas tanto para el matrimonio como para el conviviente en pareja estable. Tiene asimismo los mismos derechos sucesorios que el cónyuge viudo, en concurrencia con los hijos, y hereda exclusivamente cuando no hay hijos, pasando por delante de los padres. La ineficacia del testamento por ruptura del matrimonio también se predica de la cesación de la convivencia en pareja estable (artículo 422-13 CF). No contiene declaración alguna como la del artículo 314 del Código de Derecho Foral de Aragón, que afirma: «*La pareja estable no casada no genera relación alguna de parentesco entre cada uno de sus miembros y los parientes del otro*». Y en Cataluña, al pasar por delante, como hemos visto, el miembro de la pareja que sobrevive a los padres legítimos del fallecido, hay un efecto, negativo, por supuesto, pero que afecta a la familia de la otra parte.

III. EL FUNDAMENTO DE LA PAREJA ESTABLE: LA CONVIVENCIA *MORE UXORI*

Mientras que la esencia del matrimonio reside en el consentimiento —*nuptias, consensus, non concubit facit*—,[5] en la pa-

reja estable la esencia se fundamenta en la convivencia, siempre y cuando se considere *more uxori*, y no simplemente amistosa o, incluso, sentimental.

En primer lugar, pues, la convivencia debe ser *more uxori*, es decir, con intención de sentirse unidos por una relación estable y en una comunidad de vida análoga a la matrimonial, y no únicamente amical. LONGO MARTÍNEZ,[6] siguiendo lo que había mencionado en relación con la antigua Ley GARRIDO MELERO,[7] afirma que para que concurra convivencia análoga a la vida matrimonial, además de la adecuada base afectiva, debe haber vocación de permanencia y exclusividad temporal. LLEBARIA[8] señala que la existencia de una comunidad de vida demanda que exista un proyecto vital, la decisión de compartir en el presente y en el futuro las necesidades del día a día derivadas del libre desarrollo de la personalidad, y que este proyecto esté dotado de estabilidad. Esta convivencia *more uxori* es repetida continuamente por la jurisprudencia. A modo de ejemplo, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 4 de septiembre de 2008, declarando que a pesar de la Ley —la anterior, pero el Código actual sigue igual— no define qué se debe entender por *convivencia*, «*de su propia terminología se infiere que es preciso: a) que la pareja viva bajo el mismo techo, teniendo una vivienda habitual común, y b) que, tratándose de convivencia* more uxori*, esta reúna ciertas características, esto es, se asemeje a la convivencia matrimonial, aun sin el vínculo jurídico del matrimonio*», y se refiere a la doctrina del Tribunal Supremo, como la constitución voluntaria o la permanencia en el tiempo, la apariencia pública de comunidad de vida análoga a la matrimonial (Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de septiembre de 2005) o la unión de vida paraconyugal de una pareja en un tiempo indefinido (sentencia del Tribunal Supremo de 5 de julio de 2001), añadiendo más adelante que «*no pueden asimilarse las relaciones sentimentales con la convivencia* more uxori*, ni con la matrimonial, dado que solamente las relaciones convivenciales comportan los efectos jurídicos determinados por las leyes en caso de extinción o cese*».

En cambio, jurisprudencia y doctrina mantienen un criterio bastante más flexible al tratarse de determinar si hay necesidad de convivir siempre juntos, dado que parece ser suficiente el hecho de conservar el afán de reunirse cuando se encuentran separados. LONGO[9] dice que la exigibilidad de vivir juntos dentro de la unión matrimonial ha sido muy matizada por la doctrina y la jurisprudencia, y no es condición necesaria ni suficiente para que haya una verdadera comunidad de vida. LLEBARIA[10] dice que la convivencia no es sinónimo de *compañía física continuada*, sino que es compatible con periodos en que los convivientes no se encuentran en compañía, pero mantienen inalterable el afán de compartir su proyecto vital. La sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 3 de mayo de 2007 señaló que lo importante es la apariencia de estabilidad, sin la necesidad de convivir de forma permanente y en la misma casa, y que aquello que implica la convivencia marital es la relación afectiva o sentimental de la pareja. Es curioso que en el Derecho romano sucediera lo mismo con el matrimonio. Según IGLESIAS, no era necesaria una convivencia efectiva, puesto que el matrimonio existía aunque los cónyuges no vivieran en la misma casa, siempre y cuando uno y otro se guardaran la consideración y el respeto debidos.[11]

Destacado destacado destacado destacado destacado destacado destacado destacado destacado destacado destacado destacado destacado

Pero esta convivencia o voluntad de vivir juntos, *more uxori*, es necesaria en cualquier caso, tanto si existe escritura de constitución como si se quiere acreditar por el transcurso de dos años de convivencia. Lo que ocurre es que, en caso de acreditarse por convivencia durante dos años, además de demostrar que se vive conjuntamente, hay que acreditar también que se convive *more uxori*, es decir, que existe una comunidad de vida análoga a la matrimonial. Por otro lado, si existe escritura de constitución, todo ello se presupone; ahora bien, si se demostrara que no existía esta convivencia *more uxori*, la escritura no tendría valor, pues se trataría de una apariencia, de un fraude a la Ley. Quizá se podría afirmar que la escritura de constitución de la unión estable no tiene dentro del Código, a diferencia de la Ley anterior, en lo que respecta a las parejas homosexuales, efectos substantivos, sino solo de presunción legal, lo que evita tener que demostrar la convivencia.

Esta necesidad de convivencia *more uxori* nos lleva a dos supuestos concretos:

1. ¿Qué sucede si existiendo voluntad efectiva de convivir no se puede llevar a cabo esta convivencia por un caso fortuito y ajeno a la voluntad de los otorgantes? Por ejemplo, si a la salida de la notaría un accidente causa la muerte de uno de los miembros de la pareja. Y para buscar un ejemplo más insólito, si después de firmar la escritura uno de ellos sufre un ataque al corazón y muere en la propia notaría. Creo que no hay duda de que existiría legalmente la mencionada pareja y produciría todos los efectos, entre ellos, el sucesorio, que disfrutaría, acorde con los términos de la Ley, con preferencia a los derechos de los padres del que sobrevive. Dado que la escritura de constitución tiene eficacias desde aquel momento, no es necesario haber iniciado la convivencia, sino simplemente haber tenido el afán de convivir. Otra cosa sería que, si a la firma voluntariamente no le siguiera convivencia, existiría fraude y, por lo tanto, la escritura quedaría sin efectos.

2. En cambio, no creo que pase lo mismo si se trata de una escritura de pareja de hecho otorgada *in articulo mortis*. En este caso, falta el afán de convivir juntos, puesto que solamente se quiere que se produzcan ciertos efectos. Si bien se admite el matrimonio en este supuesto, cabe tener en cuenta que el matrimonio lo hace el consenso, mientras que la convivencia en pareja estable, por ser tal, necesita de convivencia. Y creo que no valdría aunque fuera otorgada para legitimar una situación de pareja de menos de dos años, dado que la convivencia debe ser posterior a la fecha de otorgamiento, y el otorgamiento *contemplatio mortis* excluye la convivencia futura. De todas formas, debería ser objeto de prueba si hubo intención de vivir juntos en caso de no morir —en otros términos: si la previsible muerte era causa o solamente *ocasio* para otorgar la escritura. De todas formas, el notario es quien, ante el caso concreto, deberá decidir si es posible o no la escritura de constitución de pareja.

   Lo que sí se podría autorizar en este caso es un acta de notoriedad para acreditar que llevaban más de dos años de convivencia *more uxori*, pero no un acta

mixta por la que acreditaran que llevaban unos meses y querían continuar viviendo juntos, dado que son dos medios distintos y, eventualmente, opuestos. El acta tiene que acreditar que llevaban más de dos años conviviendo *more uxori*.

IV. EL PUNTO DE CONEXIÓN PARA PODER AUTORIZAR LA ESCRITURA

Quizá en estos momentos este es el problema principal. La legislación anterior pedía que por lo menos uno de los miembros de la pareja tuviera la vecindad civil catalana (artículos 1.1 y 19). Muchos autores estimaban que el precepto era inconstitucional, dado que las cuestiones de Derecho internacional e interregional son competencia del Estado. En la actual legislación no se menciona en modo alguno. Y en cierta forma es mejor así, al tratarse de legitimar una situación de hecho y, en este punto, tenemos que partir de un punto de vista de criterio de territorialidad más estricto, como es el dispuesto en el artículo 111.3-1: «*El Derecho Civil de Cataluña tiene eficacia territorial...*». Advertimos que es posible que se publique alguna instrucción o resolución por parte de la Dirección General de los Registros y del Notariado o bien de la Dirección General de Derecho y Entidades Jurídicas de la Generalitat y que, por lo tanto, todo lo que diga ahora pueda quedar obsoleto.

Nuestra postura es que la vecindad civil no tiene nada que ver con este punto. Es el hecho de la residencia real, sea cual sea el tiempo que uno lleve, mientras concurra el afán de permanencia. Por ejemplo, veo factible que una pareja sujeta a la legislación que sea se traslade a Barcelona con la voluntad de vivir allí y que quiera, desde el primer momento, constituirse como pareja de hecho. Yo no veo ningún problema, siempre y cuando se manifieste la voluntad de constituirse como tal de acuerdo con la legislación catalana y que se fije el lugar donde quieren residir. Creo que ni siquiera sería necesario el empadronamiento previo, aunque sería conveniente. La pareja de hecho o unión estable de pareja quedará constituida y producirá todos los efectos respecto a Cataluña, salvo que concurriera fraude. Ello no significa que queden sin efecto las normas y los principios civiles, fundamentalmente sucesorios, que se regirán por la ley personal, pero que son independientes de la constitución de esta pareja. Si los dos miembros son españoles, no creo que el notario tenga que realizar indagación alguna, dado que el problema del fraude queda bastante diluido y, además, no se presupone. Y, en cualquier caso, sería de difícil detección por parte del notario.

Otra cosa es si una de las partes de la pareja o ambas son extranjeras. Si ambos tienen el permiso de residencia o bien uno es español y el otro tiene el permiso de residencia, no hay mucho problema. Aunque el permiso de residencia fuera temporal —por estudios, por ejemplo—. Porque, residiendo en Cataluña y declarando la voluntad de constituirse en pareja de hecho de acuerdo con la legislación catalana, no es necesario nada más. Conformemente a la doctrina de la resolución-circular de la Dirección General de los Registros y del Notariado, referente a matrimonios civiles del mismo sexo, se puede celebrar el matrimonio civil entre homosexuales «*aunque la legislación nacional del extranjero no permita o no reconozca la validez de tales matrimonios*», y admite como punto de conexión «*la vecindad administrativa, concepto vinculado a la residencia habitual de sus miembros*».[12]

Destacado destacado destacado destacado destacado destacado destacado destacado destacado destacado destacado destacado destacado

Con la aplicación del Derecho catalán, las parejas de hecho que se constituyan en Cataluña y que declaren la voluntad de constituirse en pareja estable de acuerdo con la legislación catalana tienen a su favor, además, la norma del artículo 9.2 CC, que establece, en cuanto al matrimonio, como puntos de conexión supletorios: la Ley elegida por ambos miembros en documento público —la escritura de constitución—, la Ley de la residencia comuna inmediatamente posterior a la constitución y la Ley del lugar donde se constituye. Asimismo, el artículo 50 CC. Todo ello atendiendo la casi igualación que la Ley catalana hace de la pareja de hecho con el matrimonio. Es también necesario tener en cuenta la tendencia de la jurisprudencia a aplicar la Ley del lugar en caso de que no haya sido alegada Ley aplicable. Así, Sentencia de la Audiencia Provincial de Girona de 2 de octubre de 2002 aplicó el Derecho catalán en la liquidación de una pareja de hecho, ambos de nacionalidad suiza, que no había hecho escritura de convivencia —solo reconocida por una convivencia de más de dos años—, pareja en que ninguno de los dos alegó la aplicación del Derecho suizo.

El problema se complica en casos de extranjeros cuando ninguno de los dos o uno de los dos tiene permiso de residencia. ¿Es suficiente que estén empadronados, dado que ello se entiende como sinónimo de «*vecindad administrativa*», o bien es necesario un cierto ánimo de residencia? No debemos olvidar que, en este caso, el peligro de fraude para obtener un permiso de residencia o la nacionalidad o la reagrupación familiar es algo normal. Por esta razón, la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en la instrucción de 31 de enero de 2006,[13] «*sobre los matrimonios de complacencia*», con el fin de evitarlos, pide al juez que efectúe una indagación previa para dictaminar si existen apariencias de fraude, es decir, si se trata de un matrimonio real o de un matrimonio de conveniencia. El notario no puede realizar dicha indagación, pero tampoco puede autorizar escrituras que tengan apariencias claras de fraude. Por este motivo creo que es necesario tener un especial cuidado, parecido, por ejemplo, al de la comprobación de la identidad del testador enfermo. En este sentido, entiendo que, además de hacer ciertas preguntas, debería pedirse, como mínimo, el certificado de empadronamiento, con el fin de cumplir lo que la Dirección denomina «*vecindad administrativa*», puesto que el peligro de fraude —obtener el permiso de residencia o la reagrupación familiar como única finalidad— es muy normal. El notario, por otro lado, no creo que esté facultado para realizar un interrogatorio, como el que prevé dicha instrucción de la Dirección, para evitar los matrimonios por complacencia. En cualquier caso, se debería evitar que el certificado fuera con fecha demasiado reciente, aunque esta fecha, a mi parecer, no conviene que figure en el cuerpo de la escritura, que tiene que limitarse a exponer que los comparecientes desean ser pareja de hecho, que desean residir en tal lugar, donde ya se encuentran empadronados, y que lo acreditan con el certificado entregado, que queda unido a la escritura. Tiene que quedar claro que la pareja de hecho queda constituida en aquel momento. Por lo tanto, si al notario le son exhibidos documentos que prueban que la pareja hace

tiempo que convive, puede utilizarlos para formarse el criterio de que no existe fraude, aunque sin incorporarlos —salvo el caso del certificado de empadronamiento, como hemos mencionado— ni mencionarlos en la escritura, dado que, repito, la escritura acredita el hecho de desear constituirse como pareja y someterse a la legislación catalana, lo que presupone la convivencia *more uxori*, exceptuando que se pruebe lo contrario. Quizá la comparecencia de dos testigos, aunque fueran instrumentales, daría cierta seguridad al notario.

Este criterio de territorialidad estricta en orden a la autorización de la escritura de constitución es, lógicamente, mi opinión, y mientras no exista regulación o instrucción que establezca algo, será el notario quien determine si puede o no puede autorizarla. La doctrina no se ha pronunciado al respecto con mucha claridad. LONGO[14] parece compartir este criterio, sobre todo por la manifestación de quererse acoger a la legislación catalana. En cambio, GONZÁLEZ BOU[15] considera que, cuando la pareja se constituye por medio de escritura pública, siempre hay que determinar la Ley aplicable cuando los miembros sean de distinta vecindad o nacionalidad.

Otra cosa sería si llevaran más de dos años empadronados en el mismo sitio y quisieran hacer acta de notoriedad a efectos de acreditar su condición de pareja estable. Esta acta está prevista en la disposición adicional 2ª de la Ley 25/2010, de 29 de julio, que aprueba el libro II y que constituye uno de los medios de prueba en todos los supuestos. En este caso, sin embargo, la manifestación de los otorgantes no es suficiente; son necesarias otras pruebas, como en todas las actas de notoriedad, dado que no se trata de declarar la voluntad de constituirse en pareja, sino de acreditar que lo son por la convivencia notoria de más de dos años. Por lo tanto, como en todas las actas de notoriedad, el notario puede y debe exigir las pruebas que estime pertinentes para realizar el juicio de notoriedad. Como mínimo serán necesarios dos testigos, aunque no creo que ello baste. Otras pruebas podrían ser el contrato de alquiler o compra de un inmueble a nombre de los dos, un extracto de una cuenta corriente también a nombre de los dos, etc.

Según mi parecer, son tres los tipos de documentos notariales que pueden acreditar que una pareja es legalmente pareja estable:

— En primer lugar, la escritura, no acta, de constitución de pareja, en que se declara la voluntad de constituirse como tal de acuerdo con la Ley catalana y en que se indica el domicilio familiar. Me atrevo a decir que quizá se podría añadir que normalmente van a vivir en pisos separados, pero con una unión semejante a la matrimonial, aunque reconozco que la afirmación es atrevida.

— En segundo lugar, acta, no escritura, de notoriedad, para atestiguar que llevan más de dos años como pareja de hecho, es decir, de convivencia *more uxori*. En este caso es el notario quien ha de declarar que está justificada la notoriedad, razón por la que puede exigir las pruebas que estime necesarias para acreditarlo, tal como hemos comentado anteriormente.

— Y, en tercer lugar, una acta de manifestación de la pareja estable que ya tiene un hijo o más de uno y que, además del libro de familia, quiere tener un documento que lo acredite. En este caso, el requerimiento se hará a efectos de dejar constancia de este hecho, alegando el artículo 234.1 CCCat. En este caso, quizá sería conveniente incorporar una fotocopia de las páginas correspondientes del libro de familia o del certificado de nacimiento de los hijos.

V. SOBRE LA POSIBILIDAD DE UNA ESCRITURA DE NEGACIÓN DE UNIÓN CONVIVENCIAL

Las disposiciones del Código civil de Cataluña sobre uniones convivenciales son, en principio, imperativas. LLEBARIA[16] es muy contundente al decir «*la ley reconoce la convivencia como pareja estable con absoluta independencia de la intención de los sujetos. Estos tendrán voluntad de compartir un proyecto de vida, mas puede que no la tengan de formar una pareja estable legal. Da lo mismo. El efecto legal es inexorable*». Modestamente, creemos que exagera un poco, dado que existen numerosas sentencias, algunas mencionadas anteriormente, que señalan la necesidad de convivencia *more uxori* y que las simples relaciones sentimentales no producen este efecto. Recordemos la citada sentencia del Tribunal Superior de Justicia

de Cataluña de 4 de septiembre de 2008: «*No pueden asimilarse las relaciones sentimentales con la convivencia* more uxori*, ni con la matrimonial, pues solamente las relaciones convivenciales comportan los efectos jurídicos determinados por las leyes en caso de extinción o cese.*». Y es que una interpretación tan radical podría conllevar situaciones muy difíciles, no deseadas por ninguna de las dos partes. Cabe recordar que, para que exista unión convivencial, no es necesario que exista sexo distinto, ni que los miembros de la pareja vivan siempre juntos, sino afán de vida estable y convivencia *more uxori*. Actualmente, muchos estudiantes, de distinto o igual sexo, conviven en un mismo apartamento y, además, podría ser que tuvieran relaciones sexuales, pero no *more uxori*, dado que son casos en los que no hay intención de constituir una pareja estable. Sin embargo, podría ocurrir que, en caso de desavenencia, uno de los miembros manifestara que sí convivían *more uxori*. Creo que sería cuestión de probarlo, pero es muy difícil distinguir si mantenían una relación simplemente de amistad, aunque tuvieran relaciones sexuales, o si existía afán de convivencia estable. Y aun más difícil de demostrar si había ánimo de engaño por parte de uno de los dos. Del mismo modo que no se puede obligar a una pareja que tiene un hijo a que se case, entiendo que tampoco se puede obligar a que se considere pareja estable una pareja que no tenía el afán de serlo.

Destacado destacado destacado destacado destacado destacado destacado destacado destacado destacado destacado destacado destacado

Precisamente para evitar estos problemas, creo que es posible una escritura o, si se quiere, un acta de manifestación por la que ambas partes, siempre y cuando sean mayores de edad y no concurra ninguna otra circunstancia —una diferencia notoria de edad, por ejemplo, o de fortuna— que lleve a presuponer el fraude o el dolo, declaren su intención de no querer constituirse en pareja estable, aunque convivan juntos. Declaraciones que, como siempre, estarán sujetas a revisión judicial, pero que, en principio, son un medio de prueba válido. Este punto ya ha sido discutido en el Primer Observatorio de Derecho Civil, pero no se llegó a ningún acuerdo, y la norma actual no hace referencia alguna a este punto. LLEBARIA, al hablar del efecto automático radical —que él defiende— de la Ley, lo explica diciendo que «*tal imposición se justifica por la finalidad de proteger situaciones de inferioridad o desequilibrio, en las que el ejercicio de la autonomía privada no suele corregir los déficits sobrevenidos*».[17] Y esto mismo decían algunos miembros del Observatorio. Pero, dada la forma actual de vivir, creo que esta escritura no solamente sería conveniente, sino que también haría reflexionar a los que quieren convivir pero no tienen intención alguna de considerarse pareja estable, parecida al matrimonio. Evidentemente, antes de autorizarla, el notario debería estar convencido de que no hay apariencias de fraude y razonar de alguna manera en la escritura el porqué de estas declaraciones.

También parece partidario de esta opinión GONZÁLEZ BOU,[18] quien estima que aquellas personas que quieren ser libres en sus relaciones personales y patrimoniales con la pareja deberían otorgar una escritura pública para preservar esta libertad, si bien subsistirán los efectos protectores mínimos al miembro más débil.

LÓPEZ BURNIOL,[19] en cambio, en unos comentarios a la Ley anterior, se muestra totalmente contrario tanto a los que quieren que no haya ninguna reglamentación como a la posibilidad de exclusión de sus efectos, dado que el principio de libertad viene condicionado por el de responsabilidad. Se puede escoger entre vivir solo o en pareja, pero si se escoge la última opción —dice—, «*no implica en modo alguno una vía para eludir las responsabilidades derivadas de una vida en común, que surgen tanto entre los convivientes como respecto de terceros*».

VI. LA UNIÓN ESTABLE DE PAREJA Y EL RÉGIMEN MATRIMONIAL

La convivencia en pareja estable, tal y como hemos observado antes, tiene unos efectos muy similares a los del matrimonio, como se demuestra plenamente en el libro IV del Código civil —sucesiones, quizá más que en el libro II, que las regula. Pero este libro II, al regularlas, no contiene ningún artículo que proclame la identidad de efectos, sino preceptos concretos referentes a puntos concretos. Y estos son precisamente un reflejo de las mismas disposiciones respecto al caso de la separación de bienes. Así, el artículo 234-9 establece la «Compensación económica por razón de trabajo», y remite a las reglas que figuran en la sección del régimen de separación de bienes dentro del matrimonio. Igualmente, el artículo 234-3

les permite adquirir conjuntamente con pacto de supervivencia y remite al artículo 231-l5, que regula esta figura solamente en el caso de régimen de separación de bienes. Todo ello supuso, para las parejas estables, un régimen de separación de bienes muy de acuerdo con la consideración de que dicho régimen de separación de bienes no es propiamente un régimen económico matrimonial, dado que cada uno de los cónyuges conserva la administración y la disposición de sus bienes. En este punto añadimos que no creemos que se pueda hacer ningún pacto con parecido a las capitulaciones matrimoniales, puesto que el Código civil de Cataluña, que tantas veces señala, al lado de los cónyuges, los convivientes pareja estable, no menciona nada de estos últimos al regular las capitulaciones. Es por ello que estimo que el régimen patrimonial de las parejas estables es siempre el de separación de bienes, lo que implica cierta consideración como solteros, con las especialidades que establece el Código en los artículos 234-1 a 12. Que, aunque pueden efectuar cualquier tipo de pacto, este tendrá carácter obligatorio, pero no tendrá eficacia directa, a menos que adopten algunas de las fórmulas que con independencia del estado civil puedan establecer las personas, por ejemplo, sociedades, incluso las de gananciales que regula el Código civil común (artículos 1672 y 1675).

La jurisprudencia es variable, pero, en todo caso, prevalece el hecho de que por su constitución no se establece ningún régimen matrimonial. La sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 17 de mayo de 2006 es rotunda: «*Ninguna unión de hecho genera un régimen económico similar al matrimonial*». En casos concretos, hablarán de una sociedad irregular, de una cierta comunidad sobre unos determinados inmuebles, de un enriquecimiento injusto, etc., pero el tratamiento base es el de unos solteros que viven juntos y que pueden hacer unos negocios determinados en los que no queda plenamente identificada la titularidad. [20] Creo muy interesante la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 21 de junio de 2007 que parece admitir distintos pactos y se decanta por la aplicación del principio de autonomía privada. Es una sentencia muy completa. Confirma, afirmando que acertó la doctrina de la sentencia apelada, que, después de negar la aplicación analógica de la normativa reguladora de la sociedad de gananciales o de las comunidades de bienes a la «*unión paramatrimonial*», admite expresamente, y con carácter general, «*como no podía ser de otra forma*», el principio de autonomía privada de los convivientes en pareja estable para regular sus relaciones patrimoniales, admitiendo que pudieran constituir una comunidad de bienes mediante pacto expreso o tácito que derive de actos concluyentes, y apuntando que una solución razonable podría ser la de una sociedad irregular de naturaleza mercantil, si bien en el caso concreto no lo estima y también se opone a la negación de la donación y a la doctrina del «*levantamiento del velo*».[21]

Destacado destacado destacado destacado destacado destacado destacado destacado destacado destacado destacado destacado destacado

A mi entender, repito, no se pueden pactar regímenes de comunidad en las constituciones de parejas de hecho. Se pueden constituir los pactos que se estimen convenientes, pero serán pactos que obligarán aunque no producirán efectos directos. Me parece que la esencia de los regímenes patrimoniales en las parejas de hecho en la legislación catalana es la separación absoluta de bienes, con todos los pactos y todas las renuncias que prevé la ley. Pueden pactar, además, todo lo que quieran, pero siguiendo las normas de los contratos civiles o mercantiles, ya que, en otro caso, no tendrían otra eficacia que la obligatoria entre ellos. Así, podrían pactar, por ejemplo, que realizarán todas las compras a medias y con pacto de supervivencia, pero ello no convertiría automáticamente las compras en este carácter, si las realizara uno de ellos olvidándose del pacto, sino que únicamente serviría, en todo caso, para exigir ante los tribunales que se cumpliera dicho pacto. Podrían asimismo constituir sociedades —incluso tácitas— derivadas de hechos concluyentes, o comunidades de bienes, pero observando siempre las normas del Código civil o del mercantil, y no como régimen matrimonial. Igualmente, podrían pactar que más adelante constituirán una sociedad a la que aportarán lo que sea, pero únicamente serviría, en todo caso, para exigir ante los tribunales que dicha sociedad se constituyera, pero nunca se tendría constituida directamente por el pacto.

En la doctrina, LLEBARIA[22] también se refuta que sobre la base del principio de autonomía privada se pueda establecer un sistema de comunicación matrimonial semejante al establecido para el matrimonio, ya que la autonomía se enfrenta con obstáculos insalvables, como las varias presunciones legales o reglas referentes a la responsabilidad patrimonial frente a terceros o bien la creación de patrimonios separados —como la *sociedad de gananciales*.

LONGO[23] mantiene un criterio más flexible. Entiende que el libro II parte del principio de libertad casi absoluta de los miembros de la pareja en la ordenación de sus relaciones económico-patrimoniales durante la convivencia. El autor, si bien admite que es discutible la sujeción sin más a un régimen de gananciales, admite también un régimen pactado de efectos análogos, por lo menos, *inter partes*. Igualmente, admite que se puede pactar un régimen de comunidad, si bien los efectos respecto de los bienes aportados parece que exigirían el correspondiente negocio causal, oneroso o gratuito. Por lo tanto, su parecer no es muy distinto del que nosotros sostenemos.

En cambio, GONZÁLEZ BOU,[24] en sentido contrario, afirma que no ve ningún problema por el que no se pueda pactar en la escritura de constitución cualquier régimen patrimonial, adaptando su regulación a las que se prevén en la regulación matrimonial, si bien en caso de que no existiera escritura, se presupondrá siempre la separación absoluta de patrimonios.

VII. EL CONTENIDO DE LA ESCRITURA

La escritura de constitución de pareja estable tiene un contenido mínimo: la declaración de la voluntad de constituirse como pareja estable de acuerdo con la legislación catalana —o quizá sería mejor citar el libro II del Código civil catalán y sus artículos referentes a la pareja— y la declaración de ausencia de impedimentos. No es necesario acompañar documento alguno, si bien es conveniente aportar el certificado de empadronamiento, que será imprescindible —como hemos razonado anteriormente— cuando se trate de extranjeros sin permiso de residencia.

Ahora bien, ¿es necesario algo más? ¿Es conveniente añadir ciertos pactos? Ya hemos dicho que no tiene cabida ningún tipo

de capítulo, es decir, ninguna sujeción a un régimen matrimonial, aunque sea con la transcripción de su normativa; sin remisión general, el régimen será el equivalente al de la separación de bienes, de modo que cada miembro conservará el dominio, disfrute y administración de sus bienes.

Destacado destacado destacado destacado destacado destacado destacado destacado destacado destacado destacado destacado destacado

La normativa actual, a diferencia de la anterior, que incluía normas referentes a gastos comunes (artículos 4 y 23) y la responsabilidad solidaria de ambos miembros de la pareja frente a terceros (artículos 5 y 24), declara, en el artículo 234-3.1, que «*las relaciones de pareja estable se regulan* exclusivamente *por los pactos de los convivientes, mientras dura la convivencia*». Pero, repetimos: ¿es conveniente establecer dichos pactos en la escritura de constitución?

Según LLEBARIA,[25] no es normal que estos pactos figuren en la escritura, ya que en el momento de su constitución no se piensa en ello, pero lo considera conveniente, ya que la mayor parte de las separaciones de parejas termina en los juzgados. Algún notario hace un resumen de las obligaciones y los deberes básicos de la Ley, explicándolos y poniéndolos como pactos. Yo, por mi parte, estimo que la escritura de constitución no debe hacer mención a ningún pacto. Como máximo, puede hacer referencia al hecho de que en documento a parte se establecen los pactos que regulan la convivencia. Y es que la escritura de constitución es un documento destinado a la circulación, a ser presentado donde se deba acreditar la existencia de pareja estable, y a la persona o funcionario a quien se deba presentar no le interesan cuáles son los pactos que tiene respecto al trabajo común o respecto a lo que ocurre si se disuelve la pareja. En la inscripción de matrimonio, que es la que más se le asemeja, no se dice nada sobre regímenes económicos; como máximo, si se hicieron capitulaciones o si se han modificado.

Esta escritura —que, como he dicho, se puede mencionar, aunque no sea necesario, que se hará o que se hace a continuación— puede contener todos los pactos que no vayan en contra de la ley, la moral o el orden público (artículo 1225 CC). Hasta puede incluir, como prevé el artículo 234-5, los pactos en previsión de una ruptura de la convivencia, por lo que no es necesario que sea anterior a un mes, ya que la regla del artículo 231-20.1 se refiere únicamente a cuando constan en capítulos, si bien sí será necesario el consejo del notario por separado.[26]

El consejo del notario será necesario en caso de que se constituyan pactos, aunque no sean en previsión de separación y, en este caso, aunque la ley no lo diga expresamente —si bien no será necesario que sea por separado—, dado que, en el momento de constituirse, una pareja de hecho es muy poco probable que prevea no sólo la situación de separación, sino tampoco los problemas de regulación de la vida común, ya que, normalmente, en las parejas de hecho el tema de la regulación del patrimonio no se ha tratado con tanto detenimiento como en el caso de las parejas que toman la opción del matrimonio.

VIII. COEXISTENCIA DEL PRINCIPIO DE TERRITORIALIDAD CON EL ESTATUTO PERSONAL

Hemos dicho a lo largo del trabajo que la convivencia en régimen de pareja estable de personas que viven administrativamente —o mejor dicho, de hecho— en Cataluña, aunque no tengan la vecindad civil catalana, se constituyen y rigen por las normas que sobre la materia establece el Código, de acuerdo con el principio de territorialidad que proclama el artículo 111-3.1, que dispone: «*El Derecho civil de Cataluña tiene eficacia territorial*», pero continúa diciendo «*sin perjuicio de las excepciones que puedan establecerse en cada materia y de las situaciones que deban regirse por el estatuto personal u otras normas de extraterritorialidad*».

Y entre las situaciones que se deben regir por el estatuto personal se encuentran, según dispone el artículo 9.I CC, «*los derechos y deberes de familia y la sucesión por causa de muerte*». Por lo tanto, entendemos que si las personas que forman la pareja estable tienen la vecindad civil catalana no habrá ningún problema, pero ¿y si no es así?

Desde el punto de vista del notario que autoriza una escritura de constitución, a mi entender, ello no debe preocuparle mucho. Él debe dejar muy claro, fundamentalmente, si los constituyentes no tienen la vecindad civil catalana, que la regulación de las parejas de hecho estables es una normativa autonómica, de plena vigencia en Cataluña, pero que, al no haber regulación general del Estado, nada se puede afirmar con seguridad respecto al resto de aspectos. Y más aún si los que la constituyen son extranjeros.

De todos modos, y con carácter general, se puede decir, respecto a las situaciones familiares, que si se resuelven ante los tribunales de Cataluña, se aplicarán totalmente las normas del Código, como la compensación económica por razón de trabajo o la prestación alimentaria, que pueden estar moduladas por los pactos. Incluso se aplicarán las normas relativas a los derechos familiares, en caso de defunción, por la tendencia ya citada de aplicar, en caso de duda, la ley del lugar. Y que si se resuelven ante juzgados o tribunales fuera de Cataluña, es muy difícil decir algo con carácter general, ya que dependerá de lo que digan las respectivas leyes.

En cambio, tratándose de derechos de sucesión, parece que se aplicará exclusivamente el estatuto personal, como sucedería si en lugar de convivencia de pareja estable existiera matrimonio. El miembro sobreviviente de la pareja de hecho únicamente tendrá los derechos sucesorios que le otorgue legislación correspondiente a su estatuto personal, y en el orden que éste establezca, antes o después de los padres, con concurrencia de éstos, o no tendrá derecho alguno. En otros términos: el miembro sobreviviente de la pareja de hecho tendrá únicamente derechos sucesorios si se los da la ley que rige su estatuto personal, que determinará cuáles son. Y todo ello, a nuestro entender, con independencia del tribunal que resuelva el caso, tanto si es un tribunal de Cataluña como del resto del Estado, o bien un tribunal extranjero.

(1) GARRIDO MELERO, Martín, *El régimen jurídico de las parejas de hecho*, ponencia en el seminario de la UIMP, Ed. Thomson-Civitas, Madrid, 2005, p. 123, dice, refiriéndose a la regulación de las parejas homosexuales en la Ley 10/1998: «*Si lo miramos sin apasionamiento, consistía en la regulación de un matrimonio* "adulterado"*, pero matrimonio al fin y al cabo para los homosexuales*».

(2) IGLESIAS, Juan, *Derecho romano*, Ed. Ariel, Barcelona, 1972, p. 563.

(3) FRITZ SCHULZ, *Derecho romano clásico*, Ed. Bosch, Barcelona, 1960, p. 106.
(4) IGLESIAS, Juan, *Derecho romano*, Ed. Ariel, Barcelona, 1972, p. 548.
(5) DIGESTO, 50,17,30.
(6) LONGO MARTÍNEZ, Antonio, «La parella estable i les relacions convivencials d'ajuda mútua», en *La Notaria*, n.º, 2000, p. 120.
(7) GARRIDO MELERO, Martín, *El régimen jurídico de las parejas de hecho*, ponencia al seminario de la UIMP, Ed. Thomson-Civitas, Madrid, 2005, p. 110 y ss.
(8) LLEBARIA SAMPER, Sergio, en *Libro Segundo del Código Civil de Cataluña*, Ed. Sepin, Madrid, 2011, p. 936-937.
(9) LONGO MARTÍNEZ, Antonio, «La parella estable i les relacions convivencials d'ajuda mútua», en *La Notaria*, n.º, 2000, p. 120.
(10) LLEBARIA SAMPER, Sergio, en *Libro Segundo del Código Civil de Cataluña*, Ed. Sepin, Madrid, 2011, p. 937.
(11) IGLESIAS, Juan, *Derecho romano*, Ed. Ariel, Barcelona, 1972, p. 547.
(12) Resolución-circular de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 29 de julio de 2005, sobre matrimonios civiles entre personas del mismo sexo: «*La analogía con la figura de las parejas de hecho homosexuales reconocidas y reguladas por un amplio número de leyes autonómicas españolas que, bien como criterio de conexión, bien como elemento delimitador del ámbito de aplicación, acuden preferentemente a la vecindad administrativa, concepto vinculado a la residencia habitual de sus miembros*» (ADGRN, 2005, p. 660).
«*Todo ello conduce a la obligada conclusión de que el matrimonio celebrado entre español y extranjero o entre extranjeros residentes en España del mismo sexo será válido por aplicación de la ley material española, aunque la legislación nacional del extranjero no permita o no reconozca la validez de tales matrimonios*» (ADGRN, 2005, p. 661).
13 Instrucción de 31 de enero de 2006 de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre los matrimonios por complacencia (ADGRN, 2006, p. 6031-6048, esp. p. 6044-6048).
14 LONGO MARTÍNEZ, Antonio, «La parella estable i les relacions convivencials d'ajuda mútua», en *La Notaria*, n.º 3, 2000, p. 124.
15 GONZÁLEZ BOU, Emilio, «La convivencia estable en pareja: Constitución, extinción y exclusión», en *El nuevo Derecho de la persona y de la familia*, Ed. Bosch, Barcelona, 2011, p. 513, después de citar a GARRIDO MELERO, para el que la solución más adecuada es la aplicación de la Ley del lugar de residencia, y la de INMACULADA ESPIÑEIRA, que parte de la base de aplicar, como primer punto de conexión, la Ley establecida por los miembro que forman la pareja, que estima que «*por tanto, cuando la pareja estable se constituye mediante escritura pública, siempre será necesario determinar la ley aplicable a la pareja cuando sus miembros sean de distinta vecindad o nacionalidad*».
16 LLEBARIA SAMPER, Sergio, en *Libro Segundo del Código Civil de Cataluña*, Ed. Sepin, Madrid, 2011, p. 938.
17 LLEBARIA SAMPER, Sergio, en *Libro Segundo del Código Civil de Cataluña*, Ed. Sepin, Madrid, 2011, p. 938.
18 GONZÁLEZ BOU, Emilio, «La convivencia estable en pareja: Constitución, extinción y exclusión», en *El nuevo Derecho de la persona y de la familia*, Ed. Bosch, Barcelona, 2011, p. 537.
19 LÓPEZ BURNIOL, Juan José, «La Ley catalana de uniones estables de pareja», en *RJC*, n.º 3, 1999, p. 650.
20 Una enunciación y sistematización de las principales sentencias se puede ver en LLEBARIA SAMPER, Sergio, en *Libro Segundo del Código Civil de Cataluña*, Ed. Sepin, Madrid, 2011, p. 950-95l.
21 *RJC*, n.º 7, 2007, p. 1494. Consideramos interesante reproducir dichos razonamientos de la sentencia: «*Y la verdad es que la Sentencia impugnada (Fundamento jurídico l) después de negar —acertadamente— la aplicación analógica de la normativa reguladora de la sociedad de gananciales o de las comunidades de bienes a la* "unión paramatrimonial" *con fundamento en las SSTS, Sala 1, de 18 de mayo de 1992 —nótese que es una de las citadas en el recurso—, de 21 de octubre de 1992, de 22 de julio de 1993 y de 23 de julio de 1998, viene a admitir expresamente y con carácter general —como no podía ser de otra forma— el principio de autonomía privada de los convivientes en la unión de pareja estable para regular sus relaciones patrimoniales, al contemplar la posibilidad de constituir el régimen de comunidad de bienes mediante* "pacto expreso [...] o tácito que se derive de actos concluyentes", *apuntando que una solución razonable —la STS de 18 de mayo de 1992 se muestra en parecido sentido— bien pudiera ser la de apreciar la existencia de una* "sociedad irregular de naturaleza mercantil cuando por consecuencia del esfuerzo mutuo, en actividades comerciales coincidentes e integradas en un hacer conjunto dentro del operar comercial, se generó un patrimonio común"».
(22) LLEBARIA SAMPER, Sergio, a *Libro Segundo del Código Civil de Cataluña*, Ed. Sepin, Madrid, 2011, p. 946.
(23) LONGO MARTÍNEZ, Antonio, «La parella estable i les relacions convivencials d'ajuda mútua», en *La Notaria*, n.º 3, 2000, p. 125.
(24) GONZÁLEZ BOU, Emilio, «La convivencia estable en pareja: Constitución, extinción y exclusión», en *El nuevo Derecho de la persona y de la familia*, Ed. Bosch, Barcelona, 2011, p. 523.
(25) LLEBARIA SAMPER, Sergio, a *Libro Segundo del Código Civil de Cataluña*, Ed. Sepin, Madrid, 2011, p. 946: «*Lo cierto es que no suele haber demasiada previsión a la hora de imaginar y consensuar unas reglas dirigidas a disciplinar el futuro económico de los convivientes. Pero, no obstante, sí se reclama su vigencia cuando asalta la ruptura a la relación y surge el conflicto. En efecto, rota ya la convivencia, suelen afanarse los exconvivientes (o uno de ellos) en demostrar alguna clase de pacto o regla que sirva para amparar su relación económica o patrimonial contra el otro. Es esta la naturaleza de la inmensa mayoría de los conflictos que terminan judicializándose. Y existe al respecto una consolidada doctrina jurisprudencial en la que destacan dos criterios prioritarios. Según el primero, no es posible la aplicación analógica de las reglas propias de los regímenes matrimoniales, y según la otra, el pacto o pactos creadores de un marco regulador pueden ser expresos o tácitos*».
(26) VEGA SALA, Francesc, *Libro Segundo del Código Civil de Cataluña*, Ed. Sepin, Madrid, 2011, p. 645, claramente señala que la intervención del notario aconsejando por separado es necesaria únicamente si se constituye el pacto en escritura separada, no cuando se hacen capítulos, basándose en el texto literal, a la que se puede añadir que los capítulos ya conllevan por sí mismos un asesoramiento general.

El poder preventivo: tutela privada, un reto para el Notariado

Josep M. Valls Xufré
Notario de Barcelona

SUMARIO

I. UN NUEVO PLANTEAMIENTO TUTELAR
II. EL ARTÍCULO 1732 CC (LEY 41=/2003)
III. EL ARTÍCULO 222-2 CCCAT (LEY 25/2010)
IV. COEXISTENCIA DE LOS ARTÍCULOS 1732 CC Y 222 CCCAT
V. RÉGIMEN JURÍDICO DEL PODER PREVENTIVO EN CATALUÑA
VI. CLASES DE PODERES PREVENTIVOS
VII. SUJETOS: EL PODERDANTE Y EL APODERADO
VIII. OBJETO: FACULTADES Y MEDIDAS DE CONTROL
IX. FORMA: ESCRITURA PÚBLICA E INSCRIPCIÓN
X. EXTINCIÓN
XI. CONCLUSIÓN
XII. BIBLIOGRAFÍA

I. UN NUEVO PLANTEAMIENTO TUTELAR

Josep Pla creía mucho en el Notariado y en su proximidad a la realidad social. Es célebre aquella conversación entre un Notario y un campesino. Cuando el Notario reconoce que los de su profesión saben tantas cosas de las personas como los confesores, el campesino le contesta que «*los notarios tienen que saber muchas más, porque a ustedes los tenemos que decir la verdad...*».(1)

Ahora que se habla tanto de traspasar una parte de la jurisdicción voluntaria al Notariado, es el momento de demostrar a la sociedad que nuestra vocación de servicio es más firme que nunca y que sabremos utilizar las herramientas que se nos entreguen de forma eficaz. La sociedad civil puede confiar, como hasta ahora, en que desarrollaremos todas las tareas con la profesionalidad y la fidelidad que son las divisas de nuestro cuerpo.

Pero antes de que se apruebe una Ley General de Seguridad Preventiva, o bien

una ley en la que el Notariado asuma una parte de la jurisdicción voluntaria actual, el legislador nos pone a prueba mediante los poderes preventivos.

El libro segundo del Código civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia, en el **artículo 222-2**, regula el poder en previsión de pérdida sobrevenida de capacidad diciendo que: «No es preciso poner en tutela a las *personas mayores de edad que, por causa de una enfermedad o deficiencia persistente de carácter físico o psíquico, no pueden gobernarse por sí mismas,* si a tal efecto han nombrado a un apoderado en escritura pública *para que cuide de sus intereses*».

Continúa diciendo el precepto: «*El poderdante puede ordenar que el poder produzca efectos desde el otorgamiento, o bien establecer las circunstancias que deben determinar el inicio de la eficacia del poder. En el primer caso, la pérdida sobrevenida de capacidad del poderdante no comporta la extinción del poder.* El poderdante también puede fijar las medidas de control y las causas por las que se extingue el poder».

Y acaba diciendo en el tercer párrafo: «*Si en interés de la persona protegida llega a constituirse la tutela,* la autoridad judicial, *en aquel momento o con posterioridad, a instancia del tutor,* puede acordar la extinción del poder».

Este precepto se sitúa en la **línea de los ordenamientos jurídicos más actuales, que dan preferencia a la autonomía de la voluntad** y que ofrecen la posibilidad de suplir con soluciones familiares la intervención judicial para constituir la tutela a las personas que pierden la capacidad. También se ha tenido en cuenta la realidad social, según la cual, **en la mayoría de los casos, la incapacitación sólo se solicita para resolver problemas concretos, como por ejemplo la venta o el alquiler de un piso para hacer frente a los gastos de mantenimiento de la persona incapaz**.

Hay que destacar la situación del precepto citado dentro del libro segundo del Código civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia, en concreto, las **disposiciones generales del capítulo II, dedicado a la tutela**.

De entrada, avanzamos que esto da al poder en previsión de pérdida sobrevenida de capacidad un cariz de institución **cuasi tutelar, o tutela privada**, que, tal como veremos a lo largo de la exposición, modifica el carácter puramente contractual del mandato, base de la representación otorgada mediante el poder.

FICHA TÉCNICA

Resumen: El artículo 222-2 CCCat supone un reto para el Notariado, porque en cada caso concreto tenemos que ayudar al poderdante a configurar un proyecto vital tan importante como es el diseño de su tutela privada, destinada a perdurar hasta su muerte, sin la posibilidad de ser modificada por el mismo interesado. La ley contiene una regulación completa en torno a la tutela y, en cambio, una muy simple en torno al poder preventivo. El legislador no quiere que el tema se resuelva con una simple cláusula de estilo, más o menos afortunada, para todos los poderes que autorizamos. A los notarios se nos pide, en este sentido, una inmersión en la realidad y en las expectativas del poderdante para poder aconsejar lo más conveniente para su persona y su patrimonio.

Palabras clave: Tutela privada. Notariado. Regulación.

Summary: Article 222-2 of the Catalan Civil Code represents a challenge to the notarial profession, because in each specific case we must assist the donor to configure a life project as important as the design of his/her private legal protection, which should remain in force until his/her death, without the possibility of being amended by the interested party. The law sets out complete regulations with regard to legal protection, and in contrast very simple regulations governing preventive powers. The legislator did not want this issue to be resolved with a simple standard clause, which may be more or less adequate, for all the powers we authorize. As notaries, we are asked, in this regard, to immerse ourselves in the reality and the expectations of the donor in order to be able to recommend what is best for his/her personally and for his/her assets.

Key words: Private legal protection. Notarial profession. Regulation.

A la tradicional representación del tutor (legal) se le añade otra posibilidad, que es la representación del apoderado preventivo (voluntaria), para configurar un sistema de instituciones de protección de la persona más completo y también más de acuerdo con la realidad social actual

O, si queremos, podemos decirlo de forma más global: **se introduce el poder preventivo dentro de la regulación de la tutela no porque se considere que es un supuesto de representación legal, o tutelar, sino porque a la tradicional representación del tutor (legal), se le añade otra posibilidad, que es la representación del apoderado preventivo (voluntaria), para configurar un sistema de instituciones de protección de la persona más completo y también más de acuerdo con la realidad social actual**.

Esta postura es la que prevalece tanto en el ámbito internacional como en las leyes más avanzadas que recoge la **Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de las Naciones Unidas (Nueva York, 13 de diciembre de 2006)**, que proclama el principio de la autonomía personal, que considera la incapacitación como una medida extraordinaria, y reconoce la importancia que para las personas con discapacidad tienen la autonomía y la independencia individuales, incluida la libertad de tomar decisiones propias. El artículo 12, apartado cuarto, dispone que los estados parte asegurarán que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionarán salvaguardas adecuadas y efectivas para impedir los abusos, de acuerdo con el Derecho internacional en materia de derechos humanos.

Como explica **Sergio Nasarre**[(2)] al comentar las novedades del libro segundo del Código civil de Cataluña, en los trabajos preparatorios se tomó en consideración la posible supresión de la incapacitación de la persona por su deficiente funcionamiento en la realidad sociojurídica, tal como ha pasado en países tan próximos y de ordenamientos tan prestigiosos como Alemania, donde se han sustituido la tutela y la curatela por instituciones más flexibles y adaptadas al mundo actual, como son ahora la figura de la **asistencia** –novedad también de

la Ley catalana 25/2010, en el ordenamiento jurídico español– y la del **poder preventivo**, objeto de la presente exposición.

El poder en previsión de pérdida de la capacidad es una prueba de fuego para el Notariado, y tenemos que dar el do de pecho. El legislador sabe que estamos en contacto directo con la realidad, que podemos acercarnos más que nadie al caso concreto y aconsejar según las circunstancias. Habrá casos en los que el poder preventivo se impondrá de forma muy clara porque las premisas serán muy simples. Por ejemplo, en caso de que el poderdante tenga un piso y quiera facultar a sus hijos para que dispongan del mismo, si llega a incapacitarse, para poder hacer frente a los gastos del mismo discapacitado, no siendo necesario recurrir a un proceso de incapacitación judicial.

En otros casos, el Notario tendrá que denegar su intervención o desaconsejarla a falta de garantías añadidas, si ve que el poder preventivo se puede llegar a convertir en un arma de expoliación en manos de personas sin escrúpulos. Sería el caso de una persona sin familiares que apoderara a un empleado del servicio doméstico por el solo hecho de que en el momento actual cuida con esmero al poderdante.

Entre un extremo y otro, habrá una infinidad de supuestos que el Notario tendrá que averiguar para llegar a la realidad actual y poder prever el porvenir. La libertad que el legislador ha dado al poderdante es una libertad basada en la necesidad de que el poder preventivo se otorgue en escritura pública y que, por lo tanto, lo autorice un funcionario de la categoría profesional y personal del Notario.[3]

II. EL ARTÍCULO 1732 CC (LEY 41/2003)

Lo cierto es que, cuando se otorga el poder, el Notario vela por la plena capacidad de obrar del poderdante, pero después, lógicamente, al aumentar la edad, tal capacidad va disminuyendo. Y al disminuir esta capacidad, disminuye también la posibilidad que tiene el poderdante de controlar la actividad del apoderado, de exigirle una rendición de cuentas y, en definitiva, de revocarlo.

Y es que el poder es un acto unilateral, pero se fundamenta en el contrato bilateral del mandato. Como dice **León Alonso**, en la regulación del mandato, los ordenamientos jurídicos modernos han tenido, desde un principio, como presupuesto esencial para la perdurabilidad del mandato, la llamada perseverantia consensus.[4] **Víctor Garrido de Palma** añade que el mandato es el prototipo de contrato de gestión de carácter bilateral, pero durante su ejecución una de las partes puede devenir incapaz, y –valga la redundancia– incapaz para hacer frente a los abusos del apoderado mediante **su principal arma, que es la revocación y la acción de exigir responsabilidades**.[5]

Por eso, en el ámbito estatal, hasta la reforma del Código civil común por la Ley de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad (Ley 41/2003, de 18 de noviembre), **la incapacidad del poderdante provocaba inexorablemente la extinción del poder**. Así había sido siempre, a pesar de las diferentes redacciones del artículo 1732 desde la publicación del Código civil común. La redacción actual, en virtud de la mencionada reforma, reconoce que en el mismo mandato «*se hubiera dispuesto su continuación o el mandato se hubiera dado para el caso de incapacidad del mandante, apreciada conforme a lo dispuesto por éste. En estos casos, el mandato podrá terminar por resolución judicial dictada al constituirse el organismo tutelar o, posteriormente, a instancia del tutor*».

Este precepto reconocía y regulaba una realidad ancestral, y es que el típico poder general otorgado por personas de cierta edad, en la mayoría de los casos, obedece a la voluntad de los particulares de evitar la intervención judicial y todo lo que supone una incapacitación judicial, por lo que se refiere a tiempo, gastos, obligaciones posteriores, etc.

La reforma de 2003 fue acogida con satisfacción por todos los profesionales del Derecho, pero también con una cierta desilusión por el hecho de ser demasiado minimalista, como dice **Montserrat Pereña Vicente**.[6] Según la autora, con independencia del juicio que podamos hacer sobre la técnica legislativa de regular, dentro del contrato de mandato, una materia que pertenece a la protección de los discapacitados psíquicos, lo cierto es que, **si se añade tan sólo un inciso final al artículo 1732, se dejan en el aire demasiado aspectos; en realidad, todos**.

Por nuestra parte, podemos añadir que con esta fórmula del Código civil común consistente en regular el poder preventivo como una simple excepción a la extinción del mandato por incapacidad del poderdante, las normas generales del contrato de mandato serán las que servirán de marco para la configuración y la interpretación del poder en previsión de pérdida de la capacidad.

Ahora bien, como pone de manifiesto **Garrido de Palma**,[7] la regulación legal del contrato de mandato no se ajusta in toto a la naturaleza del mandato preventivo. Así pues, no es admisible que el menor emancipado pueda tener este cargo, ni que el apoderado pueda nombrar a un sustituto –como podría hacer en el ámbito normal del mandato–, si no es que, en el poder preventivo, el poderdante lo haya previsto y permitido.

El carácter personalísimo de la actuación del apoderado en el poder preventivo hacía necesario regular alguna forma, aunque fuera por la vía de la imposición al poderdante, **de explicitar en los poderes temas** tan importantes como **la posible sustitución de los poderes, la rendición de cuentas, la provisión de fondo al mandatario o la remuneración, la posible renuncia del mandatario o la revocación del poder por parte de un órgano de control designado al efecto, etc**.

Todos estos aspectos tendrán que ser asumidos por los juristas, abogados y notarios al aconsejar a sus clientes; el legislador carga, de este modo, toda la responsabilidad del buen funcionamiento de la institución en los profesionales del Derecho.

Lo cierto es que el artículo 1732 no se plantea el poder preventivo como un sustitutivo de la tutela, sino como un complemento. Como dice **Fernando Puente**: «*No parece que pueda prescindirse del organismo tutelar, ya que el artículo reformado, al final, dispone que el mandato podrá terminar por resolución judicial dictada al constituirse el organismo tutelar o, posteriormente, a instancia del tutor.* [...] El mandato preventivo y el poder correspondiente, por amplio que éste sea, no evita en absoluto la constitución de la tutela*, y ello porque esta última no tiene como finalidad exclusiva suplir la falta de capacidad del incapacitado, sino que su finalidad fundamental es la de proteger al incapaz.* [...] *Ahora bien, el hecho de que tenga que constituirse la tutela designando tutor no supone que éste no pueda coexistir con el apoderado y que el Juez tenga necesaria-*

mente que extinguir el poder. La subsistencia del apoderado con el tutor resulta del propio tenor del art. 1732».[8]

En la misma línea conceptual, la Ley 13/2006, de derecho de la persona de Aragón, recoge también en el artículo 95 el poder preventivo: «*Conforme al principio* standum est chartae*, cualquier persona mayor de edad y con la capacidad de obrar suficiente, en previsión de ser incapacitada judicialmente, podrá, en escritura pública, designar* [...] *incluido el otorgamiento de un mandato que no se extinga por su incapacidad o incapacitación. Podrá también establecer órganos de fiscalización, así como designar a las personas que hayan de integrarlos, sin perjuicio de la vigilancia y control por el Juez y el Ministerio Fiscal*».

III. EL ARTÍCULO 222-2 CCCAT (LEY 25/2010)

En la Ley 25/2010, el legislador catalán ha querido ir un paso más allá y dotar de una regulación propia los poderes preventivos, situándolos dentro del libro segundo, relativo a la persona y la familia, y en el capítulo II, que regula la tutela.

Esto mismo se ha hecho en **Francia**, donde se ha regulado el llamado *mandato de protección futura* entre las instituciones tutelares dando un régimen específico y afrontando todos los aspectos problemáticos que los poderes de este tipo pueden generar, sin perjuicio de que, como dice el artículo 478 del Código civil francés, **serán aplicables supletoriamente las normas del mandato**, siempre que no sean incompatibles con la regulación propia del mandato de protección futura.[9]

Las legislaciones actuales sobre discapacidad procuran recoger este tipo de apoderamiento sustitutivo de la incapacitación judicial. Al respecto podemos citar el trabajo de **Ignacio Serrano**, que dedica un capítulo al estudio de las diversas modalidades que ofrecen las leyes más recientes, como Alemania, Quebec, Italia, Suiza y Francia.[10]

Es la línea seguida también por el Código civil de Cataluña: **regulación propia dentro de la tutela, que nos acerca a la representación legal, pero como excepción a la tutela, en nombre de la autonomía de la voluntad, que es la base de la institución como supuesto de representación voluntaria**.

El legislador catalán, en el prólogo de la Ley 25/2010, dice que la Ley mantiene las instituciones de protección tradicionales vinculadas a la incapacitación, pero que también regula otras que operan o pueden operar al margen de ésta, teniendo en cuenta la constatación de que, en muchos casos, la persona con discapacidad o sus familiares prefieren no promoverla. Acaba expresando que esta diversidad de regímenes de protección sintoniza con el deber de respetar los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, tal como preconiza la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de las Naciones Unidas, aprobada el 13 de diciembre de 2006 en Nueva York y ratificada por el Estado español al año siguiente.

La diferente concepción de los poderes preventivos entre el artículo 1732 CC y el 222-2 CCCat es esencial, porque el poder preventivo del artículo 1732 se encuentra dentro de la regulación del contrato de mandato, que es el paradigma de la representación voluntaria, mientras que el del 222-2 se halla dentro de la tutela.

En el artículo 1732 no hay más regulación que la del mandato, y con las normas del mandato tendremos que construir el poder preventivo llenando las lagunas del poder con la misma regulación. Además, como el poder preventivo no es obstáculo para la constitución de la tutela, los posibles vacíos en las facultades del apoderado serán asumidos por el tutor.

En cambio, según mi opinión, el artículo 222-2 prevé un supuesto de **representación voluntaria cuasi tutelar, o tutela privada**, basado en una fórmula –el poder– que tiene por esencia la autonomía de la voluntad. Autonomía de la voluntad sí, pero modulada, puesto que está encuadrada en las instituciones de protección de la persona y serán sus normas, y no las del mandato, las que presidirán el otorgamiento y, después, la interpretación del poder.

Se parte de la base de que, en principio, no habrá que constituir la tutela; es decir, que el poder preventivo suplirá la tutela. Si el poder está bien configurado y el apoderado responde tal y como es de esperar, el Juez no intervendrá nunca.

Esta concepción diferente del poder preventivo, **representación cuasi tutelar basada en la autonomía de la voluntad**, preside toda la regulación contenida en el Código civil de Cataluña y nos tiene que servir para interpretar estas normas, y sus lagunas, sin perjuicio de no dejar nunca de respetar la voluntad del poderdante, si ésta es clara y firme, aunque no se haya expresado de forma literal.

La concepción cuasi tutelar del poder preventivo explica que el Código civil de Cataluña, al regular la materia, exija la autorización judicial para los mismos casos en los que el tutor la necesita, salvo que el poderdante la haya excluido expresamente. Se trata del artículo 222-44.3 CCCat,[11] con relación a los actos de administración extraordinaria y de disposición previstos en el artículo 222-43.

Por lo tanto, si el poderdante no hace ninguna mención sobre este punto, el apoderado necesitará una autorización judicial, por ejemplo, para disponer de bienes inmuebles. Antes, bajo el imperio del artículo 1732 CC, si los poderes se habían otorgado sin ninguna limitación expresa, los apoderados no necesitaban autorización judicial. Ahora, con el Código civil catalán, la regla cambia y es la contraria: **la autorización judicial se impone a menos que la haya excluido el poderdante**.

Esto implica un régimen completamente diferente para los poderes otorgados anteriormente, según el artículo 1732 CC, y los otorgados a partir de la entrada en vigor del artículo 222-2 CCCat.

Pero además, una muy poco meditada disposición transitoria de la Ley, establecía que "los poderes en previsión de una situación de incapacidad otorgados, en aplicación del Derecho estatal supletorio, antes de la entrada en vigor de la presente Ley, quedan sujetos, en cuanto a su eficacia y régimen de ejercicio, a lo establecido por el Código Civil". Esta norma provocaba una situación absolutamente insólita y contradictoria; veamos el siguiente ejemplo:

Hasta el 31 de diciembre de 2010, el apoderado podía, por sí solo, vender un inmueble del poderdante incapacitado, pero a partir del día siguiente, el mismo apoderado, con los mismos poderes, no podía hacerlo sin autorización judicial.

Es una cuestión que ya planteé en mi conferencia del 28 de octubre de 2010, dentro del curso sobre las principales novedades del libro segundo del Código civil de Cataluña en materia de instituciones de la persona, la cual dio lugar a un amplio debate doctrinal posterior.

La inseguridad provocada por la problemática mencionada hizo que el Colegio de Notarios promoviera ante la Consejería de Justicia una solución lógica y simple. Así, **la Ley 10/2011 de la Generalitat de Catalunya, de 29 de diciembre, de simplificación y mejoramiento de la regulación normativa**, en el artículo 45, modificó el apartado 2 de la disposición transitoria primera de la Ley 25/2010, haciendo una nueva redacción, que es la actual: «*Los poderes en previsión de una situación de incapacidad otorgados antes de la entrada en vigor de esta Ley permanecen sujetos, en cuanto a su eficacia y régimen de ejercicio, al que establece el Código civil,* salvo lo que exige el artículo 222-44.3».

Es decir, los poderes anteriores al día 1 de enero de 2011, otorgados según el artículo 1732 CC, pasan a regirse por el nuevo artículo 222 CCCat, salvo la autorización judicial que el artículo 222-44.3 exige a los apoderados nombrados de acuerdo con la nueva regulación. En cambio, en el caso de los poderes posteriores a aquella fecha, si el poderdante quiere excluir la intervención judicial, lo tendrá que hacer constar en el otorgamiento de forma expresa.

Una solución tan sencilla, fácil y lógica es la que propuse con objeto de preservar los poderes otorgados con anterioridad, que ya se estaban utilizando y que no se podían modificar, dado que el poderdante ya había devenido incapaz y, por lo tanto, no podía crear nuevos.[12]

IV. COEXISTENCIA DE LOS ARTÍCULOS 1732 CC Y 222 CCCAT

La coexistencia de los artículos 1732 CC y 222 CCCat nos hace plantear la cuestión del criterio a la hora de determinar la sujeción a un precepto u otro. Existen tres posibilidades: la vecindad civil del poderdante, la residencia del poderdante y el lugar de otorgamiento.

Haré aquí un pequeño resumen de mi ponencia en las XVII Jornadas de Derecho Catalán en Tossa de Mar, que incluye un capítulo dedicado a Derecho Internacional Privado y al Derecho interregional en materia de poderes preventivos.[13]

¿La regulación contenida en el Código civil de Cataluña **es aplicable únicamente a los poderes otorgados en Cataluña por personas que tienen vecindad civil catalana? ¿O es suficiente que el poderdante sea residente en Cataluña? ¿Quizás sería más adecuado un criterio territorialista para todos los poderes otorgados en Cataluña?**

Quien tenga vecindad civil común, **al otorgar un poder preventivo en Cataluña, ¿lo podrá hacer de acuerdo con el artículo 1732 CC o quedará sometido al 222-2 CCCat? Y si es aragonés, ¿lo tendrá que hacer de acuerdo con el artículo 95 de la Ley aragonesa 13/2006?**

¿Qué pasará con los **cambios de vecindad civil dentro de nuestro país**, como por ejemplo la persona que, al otorgar el poder, tenía una vecindad civil común y residía fuera de Cataluña, pero después, al perder la capacidad, ya tenía la vecindad catalana?

¿La necesidad de autorización judicial para los actos de disposición de inmuebles será aplicable a todos los poderes que se ejerzan en Cataluña?

Considerando que el poder preventivo es admitido en todo el Estado español, lo más importante es que el contenido que se dé en él se adapte tanto al artículo 1732 CC, como al 222-2 CCCat, como al 95 de la Ley 13/2006 de Aragón. Y para ello solamente hay una norma: **CLARIDAD**.

Si el poderdante es catalán o residente en Cataluña, le haremos saber el contenido de nuestra Ley. Así, le explicaremos que si en el poder sólo está el nombramiento del apoderado, éste quedará sujeto a las limitaciones de los tutores. Entonces, **con criterio informado, el poderdante decidirá si quiere exonerar al apoderado de las limitaciones del tutor o si quiere que le afecten estas limitaciones en el ejercicio del poder**. Pero, en todo caso, vale la pena hacerlo constar expresamente, tanto si decide una cosa como la otra. Pensamos que estos poderes se pueden llegar a utilizar fuera de Cataluña, y vale más que quede muy expresada la voluntad del poderdante para evitar conflictos de interpretación.

Pensemos ahora en el caso contrario: que estamos aconsejando a un poderdante de vecindad civil común o residente fuera de Cataluña, quien, por lo tanto, quedará sujeto al artículo 1732 CC. En este caso, también será preferible que quede claro lo que el poderdante quiere realmente. El artículo 1732 CC no impide al poderdante poner las limitaciones que considere convenientes, como por ejemplo someter a la autorización judicial –o de un tercero– los mismos actos para los que el tutor la necesita.

Si el poder expresa claramente las limitaciones del apoderado o su libertad absoluta de actuación, no tendrá ningún tipo de importancia el lugar donde se haga valer el poder o la vecindad civil del poderdante en el momento de actuación del apoderado.

Por lo que respecta al posible **cambio de vecindad civil del poderdante**, queda claro que en el otorgamiento del poder se tiene que tener en cuenta la vecindad civil del poderdante. Ahora bien, una vez otorgado, el cambio de vecindad del poderdante **no se tiene que tener en cuenta**, sobre todo si pensamos que el poderdante se puede haber **incapacitado gradualmente** en el decurso del tiempo de residencia necesario para ganar la nueva vecindad civil.

Pensar de otro modo sería absurdo. Una vez otorgado el poder, su contenido tiene que ser **interpretado y ejecutado conforme a la ley en la que se amparó su otorgamiento**, aunque cambie la vecindad civil del poderdante. Éste, en el momento en que lo hizo, tuvo que considerar la regulación bajo la cual se redactaba el poder, y también tuvo que pronunciarse de una forma u otra en todos los aspectos, sobre todo el relativo a la necesidad de autorización judicial impuesta por ley, salvo que el poderdante la excluya expresamente.

V. RÉGIMEN JURÍDICO DEL PODER PREVENTIVO EN CATALUÑA

¿Se puede hablar de una verdadera regulación legal del poder preventivo? ¿Qué preceptos la conforman?

Aparte del mencionado artículo 222-2 CCCat, que configura la regulación fundamental del poder preventivo, el Código civil de Cataluña le dedica otros preceptos específicos:

1. Artículo 222-40, que impone al apoderado –también al tutor o administrador patrimonial– el deber de actuar con la diligencia de un buen administrador, **respondiendo de los daños causados con su actuación** y señalando un plazo de prescripción de tres años desde la rendición final de cuentas.

2. Artículo 222-44.3, que, como hemos visto, establece la **necesidad de autorización judicial** para los mismos actos que el tutor, salvo que el poderdante la haya excluido.

3. Artículo 222-46.2, que establece la **anulabilidad de los actos realizados sin autorización judicial** y determina las personas y el plazo en el que se puede solicitar.

Además de estas disposiciones específicas, **el artículo 221 CCCat contiene las disposiciones comunes a las instituciones de protección de las personas** y, por lo tanto, aplicables al poder preventivo del artículo 222-2 CCCat.

En el decurso de la exposición, citamos los cinco números que lo componen, pero ahora, a modo de resumen, valga lo siguiente:

— El artículo 221-1 proclama el **principio de primacía del interés personal del discapacitado**.

— El artículo 221-2 establece el **principio del carácter personalísimo del cargo** y su indelegabilidad, con las excepciones que veremos.

— El artículo 221-3 impone el **principio de gratuidad**, sin perjuicio de disposición en contrario.

— El artículo 221-4 contiene el **principio de información** a la persona protegida.

— El artículo 221-5 atribuye a la autoridad judicial el **principio de control**.

Estos principios, de los que veremos el desarrollo referente a los poderes preventivos, son aplicables a todas las instituciones de protección de la persona, pero, así como en la tutela todos ellos tienen un cariz imperativo, en los poderes preventivos los preceptos que los desarrollan acentúan el carácter dispositivo de su régimen jurídico, como por ejemplo los actos de disposición para los que el artículo 222-43, ya mencionado, exige autorización judicial, a menos que se haya excluido expresamente.[14]

Además, serán aplicables a los poderes preventivos, cuando sean adaptables, los preceptos de la tutela, como por ejemplo los relativos al conflicto de intereses y el defensor judicial, si no hay previsión al respeto. También nos podremos ayudar al configurar el poder preventivo mediante remisiones a aspectos concretos de la Ley, o para inspirar los dictados del poderdante en materias como por ejemplo la remuneración, la caución, el inventario, la rendición de cuentas, etc.

Es aquí donde el legislador le está pidiendo al Notario que se acerque a la realidad del apoderado para aconsejarle y ayudarle a regular un régimen de tutela privado en función de sus previsibles necesidades. No podemos conformarnos con una cláusula de estilo que se aplique a todos los casos. Cada poder preventivo tiene que ser único y exclusivo para cada poderdante. Pensemos que estamos autorizando un poder en el que el poderdante no tendrá control directo sobre el apoderado para revocárselo y exigirle responsabilidades. **Estamos construyendo una tutela privada** que tiene que regular los aspectos más esenciales de una institución de protección del incapaz, **ahora que todavía es capaz**. Aunque sólo sea por remisión a los preceptos de la tutela, puntos tan importantes como el control del apoderado y la rendición de cuentas tendrían que ser regulados. Como dice **José Alberto Marín Sánchez**, en la facultad de establecer medidas de control es donde esta tutela privada llega a la máxima intensidad.[15]

La Ley dedica a la tutela una regulación extensa y completa, y no podemos pretender sustituirla por una cláusula más o menos compleja de tipo: «El poder tendrá vigencia aunque el poderdante devenga incapaz en cualquiera de sus modalidades, relevando al apoderado de las obligaciones y limitaciones que la Ley establece para el tutor o curador».

Para esto ya había suficiente con el artículo 1732 CC, pero el legislador catalán nos está exigiendo una inmersión más profunda en las expectativas y necesidades futuras del poderdante para poder aconsejarle lo que es más conveniente para él, tanto para su persona como para su patrimonio.

Los poderes preventivos tienen que decir lo que se espera de ellos, la regulación de una tutela privada y completa, hecha a la medida del poderdante, que exprese con claridad cuáles son las facultades del apoderado y cuáles son sus limitaciones y obligaciones, así como la persona o entidad a la que se tengan que solicitar autorizaciones complementarias y rendir cuentas.

> Podremos definir el poder preventivo del artículo 222-2 como la institución de protección de la persona que suple la tutela y que tiene como base el principio de la autonomía de la voluntad, y en virtud del cual se faculta a una o varias personas físicas o jurídicas para cuidar de la persona y del patrimonio del poderdante, en previsión de que devenga incapaz, con las limitaciones y medidas de control que el mismo poderdante imponga

De este modo, podemos llegar a definir el poder preventivo del artículo 222-2 como la institución de protección de la persona que suple la tutela y que tiene como base el principio de la autonomía de la voluntad, y en virtud del cual se faculta a una o varias personas físicas o jurídicas para cuidar de la persona y del patrimonio del poderdante, en previsión de que devenga incapaz, con las limitaciones y medidas de control que el mismo poderdante imponga.

Lo cierto es que el legislador ha depositado en nosotros, los notarios, una gran confianza, hecho que comporta a su vez una grave responsabilidad.

A continuación veremos las diferentes formas de organizar la tutela privada. Seguro que entre las diferentes clases de poderes preventivos y medidas de control que se exponen a continuación encontraremos la combinación más adecuada para cada caso concreto.

VI. CLASES DE PODERES PREVENTIVOS

1. Poderes con cláusula de continuidad y poderes para el caso de incapacidad

Como decíamos, la finalidad del poder en previsión de pérdida de la capacidad es, principalmente, evitar la constitución de la tutela mediante el nombramiento de un apoderado.

Esto puede conseguirse de dos formas, como dice el artículo 222-2.2: «El poderdante puede ordenar que el poder produzca efectos desde el otorgamiento, o bien establecer las circunstancias que deben determinar el inicio de la eficacia del poder».

— El primer caso es el apoderamiento con cláusula de continuidad. Es decir, el poder despliega toda su eficacia desde el otorgamiento y no se ve alterado por la pérdida de capacidad del poderdante. Su vigencia no plantea problemas; el apoderado no tendrá que acreditar ni manifestarse sobre la capacidad del poderdante cuando ejerza sus facultades. **En la práctica, los poderes con cláusula de continuidad son la gran mayoría**.

— En el segundo caso, que es el propiamente llamado *poder preventivo* o, como lo denominan muchos autores, «**poder** ad cautelam», es un poder cuya vigencia se halla sometida a la condición suspensiva de la pérdida de capacidad del poderdante. En este caso sí que se plantea el problema de la vigencia del poder, ya que, como dice el Código, el poderdante puede establecer las circunstancias que tienen que determinar el inicio de la eficacia del poder.

Se le da, por tanto, plena libertad al poderdante, que **puede determinar el momento** a quo **del poder** *ad cautelam*. Puede ser un certificado médico que, evidentemente, tendrá que acompañar al poder, como en el caso del Derecho francés, muy formalista en este aspecto, que regula detalladamente. O bien puede ser el otro extremo, el del Derecho inglés, en el que es el mismo juicio del apoderado el que determina el inicio de su actividad representativa.

Entre un extremo y otro, nuestro Código permite que el poderdante regule las circunstancias que determinarán el inicio de la vigencia del poder, dándole total libertad. Por ejemplo, yo propongo una solución intermedia, que sería ceder la decisión a un consejo de familia, la cual se haría constar en acta notarial, que acompañaría al poder. Y este consejo de familia nos puede servir, como veremos a lo largo de la exposición, para muchas otras finalidades.[16]

Garrido de Palma[17] manifiesta que sería conveniente incluir una cláusula en el poder en la que se requiriera al Notario que no entregue la copia auténtica del poder al mandatario sin un certificado médico donde conste la pérdida de capacidad real del poderdante. Añadimos que el certificado podría estar subscrito por dos facultativos, en la línea del artículo 421 CCCat, que regula el testamento otorgado en intervalo de lucidez, a pesar de que, en este caso, certificarían lo contrario, esto es, la pérdida de capacidad.

El problema se nos plantea cuando en un poder ad cautelam **no haya ninguna previsión del poderdante referente al inicio de la vigencia del poder**, que es un caso muy excepcional, puesto que aconsejaremos no dejar este punto sin regular. Si no se ha previsto nada, no quedará otro remedio que recurrir al Juez para que declare la incapacidad del poderdante, aunque sin la necesidad de nombrar tutor, con el único objeto de que el apoderado pueda iniciar su actividad representativa.

Es un supuesto que hay que evitar, porque, si no, la institución pierde su finalidad primordial, que es evitar la intervención judicial. Pero si es el caso, el poder se tendrá que acompañar con la sentencia de incapacitación, de la que se deducirá que no lo modifica ni lo anula.

2. Poderes con mandato y poderes sin mandato expreso

En los poderes con mandato, normalmente, el poderdante habrá comentado

con los posibles apoderados los diferentes aspectos y limitaciones de sus facultades, así como los controles a los que serán sometidos. Más que nunca, es importante que todo ello figure en el mismo texto de los poderes. En muchos poderes, el mandato es verbal o sólo queda plasmado en un documento privado. En los poderes preventivos, es muy importante que el mandato esté también reflejado en el mismo texto. Si las instrucciones constan en el poder, afectarán a terceros en la medida que no podrán alegar desconocimiento o buena fe. Por el contrario, si se han dado de palabra o en un documento aparte, ni el Notario ni los terceros podrán conocerlas y, por lo tanto, no resultarán afectados por las mismas, sin perjuicio de la responsabilidad del apoderado por su incumplimiento, lo cual tendrá que instar quien pueda pedir la constitución de la tutela.

También es importante que el mandato conste en el mismo poder en caso de que el poderdante lo haya otorgado sin que el apoderado lo sepa. Es el caso de los poderes otorgados a favor de entidades tutelares o incluso a favor de hijos, pero que el poderdante decide guardar dentro de un sobre para abrirlo en el momento que haga falta. El poderdante ha determinado en el mismo los derechos y las obligaciones del apoderado, sus facultades y limitaciones, pero de forma unilateral, sin aceptación del mandatario.

En todo caso, el mandato queda ratificado y el contrato se perfecciona tácitamente por el solo hecho de que el apoderado haga uso del poder ejerciendo alguna de las facultades conferidas.

Finalmente, en algunos casos, puede ser que no haya mandato, formalmente hablando, pero, a pesar de todo, habrá contenido, que será el determinado por la ley: en las normas específicas del poder preventivo, las de la tutela, si se pueden adoptar, y las del contrato de mandato en general.

3. *Poderes generales, excluyentes de tutela o curatela, y poderes específicos*

La autotutela privada que implica el poder preventivo sólo se puede conseguir con un poder general.

Si el poderdante otorga un poder preventivo específico para una determinada actuación –o para diversas de un mismo ámbito–, acabará teniendo que constituir la tutela o la curatela. Puede ser una elección meditada y, por lo tanto, querida por el poderdante. Y esto planteará el problema de la coexistencia del poder preventivo y otras instituciones de protección del incapaz.

En el caso de los poderes específicos, es evidente la posible coexistencia del poder con la tutela, haciéndose cargo tutor y apoderado de las respectivas competencias.

Si los poderes son generales, esto parece más problemático, pero si tenemos en cuenta lo que dice el artículo 222-2, en el punto 3, veremos que tal coexistencia será posible: «La autoridad judicial, en aquel momento (al constituirse la tutela) o con posterioridad, **a instancia del tutor, puede acordar la extinción del poder**».

De la misma letra del precepto se deduce que la existencia del poder en previsión de incapacidad no quiere decir que se excluya la posibilidad de nombramiento de tutor. Si el apoderado no ejerce el encargo con la fidelidad o la dedicación necesarias, en interés de la persona protegida se puede constituir la tutela, y en este momento o con posterioridad, a instancia del tutor, el Juez puede acordar la extinción del poder.[18]

Pienso que el Juez, teniendo en cuenta las circunstancias del caso, puede acordar simplemente limitar el poder. La coexistencia de un apoderado y un tutor es del todo

defendible, sobre la base de que el Código mismo prevé el supuesto de los bienes sujetos a administración especial, es decir, los bienes adquiridos por donación o título sucesorio, si el donante o el causante ha nombrado a la persona que tiene que ejercerla (artículo 222-41 CCCat).

Asimismo, de acuerdo con el artículo 222-12 CCCat, «*al constituir la tutela, la autoridad judicial puede separar la tutela de la persona y la de la administración de los bienes, designar a los titulares de ambos cargos y fijar el ámbito de su competencia*». Según el mismo artículo, esto también se puede producir con posterioridad.

Por lo tanto, dado que el Juez puede nombrar a un tutor personal y a otro patrimonial, se puede pensar también en la coexistencia de un tutor y un apoderado: el primero, para cuidar de la esfera personal del incapaz, y el segundo, de la patrimonial, en el ámbito de las facultades concedidas en los mismos poderes y limitadas por decisión judicial, si fuera el caso.

Puede darse el caso de que el poderdante haya hecho también una delación tutelar –autotutela–, ya sea porque el poder sea específico y no general, sea previendo la renuncia o la imposibilidad del apoderado. Sólo hace falta que quede claro cómo quiere que funcione uno y otro nombramiento.

Un caso muy normal sería el de los poderes preventivos otorgados a una persona de confianza para que se encargue de los temas patrimoniales y un tutor para el resto de los temas no previstos en los poderes, aunque esto se puede conseguir también con dos apoderados de diferentes ámbitos, como veremos después.

En todos estos casos, puede haber **COEXISTENCIA DE TUTOR Y APODERADO**, y corresponde al Juez delimitar el ámbito de actuación de cada uno de ellos en el momento de nombrar al tutor, basándose en la voluntad manifestada por el incapaz y sin perjuicio de posibles modificaciones posteriores, en caso de conflicto entre ellos o cambio esencial de circunstancias.

4. *Poderes de atención personal y poderes de gestión patrimonial*

Normalmente, el poder preventivo incluirá ambos aspectos: personal y patrimonial. Si alguno de ellos queda fuera del poder, ya hemos visto que se puede enmendar por medio del tutor o curador nombrado por el Juez, sobre la base o no de una delación autotutelar. Pero ahora nos planteamos la posibilidad de dos poderes –o dos apoderados– con ámbitos de facultades diferentes.

> Solamente las personas que puedan nombrarse un tutor, la autotutela, podrán nombrar a un apoderado que haga innecesario el nombramiento de un tutor en el futuro

Lo que interesa destacar aquí es que un aspecto puede ser atribuido a un apoderado y el otro, a un apoderado diferente. Por ejemplo, la atención personal puede ser atribuida a un familiar y la gestión patrimonial, a una persona técnica o a una entidad profesional, como podrían ser las entidades tutelares para gente mayor y discapacitados, de las que tenemos muchas en Cataluña, de tipo asociación y de tipo fundación. Son las entidades a las que recorre el Juez cuando la tutela o la curatela se considera que se tiene que atribuir a una entidad profesional.

Desde el punto de vista práctico, sería más aconsejable que hubiera sólo un poder preventivo, aunque en un solo documento se nombraran a varios apoderados, cada uno de ellos con facultades diferentes, unas de tipo personal y otras de índole patrimonial. A cada apoderado se le daría su copia para poder actuar con la necesaria independencia. Pero lo cierto es que no veo inconveniente en el hecho de que haya más de un poder preventivo, cada uno con su propia documentación de instrucciones y condiciones, siempre que se tenga cuidado de no generar contradicciones entre un poder y otro.

5. *Poderes civiles y poderes mercantiles*

El Código de comercio, como Derecho Mercantil común a todo el Estado, conceptúa la comisión mercantil como el mandato que tiene por objeto un acto o una operación de comercio (artículo 244 CCom), estableciendo que, por muerte o inhabilitación del comitente, no se rescindirá el contrato, aunque pueden revocarlo sus representantes (artículo 280 CCom).

Por lo tanto, en el ámbito mercantil, no tiene aplicación el artículo 1732 CC, ni el artículo 222-2 CCCat, porque no hace falta. Podríamos pensar en unos poderes mercantiles de carácter preventivo, en el sentido de que el empresario podría otorgarlos para el caso de incapacitarse, a fin de que el apoderado se hiciera cargo del negocio a partir de aquel momento. Pero en tal caso, las normas aplicables continuarían siendo las del Código de comercio.

En el ámbito civil de la misma persona, regirán los preceptos que imponen la extinción del poder por muerte o incapacitación del poderdante y los correlativos de continuidad en caso de incapacitación, si se han otorgado los correspondientes poderes preventivos.

Una misma persona y dos regímenes: el mercantil, para su negocio o empresa individual, y el civil, para el resto.

En el régimen mercantil, con la muerte o la incapacitación del poderdante no se extinguen los poderes. La extinción se producirá por revocación, otorgada por el tutor del incapaz o los herederos del causante, si no les interesa que el factor continúe al frente del negocio.

También podría revocar el poder mercantil el apoderado civil con facultades suficientes de acuerdo con el poder preventivo otorgado por el que ha devenido incapaz, pero mientras esto no tenga lugar, coexistirán los dos apoderados: el civil y el mercantil.

A la muerte del comerciante, el poder preventivo civil se extinguirá sin más y serán los herederos del empresario individual quienes tendrán que decidir la continuidad de los poderes mercantiles.

Otra diferencia entre el ámbito civil y el mercantil, importante en este trabajo, es la facultad de sustitución de los poderes.

La regla mercantil siempre ha sido la de «no sustitución de los poderes», excepto si hay autorización (artículo 261 CCom). En cambio, la civil es la contraria: «sustitución de facultades, excepto si hay prohibición» (artículo 1721 CC).

En Derecho Civil común lo proclama el artículo 1721, aunque haciendo responsa-

ble al mandatario de la gestión del sustituto, si no se le había facultado para nombrarlo. También el mandatario es responsable si se le había facultado pero sin designar persona y el sustituto fuera notoriamente insolvente o incapaz.

Estos preceptos no son aplicables en materia de poderes preventivos en Cataluña, ya que, a partir de la entrada en vigor del libro segundo del Código civil catalán, se impone al poder preventivo el apartado 2 del artículo 221-2 CCCat, en el que se limitan las facultades de sustitución del apoderado preventivo: «*Las personas titulares de las funciones de protección sólo pueden otorgar poderes especiales para actos concretos*». Pienso que la posibilidad de sustitución más genérica tendrá que ser permitida expresamente por el poderdante y, además, paga la pena de hacer constar en el mismo poder los posibles sustitutos, para evitar controversias.

VII. SUJETOS: EL PODERDANTE Y EL APODERADO

1. *El poderdante*

Los autores, al comentar el artículo 1732 CC, defienden que los poderes preventivos, de acuerdo con la doctrina general del mandato, los pueden otorgar no solamente las personas con plena capacidad de obrar, sino también, con el correspondiente complemento de capacidad, las personas con capacidad restringida.

Por tanto, el poderdante podría ser, por ejemplo, un **menor emancipado**, pero no podría conferir facultades de disposición de bienes inmuebles, ni aquellas otras para las que necesita un complemento de capacidad.

Para los sometidos a curatela, **Montserrat Pereña** defiende que si en el poder se incluyen sólo actos que el sometido a curatela puede hacer por sí solo, no habrá ningún problema, pero si es general o para hacer actos para los que necesitaría la asistencia del curador, éste también tendrá que complementar la capacidad del poderdante.[19]

No estoy de acuerdo con esta posición doctrinal, tanto para los menores emancipados como para los sometidos a curatela. La especialidad del poder preventivo y su trascendencia futura me hacen pensar en un criterio restrictivo. Como argumento legal, podemos recurrir a la naturaleza de tutela privada del poder preventivo, y tenemos que decir que solamente las personas que puedan nombrarse un tutor, la autotutela, podrán nombrar a un apoderado que haga innecesario el nombramiento de un tutor en el futuro.

Así, de acuerdo con el artículo 222-4, que regula las delaciones tutelares hechas por uno mismo, **el poderdante será una persona con plena capacidad de obrar**. Por lo tanto, puede ser cualquier persona física mayor de edad, con plena capacidad de obrar, circunstancia que el Notario tendrá que apreciar.

En definitiva, si de lo que se trata es de decidir si se quiere tener tutor o no, es decir, sustituir un organismo impuesto legalmente al incapaz por uno elegido voluntariamente, le tenemos que exigir lo mismo al poderdante: la misma capacidad que para nombrar tutor. La congruencia se impone y, por tanto, podrán otorgar poderes preventivos las mismas personas que puedan nombrarse un tutor por ellas mismas. En consecuencia, se impone **la plena capacidad de obrar**.

Recurriremos a la doctrina general del mandato para resolver el caso de una persona con discapacidad o enfermedad mental pero que no esté incapacitada judicialmente y quiera otorgar los poderes en un intervalo de lucidez, aplicando lo que la legislación dispone para el testamento sobre este supuesto. El artículo 421-9.1 dice: «*Si el testador no está incapacitado judicialmente, el Notario* [...], *si lo considera pertinente, puede pedir la intervención de dos facultativos* [...], *que tienen que certificar que el testador tiene en el momento de testar suficiente capacidad y lucidez para hacerlo*».

> Si la persona ya ha sido incapacitada, no podremos plantear el otorgamiento de poderes en intervalo de lucidez, puesto que el artículo 222 tan sólo prevé el supuesto de otorgamiento con anterioridad a la incapacitación legal

En cambio, si la persona ya ha sido incapacitada, no podremos plantear el otorgamiento de poderes en intervalo de lucidez, puesto que **el artículo 222 tan sólo prevé el supuesto de otorgamiento con anterioridad a la incapacitación legal**.

2. *El apoderado*

Puede ser una persona física o jurídica o, si son varios apoderados, una combinación de las dos. Tengamos en cuenta que existen entidades especializadas en la protección de personas discapacitadas. También se pueden dividir las facultades entre varias personas físicas o jurídicas, otorgándoles facultades solidarias o mancomunadas con el mismo ámbito de actuación o con ámbitos de actuación diferentes.

En el Departamento de Bienestar Social y Familia de la Generalitat de Catalunya, en concreto, en el Instituto Catalán de Asistencia y Servicios Sociales (ICAS), hay adscritas numerosas entidades tutelares, la mayor parte fundaciones, que son designadas por los jueces como tutoras de personas sin familiares que puedan hacerse cargo de su tutela. El poderdante puede dar poderes a estas entidades según su especialidad o preferencia personal.

Para dar plena utilidad a los poderes preventivos, se tendrán que prever las **posibles sustituciones** en caso de imposibilidad del apoderado para ejercer el cargo. El apoderado puede faltar, puede quedar incapacitado o, sencillamente, puede quedar imposibilitado o hacérsele demasiado oneroso el encargo. Puede renunciar, evidentemente, pero ello, si no se ha previsto, ¿en qué situación deja al poderdante que ha devenido incapaz? Aplicando los criterios que para el tutor impone el Código mismo, podríamos defender la solución del Código civil francés, que no admite una renuncia puramente abdicativa: el apoderado que renuncia lo tiene que hacer promoviendo la tutela, de forma que está obligado a continuar en el ejercicio del cargo hasta que la autoridad judicial nombre tutor. Así, en caso de renuncia del apoderado o extinción del poder por otra causa, será aplicable el artículo 222-48.2, que impone al tutor la obligación de comunicárselo al Juez.[20]

En caso de que el poder prevea **la autocontratación** o en caso **de intereses contrapuestos**, es conveniente determinar o especificar los supuestos de acuerdo con la doctrina y la jurisprudencia que niegan la posibilidad de hacerlo genéricamente, o bien nombrar un sustituto para salvarla.

Si no se ha hecho así, y por aplicación de las normas de la tutela, el apoderado podrá solicitar al Juez el nombramiento de un defensor judicial, de acuerdo con lo que dispone para el tutor el artículo 224-1, letra a), CCCat.

Asimismo, **considero aplicable a los apoderados la exclusión que el Código mismo hace (artículo 222-17) con respecto a los tutores de las personas físicas o jurídicas privadas que, en virtud de una relación contractual, presten servicios asistenciales, residenciales o de naturaleza análoga a la que recibe la persona protegida**.

La cuestión es si esto lo puede salvar una disposición expresa del poderdante, como en el caso de la relativa a exonerar de autorización judicial a ciertos actos de disposición.

Por ejemplo, ¿una persona que está en una residencia de ancianos y que tiene plena capacidad para obrar puede otorgar un poder preventivo a favor del director de la residencia? La respuesta dependerá de la conciencia del poderdante en relación con el hecho de que la persona a quien apodera ocupa tal cargo, y que así lo manifieste expresamente en el poder. Es decir, se impone de nuevo la autonomía de la voluntad informada.

Finalmente, por lo que respecta a los derechos y las obligaciones del apoderado, en primer lugar, tendremos los expresados por el poderdante en el mandato. También serán aplicables las normas que el Código impone como disposiciones comunes a las instituciones de protección del incapaz y las específicas del poder preventivo –y, como hemos dicho anteriormente, los preceptos de la tutela, siempre que sean adaptables al poder–, así como las disposiciones generales del contrato de mandato.

Así pues, serán aplicables al apoderado, como obligaciones propias del cargo, y con las adaptaciones necesarias, las normas de la tutela relativas a sus relaciones con la persona discapacitada, en el artículo 222-35, que regula el deber y procura de alimentos; el 222-37 y el 222-38, relativos a la obligación de asegurar el bienestar moral y material del incapaz, etc.

VIII. OBJETO: FACULTADES Y MEDIDAS DE CONTROL

1. Facultades

El poder en previsión de pérdida de la capacidad, normalmente, tendrá un contenido general, que englobará tanto la esfera personal como la patrimonial del poderdante. Las facultades concedidas al apoderado pueden ser **tan amplias como las de un poder general, e incluso pueden ir más allá**.

El poder preventivo puede contener también aquellas disposiciones propias de otras instituciones de protección de la persona, como por ejemplo las declaraciones típicas de los testamentos vitales o voluntades anticipadas, los internamientos o el consentimiento a ciertos actos médicos, aunque estén regulados por otras normas legales.(21)

Del mismo modo que los otros poderes y las facultades de los tutores, **el poder preventivo no se podrá extender a las facultades personalísimas indelegables**, como por ejemplo el matrimonio, el testamento, el derecho de voto, el reconocimiento de hijos, etc., a menos que la ley, en determinados casos excepcionales, permita tal delegación.(22)

Las facultades del apoderado también pueden estar limitadas por imposición del poderdante, sea por cuantía o por naturaleza, exigiendo al apoderado para ciertos actos una autorización complementaria, una tasación oficial para fijar un precio mínimo de venta, etc.

Entre las previsiones del poderdante, puede existir también la posibilidad de dar poderes a algunos parientes o **un consejo de familia para que, en caso de que no consideren adecuada la gestión del apoderado, le revoquen los poderes**. Incluso si el poderdante no ha previsto una sustitución, en tal caso, pienso que podría facultar a las personas mencionadas para el nombramiento de un sustituto que actúe como nuevo apoderado.

Como dice **Garrido de Palma**,(23) en nuestro Derecho el poder se integra siempre dentro de un mandato, y el hecho de que este poder se separe documentalmente sólo tiene la finalidad de desvincularlo del mandato para conseguir que su eficacia respecto a los terceros de buena fe sea independiente de las vicisitudes del mandato. Esto supone una abstracción, pero *inter partes* no se rompe la unidad de mandato y poder. No obstante, éste no es el caso del poder preventivo, en el que **se tiene que pretender la máxima vinculación de la actuación del apoderado a las instrucciones del poderdante**. El poder tiene que procurar recoger todo aquello que vincula al mandatario con instrucciones, y no limitarse a ser una simple compilación de facultades.

2. Medidas de control

A) El control judicial

El poderdante puede fijar las medidas de control del apoderado que crea convenientes, pero la autoridad judicial siempre podrá intervenir en base a lo que se establece en el artículo 221-5 CCCat, aplicable a todas las instituciones de protección. De oficio o bien a instancia del Ministerio Fiscal, o todavía del cónyuge o conviviente en pareja estable, o de los descendientes o ascendientes, o de los hermanos o, en general, de la persona o la entidad guardadora de hecho del incapaz (artículo 222-10 CCCat), que son las personas llamadas al ejercicio de la tutela, la autoridad judicial puede acordar las medidas que estime necesarias para controlar y hacer un seguimiento tanto de las condiciones de vida del incapaz como de la gestión patrimonial, requiriendo incluso la intervención de especialistas bajo la consideración de auxiliares de los tribunales.

Como ya hemos dicho anteriormente, se puede llegar a nombrar un tutor revocándole el poder al apoderado. Y esto no sólo por aplicación del artículo 222-2.3 CCCat. Entre las medidas que la **Ley de Enjuiciamiento Civil (artículo 762)** prevé para proteger al discapacitado, siempre se ha defendido la posibilidad de incluir la revocación de poderes. Por lo tanto, durante el proceso de incapacitación, el Juez determinará lo que corresponda respecto a los poderes otorgados por el presunto incapaz. Si no hay motivos, el Juez no tiene por qué revocar los poderes y el apoderado seguirá actuando como tal hasta la sentencia. Si el apoderado no ha actuado fielmente o con la diligencia debida, el Juez le revocará los poderes incluso antes de la sentencia de incapacitación, **y una vez nombrado un**

tutor, éste le podrá exigir las responsabilidades correspondientes (artículos 1719 y 1727 CC).

Desde el punto de vista notarial, las medidas de control que nos interesa examinar son las que puede establecer el mismo poderdante en el ejercicio de la autonomía de la voluntad, que le permitirá configurar una tutela privada a medida, en función de sus circunstancias personales, su patrimonio y los familiares y amigos que le rodean.

B) La remisión a las normas de la tutela

Como primera cuestión, nos planteamos si el poderdante puede hacer una remisión genérica a las normas de la tutela relativas al control de la actividad del tutor para aplicarlas al apoderado: caución, inventario, cuentas anuales, informe sobre la situación personal, actas de administración extraordinaria y de disposición, rendición final de cuentas, etc.

La respuesta tiene que ser afirmativa, tanto por lo que respecta al concepto como al desarrollo, con la ventaja de que el poderdante podrá modificar la formulación legal para adaptarla a sus circunstancias concretas, por ejemplo, sustituyendo la intervención de la autoridad judicial por una persona o una entidad privada.

Quizá no habrá que imponer al apoderado una caución ni un inventario, pero sí unas limitaciones a determinadas actuaciones, para las que tendrá que contar con una aprobación complementaria. Pienso que hay dos puntos que no pueden faltar en las medidas de control de los poderes preventivos: los actos de disposición de inmuebles y la rendición de cuentas.

El poder tendrá que hacer referencia a los actos de disposición de inmuebles y otros actos para los que el tutor necesita autorización judicial (artículo 222-43 CCCat), y no sólo por su importancia, sino porque el artículo 222-44.3 CCCat lo impone también para el apoderado, salvo que el poderdante lo haya excluido expresamente. Como hemos dicho anteriormente, si no se dice nada, el apoderado quedará sujeto a la autorización judicial, porque en Cataluña entenderemos que la voluntad del poderdante es limitar judicialmente las facultades del apoderado, a pesar de que fuera de Cataluña el artículo 1732 CC puede dar pie a confusiones; por tanto, tenemos que pedir al poderdante que se pronuncie al respeto y redactar de forma clara la cláusula adecuada.

Puede ser que se solucione el problema estableciendo que para los actos de disposición de inmuebles los apoderados nombrados –en principio, de forma indistinta– tengan que actuar mancomunadamente. Ésta es una fórmula en la cual queda implícita la exclusión de la autorización judicial, pero vale la pena hacerlo constar también expresamente para que no haya dudas de que la actuación mancomunada excluye la intervención judicial.

En caso de que se pida como complemento el consentimiento de una persona o entidad determinada que no sea uno de los apoderados, sí que queda clara la exclusión judicial y su sustitución por la figura que trataremos a continuación.

C) El control extrajudicial

En un poder preventivo que pretende obviar la problemática, sobre todo de cariz temporal, de la intervención judicial, lo más adecuado es instrumentar un complemento privado a la intervención del apoderado en los actos de gestión patrimonial más delicados. Puede ir desde una simple tasación oficial para establecer un precio mínimo de venta hasta la más compleja intervención de otras personas o entidades, con carácter previo o posterior. En definitiva, la voluntad del poderdante impondrá los límites, los acondicionamientos, los complementos y los términos de la actuación del apoderado.

> Hay una fórmula que por afinidad legal me gusta más que otras, con la ventaja de que, en cuanto a su contenido y su interpretación, el poderdante se puede inspirar o puede remitir a los preceptos que la regulan: es el consejo de familia

Hay una fórmula que por afinidad legal me gusta más que otras, con la ventaja de que, en cuanto a su contenido y su interpretación, el poderdante se puede inspirar o puede remitir a los preceptos que la regulan: es el consejo de familia.

D) El consejo de familia

Para las tutelas deferidas por uno mismo o los titulares de la potestad parental, la supervisión del ejercicio de la tutela puede ser encomendada a un consejo de tutela, que se tiene que constituir de acuerdo con las reglas del artículo 222-54 CCCat.

Mutatis mutandi, podemos configurar un consejo para velar por el buen desarrollo de la actividad del apoderado. Por ejemplo, para la tutela, dice el mencionado precepto que los miembros del consejo tienen que mantener una relación regular con el tutor –aquí sería el apoderado. El consejo se tiene que reunir, como mínimo, una vez al año para ser informado sobre la situación del incapaz y para que le sean rendidas las cuentas anuales. Asimismo, se pueden atribuir al consejo, si lo establece el acto de delación, la función de resolver conflictos entre los tutores –aquí, apoderados– y la de autorizar los actos a los que hace referencia el artículo 222-43 CCCat.

E) La rendición de cuentas

A diferencia de los actos de administración extraordinaria o de disposición de inmuebles, en el Código no hay ningún precepto dedicado a la rendición de cuentas.

El poderdante la puede imponer designando a una persona o entidad o un consejo de familia a quien rendir cuentas, pero también podría hacer, en mi opinión, una remisión a la regulación de la tutela y, por lo tanto, a la intervención judicial. Si el poderdante no realiza ninguna previsión al respecto, el apoderado quedará sometido al régimen general de responsabilidad del mandatario, pero no tendrá que rendir anualmente cuentas a nadie.

Si el poderdante hace una remisión a las normas de la tutela para la rendición de cuentas, el apoderado tendrá que rendir cuentas anualmente dentro de los seis primeros meses del ejercicio siguiente (artículo 222-31 CCCat), así como al acabar tendrá que rendir cuentas finales en el plazo de seis meses a partir de la extinción del poder (artículo 222-49 CCCat), siempre ante la autoridad judicial del domicilio del poderdante y con la intervención del Ministerio Fiscal. No soy partidario al respecto, porque el bloqueo por aglomeración de los juzgados impide un efectivo control de las cuentas.

Pero el poderdante puede configurar su propio sistema, desde el más simple hasta el más sofisticado, designando, por ejemplo, a un auditor de cuentas que lleve el control constante de la actividad del apoderado. Puede imponer también una rendición de cuentas periódica a una entidad tutelar, al consejo de familia, a los dos parientes más próximos... y no tiene por qué ser anual.

Un poderdante capaz puede pedir cuando quiera una rendición de cuentas al apoderado (artículo 1720 CC). **A partir de su incapacidad, podrán hacerlo las personas llamadas al ejercicio de la tutela (artículo 221-5, con relación al 222-10 CCCat) o el mismo tutor, como representante legal del incapaz, en caso de coexistencia de poder preventivo y tutela**.

Y en cualquier momento, la autoridad judicial puede acordar las medidas que estime necesarias para controlar el buen funcionamiento de la institución de protección (artículo 221-5 CCCat) y, por lo tanto, puede exigir que el apoderado rinda cuentas.

En todo caso, al morir el poderdante, el apoderado tendrá que rendir cuentas a los herederos, de acuerdo con las normas generales del mandato (artículos 1718 y s. CC). Si el poder se acaba por muerte del apoderado, son los herederos de este los que tienen que responder de la gestión, en los términos del artículo 222-50 CCCat, que aplicaremos por analogía.

IX. FORMA: ESCRITURA PÚBLICA E INSCRIPCIÓN

El artículo 222-2 CCCat exige que el poder se otorgue en escritura pública, y el artículo 222-8.3 CCCat, que se inscriba en el Registro de Nombramientos Tutelares no Testamentarios.

El Decreto 30/2012, de 13 de marzo (DOGC de 15/3/2012), da una nueva regulación a este Registro, al que cambia el nombre por el de **REGISTRO DE NOMBRAMIENTOS TUTELARES NO TESTAMENTARIOS Y DE PODERES OTORGADOS EN PREVISIÓN DE INCAPACIDAD**.

La escritura puede ser específicamente un poder, o bien el apoderamiento puede estar incluido en otra escritura, como por ejemplo unos capítulos, un pacto sucesorio, etc., y podemos plantearnos la cuestión de su revocabilidad, si están contenidos en un negocio jurídico irrevocable, como es el caso de los ejemplos mencionados. En mi opinión, prevalece el carácter personalísimo y cuasi tutelar de este tipo de poder, y no vale admitir ninguna excepción a la revocabilidad.

Por lo que a la inscripción se refiere, el mencionado Decreto 30/2012, en el artículo 3, apartado b), dice que serán inscribibles: «El otorgamiento y la revocación total o parcial de los poderes otorgados en escritura pública en previsión de una situación de incapacidad y, si procede, la extinción judicial de estos poderes. Las modificaciones de los poderes serán inscribibles siempre que estén inscritos los poderes cuyo régimen jurídico se pretende modificar».

Como datos inscribibles, se piden todos los del poderdante y también los del documento notarial del que se trata, aunque en ningún caso se tiene que inscribir la identidad de las personas apoderadas en previsión de una situación de incapacidad.(24)

Estos datos tienen que constar en la comunicación que imperativamente tiene que hacer el Notario que ha autorizado la escritura correspondiente, según el artículo 7 del Decreto: «*Esta comunicación se tiene que enviar dentro del tercer día, contado desde la fecha de la autorización del documento correspondiente, al Colegio de Notarios de Cataluña. El Colegio* [...] *tiene que entregar semanalmente, de forma telemática, al Registro* [...] *la información de todas las comunicaciones recibidas. Los notarios de otros colegios, los órganos judiciales y los agentes diplomáticos o consulares de España en el extranjero* PUEDEN *remitir a la Dirección General a la que se adscriben el Registro* [...] *la comunicación que se expresa en el apartado precedente*».

El Colegio de Notarios de Cataluña tiene suscrito un convenio con la Consejería de Justicia en virtud del cual el Notario que ha autorizado un poder preventivo en Cataluña tiene que comunicarlo telemáticamente al Colegio en el plazo de tres días hábiles, y el Colegio lo comunicará a la Consejería.

Se nos plantea también **la cuestión de los poderes otorgados con anterioridad**. Quede claro que **la inscripción no tiene carácter constitutivo**, y el Registro solamente tiene funciones informativas.

La finalidad primera del Registro es informar al Juez de la existencia de un poder otorgado en previsión de incapacidad.

Se trata de evitar que se constituya una tutela, si ya existe el poder. El Juez, al iniciar el proceso de incapacitación, tiene que consultar el Registro y, mediante su certificación, será informado del Notario autorizante y de otros datos necesarios para que pueda solicitar una copia del poder. Si, a pesar del poder, se llega a constituir la tutela porque el Juez revoca o modifica el poder, la lógica jurídica dicta que la autoridad judicial oficiará el Registro —y también el Notario autorizante— para su constancia en la matriz.

Pensando en este sistema de lógica jurídica y trasladándolo a la práctica notarial, no quedaba otro remedio que defender la necesidad de procurar la inscripción de los poderes anteriores, y así lo hice en la conferencia en el Colegio de Notarios que antes he mencionado, aunque reconociendo que sólo se puede pedir con carácter puramente voluntario.

La disposición transitoria del Decreto 30/2012, recogiendo aquella opinión, establece que «los actos inscribibles otorgados con anterioridad a la entrada en vigor de este Decreto PUEDEN inscribirse en el Registro **[...]** mediante una comunicación realizada por el Notario o Notaria titular del protocolo en que figure el documento público **[...]**, siempre que no conste su revocación».

Ahora sólo quedaría pedir que en una próxima reforma pudiéramos tener acceso telemático al contenido del Registro para comprobar la subsistencia del poder o su revocación. Del mismo modo que podemos comprobar, accediendo telemáticamente al Registro Mercantil, la subsistencia de los poderes otorgados por una sociedad, también tendríamos que poder comprobar que unos poderes preventivos continúan vigentes porque ni el poderdante ni el Juez los han revocado o modificado.

El problema es que habrá que habilitar un sistema de acceso telemático que de momento no existe para que la información sea instantánea. Mientras tanto, **tendremos que conformarnos con la aseveración del mismo apoderado, como hasta ahora, en la que manifieste que, a pesar de la incapacidad del poderdante, el Juez no ha dictado ninguna medida que los altere**.

Finalmente, además de la inscripción en aquel Registro, los poderes otorgados en previsión de incapacidad **tendrán que inscribirse también en el Registro Civil**, tal

como se exige para los poderes otorgados de acuerdo con el artículo 1732 CC. La Ley estatal 41/2003, de 18 de noviembre, sobre **protección patrimonial de la persona con discapacidad y de modificación del Código civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la normativa tributaria**, con este fin, dio una nueva redacción al artículo 223 CC, según el que **los documentos públicos otorgados** por los padres para nombrar tutor o **por cualquier persona con capacidad suficiente en previsión de ser incapacitada judicialmente en el futuro** se comunicarán de oficio por el Notario autorizante al Registro Civil, para su correspondiente indicación en la inscripción del nacimiento del interesado.

Un tiempo después, **la Ley estatal 1/2009, de 25 de marzo, de reforma de la Ley del Registro Civil** y de la mencionada Ley 41/2003, introdujo un nuevo artículo en la primera, el 46 ter, que dice: «*En todo caso,* el Notario autorizante notificará al Registro Civil *donde constare inscrito el nacimiento del poderdante las escrituras de mandato o de otra relación o situación jurídica de la que se derivan la atribución de* apoderamiento a favor de cualquier persona para el caso de incapacidad del poderdante».

X. EXTINCIÓN

En este punto son aplicables la doctrina general y las normas legales sobre las causas por las que el apoderamiento deja de tener efecto –excepto la incapacidad del poderdante, que es la especialidad del poder preventivo. Entre las causas generales, además de las del 1732 CC, por ejemplo, está la separación o divorcio entre poderdante y apoderado, como dice el artículo 102 CC: «*Admitida la demanda de nulidad, separación o divorcio* [...] *2.º–Quedan revocados los consentimientos y poderes que cualquiera de los cónyuges hubiera otorgado al otro*».

Además, tenemos que añadir las causas específicas de extinción del poder preventivo, es decir, la revocación judicial a instancia del tutor y las determinadas por el poderdante al otorgar el poder.

Tenemos un ejemplo muy reciente de la revocación judicial en la **Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 16 de julio de 2012** (nº recurso 306/2012), en la que se deja sin efecto el poder otorgado por la demandada, a la que se incapacita, a favor de una sobrina a quien no se considera oportuno designar como tutora. Lo más interesante de este caso es que se considera ineficaz el poder por aplicación del artículo 222-4.3, puesto que el Ministerio Fiscal había abierto diligencias a raíz de una denuncia presentada por los Servicios Sociales. El mencionado precepto establece que son ineficaces las delaciones hechas por uno mismo otorgadas desde que se insta el proceso sobre la capacidad o el Ministerio Fiscal inicia las diligencias preparatorias. Como podemos apreciar, la norma está dada por la autotutela, la delación voluntaria hecha por uno mismo, pero el Tribunal la aplica al poder preventivo por analogía, puesto que considera aplicables las normas de la tutela, siempre que no resulten contrarias a la naturaleza del poder.

La Audiencia Provincial demuestra así la voluntad de configurar el poder preventivo como una fórmula de tutela privada, en la que las normas de la tutela judicial inspirarán la falta de una regulación sistemática del poder en previsión de pérdida sobrevenida de la capacidad

El Tribunal no tiene en cuenta el anteriormente mencionado artículo 762 LEC, sino que prefiere integrar el poder preventivo dentro de la tutela, cuando sus normas se puedan adaptar. La Audiencia Provincial demuestra así la voluntad de configurar el poder preventivo como una fórmula de tutela privada, en la que las normas de la tutela judicial inspirarán la falta de una regulación sistemática del poder en previsión de pérdida sobrevenida de la capacidad.

A continuación nos centraremos en las causas determinadas por el mismo poderdante en el poder. Se puede pensar en una multitud de causas: el decurso de un plazo determinado, el cumplimiento por parte del apoderado de una edad concreta o **la revocación efectuada por una tercera persona designada por el poderdante**.

Esta última es la única que merece nuestra atención: realmente es como si el poderdante hubiera hecho un poder preventivo específico a favor de un tercero para instar la revocación del poder preventivo general vigente. En este sentido lo debemos entender y admitir. Este tercero puede ser una persona determinada, un consejo de familia, una institución encargada de velar por la actuación del apoderado, etc.

El problema puede aparecer cuando el poderdante ha expresado los motivos o las causas de revocación, como por ejemplo el hecho de no obtener unos rendimientos o no resultar aprobadas las cuentas presen-

tadas a la persona que tiene que decidir la revocación.

Nos podemos preguntar si en estos casos el apoderado se puede oponer a la revocación dirigiéndose al Juez. Pienso que sí, pero también es verdad que el tercero se tendrá que dirigir al Juez instando la incapacitación del poderdante, y en el proceso se podrá dilucidar la procedencia de la revocación decidida por el tercero.

Una excepción a la necesidad de llevar a cabo la revocación de forma conjunta con el proceso de incapacitación y nombramiento sería el caso en el que el apoderado, previendo tal revocación, hubiera nombrado expresamente a un sustituto.

Indirectamente, podríamos plantear la cuestión de si **el poderdante puede facultar al tercero para nombrar sustituto a su elección en caso de revocación**. El carácter personalísimo del cargo de apoderado de un incapaz hace que no podamos defender esta posibilidad. Incluso en el caso de la autotutela no se prevé la designación de un tutor o de sustitutos por parte de terceros, sino solamente por parte de los padres, como excepción que confirma la regla (art. 222-5) y que no podemos extender al poder preventivo.

XI. CONCLUSIÓN

El artículo 222-2 CCCat supone un reto para el Notariado, porque en cada caso concreto tenemos que ayudar al poderdante a configurar un proyecto vital tan importante como es el diseño de su tutela privada, destinada a perdurar hasta su muerte, sin la posibilidad de ser modificada por el mismo interesado.

La ley contiene una regulación completa en torno a la tutela y, en cambio, una muy simple en torno al poder preventivo.

El legislador no quiere que el tema se resuelva con una simple cláusula de estilo, más o menos afortunada, para todos los poderes que autorizamos. A los notarios se nos pide, en este sentido, una inmersión en la realidad y en las expectativas del poderdante para poder aconsejar lo más conveniente para su persona y su patrimonio.

Como decíamos al empezar citando a Josep Pla, tenemos que ser confesores, nos tenemos que poner en la piel del poderdante y averiguar las verdaderas circunstancias que hacen aconsejable prescindir de la tutela judicial y hacer una tutela privada a medida. Para ello comprobaremos:

- Que el poderdante tenga plena capacidad de obrar conforme al mismo criterio que la ley impone para la delación tutelar voluntaria, pidiéndole que él mismo se reconozca con plenitud de facultades y manifieste que no ha iniciado ningún procedimiento sobre su capacidad (artículo 222-4).

- Por lo que respecta al apoderado, procuraremos que todos los hijos contribuyan en el poder, con facultades mancomunadas para los actos más trascendentales o para prestar un consentimiento complementario. Evitaremos apoderados de incierta fiabilidad, como por ejemplo cuidadores y personas con vinculación contractual (artículo 222-17). Si no hay familiares, podemos aconsejar entidades tutelares especializadas en gente mayor, que también podremos designar como sustitutas en caso de que falle el apoderado inicialmente designado, o bien para resolver conflictos de intereses (artículo 222-29).

- En cuanto a las medidas de control, y dado que el incapaz no podrá utilizar las dos principales defensas del poderdante ante el apoderado, esto es, la revocación y la rendición de cuentas, procuraremos configurar un sistema de supervisión encomendado a un consejo de familia similar al consejo de tutela (artículo 222.54), a una persona determinada, una entidad tutelar, una empresa, etc., incluso confiándoles la facultad de revocar el poder. Es importante tener designado a un sustituto para evitar que se tenga que constituir la tutela.

- Si es el caso, haremos referencia a la remuneración y los gastos del apoderado. Si no hay ninguna previsión al respecto, el artículo 221-3 establece la gratuidad como principio en los cargos tutelares, pero también reconoce el derecho de reembolso por los gastos ocasionados y de indemnización por los perjuicios causados.

- Finalmente, vale la pena hacer referencia a la posibilidad de obtener segundas copias por parte del apoderado, facultad que se puede otorgar al apoderado o condicionarla a la autorización de una persona de confianza.

Una vez tengamos clara la situación personal, familiar y patrimonial del poderdante, podremos aconsejarle sobre todos los puntos mencionados. Como dice el Notario **Manuel A. Seda Hermosín**, la Convención de Nueva York de 2006 mencionada más arriba propone el cambio de un sistema de sustitución de la voluntad del discapacitado por la implantación de un sistema de integración y ayuda al discapacitado. Este cambio es fundamental y sirve clara y rotundamente a la defensa del poder preventivo.[25]

El legislador lo ha hecho bastante bien. Podría haber estado mejor, si por ejemplo hubiera impuesto al poderdante la necesidad de hacer constar en los poderes los puntos esenciales que acabamos de comentar. No lo ha hecho, pero tenemos, tal como hemos visto, los medios para hacerlo nosotros, los notarios.

XII. BIBLIOGRAFÍA

Libro segundo del Código civil de Cataluña

Barrada Orellana, Reyes; Garrido Melero, Martín; Nasarre Aznar, Sergio [coord.], *El nuevo derecho de la persona y de la familia: Libro segundo del Código Civil de Cataluña*, Ed. Bosch, Barcelona 2011, 990 p.

Gete-Alonso y Calera, M. del Carmen; Solé Resina, Judith; Ysàs Solanes, Maria, *Derecho de la persona vigente en Cataluña: Adaptado a la Ley 25/2010, de 29 de julio, del Libro Segundo del Código Civil de Cataluña*, Ed. Tirant lo Blanch, 3ª edición, Valencia, 2011, 343 p.

Ginés Castellet, Núria [coord.]; Bardají Gálvez, M. Dolores; Dupla Marín, M. Teresa; Lauroba Lacasa, M. Elena [*et al.*], *La familia del siglo XXI: Algunas novedades del libro II del Código Civil de Cataluña*, Ed. Bosch, Barcelona, 2011, 227 p. (Colección de Formación Continua de la Facultad de Derecho de ESADE; 9).

Lucas Esteve, Adolfo [dir.], *Dret civil català*, vol. II: *Persona i família*, Ed. Bosch, Barcelona, 2012, 554 p.

Marín Sánchez, José Alberto, «[Comentarios en] Sección 1.ª y 2.ª. Capítulo II: La tutela», en Roca Trías, Encarnación [coord. gen.]; Ortuño Muñoz, Pascual [coord. vol],

Persona y familia: Libro Segundo del Código Civil de Cataluña, Ed. Sepin, Las Rozas, 2011, p. 149-184 (art. 222-2, p. 153-159).

Martínez García, Manuel-Ángel, «Instituciones de protección: La asistencia. El documento de voluntades anticipadas», en Barrada Orellana, Reyes; Garrido Melero, Martín; Nasarre Aznar, Sergio [coord.], *El nuevo derecho de la persona y de la familia: Libro segundo del Código Civil de Cataluña*, Ed. Bosch, Barcelona 2011, p. 133-155.

Puig Blanes, Francisco de Paula; Sospedra Navas, Francisco José [*et al.*] [coord.], *Comentarios al Código Civil de Cataluña*, Ed. Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011, 2 v.

Roca Trías, Encarnación [coord. gen.]; Ortuño Muñoz, Pascual [coord. vol], *Persona y familia: Libro Segundo del Código Civil de Cataluña*, Ed. Sepin, Las Rozas, 2011, 1.488 p.

Código civil

Amunátegui Rodríguez, Cristina de, *Incapacitación y mandato*, Ed. La Ley, Las Rozas, 2008, 381 p. (Temas La Ley).

Amunátegui Rodríguez, Cristina de, «Los poderes preventivos en el Derecho español: Luces y sombras», en *La encrucijada de la incapacitación y la discapacidad*, Ed. La Ley, Las Rozas, 2011.

Anguita Ríos, Rosa María, «Discapacidad y medidas legales: Un acercamiento a la realidad española», en *La encrucijada de la incapacitación y la discapacidad*, Ed. La Ley, Las Rozas, 2011.

Durán Corsanego, Emilio, *La autorregulación de la tutela*, Ed. Universitaria Ramón Areces, Fundación Aequitas, Madrid, 2007, 270 p. (La Llave).

Fábrega Ruiz, Cristóbal Francisco, *La guarda de hecho y la protección de las personas con discapacidad*, Ed. Universitaria Ramón Areces, Fundación Aequitas, Madrid, 2007, 2006, 97 p. (La Llave).

Gomá Salcedo, José Enrique, «La tutela» y «Ejercicio de la tutela», en *Instituciones de Derecho Civil Común y Foral*, vol. 3: *Derecho de familia*, 2ª edición, Ed. Bosch, Barcelona, 2010, p. 2575-2597 y 2599-2622.

Jornadas sobre la Nueva Ley de Protección Patrimonial de Discapacitados (Valencia, 12, 19, 26 de enero y 3 de febrero de 2004, Ed. Instituto Valenciano de Estudios Notariales, Valencia, 2005, 227 p.

León Alonso, José R., «Capítulo IV: De los modos de acabarse el mandato. Artículo 1732», en Albaladejo, Manuel [dir.], *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*, tomo XXI, vol. 2, 1996, p. 467-494.

Luna Cubero, Víctor Manuel, «Los poderes preventivos», en *III Jornadas sobre Protección Jurídica en la Incapacidad (Logroño, 7-8 mayo 2009)*, Ed. Gobierno de La Rioja, Fundación Tutelar de La Rioja, 2009, p. 63-72.

Pereña Vicente, Montserrat, *Dependencia e incapacidad: Libertad de elección del cuidador o del tutor*, Ed. Universitaria Ramón Areces, Fundación Aequitas, Madrid, 2008, 109 p. (La Llave).

Puente de la Fuente, Fernando, «El mandato preventivo», en *Protección jurídica del discapacitado: II Congreso Regional*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, p. 145-169.

Rovira Sueiro, María E., *Relevancia de la voluntad de la persona para afrontar su propia discapacidad*, Ed. Universitaria Ramón Areces, Fundación Aequitas, Madrid, 2005, 157 p. (La Llave).

Santos Urbaneda, Fernando [dir.], *Discapacitado, patrimonio separado y legítima*, Ed. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2006, 311 p. (Cuadernos de Derecho Judicial; 20-2005).

Seda Hermosín, Manuel Antonio, «El Notario como actor fundamental en la protección de las personas vulnerables», en *La encrucijada de la incapacitación y la discapacidad*, Ed. La Ley, Las Rozas, 2011.

Serrano García, Ignacio, «La extinción del mandato: Modificación del artículo 1732 del Código Civil», en *Estudios de Derecho de obligaciones: Homenaje al Profesor Mariano Alonso Pérez*, Ed. La Ley, Madrid, 2006.

Serrano García, Ignacio, *Protección patrimonial de las personas con discapacidad: Tratamiento sistemático de la Ley 41/2003*, Ed. Iustel, Madrid, 2008, 582 p.

Artículos de revista

Garrido de Palma, Víctor M., «La protección de los discapaces: La autotutela y el poder preventivo de protección», en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, vol. IL, 2009, p. [63]-86.

Pereña Vicente, Montserrat, «La autotutela: ¿Desjudicialización de la tutela?», en *Diario La Ley*, nº 6665, 6 marzo 2007.

Pereña Vicente, Montserrat, «La Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad: ¿El inicio del fin de la incapacitación?», en *Diario La Ley*, nº 7691, 9 Sept. 2011.

(1) PLA, Josep, *Els pagesos,* Ed. Destino, Barcelona, 2010.

(2) Barrada Orellana, Reyes; Garrido Melero, Martín; Nasarre Aznar, Sergio [coord.], *El nuevo derecho de la persona y de la familia: Libro segundo del Código Civil de Cataluña*, Ed. Bosch, Barcelona 2011, 990 p.

(3) Es muy interesante la Real Orden de 14 de marzo de 1924, que recoge la doctrina de la tutela fiduciaria de Diego María Crehuet. Véase Durán Corsanego, Emilio, *La autorregulación de la tutela*, Ed. Universitaria Ramón Areces, Fundación Aequitas, Madrid, 2007, p. 105.

(4) León Alonso, José R., «Capítulo IV: De los modos de acabarse el mandato. Artículo 1732», a Albaladejo, Manuel [dir.], *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*, tomo XXI, vol. 2, 1996.

(5) Garrido de Palma, Víctor M., «La protección de los discapaces: La autotutela y el poder preventivo de protección», en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, vol. IL, 2009.

(6) Pereña Vicente, Montserrat, *Dependencia e incapacidad: Libertad de elección del cuidador o del tutor*, Ed. Universitaria Ramón Areces, Fundación Aequitas, Madrid, 2008.

(7) GARRIDO DE PALMA, Víctor M., *op. cit.*

(8) Puente de la Fuente, Fernando, «El mandato preventivo», en *Protección jurídica del discapacitado: II Congreso Regional*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, p. 164. Este autor cita también a otros que defienden la tesis expuesta: Ignacio Serrano García, Rafael Leña Fernández, etc.

(9) El Código civil francés posibilita el otorgamiento de este mandato ante Notario haciendo constar la aceptación del mandatario. En este caso, se entrega el mandato al Secretario Judicial, con una certificación médica acreditativa de la existencia de la causa de incapacidad; una vez homologado el mandato judicialmente, ya no se puede abrir el procedimiento de tutela.
La novedad del Derecho francés, en relación con otros, consistió en el hecho de que el mandato preventivo podía servir no solamente para los actos de gestión patrimonial, sino también para los actos

relativos a la protección de la persona, ya que el artículo 479 del Código civil francés establece que el mandatario queda sometido a las obligaciones establecidas para los tutores y los curadores en relación con la protección personal del incapaz. Además, hay que hacer constar las medidas de control del apoderado, y si éste es una persona jurídica, tiene que estar inscrito en un registro judicial de mandatarios.

10 Serrano García, Ignacio, *Protección patrimonial de las personas con discapacidad: Tratamiento sistemático de la Ley 41/2003*, Ed. Iustel, Madrid, 2008, p. 278 y s.

11 Como explica Campa i de Ferrer, Xavier, *Dret civil català*, vol. II, Ed. Bosch, Barcelona, 2012, p. 183, la redacción del anteproyecto sometía, en todo caso, al apoderado preventivo a un régimen de autorización judicial previa para los mismos actos que al tutor, sin la posibilidad de que el poderdante pudiera excluirlo.

(12) Algunos autores, como por ejemplo Santos UrbaneDa, Fernando [dir.], *Discapacitado, patrimonio separado y legítima*, Ed. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2006, p. 81, han defendido que antes de la Ley 41/2003 algunos poderes se otorgaron en previsión de la incapacidad de hecho del poderdante, pero sin ninguna disposición expresa en este sentido. Dice que esta disposición sobre la continuidad del poder no tiene por qué ser expresa y que se podrá probar tal pretensión de continuidad por otros medios, como la prueba documental, el mandato previo al poder, por ejemplo, e incluso la prueba testifical.

(13) XVII Jornadas de Derecho Catalán en Tossa: *Los poderes en previsión de pérdida sobrevenida de capacidad*, 2013 (en prensa).

(14) AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, Cristina de, «Los poderes preventivos en el Derecho español: Luces y sombras», en *La encrucijada de la incapacitación y la discapacidad*, Ed. La Ley, Las Rozas, 2011, alaba la regulación catalana, pero la critica diciendo que «*se echa en falta una ordenación algo más sistemática y cuidada*».

(15) Marín Sánchez, José Alberto, «[Comentarios en] Sección 1.ª y 2.ª. Capítulo II: La tutela», en Roca Trías, Encarnación [coord. gen.]; Ortuño Muñoz, Pascual [coord. vol], *Persona y familia: Libro Segundo del Código Civil de Cataluña*, Ed. Sepin, Las Rozas, 2011, p. 157.

(16) En el mismo sentido, SEGURA URBANO, José M., «Discapacitado, patrimonio separado y legítima», en *Cuadernos de Derecho Judicial*, 2005, p. 81.

(17) GARRIDO DE PALMA, Víctor Manuel, *op. cit.*, p. 79.

(18) ROVIRA SUEIRO, María E., *Relevancia de la voluntad de la persona para afrontar su propia discapacidad*, Ed. Ramón Areces, 2005, p. 136, defiende que, en el artículo 1732 CC, la incapacitación implica la revocación del poder, al sustituirse el sistema de representación voluntaria (poder preventivo) por el sistema de representación legal (tutela). No obstante, la autora defiende la conveniencia de una norma legal que obligara a un pronunciamiento judicial concreto sobre la subsistencia o extinción de los poderes en los supuestos de incapacitación graduada.

(19) PEREÑA VICENTE, Montserrat, «Los poderes preventivos», *VLEX* 228210461, p. 7.

(20) En este sentido, también JIMÉNEZ CLAR, Antonio J., *La autotutela los apoderamientos preventivos*, Ed. Colegio Notarial de Valencia, Valencia, 2005, p. 153.

(21) Luna Cubero, Víctor Manuel, «Los poderes preventivos», en *III Jornadas sobre Protección Jurídica en la Incapacidad (Logroño, 7-8 mayo 2009)*, Ed. Gobierno de La Rioja, Fundación Tutelar de La Rioja, 2009, p. 69.

(22) MARTÍNEZ GARCÍA, Manuel Ángel, *Apoderamientos preventivos y autotutela*, ISBN: 84-470-1419-3, 2000, p. 145. Véase también la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de febrero de 1999, en la que, refiriéndose a un caso de interposición de demanda de divorcio por parte de un tutor, el Tribunal Supremo dice que «*existen actos que no pueden realizarse por el tutor, bien porque en ellos no se admita la representación, caso del matrimonio, o por estar prohibido al incapaz por razón de su incapacidad, caso de la testamentificación*».

(23) GARRIDO DE PALMA, Víctor Manuel, *op. cit.*, p. 73.

(24) Artículo 4.2, [...] datos siguientes: nombre, apellidos, domicilio y documento de identidad del otorgante; lugar y fecha de la autorización de la escritura, número de protocolo correspondiente, nombre y apellidos del Notario autorizante, el colegio notarial al que pertenece y la clase de acto del que se trata, entre otros, el otorgamiento, la revocación total o parcial y la extinción judicial...

(25) Seda Hermosín, Manuel Antonio, «El Notario como actor fundamental en la protección de las personas vulnerables», en *La encrucijada de la incapacitación y la discapacidad*, Ed. La Ley, Las Rozas, 2011, p. 10-14.

La publicidad engañosa en la red: valoraciones desde el ordenamiento jurídico europeo y español

David López Jiménez
Doctor (con mención europea) por la Universidad de Sevilla
Doctor por la Universidad Rey Juan Carlos
Profesor investigador de la Universidad Autónoma de Chile
dlopezjimenez@gmail.com

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN
II. RELEVANCIA DEL FENÓMENO COMERCIAL EN EL ESCENARIO VIRTUAL
III. LA PUBLICIDAD ENGAÑOSA O FRAUDULENTA DIFUNDIDA EN LA RED

I. INTRODUCCIÓN

Se han formulado numerosas definiciones con relación a la publicidad. Sin ceñirnos a un concepto estrictamente legal, del que, dicho sea de paso, posteriormente nos ocuparemos, podemos manifestar que tal fenómeno puede básicamente definirse como un proceso que se sirve de los medios de comunicación masiva con la finalidad de dar a conocer un bien y/o servicio con diversos objetivos. Así, entre otros, cabe referirse al hecho de atraer la atención o aumentar el deseo y/o la voluntad de la persona a la que se dirige para que esta contrate el producto anunciado. Uno de los caracteres más relevantes de la misma estriba en que el mensaje que transmita sea cierto. *A contrario sensu*, no debe incurrir en acciones u omisiones que puedan determinar que pueda ser reputada engañosa. Este último vocablo —*engañar*— deriva del latín *ingannare*, que podría traducirse como 'burlar'. En consecuencia, podríamos determinar que se trata de dar apariencia de verdad al anuncio que, en cierta medida, persigue una finalidad perversa.

En la actualidad, la fuerza vinculante de la publicidad no constituye una mera sanción civil por publicidad engañosa, sino que es consecuencia del principio de la buena fe, que, como es sabido, es un principio general del Derecho de contratos. Aplicado al supuesto concreto de la publicidad interac-

FICHA TÉCNICA

Resumen: La importancia de la publicidad, en la actualidad, es muy significativa. Aunque la misma puede ser objeto de difusión en numerosos canales, existe uno que, por sus caracteres inherentes, despunta frente a los demás. Nos referimos a Internet. La promoción interactiva debe ser veraz, legal, honesta y leal. Ahora bien, existen supuestos en los que la publicidad no cumple dichos caracteres. En tales casos, podrá reputarse engañosa. Esta última modalidad promocional induce o puede inducir a error, modificando el comportamiento económico del consumidor. Podemos discernir tres grandes bloques de publicidad digital: sitios web que pueden considerarse engañosos en su totalidad; *banners* parcial o completamente fraudulentos y, finalmente, la publicidad encubierta —figura que debe distinguirse de la publicidad subliminal.

Palabras clave: Competencia leal, condiciones contractuales, engañosa, integración, Internet, publicidad.

Abstract: Nowadays, the importance of advertising is very significant. Although it can be broadcasted through many channels, there is one that, by its inherent character, stands out from the others. We refer to Internet. But the interactive promotion must be truthful, legal, honest and loyal. However, there are situations in which the advertising does not comply these characters. In such cases, it may be considered as misleading. This last advertising modality induces or can induce to mistakes, changing the consumer's economic behavior. We can discern three main groups of digital advertising: websites that can be considered entirely misleading, banners which are partially or completely fraudulent, and finally hidden advertising —which is a figure that has to be distinguished from the subliminal advertising.

Keywords: Fair competition, contract terms, misleading, integration, Internet, advertising.

tiva, tal previsión supone que el contenido de la publicidad será exigible si la normativa del Estado de destino reconoce tal extremo, a pesar de que en el Estado de origen del anunciante no se reconozca la integración publicitaria del contrato.

> La publicidad debe disfrutar de un alto nivel de confianza por parte del consumidor y/o usuario, con carácter general, por lo que ha de ser veraz, legal, honesta y leal

Para cumplir las funciones que le son inherentes, la publicidad debe disfrutar de un alto nivel de confianza por parte del consumidor y/o usuario, con carácter general. A tal fin, es necesario que la misma sea fundamentalmente veraz, legal, honesta y leal. La mala publicidad —la que no cumpla todos o alguno de los mencionados caracteres—, aunque represente una porción minúscula respecto al conjunto total, irá socavando la confianza del consumidor y toda publicidad acabará, de una u otra manera, sufriendo las desfavorables consecuencias. Por ello, en beneficio de toda la sociedad, para que no acontezca este último extremo, es preciso que la publicidad, en general, esté regulada. Existen dos opciones, que no son excluyentes, sino complementarias, y que son las siguientes: la regulación normativa —o heterorregulación— y la autorregulación —o disciplina de la propia industria.

En el presente artículo, estudiaremos, en primer término, el fenómeno de la publicidad, con carácter general, si bien veremos las particularidades que prevalecen en el caso de la promoción efectuada en la red. A pesar de la profunda crisis económica imperante, sobre todo en el escenario europeo, esta constituye un fenómeno que, frente a otros medios, no cesa de crecer. Seguidamente, en segundo término, desde la perspectiva europea y española, nos centraremos en el examen de la publicidad engañosa o fraudulenta. Además de analizar su delimitación conceptual, nos ocuparemos de las diversas modalidades que sobre el particular existen.

II. RELEVANCIA DEL FENÓMENO COMERCIAL EN EL ESCENARIO VIRTUAL

La publicidad en Internet, a pesar de la profunda crisis económica imperante, está protagonizando un crecimiento muy significativo[1]. Asimismo, Internet es uno de los medios más consumidos en la actualidad, lo que, naturalmente, es extensible a la publicidad. El desarrollo de este último como un nuevo medio de difusión masiva de contenidos se erige como una realidad incontestable, con todos los visos de seguir experimentando un incremento exponencial en los próximos años.

1. Delimitación positiva y negativa

La publicidad es un instrumento competitivo[2], de los más significativos de la sociedad contemporánea[3], que los operadores económicos utilizan en el tráfico para promover la contratación sobre los bienes y/o servicios que ofertan en el mercado[4]. Es un claro ejemplo de información asimétrica[5]. También ha de repararse en que la publicidad no solo expone los caracteres de los productos y/o servicios, sino que va más allá. En efecto, se configura como un medio que transmite, inculca y exalta determinados valores y pautas de conducta estimados como la base común de la conciencia colectiva[6].

Tal actividad no solo es información[7] —ni siquiera hoy tiene el máximo protagonismo—, sino que prima la persuasión. A través de esta última, el fenómeno publicitario presenta connotaciones de agresividad, dado que, en la actualidad, la competencia económica de los empresarios se realiza a través de la publicidad[8]. La finalidad persuasiva, propia del denominado *modo publicitario*, como modalidad formal típica de los mensajes publicitarios, menoscaba la objetividad, que es característica de la información, aunque el predominio de una u otra dimensión depende de la expresión publicitaria concreta. En esta línea, cierto sector de la doctrina apunta que, frente a los mensajes puramente informativos, la comunicación publicitaria actual va unida a una intensa actividad creativa[9].

La remisión de comunicaciones comerciales a través de medios electrónicos debe reputarse publicidad. Es visible, por consiguiente, el desplazamiento del término *publicidad* por el de *comunicación comercial*, pero dotando a este de un significado muy próximo al tradicional de *publicidad*[10]. Podría, en este sentido, considerarse que el recurso al término *comunicación comercial* obedece al deseo del legislador de ensanchar el concepto de referencia, propiciando, de esta manera, la regulación y el control de nuevos fenómenos promocionales que podían encontrar en el nuevo escenario de la publicidad interactiva un ámbito de desarrollo particularmente favorable. En todo

caso, aunque el término *publicidad* se menciona en el apartado 2, letra i), del anexo de la Ley española 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y comercio electrónico (en adelante, LSSI-CE), el que se define es el de *comunicación comercial*[11] —del mismo modo que en la Directiva europea de comercio electrónico.

> Es comunicación comercial electrónica aquella comunicación dirigida a la promoción, directa o indirecta, de la imagen o de los bienes o servicios de una empresa, organización o persona que realice una actividad comercial, industrial, artesanal o profesional

En este sentido, de acuerdo con el anexo f) de la LSSI-CE, podemos definir *comunicación comercial electrónica* como «toda forma de comunicación[12] dirigida a la promoción, directa o indirecta, de la imagen o de los bienes o servicios de una empresa, organización o persona que realice una actividad comercial, industrial, artesanal o profesional[13]. A efectos de esta Ley, no tendrán la consideración de *comunicación comercial* los datos que permitan acceder directamente a la actividad de una persona, empresa u organización, tales como el nombre del dominio o la dirección de correo electrónico, ni las comunicaciones relativas a los bienes, los servicios o la imagen que se ofrezca cuando sean elaboradas por un tercero y sin contraprestación económica»[14]. Como puede deducirse, la citada norma contempla una acepción positiva y otra negativa de *comunicación comercial*.

En cuanto a la primera —de carácter positivo—, cabe señalar que incide en la labor de promoción que el anunciante opera, respecto a ciertos productos o servicios, en el ejercicio de su actividad comercial virtual, lo que supone una comunicación entre el anunciante y el receptor de la publicidad —el destinatario, que podrá ser individual o colectivo, dado que la definición no exige que el mensaje necesariamente se dirija a una pluralidad de personas. Ha de advertirse que tales actuaciones deben respetar no solo las previsiones establecidas en la LSSI-CE, sino también las normas imperantes en materia publicitaria y comercial[15]. Interesa poner de manifiesto que el precepto que analizamos trae causa del art. 2, letra f), de la Directiva comunitaria de comercio electrónico, que, a su vez, coincide, de manera sustancial, con la operada por el Libro Verde de la Comisión Europea sobre las comunicaciones comerciales en el mercado interior.

Se trata de una delimitación enormemente amplia, dado que incluye toda modalidad de publicidad virtual, con independencia del formato del mensaje comercial —audiovisual, gráfico y/o sonoro. De igual modo, en la definición que analizamos, tendrían cabida tanto las actividades publicitarias electrónicas de carácter colectivo —por ejemplo, el *banner*— como las actividades de *marketing* directo[16] —como un correo electrónico. En todo caso, la finalidad del mensaje debe ser la promoción de bienes y/o servicios o la imagen de la empresa —esta última constituye la denominada *publicidad corporativa*. Tal presupuesto determinará que excluyamos del carácter de *comunicación comercial* al menos tres modalidades de mensajes. En primer lugar, los mensajes difundidos en Internet con una finalidad puramente informativa. En segundo lugar, la publicidad institucional[17] cuya finalidad sea el fomento de ciertas conductas solidarias —piénsese, por ejemplo, en la donación de órganos. Y en tercer y último lugar, la propaganda política o religiosa que persiga la adhesión de la población a una determinada creencia política o religiosa.

Muy relacionada con la peculiar finalidad de la publicidad en Internet —a la que hemos hecho referencia—, se encuentra la exigencia de que la misma se desarrolle en el ejercicio de una actividad comercial, industrial, artesanal o profesional. Tal previsión representa una cuestión significativa, ya que, como es sabido, tanto en el mundo físico como en el virtual, pueden realizarse campañas comerciales que no tengan como finalidad fomentar el consumo de bienes y/o servicios, dado que, a título de ejemplo, pueden promover la moderación en el consumo o ciertos fines de carácter social general.

Ahora bien, a pesar de la amplitud de la definición que estudiamos, existen, además de la restricción negativa —a la que seguidamente nos referiremos—, ciertas limitaciones, pues es preceptivo que los mensajes comerciales sean realizados en beneficio de una empresa, organización o persona que realice una actividad comercial, industrial, artesanal o profesional. A efectos de la normativa que examinamos, únicamente estos últimos podrán ser reputados anunciantes. Este extremo determina que los mensajes de compraventa entre particulares difundidos en la red no estén sometidos a la LSSI-CE, sino al Código Civil español.

Respecto a la acepción de carácter negativo, debe indicarse que alude a aquella actividad en el entorno telemático que, aunque tiene por finalidad tanto la promoción de productos y/o servicios como la potenciación de la imagen de la empresa, no merece la consideración de *publicidad* porque no se realiza en el contexto de una comunicación entre el anunciante y el público destinatario. En este sentido, no deberían, a título de ejemplo, ser reputados comunicación comercial los sitios web en los que se recojan comunicaciones comerciales sobre una determinada empresa, sus productos y/o sus servicios, siempre y cuando la información tenga su origen en un tercero. La normativa legal imperante, como vimos, demanda que dicha información se haya elaborado de manera independiente de la empresa. Tal exigencia parece razonable, pues, en caso contrario, estaríamos ante un supuesto de publicidad encubierta y, por lo tanto, ilícita. Esta modalidad acontecería cuando el mensaje publicitario no se presentase como tal, sino con carácter informativo.

En todo caso, la norma que comentamos excluye de la consideración de *comunicaciones comerciales electrónicas* los nombres de dominio. Estos últimos son direcciones que nos permiten acceder al sitio web de una determinada empresa, organización o persona, y que desempeñan la función de identificación de la empresa en la red, así como de los bienes y/o servicios de la misma. Dado que los nombres de dominio, *a priori*, no promocionan la contratación de los productos ofertados por una empresa, no pueden ser considerados *comunicación comercial*. Ahora bien, cabe referirse a dos situaciones cuya exclusión del concepto *comunicación comercial* podría resultar discutible. Por un lado, la presencia del nombre de dominio en un determinado sitio web contribuye —¿qué duda cabe?— a la promoción de la imagen de la empresa titular del mismo. Tal hipervínculo puede destinarse a información sobre la empresa, pero también a la difusión de comunicaciones comerciales. De esta manera, el nombre de dominio serviría de enlace hacia un espacio puramente publicitario de la red.

Por otro lado, en el patrocinio electrónico se incluye, en un determinado sitio web, el nombre de dominio de una empresa, ajena a esa página, a cambio de una contraprestación económica o de otra índole. En todo caso, el legislador ha optado por excluir los nombres de dominio del concepto *comunicación comercial*, aunque determinados supuestos podrían encajar en este último. La razón de tal exclusión probablemente obedece a que la función publicitaria no es propia e inherente a los nombres de dominio, sino que es de carácter indirecto y ocasional.

2. *Caracteres*

La publicidad en Internet presenta numerosas ventajas[18] frente a la difusión de publicidad en los medios de comunicación físicos o de carácter tradicional. Así, desde una perspectiva económica, cabe referirse a que se trata de una publicidad más barata. No obstante, pueden existir supuestos en los que, por razones culturales o de otra índole, resulte aconsejable un tratamiento diferenciado de los mensajes publicitarios electrónicos dependiendo del país receptor de los mismos. En otros términos, los anunciantes pueden verse obligados a desarrollar diversos sitios web, según el país destinatario, para adaptar los contenidos a las peculiaridades nacionales o, en su caso, regionales[19].

Además, la publicidad en Internet puede ser sensiblemente más eficaz que la difundida en otros canales. Una de las ventajas que Internet presenta, a diferencia de otros medios tradicionales, es, en base a los mecanismos susceptibles de monitorización del comportamiento del potencial consumidor y/o usuario, la posibilidad de lograr el perfil del destinatario de la publicidad, en el que se tendrán en consideración sus preferencias. De esta manera, podríamos manifestar, sin incurrir en exageración alguna, que estamos ante el paradigma del denominado *marketing directo*, dado que la publicidad virtual suele caracterizarse por una elevada personalización, ostenta una alta capacidad de entretenimiento, está mejor dirigida y es más eficaz. En numerosos supuestos, además, dicha publicidad, por la prestación favorable del consentimiento, será menos intrusiva que la difundida en otros medios, sin perjuicio de que, desde hace años, está proliferando el denominado *spam*.

En línea con las consideraciones recientemente realizadas, debe precisarse que, como es sabido, Internet permite establecer una comunicación interactiva con el potencial consumidor y/o usuario, recogiendo numerosos datos a tiempo real, lo que, a su vez, posibilita que se ofrezca un servicio personalizado. En este sentido, debe advertirse una diferencia observable entre la publicidad que analizamos y la realizada en otros medios, como la prensa, la radio y la televisión. Esta última, como es sabido, se caracteriza por apoyarse en un diálogo mecanizado, caracterizado por el hecho de que las comunicaciones informativas y persuasivas de la empresa sobre la que versan no se dirigen a un determinado consumidor y/o usuario, sino que lo hacen a una gran masa indeterminada de consumidores potenciales. Dicho en otros términos: el papel del consumidor en los medios de carácter tradicional es fundamentalmente pasivo, ya que no interactúa con el empresario y solo visiona las comunicaciones comerciales que le dirigen las empresas. Como ya señalamos, en la publicidad *online* el consumidor realiza una labor activa.

Internet permite establecer una comunicación interactiva con el potencial consumidor y/o usuario, recogiendo numerosos datos a tiempo real, lo que, a su vez, posibilita que se ofrezca un servicio personalizado

Una última ventaja en la que debe incidirse es el extraordinario crecimiento que, a nivel mundial, están experimentando los usuarios de Internet. Así, en octubre de 2010, se estimaba que la red de redes contaba con una cifra muy cercana a los 2.000 millones de usuarios en todo el mundo, multiplicando de forma exponencial las cifras en diez años, ya que en el año 2000 había 381 millones de internautas. Por lo que se refiere a España, cabe poner de relieve que cuenta con una tasa media de penetración del 62,6 %, llegando en el momento actual a los 29 millones de usuarios. En definitiva, podemos afirmar que, a fecha de hoy, no existe ningún otro medio de comunicación que esté experimentando un crecimiento tan significativo.

3. *La imparable proyección de futuro en el plano mundial*

Una de las manifestaciones más significativas que las tecnologías de la información y de la comunicación han supuesto a nivel empresarial se observa en la publicidad virtual. Para que esta última sea más eficaz y más eficiente, se han puesto en práctica novedosas técnicas —caracterizadas, básicamente, por su bajo coste, su rapidez y su capacidad de llegar a un alto número de usuarios— que tienen como finalidad captar la atención integral de los receptores. Puede, a tal efecto, afirmarse que el sistema de promoción tradicional ha perdido valor en beneficio del virtual. Todo ello resulta más patente en el caso de los menores de edad. Tal colectivo ha sido denominado como *nativo virtual* por la singular soltura y destreza con que, desde el origen, se mueven con tales tecnologías.

Toda empresa que en la actualidad pretenda perdurar en el mercado competitivo global deberá incorporar las nuevas tecnologías a su actividad cotidiana, para así estar permanentemente adecuada a las tendencias de venta, a través de los nuevos medios tecnológicos, y poder diseñar estrategias de *marketing* electrónico. La necesidad de las empresas de mantener los clientes y de estrechar relaciones con los mismos —*marketing* relacional[20]— determina que aquellas busquen formas de llegar directamente al consumidor individual, personalizando la oferta y constituyendo, de esta manera, novedosos tipos de venta que permitan que las empresas establezcan relaciones continuadas y directas con el mismo, esté donde esté.

En línea con cuanto venimos poniendo de manifiesto, cabe indicar que uno de los aspectos más interesantes que los contratos celebrados con consumidores presentan es, precisamente, el relativo a su período precontractual, es decir, todas aquellas actividades que se desarrollan entre las partes antes de que se otorgue el consentimiento para la perfección del contrato. En este instante es relativamente habitual que el consumidor y/o usuario tenga conocimiento de las características esenciales del bien y/o servicio que pueda interesarle, del que, dicho sea de paso, puede estar informado en virtud de la publicidad recibida —tanto a través de canales tradicionales como virtuales.

A finales del siglo XX, algunos autores[21] determinaron que la publicidad en Internet, cuyo origen se sitúa a principios de los años noventa, constituía una transformación radical del paradigma de *marketing*, que evolucionó desde un modelo predominantemente unidimensional a otro totalmente interactivo —con relaciones uno a uno personalizadas— que progresivamente está alcanzando más protagonismo. Los efectos, como veremos, no dejan indiferente al destinatario.

La publicidad difundida en Internet constituye una actividad en auge. A pesar de la fuerte crisis económica, la inversión publicitaria en Internet no ha dejado de crecer, siendo, asimismo, las previsiones de futuro al respecto muy optimistas

La publicidad difundida en Internet, según ponen de manifiesto las estadísticas operadas en los últimos años, constituye una actividad en auge. A pesar de la fuerte crisis económica que desde hace unos años padecemos, la inversión publicitaria en Internet no ha dejado de crecer, siendo, asimismo, las previsiones de futuro al respecto muy optimistas.

La inversión real estimada en medios convencionales alcanzó los 5.621,30 millones de euros durante el año 2009, cifra que supone un decrecimiento del 20,9 % respecto a la registrada en el año anterior. Por segundo año consecutivo, todos los medios presentan caídas en la cifra de negocio, con la única excepción de Internet. Esta ha tenido un aumento interanual del 7,2 %, llegando a alcanzar un volumen de inversión publicitaria de 654,10 millones de euros, frente a los 610 millones del año 2008. El porcentaje que Internet supone sobre el total de la inversión en el año 2009 es del 11,6 %. Como anticipamos, diversos estudios operados por entidades de renombre en la materia —Arcemedia, Mediascope y PWC— prevén un incremento significativo de la publicidad en Internet para los próximos años. En este sentido, entre los instrumentos que contribuirán al importante crecimiento de la publicidad interactiva, ocuparán un destacado lugar los *smartphones*.

III. LA PUBLICIDAD ENGAÑOSA O FRAUDULENTA DIFUNDIDA EN LA RED

1. *Concepto*

Uno de los principios generales más relevantes del Derecho de la publicidad es el denominado *principio de veracidad*, cuya finalidad es eliminar el error del público respecto al contenido de los mensajes publicitarios[22]. En otras palabras: prohíbe la publicidad engañosa o falaz. Dicho principio se encuentra presente, sobre todo, en el art. 3 de la Ley General de Publicidad (LGP) española, así como en los arts. 5 y 7 de la Ley española 3/1991, de 10 de enero, de competencia desleal (LCD), tras la modificación de la Ley española 29/2009, de 30 de diciembre. Desde su primera decisión[23] sobre la Directiva europea 84/450, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea (TJCE) puso de manifiesto que el concepto *publicidad engañosa* es de carácter autónomo y que su interpretación última corresponde al mismo, quedando, por consiguiente, los tribunales estatales obligados a interpretar la legislación nacional según el significado dado a esa categoría en el Derecho comunitario.

Así, tiene como elemento principal de su regulación la inducción a error —bien por acción, bien por omisión— de los destinatarios. La inducción a error se verifica a través de la interpretación por parte de los consumidores, sobre todo, en virtud de la figura del consumidor medio, que, a tenor de la STJCE[24] de 16 de julio de 1998 (Asunto C-210/96, «Gut Springenheide»[25]), es toda persona normalmente informada y razonablemente atenta y perspicaz. Esa noción se diferencia de la que ha imperado tradicionalmente en la legislación alemana de competencia desleal, que tomaba como referencia un consumidor irreflexivo y susceptible de engaño con cierta facilidad. Tal criterio contrastaba, dicho sea de paso, con el que instauraban la mayoría de los Estados Miembros del espacio comunitario, que proporcionaban un nivel de protección menor, ya que tomaban como referencia a un consumidor medio y escéptico.

El criterio que finalmente acoge el TJCE, así como determinada normativa comunitaria, en cierta medida coincide con el presente en la práctica de la Federal Trade Commission de los Estados Unidos, que, desde la Policy Statement on Deception de 1983, considera que la valoración del carácter engañoso de los actos y prácticas debe acometerse desde el prisma del consumidor razonable o medio —y cuando van dirigidos a un determinado grupo de la audiencia, desde la perspectiva de un miembro razonable del grupo.

Con el recurso, por parte de la Directiva europea de prácticas comerciales desleales y de la LCD, a tal configuración —la figura del consumidor medio—, puede advertirse que las posibilidades de engaño o inducción a error se reducen, dado que el consumidor no puede ser fácilmente engañado. Si extrapolamos tal parámetro valorativo a la publicidad difundida en la red, ha de considerarse que el consumidor que recurre a Internet tiene, como regla general, un nivel superior a la media[26]. De hecho, en ciertas modalidades publicitarias, como los grupos de noticias o los foros, los usuarios están, si cabe, aún más cualificados. Por consiguiente, teniendo en cuenta tales premisas, para valorar si una comunicación comercial difundida en la red puede considerarse engañosa, habría que suponer que el consumidor medio de Internet, dada sus cualidades, tiene una cultura y una formación superiores a la media, por lo que presenta una mayor capacidad para interpretar y asimilar los mensajes que visiona.

La Directiva comunitaria de prácticas comerciales desleales añadió una nueva categoría, la del consumidor medio del grupo, para reforzar la protección de determinados grupos de personas especialmente vulnerables y más necesitadas de tutela jurídica

Ahora bien, para reforzar la protección de determinados grupos de personas especialmente vulnerables, en los que concurren bajos niveles de información y atención, más necesitados de tutela jurídica, la Directiva comunitaria de prácticas comerciales desleales —así como el art. 4.3 LCD— añadió una nueva categoría de consumidor medio: el consumidor medio del grupo. De este modo, se pretende rebajar el nivel general del consumidor medio, situándolo en un punto medio más adecuado al grupo de personas afectadas, con el resultado final que, en estos casos, las posibilidades de engaño serán sensiblemente mayores[27]. Esta última decisión adoptada en la norma permite prescindir del conjunto del público destinatario de una determinada práctica y enjuiciarla, según sus efectos, sobre un grupo específico de consumidores, siempre que estos presenten una especial vulnerabilidad, sean claramente identificables y el efecto de la práctica sobre este grupo resulte previsible para el comerciante[28]. Tal previsión le supondrá al empresario la carga de adoptar las medidas oportunas y razonables que sean necesarias para evitar que sus prácticas comerciales dirigidas a un público en general —y que no puedan ser reputadas engañosas bajo tal prisma— puedan afectar a un determinado grupo de consumidores a los que, de acuerdo con su especial vulnerabilidad o credulidad, pueda inducir a error[29].

Antes de analizar, de manera somera, algunos de los comportamientos engañosos que se suscitan en Internet[30], cabe incidir en que los mismos no deben ser confundidos con las simples exageraciones publicitarias. Estas últimas son aquellas alegaciones comerciales, de carácter altisonante, que el público, normalmente, no se toma en serio. En este caso, no se podrá hablar de *inducción a error*, ya que son considerados supuestos de *dolus bonus*[31]. A este respecto, la LCD impide calificar tales exageraciones —siempre que sean percibidas como tal por los consumidores— como *prácticas desleales*, ya que, dado que el público consumidor conoce su verdadero alcance, no pueden tener incidencia relevante en el comportamiento económico del mismo. Del mismo modo, y en cierto sentido relacionado con cuanto comentamos, se manifiesta la posibilidad de considerar lícito un cierto nivel de engaño, debiendo delimitarse, ante un supuesto concreto, la frontera del «engaño tolerable»[32].

Junto con las exageraciones publicitarias, se encuentra lo que podría denominarse *juicios estimativos*. Los mismos podrían concebirse como aquellas alegaciones publicitarias que, en la red, expresan simples valoraciones personales, sin fundamentación objetiva alguna, relativas a determinados bienes y/o servicios. Uno de sus caracteres más reseñables es que los mismos esencialmente giran en torno a puntos plenamente opinables, respecto a los cuales no existen parámetros objetivos en base a los que determinar su exactitud o inexactitud, como, a título de ejemplo, sería el caso de la apariencia externa de un cierto producto y/o servicio. Debemos incidir en el hecho de que los juicios estimativos realizados con relación a bienes y/o servicios difundidos en la red no podrán dar lugar a un supuesto de publicidad engañosa. La razón de tal aseveración obedece a que el mismo no será concebido como el público de los consumidores, como la alegación de un hecho objetivo y/o verificable, sino como la expresión de una mera opinión, que será vista como tal.

2. *Modalidades*

A continuación, nos referiremos a algunas de las prácticas más frecuentes de publicidad engañosa en la red, que hemos estimado pertinente clasificar en tres bloques. En primer término, analizaremos los sitios web engañosos en su totalidad, analizando dos prácticas que recientemente se están generalizando: el *phishing* y el *pharming*. Posteriormente, nos ocuparemos de las diversas modalidades de *banners* engañosos, para, finalmente, detenernos en el examen de la publicidad encubierta —que ha de distinguirse de la subliminal.

2.1. Sitios web engañosos en su totalidad: entre la infracción civil y el ilícito penal

Una práctica ilícita que está teniendo lugar en la red es la creación fraudulenta de sitios web corporativos, *banners* —presentes, en ocasiones, en las redes sociales— o enlaces electrónicos —accesibles a través de correos electrónicos no solicitados[33]— que emulan o enlazan con páginas bien de bancos y/o cajas de ahorros, bien de empresas que ofertan bienes y/o servicios que, por las condiciones ventajosas, pueden ser especialmente atractivos para el consumidor y/o usuario. Lejos de ser un fenómeno aislado, la realidad pone de manifiesto un aumento alarmante de tales prácticas ilícitas[34]. De hecho, debe llamarse la atención acerca del hecho que España está entre los primeros países del mundo donde están ubicados los servidores que alojan dichas direcciones electrónicas fraudulentas. Aunque constituyen técnicas ilícitas muy similares y, en cierta medida, relacionadas, hemos de advertir que las mismas deben diferenciarse de las que analizaremos en el apartado siguiente. En este último, nos referiremos a los *banners* engañosos que omiten algún dato relevante para el consumidor y/o usuario o que contradicen la información de la página web con la que enlazan.

Entre las prácticas engañosas cabe, entre otras, referirse al *phishing* y al *pharming* —que, en puridad, es una variante del primero. Ambas persiguen conseguir, de

forma fraudulenta, las claves personales de uso preceptivo en la banca electrónica[35].

> Entre las prácticas engañosas cabe, entre otras, referirse al *phishing* y al *pharming* —que, en puridad, es una variante del primero. Ambas persiguen conseguir, de forma fraudulenta, las claves personales de uso preceptivo en la banca electrónica

El *phishing* es la suplantación de determinados sitios de Internet. Se trata de correos electrónicos engañosos, así como sitios web fraudulentos, que, con diversos argumentos[36], aparentan proceder de instituciones de cierta confianza para su destinatario —bancos, cajas de ahorros, etc.—, si bien, en realidad, no es así, ya que su única finalidad es conseguir las claves personales del usuario, con las que poder apropiarse de su dinero[37]. En los últimos tiempos, en vista de la incesante proliferación de tales prácticas fraudulentas, numerosas entidades de crédito que han padecido tales ataques están advirtiendo a sus clientes de la necesidad de identificar este tipo de acciones. Este proceder ha sido elogiado por el Banco de España, pudiendo, por consiguiente, colegir que representan buenas prácticas bancarias indicativas, en todo caso, de una conducta diligente del banco.

El *pharming* —una modalidad también conocida como *phishing «sin cebo»*— constituye una técnica aún más peligrosa, si cabe, que la anterior. Se fundamenta en la manipulación de las direcciones *domain name server* —habitualmente conocidas como DNS— que teclea el usuario para acceder a un sitio web. De esta manera, las páginas que el usuario visitará no serán las verdaderas, aunque, en apariencia, serán muy similares. La finalidad será la misma que en el *phishing*. Para entender con más claridad en qué consiste esta práctica engañosa, conviene indicar cómo funciona la manipulación de las DNS. A este último respecto, cabe precisar que, cuando se teclea una determinada dirección electrónica en el navegador para poder acceder a ella, debe convertirse a la dirección IP[38] real de la página que se pretende visitar. Normalmente, el navegador no puede realizar esta conversión, por lo que se precisa de un servidor DNS para que la efectúe[39]. Recordemos que el *pharming* dirige su ataque a los servidores DNS, modificando la correspondencia numérica a todos los usuarios que pretendan acceder a ellos. De esta manera, cuando en el navegador se teclee la dirección de la entidad financiera, en virtud del *pharming*, el DNS le otorgará otra dirección numérica diferente a la real, direccionando al usuario a un sitio web aparentemente igual al original, si bien, en todo caso, presentará carácter fraudulento[40].

Sin perjuicio de la normativa civil[41] que sanciona la publicidad ilícita —así, entre otras, la LGP, la LCD y el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (TRLGDCU) y otras leyes complementarias—, la misma también es objeto de represión a través de las leyes penales. En este último sentido, determinadas actuaciones cometidas en la red podrían ser castigadas a través del delito de publicidad engañosa —art. 282 del Código Penal español (CP)—, que podrá concurrir junto con otros tipos penales, como el delito de estafa —arts. 248.2 y 248.3 CP. Naturalmente, ha de valorarse la posibilidad de que se impongan sanciones administrativas[42].

2.2. *Banners* engañosos

A) Concepto y amplitud del fenómeno: en torno a la diversidad de espacios digitales

La promoción comercial que acontece en Internet, que es uno de los pilares del comercio electrónico, puede tener lugar a través de distintas técnicas publicitarias, que representan un elemento importante de información al consumidor. Mucho se ha avanzado desde el que se considera el primer mensaje comercial difundido en la red —data de 1994, en el sitio web *Hotwired.com*. En aquel momento, los anuncios eran marcadamente estáticos, si bien hoy día incluyen sonido, audio, vídeo u otros efectos no menos significativos.

Por lo que se refiere a las actuaciones publicitarias que en el mundo digital pueden concurrir, cabe referirse, entre otras, a las páginas web en las que, como regla general, se difunde la imagen de una determinada empresa y/o organización, así como ciertos productos y/o servicios. Ahora bien, dentro de los formatos publicitarios, ocupan un destacado lugar los *banners*[43] —sin perjuicio de que existan otros. Estos últimos, que en castellano podrían traducirse como 'banderolas', constituyen una imagen gráfica que incluye texto cuya pulsación activará un enlace que conducirá al usuario al sitio web del anunciante. Se trata de una figura que, básicamente, se crea con imágenes —que pueden adoptar los formatos GIF o JPEG— o con animaciones ideadas a partir de animaciones como Flash, Java o Adobe.

En una inmensa mayoría de los casos, la figura que analizamos busca atraer tráfico hacia el sitio web del anunciante que abona una cantidad pecuniaria por su inclusión. Por ello, en numerosos supuestos, los *banners* adoptan diseños llamativos y fuertemente vanguardistas. Su objetivo, como puede deducirse de cuanto hemos adelantado, pasa por comunicar el mensaje que incluye al mayor número posible de eventuales destinatarios.

Cualquier sitio presente en la web resulta susceptible de incluir este tipo de figuras, aunque, en un elevado porcentaje de supuestos, serán más atractivos los contenidos con mayor interés para ciertos colectivos o con grandes volúmenes de tráfico.

B) Regulación legal

Uno de los formatos publicitarios más empleados en Internet es, precisamente, el *banner*. En el mismo puede incluirse información bien sobre el sitio web con el que enlaza, bien sobre los productos y/o servicios ofertados en aquel. Cabe la posibilidad de que, por un lado, el sitio web contenga informaciones que contradigan las presentes en el *banner* —actos de engaño—, y por otro, que silencie datos fundamentales cuya omisión pueda inducir a error a los destinatarios —engaño por omisión. Estaríamos ante supuestos de publicidad engañosa[44] y, por lo tanto, ilícita. La ilicitud vendría determinada por su calificación de *publicidad engañosa*, tanto por la información proporcionada como por la omisión de datos significativos. En tales hipótesis, el usuario, al visionar el *banner*, puede verse impulsado a hacer clic en el mismo, accediendo al sitio web con el que enlaza y viendo, de este modo, defraudadas sus expectativas.

Respecto a los actos de engaño en los que pueden incurrir los *banners*, hemos de tener en cuenta el art. 5.1 LCD, que apunta

que se considera desleal por engañosa cualquier conducta que contenga información falsa o información que, aun siendo veraz, por su contenido o presentación induzca o pueda inducir a error a los destinatarios[45], siendo susceptible de alterar su comportamiento económico[46].

Se considera desleal por engañosa cualquier conducta que contenga información falsa o información que, aun siendo veraz, por su contenido o presentación induzca o pueda inducir a error a los destinatarios, siendo susceptible de alterar su comportamiento económico

Antes de ocuparnos del análisis de esta última norma, cabe hacer un inciso de interés en la cuestión que comentamos. Nos referimos a que, como consecuencia del alcance global de Internet, los mensajes comerciales difundidos en la red pueden ser vistos por individuos de múltiples estados. Aunque, a nivel europeo, resulta aplicable el principio de control en origen, complementado con el fenómeno de la autorregulación, lo cierto es que, según el país comunitario, pueden darse interpretaciones diversas a ciertos mensajes. En otras palabras: determinadas aseveraciones acerca de un bien y/o servicio, según la interpretación que se efectúe, podrían reputarse engañosas en un país, pero no en otro/s. A este respecto, debe advertirse que esta deficiente y equívoca comprensión del mensaje puede obedecer a que el mismo esté redactado en un idioma diverso al habitual del consumidor que, en ese momento, lo visione. Si bien tal afirmación es relativamente frecuente en Internet, no parece demasiado racional exigir por ley que los anunciantes tuvieran que cuidar estas eventuales dificultades interpretativas por dos razones. Por un lado, en virtud del principio del control en origen, las empresas que difunden en la red mensajes comerciales únicamente están obligadas a controlar que el contenido de la comunicación publicitaria resulte veraz y no determine equívocos en el país de origen. Por otro lado, exigir a un anunciante la necesidad de valorar todas las posibles interpretaciones de un determinado mensaje en Internet sería una obligación de muy difícil e, incluso, imposible cumplimiento. Por lo tanto, salvo que se opte por limitar el acceso de los sitios web, en base a la dirección IP, a los usuarios de un determinado Estado, deben incentivarse dos medidas. En primer lugar, el anunciante debe extremar su diligencia en la confección del mensaje, evitando recurrir a expresiones que puedan resultar equívocas en ciertos lugares. Para ello, podría resultar conveniente abrir sitios web específicamente adaptados para las regiones en las que podrá visualizarse. Y, en segundo término, el propio usuario de Internet debe interpretar con extrema cautela los mensajes de la red.

Volviendo al examen del precepto, como es sabido, la información falsa es aquella que no se corresponde con la realidad. En este sentido, los medios técnicos a los que se recurre en la red no deben emplearse para crear falsas impresiones en los usuarios. Por su parte, la información veraz, susceptible de inducir a error, es aquella que, aunque pueda ser exacta en un plano abstracto por corresponderse con la realidad, puede generar una incorrecta interpretación de la misma. Asimismo, para determinar la susceptibilidad del mensaje para inducir a error o generar falsas expectativas, deberán descartarse, en primer lugar, los criterios de carácter gramatical y/o literal[47], y en segundo lugar, la intencionalidad del anunciante. Dicho en otras palabras: únicamente deberá atenderse a la interpretación que del anuncio efectúe el círculo de destinatarios —consumidor medio.

Un supuesto que resulta susceptible de inducir a error a los consumidores —y, por lo tanto, debe reputarse engañoso— es aquel en que el anunciante destaca una determinada característica de los bienes y/o servicios que oferta en Internet, presentándola, implícita o explícitamente, como singular, cuando, en realidad, se trata de un rasgo común del género de mercancías al que el bien y/o servicio en cuestión pertenece. A este respecto, podría llegarse a pensar, por parte del público destinatario, de forma inadecuada —induciendo, de esta manera, a error—, que dicha característica no está presente, como regla general, entre los productos pertenecientes al mismo género. Este tipo de mensajes, tradicionalmente, se ha englobado bajo la denominación *alegación de lo obvio*[48].

Respecto a la expresión «comportamiento económico», debe interpretarse en sentido amplio. De esta manera, el mismo no incluiría tan solo la fase de adopción de la decisión de compra, sino también la etapa previa de búsqueda de la información necesaria para adoptar la decisión, así como la postura respecto al ejercicio y cumplimiento de los derechos emanados del contrato una vez que este se ha perfeccionado. Tal consideración goza de cierto refrendo legal, sobre todo si se valora el elenco de prácticas que se reputan engañosas en el anexo de la LCD, ya que se incluyen algunas que influyen en el proceso de formación de preferencias del consumidor cuya actitud para determinar una compra resulta dudosa. De tal razonamiento, puede inferirse que repercute en el comportamiento económico del consumidor la publicidad que incide en el proceso de búsqueda de información, determinando que, en virtud de engaños, el consumidor y/o usuario acceda al sitio web al que el *banner* se remite.

En cuanto a la figura del engaño por omisión, que, además, debe reputarse desleal, es objeto de regulación en el art. 7.1 LCD —con carácter precedente, ya lo era en el art. 4.2 LGP—, que preceptúa que «*se considera desleal la omisión u ocultación de la información necesaria para que el destinatario adopte o pueda adoptar una decisión relativa a su comportamiento económico con el debido conocimiento de causa. Es también desleal si la información que se ofrece es poco clara, ininteligible, ambigua, no se ofrece en el momento adecuado, o no se da a conocer el propósito comercial de esa práctica, cuando no resulte evidente por el contexto*». Del precepto que acabamos de reproducir, junto con las omisiones en sentido estricto[49], pueden distinguirse cuatro casos diferentes de engaño por omisión.

En primer lugar, concurre omisión de información cuando esta se oculta, extremo que podrá acontecer cuando se incluye de forma que sea imperceptible para un consumidor medio.

En segundo lugar, existe omisión de información[50] cuando, aunque se incluye de manera visible, resulta ininteligible o ambigua[51] para el consumidor medio —así, por ejemplo, se emplean excesivos tecnicismos, abreviaturas de uso no común, términos generalmente desconocidos, etc. En otros términos: se facilita al destinatario la información exigible, pero de manera tan confusa y desordenada que es difícilmente comprensible.

En tercer término, existe omisión engañosa cuando la información se suministra

en un momento que no es el adecuado —puede, en suma, ser reputada inoportuna. Este último supuesto persigue sancionar los casos en los que, siendo cierta y suficiente la información suministrada, no puede, en modo alguno, ser reputada como tal, ya que, en el período de la recepción, el destinatario no está en condiciones de asimilarla.

Existirá omisión engañosa cuando se silencie el propósito comercial de la práctica, si no es evidente por el contexto. Esta última modalidad representa una actitud engañosa que ha proliferado extraordinariamente en Internet

Finalmente, también existirá omisión engañosa cuando se silencie el propósito comercial de la práctica, si no es evidente por el contexto. Debe advertirse, en todo caso, que esta última modalidad representa una actitud engañosa que ha proliferado extraordinariamente en Internet. De hecho, una de las fórmulas más efectivas para promover la contratación de bienes y/o servicios reside en que el potencial destinatario de la comunicación comercial electrónica no perciba la finalidad publicitaria, sino que la conciba como una información desinteresada y objetiva —se trata de la publicidad encubierta y subliminal, de la que nos ocuparemos en el subapartado siguiente.

Asimismo, debe considerarse que la LCD limita su ámbito de aplicación a las omisiones engañosas —cuyas modalidades hemos visto—, entendiendo por estas aquellas omisiones de información sustancial que sean susceptibles de desencadenar falsas expectativas entre el público de los consumidores o una impresión falsa o incorrecta sobre los correspondientes productos y/o servicios.

A este último respecto, interesa reseñar que, en 2007, la Dirección de Consumo y Seguridad Industrial del Gobierno Vasco sancionó a tres compañías aéreas —Ryanair, Lufthansa y Air Lingus— por publicitar de forma engañosa en la red los precios de sus billetes. La sanción que se impuso a Ryanair ascendió a 12.000 euros, mientras que para las otras dos compañías fue de 6.000 euros. El Gobierno Vasco adoptó tal decisión después de verificar que, aunque tales compañías habían sido expedientadas recientemente por anunciar billetes de avión cuyo precio no se correspondía con el coste final de los mismos, no habían corregido la situación o únicamente lo habían hecho de manera parcial. El Gobierno Vasco consideró que anunciar una tarifa de billetes en la red que no se correspondía con el precio real que finalmente debía abonarse inducía a error a los consumidores y usuarios, por lo que, en consecuencia, debía sancionarse como infracción grave.

Añade el art. 7.2 LCD que «*para la determinación del carácter engañoso de los actos a que se refiere el apartado anterior, se atenderá al contexto fáctico en que se producen, teniendo en cuenta todas sus características y circunstancias y las limitaciones del medio de comunicación utilizado*». En efecto, la capacidad de una omisión para inducir a error a los consumidores dependerá de las circunstancias que concurran en el mismo[52]. A tal fin, habrá que valorar, en primer término, la importancia de la información que se omita —deberá ser de carácter sustancial o necesario[53]. Asimismo, considerando que prácticamente todos los medios imponen limitaciones espaciotemporales, solo resulta lícito cercenar la información cuando existan justificaciones de tiempo y/o espacio —así, por ejemplo, televisión, radio y prensa escrita—, pero no cuando se trate de Internet, folletos u otros medios. En estos últimos, en los que no existen necesidades de efectuar sacrificios especiales de tiempo y/o espacio, la omisión no estaría justificada, por lo que, de concurrir los demás presupuestos necesarios, podría ser reputada desleal.

Ciertos *banners* que, con relativa habitualidad, pueden resultar engañosos en la red son aquellos que aluden a concursos y/o juegos promocionales[54]. Dado que el legislador es consciente del enorme atractivo que estas prácticas pueden llegar a despertar en el receptor, que puede bajar la guardia, establece ciertas cautelas. Así, de acuerdo con el art. 20 LSSI-CE, en primer lugar, deberán ser fácilmente identificables como tales —y, por lo tanto, ser susceptibles de ser distinguidos de contenidos informativos—, y en segundo lugar, habrá de asegurarse que las condiciones de acceso y, en su caso, de participación sean fácilmente accesibles y se expresen de forma clara e inequívoca. Para evitar que el usuario pueda incurrir en error acerca de las verdaderas condiciones de tales servicios de entretenimiento —que, en ocasiones, pueden resultar, por su coste, especialmente gravosos—, sería recomendable que el prestador de servicios, antes de participar en el concurso o juego, pusiera a disposición del usuario las condiciones, para que, de este modo, pudiera tomar la decisión oportuna. En este último sentido, tal y como adelantamos, el art. 20 LSSI-CE únicamente exige que las condiciones de acceso y participación resulten fácilmente accesibles.

Existe, asimismo, un supuesto que sería susceptible de ser reputado *banner* engañoso por omisión. Nos referimos a los *banners* que ofrecen a los usuarios la posibilidad de acceder a sitios web de contenido para adultos —erótico—, descarga de melodías para móviles, servicios de juego *online*, etc. En caso de que se cliquee sobre los mismos, se instala un *dialer* que conecta al usuario a un número de tarificación adicional[55]. Los marcadores telefónicos suelen descargarse mediante un fichero ejecutable —extensión *.exe*—, o incluso a través de un control ActiveX. Las particularidades del servicio —y, por consiguiente, los altos costes que representaban— le son completamente omitidas al usuario. En cualquier caso, debe matizarse que nos encontramos ante una técnica, en gran medida, ya superada gracias a la progresiva sustitución de las conexiones telefónicas a través de módem por las de cable.

2.3. Publicidad encubierta en sitios web

a) Concepto y delimitación conceptual: la necesaria diferenciación de la publicidad subliminal

Estamos ante un supuesto de publicidad encubierta en un determinado sitio web cuando los mensajes comerciales de una empresa se presentan bajo la apariencia de una información objetiva —por lo que no son identificables como tales— a cargo de un tercero independiente. Así, se presenta como información lo que, en realidad, es publicidad. En puridad, podría afirmarse que no se trata de un supuesto engañoso como tal, porque el contenido del mensaje publicitario no lo es, sino que lo es la forma mediante la que se difunde la publicidad —un mensaje publicitario se presenta como un mensaje informativo—, por lo que los destinatarios de la misma pueden llegar a ser más vulnerables[56]. En efecto, atribuirán al mensaje comercial un nivel de credibilidad y de objetividad dife-

rente al que le otorgarían si conocieran su verdadera finalidad. De esta manera, el consumidor y/o usuario podría dar al contenido del mensaje el mismo valor que a las informaciones no publicitarias que se difunden en el medio de que se trate, por lo que se estaría distorsionando la información que podría servirle de base al consumidor y/o usuario para adoptar su decisión de compra[57].

Debe distinguirse la publicidad encubierta de la publicidad subliminal. En virtud de esta última, a través del empleo de técnicas de producción de estímulos de intensidades fronterizas con los umbrales de los sentidos o análogas, se actúa sobre el público destinatario sin ser conscientemente percibida

Debe distinguirse la publicidad encubierta de la publicidad subliminal. En virtud de esta última, según preceptúa el art. 4 LGP, a través del empleo de técnicas de producción de estímulos de intensidades fronterizas con los umbrales de los sentidos o análogas, se actúa sobre el público destinatario sin ser conscientemente percibida[58]. Nos encontramos ante una práctica que suele emplearse en aquellas comunicaciones que, aunque no son necesariamente publicitarias, recurren a medios audiovisuales en virtud de los que resulta más fácil influir en los estímulos de los sujetos que la reciben, sin que sean conscientes de ello, anulándose, en cierta medida, la libertad de decisión del consumidor. Cabe insistir en que tanto la publicidad encubierta como la subliminal son extraordinariamente difíciles de probar. Aun así, por lo que a la publicidad subliminal respecta, pueden existir supuestos susceptibles de ser considerados como tal. En este sentido, en Internet resulta frecuente que algunos sitios web, a fin de llevar a cabo el ejercicio publicitario, permitan, de manera automática, el uso de determinados programas informáticos. Tal práctica debe considerarse como una técnica empleada por los sujetos anunciantes que tiene por finalidad influir en las decisiones, actitudes e incluso actuaciones de los usuarios, sin que estos sean conscientes de ello. En tales supuestos, según tal opinión, se estaría utilizando el subconsciente de los usuarios de tales sitios web para que adopten una determinada decisión, sin que posean una información de carácter suficiente —dado que el mensaje promocional no se percibe de manera consciente.

b) Regulación legal

En este último sentido, debe advertirse que para que la publicidad encubierta pueda ser reputada desleal, además de pasar desapercibida para el receptor, ha de ser susceptible de inducirle a error.

En la LCD, que, como es sabido, transpone al ordenamiento español la Directiva europea de prácticas comerciales desleales, la publicidad encubierta puede ser calificada como un acto de engaño o como un acto de engaño por omisión. El engaño sobre la naturaleza y el valor del mensaje procede de la combinación de dos presupuestos. Por un lado, la forma de presentación del mensaje —acción engañosa—, y por otro, la ausencia de indicación de su finalidad comercial —omisión engañosa.

Precisamente para poner de relieve que un determinado mensaje presenta carácter comercial y, de este modo, evitar que pueda ser considerado como información por parte del receptor en lugar de publicidad, deberían fomentarse, a través de la autorregulación, ciertas prácticas dirigidas a tal fin[59]. A tenor del art. 20.1 LSSI-CE[60], que dispone que las comunicaciones comerciales electrónicas deberán ser identificables, parece recomendable que los códigos de conducta previeran en su articulado la necesidad de que, cuando en espacios informativos se incluyeran mensajes comerciales, los mismos fueran fácilmente identificables a través de técnicas ópticas y/o acústicas. Asimismo, parece oportuno establecer mecanismos que permitan deslindar ambos[61].

En la publicidad encubierta, el visitante del mencionado sitio web —que frecuentemente podrá tratarse de periódicos digitales—, no es consciente de que está recibiendo un mensaje publicitario, creyendo, de manera errónea, que constituye información neutral a cargo de un tercero[62]. Cabe incidir en que tales mensajes se difundirán a cambio de una contraprestación económica[63], que habrá de entenderse en un sentido amplio. Así, dentro de tal concepto, deberían tener cabida no solo las hipótesis en las que el tercero percibe una remuneración dineraria por la difusión del mensaje, sino también aquellas otras en las que el tercero recibe cualquier otra modalidad de contraprestación no dineraria —como sería el caso de los elementos técnicos necesarios para el mantenimiento del sitio web de que se trate. Asimismo, también podría apreciarse la existencia de una contraprestación económica cuando existieran vínculos, jurídicos o económicos, entre el tercero independiente y la empresa anunciante. En cualquier caso, debe tomarse conciencia de que la existencia de una contraprestación económica únicamente podrá ser acreditada en contadas ocasiones. Por ello, en la práctica, se admite que un mensaje publicitario encubierto pueda ser acreditado a través de indicios como, entre otros, la especial alabanza de determinados productos y/o servicios, la ausencia de referencia alguna a productos competidores y las descalificaciones a productos alternativos.

Existe una modalidad de publicidad encubierta que, por sus particularidades, queda fuera del ámbito de aplicación de la Directiva europea 2005/29, de 11 de mayo, sobre prácticas comerciales desleales[64] —transpuesta por la Ley española 29/2009, de 30 de diciembre, por la que se modifica el régimen legal y de la publicidad para la mejora de la protección de los consumidores y/o usuarios. Nos referimos a la difusión de comentarios elogiosos o perniciosos, que pueden resultar no veraces, efectuados por consumidores para consumidores, sobre determinados bienes, servicios y/o empresas, en redes sociales, foros y blogs, que, en ciertas ocasiones, difícilmente se distinguen de una simple opinión[65]. Estos últimos pueden englobarse en la denominada *web 2.0*.

En efecto, la Directiva comunitaria sobre prácticas comerciales desleales únicamente sería aplicable a la publicidad virtual difundida en el marco de las relaciones entre empresas —declaradas como tales o que se hacen pasar por consumidores[66]— y consumidores, excluyendo, como hemos anticipado, las relaciones entre consumidores. Aunque, insistimos, por un lado, sea difícil, en muchos supuestos, distinguir la publicidad de un comentario, resultado de una experiencia personal, y por otro, el anonimato de los intercambios dificulte los controles, esta forma de publicidad engañosa es susceptible de afectar tanto a los consumidores como a las empresas. Además, dicho sea de paso, el desarrollo de sitios web de subastas en Internet ha dado lugar a una nueva forma de publicidad entre consumidores que

no está cubierta por la Directiva europea sobre prácticas comerciales desleales.

Para proceder frente a esas actuaciones, sería deseable, en virtud de la autorregulación, fomentar, en tales escenarios, observadores y/o moderadores con formación suficiente sobre, entre otros extremos, los riesgos que la publicidad encubierta puede suponer, a efectos de distorsión, en el comportamiento del potencial consumidor y/o usuario[67]. En todo caso, habría que buscar un equilibrio, lo cual no parece sencillo, entre la protección del consumidor en Internet y la libertad de expresión.

Mediante el *product placement*, la publicidad se coloca durante la emisión de determinadas películas, series o programas. A través de campañas educativas derivadas de la autorregulación, deberían acometerse operaciones de información que advirtieran acerca de la proliferación de este tipo de prácticas encubiertas

Por otro lado, también, a través de las campañas educativas derivadas de la autorregulación —que realizan una loable labor en ese sentido—, deberían acometerse operaciones de información que precisamente advirtieran a los consumidores y/o usuarios acerca de la proliferación de estas prácticas encubiertas de publicidad. Una modalidad de publicidad encubierta que ha alcanzado mayor auge en los últimos tiempos se denomina *emplazamiento de producto* o *product placement*. Esta última consiste en la colocación, con finalidad promocional, de productos, con la marca visible y claramente perceptible, durante la emisión de determinadas películas, series o programas, que, naturalmente, pueden emitirse a través de Internet. No en vano, cada vez más, numerosas emisiones se efectúan, de manera exclusiva o complementaria, en virtud de la red. El *product placement* interactivo precisamente surge de la fusión de la técnica del *product placement* con la interactividad propia de Internet, y consiste en la creación de contenidos, por parte de los propios consumidores, mediante la inclusión de enlaces de publicidad en los vídeos que suben a Internet, a cambio de una compensación económica. Ofrece la ventaja de que permite acceder directamente a los sitios web en los que se comercializa el producto emplazado. Aunque el art. 10 de la Directiva europea sobre servicios de comunicación audiovisual califica el emplazamiento de productos como publicidad encubierta, en su art. 3, permite que los Estados Miembros autoricen tal modalidad publicitaria.

En cualquier caso, las acciones puestas en práctica, por el legislador y/o por los sistemas de autorregulación, frente a estos comportamientos realizados en la red ostentan una gran relevancia, en términos de saneamiento del mercado y de refuerzo de la confianza de los consumidores, ya que pueden constituir un medio, a disposición de algunos prestadores de servicios, para sesgar las reglas de la competencia, a través de una sobrevaloración artificial y gratuita de su propia empresa, o incluso —¿qué duda cabe?— denigrar deslealmente a un competidor.

(1) La inversión publicitaria en medios digitales se ha situado en segunda posición en el primer semestre de 2012, con un 18,3 % del total, a cierta distancia de la televisión (43 %), pero por delante de los diarios (15,6 %), la radio (8,3 %), las revistas (7,1 %), la publicidad exterior (6,7 %), los dominicales (1,1 %) y el cine (0,3 %).

(2) ROMERO GIMÉNEZ, Manuel, «Publicidad engañosa», en *Propiedad industrial y competencia desleal*, Ed. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1995, pp. 163 y ss.

(3) ALPA, Guido, *Diritto privato dei consumi*, Ed. Il Mulino, Bolonia, 1986, p. 123.

(4) FERNÁNDEZ NOVOA, Carlos, «La interpretación jurídica de las expresiones publicitarias», en *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 107, 1968, p. 14; CUESTA RUTE, José María de la, *Lecciones de Derecho de la publicidad*, Ed. Universidad Complutense, Madrid, 1985, pp. 32 y s.

(5) La exigencia de que la información sea veraz permite reprimir las expresiones publicitarias que incluyen alegaciones falsas, suponiendo, de este modo, un abuso de la asimetría en la información entre anunciante y receptor del mensaje comercial. Sobre este particular, MORALES MORENO, Antonio Manuel, «Información publicitaria y protección del consumidor: Reflexiones sobre el art. 8 de la LGCU», en *Homenaje a Juan Berchmans Vallet de Goytisolo*, vol. VIII, Ed. Consejo General del Notariado, Madrid, 1988, p. 680.

(6) TATO PLAZA, Anxo, «La explotación publicitaria de los sentimientos y el derecho de la competencia desleal: El *caso Benetton*», en *Derecho de los Negocios*, núm. 44, 1994, pp. 13-17.

(7) La parcela informativa de la publicidad, aunque sea mínima, debe reconocerse.

(8) BEATER, Axel, «Zum Verhältnis von europäischen und nationnalen Wettbewerbsrecht (Überlegungen am beispiel des schutzes vor irreführender werbung und des verbraucherbegriffs)», en *GRUR Int.*, s/n, 2000, pp. 965-966; SPANG, Kurt, *Persuasión: Fundamentos de retórica*, Ed. Eunsa, Pamplona, 2005, pp. 167-168.

(9) BASSAT, Luis, *El libro rojo de la publicidad*, Ed. Planeta, Barcelona, 2003, p. 50.

(10) BODEWIG, Theo, «Electronischer Geschäftsverkehr und Unlauterer Wettbewerb», en *GRUR Int.*, 2000, p. 476, considera que se trata de una aportación de dudosa eficacia.

(11) Dicho concepto de *comunicación comercial* es objeto de reiteración, en lo sustancial, en el art. 2, letra a), de la Propuesta de Reglamento Europeo, de 4 de octubre de 2001, relativo a las promociones de ventas en el mercado interior.

(12) El recurso a la expresión «toda forma de comunicación» constituye un claro acierto. En efecto, las nuevas técnicas de comunicación —que, en el espacio digital, avanzan a un ritmo imparable—, dan lugar a nuevos formatos publicitarios.

(13) Debe advertirse que el concepto *comunicación comercial* presente en la normativa mencionada coincide, de manera sustancial, con el art. 2 de la Directiva europea 2000/31/CE, de 8 de junio, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular, el comercio electrónico en el mercado interior, así como con la definición ofrecida al respecto por el Libro Verde de la Comisión Europea sobre las comunicaciones comerciales en el mercado interior.

(14) La primera norma española que delimitó este tipo de publicidad presentaba carácter autonómico. Se trata del art. 1.3, letra e), de la Ley española 5/1997, de 8 de julio, por la que se regula la publicidad dinámica en las Islas Baleares, que la definió como aquella actividad consistente en «el envío de mensajes publicitarios mediante comunicación telefónica, por fax o a través del llamado *correo electrónico*».

(15) Cabe, entre otras muchas, destacar la Ley española 34/1988, de 11 de noviembre, general de publicidad; la Ley española 3/1991, de 10 de enero, de competencia desleal; la Ley española 7/1996, de 15 de enero, de ordenación del comercio mino-

rista; el Real Decreto Legislativo español 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias —especialmente significativo, a nuestros efectos, resulta el art. 19.1—, y por último, la Ley española 7/2010, de 31 de marzo, general de la comunicación audiovisual.

(16) El *marketing* directo representa una de las actividades de comunicación de la empresa que mayor crecimiento ha protagonizado en los últimos años.

(17) Algunas normas, dada la enorme amplitud del concepto *publicidad*, facilitan la aplicación de su articulado a esta modalidad publicitaria. Así, por ejemplo, el art. 2, letra f), del Convenio Europeo sobre Televisión Transfronteriza, de 5 de mayo de 1989, y el art. 3, letra c), de la Ley española 25/1994, de 12 de julio, que incorpora la Directiva de televisión sin fronteras. Por otro lado, debemos señalar que la publicidad institucional está regulada por la Ley española 29/2005, de 29 de diciembre, de publicidad y comunicación institucional, que establece el marco normativo en que deben desarrollarse las campañas institucionales promovidas o contratadas por la Administración General del Estado y por las demás entidades integrantes del sector público estatal. También debemos mencionar la Ley española 7/2003, de 20 de marzo, de publicidad institucional de la Comunidad Valenciana; la Ley española 16/2003, de 24 de marzo, de publicidad institucional de Aragón; la Ley española 6/2006, de 20 de junio, de comunicación y publicidad institucionales de Asturias, y la Ley española 18/2000, de 29 de diciembre, de publicidad institucional de Cataluña.

(18) A este respecto, la Exposición de Motivos de la LSSI-CE alude a diversas ventajas, cual la mejora de la eficiencia de las empresas, el aumento de las posibilidades de elección de los usuarios y —¿qué duda cabe?— la aparición de nuevas fuentes de empleo.

(19) Nos encontramos ante una manifestación de la denominada *glocalización* —pensar globalmente, actuar localmente. Constituye una especie de variante más compleja de la globalización, porque aúna los términos *globalización* y *localización*.

(20) El *marketing* relacional —que constituye una interacción entre el *marketing* tradicional y las relaciones públicas— se fundamenta en lograr la fidelización del cliente. Todo ello en virtud del conocimiento de la persona, tratando a cada cliente como único y pretendiendo, en cualquier caso, que este se perciba, en el plano práctico, como tal. Tal extremo determina que las empresas se vean obligadas a obtener la mayor cantidad posible de información de carácter personal.

(21) PEPPERS, Don; ROGERS, Martha, *The one to one manager*, Ed. Doubleday, Nueva York, 1999, p. 22.

(22) El pasado 8 de junio de 2011 se aprobó, en la sesión plenaria del Senado español, una iniciativa del Partido Popular por la que se insta al Gobierno español a promover medidas que garanticen la veracidad en la información publicitaria, tal y como recoge la Directiva del Parlamento Europeo relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores. Cabe destacar que una senadora del Grupo Parlamentario Socialista español, Maestre Martín de Almagro, hizo, en el transcurso de los debates, una referencia a los sistemas de autorregulación, calificándolos como mecanismos útiles, eficaces y necesarios que complementan los instrumentos legales, y citando, como paradigmático ejemplo, el acuerdo firmado en el año 2007 para el fomento de la autorregulación de la actividad publicitaria del Instituto Nacional de Consumo y Autocontrol.

(23) STJCE de 16 de enero de 1992 (Nissan, Asunto C-373/90).

(24) La noción de *consumidor medio* empleada por el TJCE ha tenido una gran acogida en la jurisprudencia española.

(25) También se recomienda la lectura de la STJCE de 13 de enero de 2000 (Estée Lauder, Asunto C-220/98).

(26) Las SSTJCE sobre Google —asuntos acumulados C-236/08 a C-238/08, STJCE de 23 de marzo de 2010— y BergSprechte —Asunto C-278/08, STJCE de 25 de marzo de 2010— definen al «usuario de Internet normalmente informado y razonablemente atento» como el consumidor de Internet estándar.

(27) No obstante, se muestra crítico con esta decisión RUIZ PERIS, Juan Ignacio, «La reforma de la cláusula general de la Ley de Competencia Desleal», en RUIZ PERIS, Juan Ignacio [dir.], *La reforma de la Ley de Competencia Desleal: Estudios sobre la Ley 29/2009, de 30 de diciembre, por la que se modifica el régimen legal de la competencia desleal y de la publicidad para la mejora de la protección de los consumidores y usuarios*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 59. Tal autor determina que la escasa técnica legislativa de la Directiva y de la LCD implica el sinsentido de que se limiten las posibilidades de protección del grupo que se pretende proteger en mayor medida. Es decir, al cambiar el estándar de consumidor medio por el del miembro medio de un grupo de consumidores especialmente vulnerables se protege, en mayor medida, a estos. Ahora bien, al establecer que la distorsión sea previsible para el empresario o profesional autor del comportamiento —lo que, en cierta forma, equivaldría a una suerte de dolo eventual—, se reduciría sustancialmente la protección.

(28) TATO PLAZA, Anxo; FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO, Pablo; HERRERA PETRUS, Christian, *La reforma de la Ley de Competencia Desleal*, Ed. La Ley, Madrid, 2010, p. 113.

(29) Así, por ejemplo, en el caso de los menores de edad, dada la especial credulidad de los mismos, el anunciante deberá describir, con claridad y fidelidad, las características y prestaciones de los bienes y/o servicios. Con carácter adicional, para no distorsionar los verdaderos extremos del producto anunciado, habrá de ofrecer información complementaria.

(30) Un grupo de casos respecto a los que puede afirmarse su carácter engañoso, que no analizaremos en profundidad, pero al que cabe referirse, es el de las ofertas vacías en la red. Podemos afirmar que nos encontramos ante las mismas cuando en la publicidad virtual se promociona un bien y/o servicio que no está en el mercado o se difunde electrónicamente una determinada oferta a la que los consumidores y/o usuarios no pueden acceder. En estos supuestos, el riesgo de inducción a error es obvio. De hecho, se generan expectativas razonables en un consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, de poder acceder en el mercado a dicho bien y/o servicio ofertado en la red. De esta manera, dado que dichos productos no están, en absoluto, disponibles en el mercado, las expectativas generadas por la publicidad virtual podrían verse sensiblemente afectadas.

(31) En cuanto a la jurisprudencia española que existe sobre la exageración publicitaria, cabe mencionar, entre otras, la STS de 24 de febrero de 1997 y la SAP de Madrid de 14 de diciembre de 2001.

(32) De hecho, podríamos manifestar que, en cualquier mensaje promocional, siempre hay cierto engaño, pues su finalidad es inducir la demanda de un producto y/o servicio.

(33) Tales supuestos han sido objeto de valoración por parte del Jurado de Autocontrol, organismo de control ejemplar en el seno de los sistemas de autorregulación

que existen en España. Así, la Resolución de 27 de mayo de 2004, en la que la Asociación de Usuarios de la Comunicación presentó una reclamación frente a un correo electrónico que, en principio, se consideraba enviado por Banesto. Posteriormente, se puso de relieve que estábamos ante un intento fraudulento de conocer las claves bancarias de sus destinatarios.

(34) Existen numerosas resoluciones que versan sobre tales prácticas. Así, entre otras, las SSAP de Burgos de 14 de diciembre de 2007 (JUR 2008/82074); el AAP de Guipúzcoa de 17 de junio de 2008 (JUR 2009/17663); el AAP de Guipúzcoa de 23 de junio de 2008 (JUR 2009/17222); la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Castellón de la Plana de 25 de junio de 2008 (AC 2008/1621); el AAP de Madrid de 24 de julio de 2008 (JUR 2009/82572); la SAN de 18 de febrero de 2009 (JUR 2009/109414); la SAP de Valladolid de 10 de marzo de 2009 (JUR 2009/141860); la SAP de Madrid de 7 de julio de 2009 (JUR 2009/363847); la SAP de Madrid de 8 de septiembre de 2009 (JUR 2009/429381); el AAP de Madrid de 29 de septiembre de 2009 (JUR 2010/11289); la SAP de Barcelona de 23 de octubre de 2009 (ARP 2010/160); el AAP de Las Palmas de 22 de diciembre de 2009 (JUR 2010/170431); el AAP de Barcelona de 2 de marzo de 2010 (JUR 2010/166196); la SAP de Valladolid de 10 de marzo de 2010 (AC 2010/368); el AAP de Madrid de 10 de mayo de 2010 (JUR 2010/252644); el AAP de Madrid de 19 de abril de 2010 (JUR 2010/233349); la SAP de Valladolid de 21 de junio de 2010 (ARP 2010/766); la SAP de Madrid de 29 de julio de 2010 (ARP 2010/1105), y el ATS de 28 de septiembre de 2010 (JUR 2010/348003).

(35) La banca electrónica se desarrolla en el marco del comercio electrónico. Se trata de un comercio electrónico directo, en lo esencial, puesto que las entidades de crédito prestan sus servicios directamente a través de la red: asumen obligaciones dinerarias, realizan pagos y cobros que pueden liquidarse electrónicamente mediante la compensación de saldos con clientes de otras entidades de crédito. Para ello, utilizan redes cerradas para asumir compromisos en firme frente a terceros en forma de garantías, créditos documentarios o transferencias —sistemas SWIFT—, en un volumen de negocio que alcanza cantidades astronómicas. Pero también comercializan, de forma creciente, servicios bancarios en abierto, a través de Internet, tanto con consumidores como con otro tipo de clientes.

(36) Normalmente, los correos electrónicos fraudulentos justifican la petición de las claves electrónicas por motivos de seguridad, mantenimiento, mejora en el servicio y confirmación de identidad. Asimismo, suelen incentivar la introducción de las claves de sus destinatarios con mensajes que indican que, de no efectuarse, la cuenta del titular será suspendida.

(37) Se trata de una técnica que se sirve de la ingeniería social, por lo que su éxito está limitado. Esta última consiste en la manipulación de las personas para que realicen actos que, en otras circunstancias, no efectuarían. En el caso que sometemos a examen: claves personales necesarias para el uso de la banca electrónica.

(38) La dirección IP se encuentra constituida por números y no por letras. Su formato es del tipo: 000.000.000.000. Está formada por cuatro cifras decimales —de 0 a 255— separadas por puntos. Ahora bien, dado que tales secuencias de números resultan difíciles de recordar, el usuario introduce una dirección integrada por letras y, en su caso, números.

(39) Así, por ejemplo, cuando se teclea la dirección electrónica de una determinada entidad financiera, se envía el nombre tecleado a un servidor DNS. Este último dispone de un registro que administra tales nombres, otorgándoles la secuencia numérica, para, de este modo, conducir al usuario al sitio web deseado.

(40) Existen diversas modalidades de *pharming*. Hay una particularmente efectiva, que es la que se realiza a nivel local, es decir, individualmente o en cada equipo. Para ello, únicamente debe modificarse un archivo denominado HOSTS, que incluye todo ordenador que funcione bajo el sistema operativo Windows y, además, haga uso del navegador Internet Explorer. El mencionado fichero actúa de manera que no resulta necesario acceder al servidor DNS para visionar el sitio web deseado, ya que almacena una tabla con las direcciones de servidores e IP que más utiliza el usuario. Tal fichero se puede modificar remotamente o a través de virus. Los ataques mediante virus, como los troyanos, se difunden a través de códigos, como JavaScript o VisualScript, Actives, HTML o PHP, entre otros, desde páginas web, programas de intercambio, de mensajería instantánea, correos electrónicos y otros medios que modifican la configuración del ordenador de la víctima para captar la información —como las operaciones bancarias en línea—, residiendo, de forma oculta, en los ordenadores que logran «infectar», y activándose cuando el usuario visita determinados sitios web de bancos, capturando entonces las claves de acceso e incluso las pantallas para conocer el estado de las cuentas corrientes.

(41) Cuando la publicidad tenga transcendencia contractual, su carácter fraudulento podrá conducir a la celebración de un contrato viciado por parte del consumidor. Según su relevancia, el consumidor podrá entablar una acción de cumplimiento demandando las prestaciones y/o condiciones presentes en la publicidad. Asimismo, podrá dar lugar a la resolución del contrato cuando se trate de un incumplimiento de carácter grave, junto con la acción de resarcimiento de daños y perjuicios que se hubiesen causado por la falta de cumplimiento. De igual modo, si la publicidad se hubiera dado al inicio de tratos preliminares sin llegar a la conclusión del contrato, el perjudicado podría ejercitar una acción por responsabilidad contractual, o *culpa in contrahendo*, que permitirá que el consumidor pueda demandar los gastos ocasionados por la no celebración del contrato. Por otro lado, la LGP permite que se ejerciten las acciones de cesación o rectificación para salvaguardar el principio de veracidad de los consumidores ante una información distorsionada o inexacta.

(42) A este respecto, deben tenerse en consideración los arts. 48 a 52 TRLGDCU.

(43) Los *banners* representan la publicidad exterior de la aldea global. Además de comunicar un mensaje, posibilitan el acceso directo del usuario a ulterior información sobre el producto o la empresa promocionados.

(44) La calificación de un mensaje como engañoso demanda una delicada tarea interpretativa. Así, debe indagarse cuál es el significado preciso que el público atribuye al mensaje o práctica comercial y, posteriormente, verificar si dicho mensaje, como ha sido identificado por sus destinatarios, se corresponde con la realidad.

(45) Repárese que la Directiva europea de prácticas comerciales desleales se refiere a la inducción a error a los consumidores. Sin embargo, dado que la LCD opta por una tipificación única de los actos de engaño, alude a los destinatarios y, por consiguiente, no solo a los consumidores.

(46) Dicha influencia en el comportamiento económico de los consumidores genera, de manera indirecta, una lesión en los intereses de los competidores cuyos productos no son elegidos por sus destinatarios, como consecuencia del engaño, con la distorsión de las más elementales reglas de juego concurrencial en el mer-

cado, en cuanto escenario económico en el que estos sujetos se desenvuelven.

(47) Sobre este particular, la Resolución del Jurado de Autocontrol de la Publicidad de 30 de septiembre de 2010 —órgano de control modélico en el ámbito de la autorregulación promocional en España—, *caso Jazz Telecom, S. A. U. vs. Vodafone España, S. A., «Con Vodafone, tu casa es más casa»*. Se trata de una reclamación presentada por Jazz Telecom, S. A. U. contra una publicidad de la que es responsable Vodafone España, S. A. La publicidad objeto de controversia en Internet proviene de *http://www.vodafone.es*, en la que consta el siguiente *banner*: «Vodafone ADSL. 4,90 €/mes para siempre con tu Tarifa Plana de Voz Móvil. Descúbrelo». Dicho *banner* redirige al usuario a otra pantalla en la que consta el siguiente *banner*: «Con Vodafone ADSL, tu casa es más casa. Llévate Vodafone ADSL por 4,90 €/mes para siempre con tu Tarifa Plana de Voz». En el margen inferior izquierdo, aparece la siguiente indicación: «Tarifa Plana en ADSL + llamadas a fijos + llamadas a móviles. Contrátalo ahora». El Jurado consideró que la expresión «Vodafone ADSL 4,90 €/mes para siempre con tu Tarifa Plana de Voz Móvil» infringía la norma 14 del Código de Conducta, así como el art. 3.1 del Código Ético de Confianza Online —que son dos manifestaciones de la autorregulación acontecidas en España—, en la medida en que era susceptible de generar falsas expectativas entre el público de los consumidores. El Jurado se pronunció en el sentido de que, si lo que se pretendía transmitir era el mensaje según el cual la aplicación del precio promocionado quedaba condicionado a la contratación (previa o simultánea) de una tarifa plana de voz, el anunciante debería haber optado por una expresión publicitaria que transmitiera este mensaje de forma más inequívoca y sin posibles ambigüedades.

(48) Debe, asimismo, advertirse que ciertos códigos de conducta publicitarios tipifican, de forma expresa, esta manera. En este sentido, el art. 26 del Código de Conducta Publicitaria de Autocontrol de la Publicidad dispone que «*nadie puede sugerir, en su publicidad, que su producto o servicio posee características particulares, cuando estas sean comunes entre los productos o servicios similares*». Tal norma fue objeto de invocación en diversas resoluciones del Jurado de Autocontrol. Así, entre otras, las siguientes: Resolución de 23 de febrero de 2000, *caso Simón Life «sin cafeína»*; Resolución de 14 de diciembre de 2006, *caso Panrico S. L. U. vs. Bimbo S. A. U. «Hidratos de carbono graduales»*; Resolución de 31 de agosto de 2009, *caso Lo Monaco Hogar, S. L. vs. Centros Comerciales Carrefour, S. A. «Pikolín viscolátex»*.

(49) Resulta, a este respecto, interesante la STJCE de 12 de mayo de 2011, correspondiente a la cuestión prejudicial planteada por el Marknadsdomstolen (Suecia) (Asunto C-122/10). Este presentó dicha cuestión en el marco de un litigio entre el Konsumentombudsmannen —defensor del consumidor— y Ving Sverige AB, una agencia de viajes combinados, venta de billetes de avión y reservas de hotel. El Tribunal comunitario determina que las prácticas comerciales incluidas en el art. 7, apdo. 4, de la Directiva europea 2005/29 requieren una apreciación casuística. Es por ello que puede bastar con indicar determinadas características del producto, si el comerciante remite a su sitio en Internet, siempre que este contenga información esencial. Y añade que la mera indicación de un precio de partida en una invitación a comprar no puede considerarse *per se* constitutiva de una omisión engañosa, siempre que ambos extremos permitan al consumidor tomar una decisión con conocimiento de causa, cuestión que corresponde examinar al órgano jurisdiccional remitente. Además, debe tomarse en consideración si el comerciante ha adoptado medidas para que las informaciones estén a disposición del consumidor.

(50) Repárese, en cualquier caso, en que no nos encontraremos ante tal supuesto cuando las empresas automovilísticas que efectúen ciertos anuncios en la red no incluyan datos sobre las emisiones —a diferencia de lo que acontece en otros medios en los que sí sería preceptivo. En efecto, el Real Decreto español 837/2002, de 2 de agosto, por el que se regula la información relativa al consumo de combustible y a las emisiones de CO_2 de los turismos nuevos que se pongan a la venta o se ofrezcan en arrendamiento financiero en territorio español, dispone que los impresos de promoción deberán incluir los datos del consumo oficial de combustible y de las emisiones específicas oficiales de CO_2 de los vehículos a que se refieran, y que esta información deberá, como mínimo, ser de fácil lectura y, al menos, tan visible como la información principal que se recoge en los impresos de promoción, además de ser fácilmente comprensible. La norma precisa qué se entiende por «*impresos de promoción*»: los manuales técnicos, los folletos, los anuncios en periódicos, las revistas, la prensa especializada y los carteles. Del citado Real Decreto, se desprende que la obligación de dejar claras las emisiones de un vehículo en su publicidad no resulta aplicable a Internet.

(51) El uso de expresiones publicitarias ambiguas puede —¿qué duda cabe?— inducir a error a sus destinatarios. Cuando una expresión presenta varios significados y en alguno de ellos la expresión publicitaria no es veraz, el anuncio podrá ser reputado engañoso. En efecto, existe el riesgo de que el consumidor y/o usuario interprete el mensaje en un sentido que no se corresponda con la realidad.

(52) Así, por ejemplo, entendemos que la omisión podría dar lugar a error cuando existiera un vínculo comercial permanente y estable entre las partes y, sin advertirse, tuviera lugar un cambio relevante respecto a la situación inmediatamente anterior. El consumidor y/o usuario puede considerar que las condiciones del producto y/o servicio continúan igual que en el pasado, pues puede no habérsele comunicado ni tener elementos de juicio para ello, por lo que la omisión de datos relevantes, que son aquellos que motivan la decisión de compra, podrá considerarse, como decimos, un acto de engaño.

(53) Para que nos encontremos ante una omisión engañosa, será necesario que se omitan datos sobre extremos tan relevantes que determinen que el consumidor tenga una imagen distorsionada de la realidad.

(54) Es el supuesto que se planteó en la Resolución del Jurado de Autocontrol de la Publicidad de 20 de abril de 2010, *caso particular vs. Interactive 3G S. L. «MYBYP.NET»*. En la misma, se resolvió la reclamación presentada por un particular contra una publicidad difundida a través de Internet —en concreto, en un *banner* lateral de la red social Facebook— de la que era responsable Interactive 3G, S. L. El anuncio incluía la frase «Consigue el nuevo iPhone 3GS. ¡Solo tienes que elegir el color!». Mediante un *link*, se accedía al sitio web *http://www.mybip.net*, en el que se insertaba la imagen de un iPhone 3GS y, junto a él, la alegación «Juega, suscríbete y podrás ganar un iPhone 3GS» —en letras destacadas—, más la información «iPhone 3GS. 3 Megapíxeles». El anuncio, por su específica configuración, establecía una clara, directa e inequívoca vinculación entre la participación en el sorteo y la suscripción de los servicios promocionados —«Juega, suscríbete y podrás ganar un iPhone 3GS»—, de lo que un consumidor medio normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz comprenderá sin dificultad alguna que la participación en el sorteo

del terminal promocionado está supeditada a la contratación de un servicio de suscripción de pago —durante al menos treinta días—, cuya definitiva activación conllevaría, en cualquier caso, la previa aceptación de los términos y condiciones indicados en la publicidad.

(55) En cuanto a la utilización de números de teléfono de tarificación adicional, este medio de pago tiene su regulación en el art. 10.3 LSSI-CE. El procedimiento consiste en que el usuario se descarga un determinado programa que debe ejecutarse cada vez que se vaya a acceder al servicio y durante el lapso de tiempo que dure el acceso al mismo. El programa que comentamos se encarga de establecer una conexión a Internet en virtud de un número de teléfono de tarificación adicional, produciéndose con ello el cargo adicional. La LSSI-CE dispone que la descarga de programas que sirvan para estos fines debe efectuarse previo consentimiento informado y expreso del usuario. En este sentido, el empresario debe, como mínimo, prestar la siguiente información: «*Las características del servicio que se va a proporcionar; las funciones que efectuarán los programas informáticos que se descarguen, incluyendo el número telefónico que se marcará; el procedimiento para dar fin a la conexión de tarificación adicional, incluyendo una explicación del momento concreto en que se producirá dicho fin, y el procedimiento necesario para restablecer el número de conexión previo a la conexión de tarificación adicional*».

(56) Nos encontramos ante una materia extraordinariamente relacionada con el principio de autenticidad. Con la implantación del mismo, precisamente, se pretende evitar el error del público sobre la configuración externa con la que se revisten las expresiones publicitarias. Está, en todo caso, muy vinculado con el principio de veracidad, que lucha contra el engaño.

(57) Como pone de relieve la Resolución del Jurado de la Publicidad de 11 de febrero de 2010, *caso Boehringer Ingelheim, S. A. vs. Labos. Almirall, S. A. «Eklira®»*, para que la información, aparentemente informativa, pueda encajar en el ámbito de la publicidad encubierta, sería preciso que se pudiesen detectar indicios que permitiesen afirmar que con la publicación del artículo se perseguía una finalidad promocional.

(58) Aunque parezca obvio, ha de repararse en que la mera posibilidad de que el mensaje se perciba de manera consciente a través de los sentidos excluye su calificación como *publicidad subliminal*.

(59) Repárese en que los sistemas de autorregulación ideados en materia publicitaria en España han tenido ocasión de pronunciarse sobre esta interesante cuestión. Así, el Jurado de la Publicidad se ha ocupado sobre esta modalidad, entre otras, en la Resolución de 9 de febrero de 2005, *caso Pfizer vs. Lilly «Cialis»*. Se trataba de un mensaje publicitario que, vulnerando el principio de autenticidad, se presentaba bajo la apariencia de una noticia periodística.

(60) Tal precepto, al exigir la identificabilidad de la publicidad, no impone un nuevo deber para este nuevo medio de difusión de la publicidad —Internet—, ya que reitera la prohibición de la publicidad encubierta.

(61) De hecho, la Resolución del Jurado de la Publicidad de 17 de diciembre de 1996, *caso FACUA-CECU vs. Merck Farma y Química, S. A. «Biomanán, especial fibra»*, se posicionó a favor del carácter inequívocamente publicitario del material analizado por la mención de los términos *publiinformación* o *publirreportaje*, que, empleados en el contexto adecuado, diluían la impresión de ser una noticia real. *A contrario sensu*, si en la difusión del publirreportaje no se hubiera producido su identificación, por no haberse adoptado las medidas suficientes, estaríamos ante publicidad encubierta.

(62) A este tipo de publicidad, en el Derecho italiano, se le denomina *publicidad redaccional*, ya que el mensaje publicitario se presenta exteriormente como un artículo o una noticia que, aparentemente, procede de la iniciativa de un determinado periodista.

(63) En cualquier caso, debe precisarse que la falta de remuneración no puede excluir el carácter intencional de una publicidad encubierta. La STJUE de 9 de junio de 2011 trae causa en una cuestión prejudicial planteada por el Symvoulio tis Epikrateias —Consejo de Estado de Grecia—, que tenía por objeto la interpretación del art. 1 de la Directiva 89/552, relativa a la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados Miembros sobre el ejercicio de actividades de radiodifusión televisiva, y había sido planteada en el marco de un litigio contra un canal de televisión que presentó un tratamiento dental estético durante una emisión en 2003. Pues bien, en su Sentencia, el TJUE ha señalado que del apartado d) del art. 1 de la Directiva europea 89/552 del Consejo, de 3 de octubre de 1989, sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados Miembros relativas al ejercicio de actividades de radiodifusión televisiva, en su versión modificada por el art. 1, letra c), de la Directiva 97/36/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, se desprende que la publicidad encubierta es aquella que se hace de manera intencionada, por parte de un organismo de radiodifusión televisiva, con un propósito publicitario. No obstante, señala el Tribunal, esta disposición no puede ser objeto de una interpretación estricta, según la cual tal presentación únicamente puede considerarse intencionada si se hace a cambio de una remuneración o de un pago similar. Así, concluye señalando que el citado artículo debe interpretarse en el sentido de que la existencia de una remuneración o de un pago similar no constituye un elemento necesario para poder determinar el carácter intencional de una publicidad encubierta.

(64) Interesa reseñar que la persecución de las conductas atentatorias contra los intereses de los consumidores, que disciplina la norma comunitaria que examinamos, se efectuó mucho antes en los Estados Unidos.

(65) No obstante, el comentario interesado de un bloguero a favor de un producto puede ser considerado publicidad, especialmente si el fabricante tiene el control sobre el mensaje y este induce a los lectores a la adquisición de dicho producto.

(66) En este sentido, dispone el art. 27.5 LCD que «*se consideran desleales por engañosas las prácticas que afirmen de forma fraudulenta o creen la impresión falsa de que un empresario o profesional no actúa en el marco de su actividad empresarial o profesional, o presentarse de forma fraudulenta como un consumidor o usuario*». A nuestros efectos, resulta especialmente significativa la segunda conducta. En tal supuesto, el empresario oculta su verdadera naturaleza, haciendo creer al consumidor y/o usuario que, no siendo cierto, ostenta su misma condición. En la actualidad, están proliferando los casos en que ciertos operadores de empresas financian, directa o indirectamente, acciones que favorezcan la difusión de mensajes o comentarios realizados de forma electrónica sobre productos y servicios que parezcan emanar de los propios consumidores.

(67) Nos encontramos ante un extremo sobre el que, en el espacio norteamericano, en diciembre de 2009, se pronunció la Federal Trade Commission. A tal efecto, elaboró una suerte de guía, que lleva por rúbrica *Guides concerning the use of endorsements and testimonials in advertising*, en la que aborda con profusión el asunto que examinamos.

A propósito de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de marzo de 2013

José-Javier Cuevas Castaño
Notario jubilado

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN
II. PRIMERA DE LAS CUESTIONES
III. SEGUNDA DE LAS CUESTIONES
IV. CUARTA Y QUINTA CUESTIONES
V. CONCLUSIÓN

I. INTRODUCCIÓN

La Sentencia se refiere al mismo caso (Asunto C-415/11) planteado por el Juzgado Mercantil n.º 3 de Barcelona en el que la Abogada General, Sra. Juliane Kokott, formuló unas conclusiones que ahora son seguidas sustancialmente por el Tribunal, cuya doctrina podría resumirse diciendo que se acogen las pretensiones del consumidor-deudor hipotecario respecto a las facultades del Juez para determinar, incluso de oficio, el carácter abusivo de cláusulas utilizadas en la contratación con consumidores, a las que resultaría plenamente aplicable la Directiva 93/13.

Con esta Sentencia, el Tribunal sigue la pauta que ya había marcado en otra anterior, de 14 de junio de 2012, en la que ya se afirmaba con toda rotundidad que «*las cláusulas abusivas no vincularán al consumidor*»

y que «***el Juez nacional debe apreciar de oficio el carácter abusivo de una cláusula contractual y, de este modo, subsanar el desequilibrio que existe entre el consumidor y el profesional***».

El Juez nacional debe apreciar de oficio el carácter abusivo de una cláusula contractual y, de este modo, subsanar el desequilibrio que existe entre el consumidor y el profesional

II. PRIMERA DE LAS CUESTIONES

La nueva Sentencia resuelve, en primer lugar, la situación que se plantea en el sistema procesal español, donde se *prohibe al Juez* que conoce de un proceso declarativo vinculado al procedimiento de ejecución hipotecaria *adoptar medidas cautelares que garanticen la plena eficacia de su decisión final*, y no solo cuando aprecie el carácter abusivo, con arreglo al artículo 6 de la Directiva, de una cláusula contenida en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, sino también cuando compruebe que esa cláusula resulta contraria a las normas nacionales, *lo que le corresponde a él verificar*.

Sobre este punto, el Tribunal declara que **un régimen procesal de este tipo puede menoscabar la efectividad de la protección que pretende garantizar la Directiva**, por lo que tal régimen es opuesto a la Directiva 93/13 del Consejo, de 5 de abril de 1993, lo que, sin duda, obligará a un replanteamiento radical de los procedimientos ejecutivos de nuestro sistema procesal, con la ineludible consecuencia de tener que prescindir del *numerus clausus* de las causas de oposición, lo que significará una modificación sustancial de los artículos 695 y s. LEC, reguladores de la oposición a la ejecución sobre bienes hipotecados o pignorados. La Sentencia ha hecho saltar por los aires lo que constituía la esencia y razón de ser del procedimiento ejecutivo, que hoy por hoy se condensa en el párrafo primero del artículo 698, conforme al cual «*cualquier reclamación que el deudor, el tercer poseedor y cualquier interesado puedan formular y que no se halle comprendida en los artículos anteriores, incluso las que versen sobre* **nulidad del título** *o sobre el* **vencimiento, certeza, extinción o cuantía de la deuda**, *se ventilarán en el juicio que corresponda,* ***sin producir nunca el efecto de suspender ni entorpecer el procedimiento que se establece en el presente capítulo***».

El Tribunal, al pronunciarse sobre la primera de las cuestiones planteadas, posibilita que un Juez, aun cuando esté conociendo de un procedimiento declarativo por alguna de las causas enumeradas en el transcrito párrafo del artículo 698, pueda adoptar medidas que eviten que el ejecutivo siga su curso inexorable y produzca efectos que serían inamovibles aun cuando prosperase la reclamación del deudor, el tercer poseedor u otro interesado deducida en el juicio declarativo que corresponda.

III. SEGUNDA DE LAS CUESTIONES

A continuación, y como segunda de las cuestiones planteadas, se ocupa el Tribunal de la cláusula de vencimiento anticipado de los contratos por el incumplimiento de alguno de los pagos previstos.

Se trata, en definitiva, de determinar si es o no contraria a la invocada Directiva la cláusula de vencimiento anticipado del préstamo por impago de alguna de las cuotas periódicas. A propósito de esta materia, debemos recordar que, si bien en la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de marzo de 1999 (anterior a la vigente LEC), se declaró nula la cláusula de vencimiento anticipado del préstamo por impago de alguna cuota, tal doctrina fue reiterada y radicalmente rechazada en sentencias del propio Tribunal Supremo de 9 de marzo de 2001, de 4 de junio de 2008, de 12 de diciembre de 2008 (acción de cesación instada por una asociación de consumidores) y de 17 de febrero de 2011.

Conviene también recordar que en la LEC esta posibilidad está hoy expresamente admitida (artículo 693.2), aunque, en la realidad, ese vencimiento total anticipado es *más aparente que real*, pues el mismo artículo 693 contempla la «resurrección» del préstamo vencido y la recuperación por parte del deudor del beneficio del plazo en los supuestos de enervación de la acción hipotecaria, en los cuales se consignan las cantidades vencidas y las que *vayan venciendo*, pero no el total del préstamo (que es lo que, con la expresión «*íntegramente*», contempla, para supuestos distintos de los del 693, el artículo 650.5). Es precisamente ese carácter relativo o meramente aparente

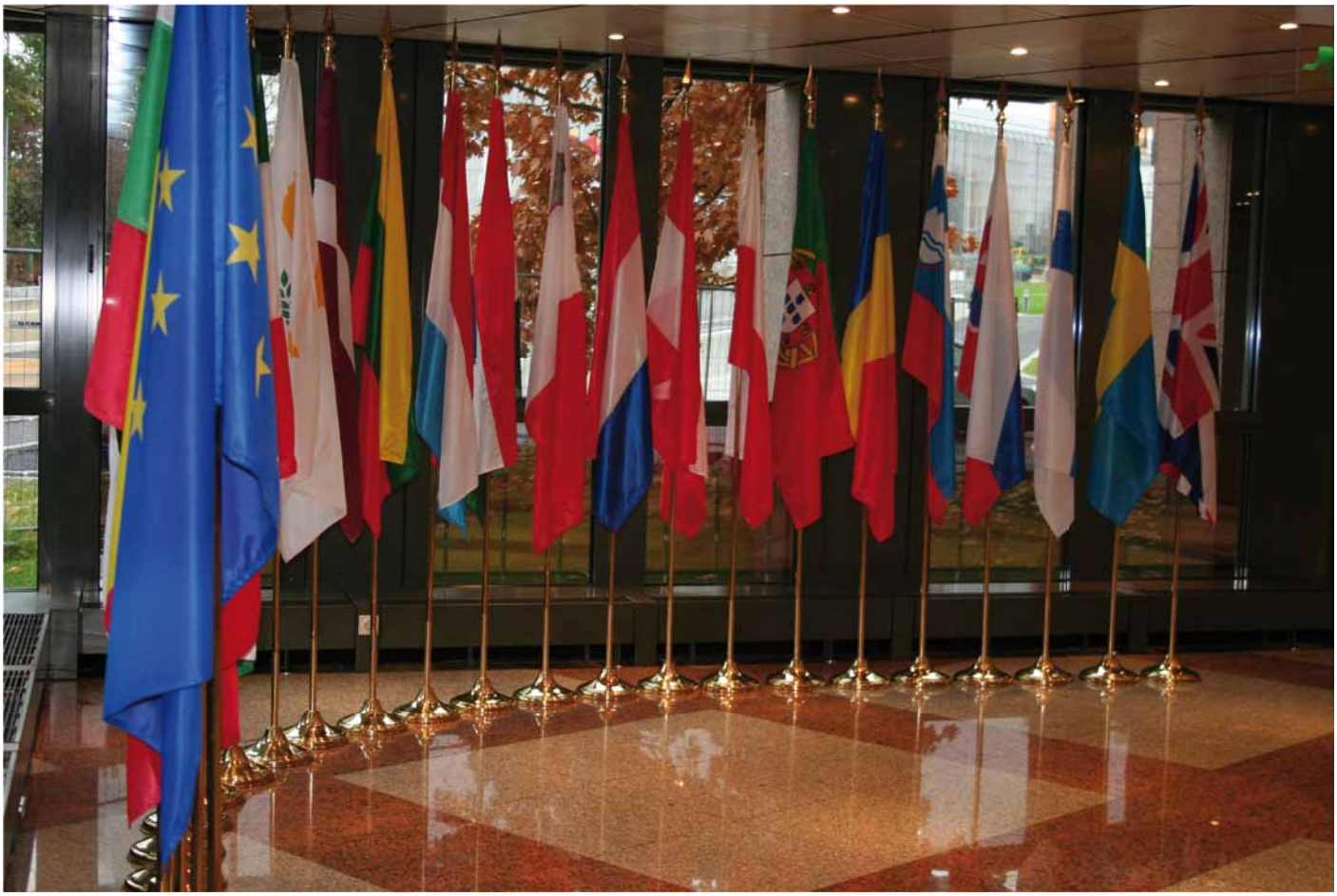
FICHA TÉCNICA

Resumen: Comentario sobre la importante Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de marzo de 2013, sobre la acogida de las pretensiones del consumidor-deudor hipotecario respecto a las facultades del Juez para determinar, incluso de oficio, el carácter abusivo de cláusulas utilizadas en la contratación con consumidores, a las que resultaría plenamente aplicable la Directiva 93/13. Con esta Sentencia, el Tribunal sigue la pauta que ya había marcado en otra anterior, de 14 de junio de 2012, en la que ya se afirmaba con toda rotundidad que «las cláusulas abusivas no vincularán al consumidor» y que «el Juez nacional debe apreciar de oficio el carácter abusivo de una cláusula contractual y, de este modo, subsanar el desequilibrio que existe entre el consumidor y el profesional».

Palabras clave: Deudor hipotecario, facultades del Juez, consumidores, Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Tribunal Supremo.

Abstract: Commentary on the important Judgment of the Court of Justice of the European Union of 14 March 2013 on the success of the arguments of the consumer-mortgagor with regard to the powers of the court to determine, including of its own motion, the unfair nature of terms used in consumer contracts, to which the provisions of Directive 93/13 would be fully applicable. With this Judgment, the Court follows the reasoning established in a previous judgment of 14 June 2012, in which it had been held that «unfair terms shall not be binding on consumers», and that «the national court is required to examine, of its own motion, the unfairness of a contractual term, thereby overcoming the imbalance that exists between the consumer and the professional».

Keywords: Mortgagor, powers of the Court, consumers, Court of Justice of the European Union, Supreme Court.



del vencimiento total anticipado un valioso argumento que ha sido utilizado, y nosotros compartimos, para postular que los intereses de demora no deberían aplicarse sobre el total debido, sino únicamente sobre la cuota impagada y las que vayan venciendo y vayan quedando también impagadas.

> Es el carácter aparente del vencimiento total anticipado un valioso argumento para postular que los intereses de demora no deberían aplicarse sobre el total debido, sino únicamente sobre la cuota impagada y las que vayan venciendo y vayan quedando también impagadas

En el informe de la Abogada General del Tribunal de Justicia de la Unión Europea se declaró válida la cláusula de vencimiento anticipado por impago de una de las 396 cuotas previstas en el caso planteado (C-415/11), diciendo que «*no cabe exigir al prestamista que siga cumpliendo el contrato*», aunque ello no fue obstáculo para reconocer a renglón seguido que ello *no impide que el posible carácter abusivo sea apreciado* **en cada caso concreto** *por el Juez nacional*.

En la Sentencia que nos ocupa se dice (punto 73), por lo que respecta a esta cláusula de vencimiento anticipado en contratos de larga duración, que «*corresponde al Juez remitente comprobar especialmente* [...] *si la facultad del profesional de dar por vencida anticipadamente la totalidad del préstamo depende de que el consumidor haya incumplido una* ***obligación que revista carácter esencial*** *en el marco de la relación contractual de que se trate, si esa facultad está prevista para los casos en los que el* ***incumplimiento tiene carácter suficientemente grave con respecto a la duración y a la cuantía del préstamo, si dicha facultad constituye una excepción con respecto a las normas aplicables en la materia y si el Derecho nacional prevé medios adecuados y eficaces que permitan al consumidor sujeto a la aplicación de esa cláusula poner remedio a los efectos del vencimiento anticipado del préstamo***».

IV. CUARTA Y QUINTA CUESTIONES

Por lo que se refiere al posible carácter abusivo de los intereses de demora, el citado informe de la Abogada General del Tribunal de Justicia de la Unión Europea admitía que el Juez nacional pudiese entrar a enjuiciar el carácter abusivo de cualquier cláusula y abordaba el tema de los posibles intereses de demora excesivos o abusivos (en el caso planteado, eran del 18,75 %), declarando que debe enjuiciarse el tema a partir de cuál sea en cada sistema jurídico la finalidad de los intereses de demora, ponderando si son meramente indemnizatorios o compensatorios o si también son disuasorios. Sobre esa finalidad, o esas finalidades,

y lo que los diferencia de los intereses remuneratorios, puede verse la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de marzo de 2007.

Además, decía la Abogada General que «*el órgano jurisdiccional debe examinar en particular en qué medida el tipo de interés se aparta del tipo de interés legal que a falta de pacto sería aplicable, y si no está en proporción con el objetivo del interés de demora*».

Siguiendo esas pautas, la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de marzo de 2013 (punto 74) dice que el Juez remitente deberá comprobar, en particular, por un lado, las normas nacionales aplicables entre las partes, en el supuesto de que no se hubiera estipulado ningún acuerdo en el contrato controvertido o en diferentes contratos de ese tipo celebrados con los consumidores, y por otro lado, el tipo de interés de demora fijado con respecto al tipo de interés legal, con el fin de verificar que es adecuado para garantizar la realización de los objetivos que este persigue en el Estado Miembro de que se trate y que no va más allá de lo necesario para alcanzarlos.

Recordemos a este respecto que ya en la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de junio de 2012, se reconocía al juez nacional la facultad de enjuiciar de oficio el carácter abusivo de cláusulas y, entre ellas la de intereses moratorios, pero sin que le sea dado el poder de integrar el contrato mediante la modificación de la cláusula abusiva (pues lo procedente es su nulidad, su ineficacia jurídica). La duda consistirá en saber si, declarada la nulidad de la cláusula por abusiva, podría aplicarse el artículo 1108 del Código Civil (interés legal).

> Para bien o para mal, el procedimiento ejecutivo, en cuanto procedimiento abreviado y contundente basado en la calidad del título y en una cognición extremadamente limitada, ha quedado absolutamente en entredicho, con heridas mortales de necesidad

Y en último lugar, aborda la Sentencia el tema de la **liquidación unilateral por el prestamista del importe de la deuda impagada**, cuestión que también traslada al ámbito competencial del Juez remitente, quien deberá determinar si tal cláusula supone una excepción a las normas aplicables a falta de acuerdo entre las partes, de manera que, a la vista de los medios procesales de que dispone, dificulta el acceso del consumidor a la Justicia y el ejercicio de su derecho de defensa.

V. CONCLUSIÓN

En resumen, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, como era previsible, pone en tela de juicio, al menos en lo que a consumidores se refiere, la viabilidad de nuestro sistema procesal en materia de juicios ejecutivos (no solo en los de ejecución hipotecaria), ampliando casi ilimitadamente las facultades del Juez hasta convertir tales juicios en verdaderos *juicios declarativos*, en los que las causas de oposición ya no constituirán *numerus clausus*, sino que serán admisibles y producirán sus efectos retardadores en tanto en cuanto tengan cobertura (¡o se la busquen!) en pretendidos o reales desequilibrios o abusos por parte del profesional que con el consumidor contrate. Para bien o para mal, entendemos que el ejecutivo, en cuanto procedimiento abreviado y contundente basado en la calidad del título y en una cognición extremadamente limitada, ha quedado absolutamente en entredicho, con heridas mortales de necesidad.

Decreto 141/2012, de 30 de octubre, por el que se regulan las condiciones mínimas de habitabilidad de las viviendas y la cédula de habitabilidad

Antonio ANGEL Longo MARTÍNEZ
Notario de Barcelona

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN
II. TIPOS DE CÉDULA
III. PROCEDIMIENTO

I. INTRODUCCIÓN

Conforme a lo previsto en su Disposición Final Segunda, en fecha 3 de noviembre pasado, es decir, al día siguiente de su publicación en el *Diari Oficial de la Generalitat*, entró en vigor el Decreto 141/2012, de 30 de octubre, por el que se regulan las condiciones mínimas de habitabilidad de las viviendas y la cédula de habitabilidad.

La Exposición de Motivos del Decreto señala como **OBJETO Y JUSTIFICACIÓN** del mismo el establecer las condiciones que tienen que reunir las viviendas con carácter de mínimos de habitabilidad, permitiendo así flexibilizar las exigencias reglamentarias, y adecuar las disposiciones al contexto actual. Esas exigencias reglamentarias venían contenidas en el Decreto 55/2009, de 7 de abril, que ahora se deroga, el cual fijó, dice el nuevo Decreto, unos elevados niveles de calidad que hay que respetar, si bien las medidas para la consecución de cualquier otro nivel superior de calidad al que ahora se regula con ese carácter de mínimos se deja para una regulación específica. En definitiva, por tanto, no se trata de un verdadero respeto jurídico, porque el anterior Decreto se deroga y en el nuevo se rebaja el nivel mínimo legal de calidad de las viviendas en términos de habitabilidad.

Así, comparando el art. 4, que establece el estándar de superficie por persona y umbral máximo de ocupación de las viviendas, con su análogo del Decreto de 2009, se observa una modificación de los parámetros tomados en consideración, que ahora se refieren a los metros cuadrados útiles por habitación, mientras que antes lo hacían por la total superficie de la vivienda, con un resultado —cuando menos, en general— de

reducción en el mínimo de superficie a partir del cual se entiende que hay sobreocupación, o dicho de otra manera, del número de metros cuadrados por ocupante que se considera admisible. Así, si con el anterior Decreto, en 40 m^2 de vivienda, podía vivir un máximo de cuatro personas, ahora podrían vivir seis: dos en cada una de las tres habitaciones de 8 m^2, restando hasta 16 m^2 de servicios y elementos comunes.

El Decreto se **ESTRUCTURA** en dos capítulos con veinte artículos. El primer capítulo contiene las disposiciones generales, y en el segundo se regula y define la cédula de habitabilidad.

La cédula de habitabilidad viene **DEFINIDA** en el art. 8.1 del Decreto en términos similares a como lo hacía el art. 7 del Decreto 55/2009, es decir, como «*el acto administrativo en cuya virtud se acredita que una vivienda cumple las condiciones mínimas de habitabilidad que prevén la* Ley 18/2007, de 28 de diciembre, del derecho a la vivienda*, y este Decreto, y que, por lo tanto, es apta para ser destinada a residencia humana, sin perjuicio de que se desarrollen otras actividades debidamente autorizadas*». Siendo este último inciso, relativo a la posibilidad de un destino distinto, una novedad del Decreto que hay que poner en relación con la obligatoriedad de la cédula, en tanto que solo si ese destino alternativo es compartido con el uso como vivienda deberá entenderse exigible dicha obligación, pero no si no se da al inmueble ningún uso como tal vivienda.

El art. 12 del Decreto amplía el **CONTENIDO DE LA CÉDULA** previsto en el art. 11 de su precedente reglamentario, que solo se refería a las estancias y los espacios de la vivienda y a la superficie útil total de la misma. Ahora, la cédula deberá expresar, además, la superficie útil de las habitaciones, el umbral máximo de ocupación y la identificación y titulación de la persona técnica que certifica la habitabilidad.

En cuanto a la **COMPETENCIA PARA EL OTORGAMIENTO** de la cédula, se mantiene —art. 13— el esquema consistente en la atribución de la misma a la Generalitat, ahora a través de la Agencia de la Vivienda de Catalunya, con posibilidad de delegación en los entes locales interesados.

FICHA TÉCNICA

Resumen: Mediante el presente trabajo, se analiza pormenorizadamente el contenido normativo del Decreto 141/2012, de 30 de octubre: objeto y justificación, estructura de la norma, concepto de *cédula*, tipos y procedimiento para su otorgamiento.

Palabras clave: Cédula de habitabilidad, vivienda.

Abstract: This work examines in detail the normative content of Decree 141/2012 of 30 October: aim and justification, structure of the rule, the concept of the *certificate of occupancy*, its different forms, and the procedure for obtaining it.

Keywords: Certificate of occupancy, dwelling.

II. TIPOS DE CÉDULA

El Decreto 55/2009 distinguía, a la hora de regular los distintos **TIPOS DE CÉDULA DE HABITABILIDAD**, entre viviendas de nueva construcción y viviendas usadas o preexistentes, a las que correspondían, respectivamente, la «*cédula de habitabilidad de primera ocupación*» y la «*cédula de habitabilidad de segunda y sucesivas ocupaciones*». El nuevo Decreto, en cambio, establece una clasificación más extensa, distinguiendo:

1. **Viviendas de nueva construcción**: acreditando que cumplen las condiciones de habitabilidad previstas en el anexo I —art. 1.1, letra a)—, obtienen la llamada «*cédula de primera ocupación*» —art. 8.2—, que tiene una vigencia de veinticinco años —art. 9.

2. **Viviendas preexistentes, construidas con anterioridad al 11 de agosto de 1984**: deberán cumplir las condiciones del anexo II —art. 1.1, letra b), y Disposición Transitoria Primera, n.º 2—; se les otorga la cédula de segunda ocupación —art. 8—, que tendrá una duración de quince años —art. 9.

3. **Viviendas preexistentes, de construcción posterior al 11 de agosto de 1984**: en relación con las mismas, hay que tener en cuenta lo dispuesto en el art. 1.1, letra c); el art. 15.4, y la Disposición Transitoria Primera, distinguiéndose varias posibilidades:

   — Que la vivienda cumpla las condiciones previstas en el anexo I para las de nueva construcción, en cuyo caso la Disposición Transitoria Primera, n.º 3, permite que obtenga o renueve la cédula de habitabilidad, aunque no establece el procedimiento.

   — Que, no cumpliendo esas condiciones, sí reúna los requisitos técnicos de habitabilidad siguientes:

      a) Tratándose de obtener la primera cédula, la Disposición Transitoria Primera, n.º 3, se refiere a los requisitos que resultaren exigibles para la obtención de dicha primera cédula en la fecha de la licencia de obras o de conclusión de estas, y así se acredite por cualquier medio probatorio admitido en Derecho.

         Sin embargo, al mismo tiempo se remite al procedimiento previsto en el art. 15, cuyo n.º 4, por un lado, solo toma en consideración una fecha, la de finalización de la construcción —en sintonía con lo previsto en la Disposición Transitoria Tercera, n.º 1, con carácter general para cualquier caso de vivienda preexistente—, y por otro, añade que se acredite que se cumplen las condiciones de solidez y seguridad actuales.

      b) Tratándose de obtener ahora la renovación de la cédula, los que resultaren exigibles en la fecha de obtención de la primera cédula.

         En todo caso, la cédula a obtener será la de segun-

da ocupación, prevista como propia de toda vivienda preexistente en el art. 8.2, que tendrá una duración de quince años, conforme al art. 9.

4. **Viviendas dotacionales públicas**: deben reunir las condiciones del anexo III —art. 1.1, letra d)—; se les otorga —art. 8— la cédula de primera o de segunda ocupación, en función de que sean de nueva construcción o preexistentes, la cual tendrá una duración de veinticinco años o de quince años, respectivamente —art. 9.

5. **Viviendas resultantes de rehabilitación o de gran rehabilitación**: son conceptos que recoge el art. 3 de la Ley, que define *rehabilitación* como «el conjunto de obras de carácter general que, sin modificar la configuración arquitectónica global de un edificio de viviendas o una vivienda, mejoran su calidad en cuanto a las condiciones de seguridad, funcionalidad, accesibilidad y eficiencia energética», y *gran rehabilitación* como «el conjunto de obras que consisten en el derribo de un edificio, salvando únicamente sus fachadas, o constituyen una actuación global que afecta a la estructura o al uso general del edificio o vivienda rehabilitados».

   El anexo IV del Decreto amplía, a los efectos del mismo, el concepto de *rehabilitación*, e indica, dentro del mismo y del de *gran rehabilitación*, un ámbito de actuaciones concretas para cada una de las cuales remite a los requisitos o las condiciones de habitabilidad señalados en el anexo I o en el anexo II, señalando, en su caso, determinadas excepciones o modificaciones.

   Por otro lado, hay que tener en cuenta que el art. 6 permite, en estos casos, que el ente que debe otorgar la licencia de obras pueda rebajar las condiciones de habitabilidad, de acuerdo con los principios de flexibilidad que dicho artículo recoge, poniéndolo en conocimiento de la Agencia de la Vivienda de Catalunya. Esta posibilidad aparece limitada en el apdo. 3 del anexo IV, cuando añade que, en estos casos, no se podrá «*sobrepasar el umbral mínimo de habitabilidad que se establece en el anexo 2, excepto aquellas en que el apartado anterior* —apdo. 2 de dicho anexo IV— *fije un nivel superior*».

   A estas viviendas se les otorga —art. 8— la cédula de primera ocupación de rehabilitación, que tendrá una duración de quince años —art. 9.

Acreditado el nivel de exigibilidad en las condiciones de habitabilidad, deja claro el art. 5 del Decreto que dicho nivel deberá mantenerse para obtener las sucesivas cédulas que se soliciten, extendiendo dicha previsión no solo a las viviendas de nueva construcción —como hacía el art. 5 del Decreto 55/2009—, sino a todas.

En todo caso, del n.º 1 de la misma Disposición Transitoria Primera resulta, en relación con las cédulas de habitabilidad válidamente **OBTENIDAS CON ANTERIORIDAD** a la entrada en vigor de este Decreto, que las mismas mantienen su eficacia durante el plazo previsto en la normativa vigente en el momento en que fueron concedidas.

Sin embargo:

a) No producen efectos respecto al número máximo de ocupantes que se indica en la cédula otorgada.

b) El umbral máximo de ocupación de las viviendas se determina, en cualquier caso, con los parámetros que se regulan en el art. 4.

c) Para las sucesivas renovaciones de la cédula, se tienen que aplicar las disposiciones que prevé este Decreto.

El art. 9 del Decreto confirma la OBLIGATORIEDAD DE LA CÉDULA DE HABITABILIDAD. Dicha obligatoriedad deriva de lo previsto en la Ley y hay que ponerla en relación con los siguientes artículos de la misma:

— **Art. 26.1:** «*La cédula de habitabilidad y, en el caso de las viviendas de protección oficial, la calificación definitiva son los documentos específicos que acreditan que una vivienda cumple las condiciones de calidad establecidas por el artículo 22 y que, en consecuencia, es apta para ser destinada a residencia.* ***Para ocupar una vivienda, es preciso*** *haber obtenido previamente dicha acreditación*».

— **Art. 26.2:** «*En cualquier* ***transmisión, por venta, alquiler o cesión de uso****, incluidas las derivadas de segundas y sucesivas transmisiones, es preciso acreditar que la vivienda cumple las condiciones de calidad, mediante la entrega o disposición de la cédula de habitabilidad vigente, de cuya presentación puede exonerarse en los supuestos y con las condiciones que establece el artículo 132.a*».

— En el mismo sentido se manifiesta el **art. 62.2**: «*La transmisión y el arrendamiento de viviendas solo puede llevarse a cabo cuando se alcancen o puedan alcanzarse los requerimientos exigidos por el capítulo I del título III. El cumplimiento de dicha prescripción debe documentarse mediante la cédula de habitabilidad o la calificación definitiva, en el caso de viviendas de protección oficial. En el supuesto de transmisiones de viviendas que no sean de nueva construcción, puede prescindirse de la presentación de la cédula de habitabilidad en los términos indicados por el artículo 132.a*».

Por tanto, la exigencia de la cédula viene legalmente prevista tanto para ocupar la vivienda como para disponer de la misma. De ahí que la **traslación reglamentaria** de dicha obligación siga adoleciendo, a nuestro entender, de falta de claridad, al señalar el art. 9 del Decreto, en términos similares a los que utilizaba el art. 8 del Decreto anterior:

9.1. Todas las viviendas tienen que disponer de cédula de habitabilidad, de conformidad con este Decreto. Esta cédula tiene una vigencia de 25 años para las viviendas de nueva construcción y de 15 años para las cédulas de segundas ocupaciones y de primera ocupación de rehabilitación.

9.2. Las viviendas de nueva construcción, las que hayan sufrido modificaciones en la superficie o se alteren las condiciones de habitabilidad y las que hayan sido sometidas a alguno de los procesos de intervención de rehabilitación o gran rehabilitación como consecuencia de haber sufrido daños derivados de riesgos colectivos con afectación catastrófica tienen que disponer de cédula previamente a su ocupación.

En el resto de supuestos, y a fin de que las personas transmitentes puedan entregar la cédula a los adquirentes, de conformidad con lo que prevé el artículo 26.2 de la Ley 18/2007, de 28 de diciembre, del derecho a la vivienda, es necesario que las viviendas dispongan de cédula de habitabilidad en el momento en que se produzca su transmisión entre vivos, alquiler

o cesión de uso, incluidas las derivadas de segundas y posteriores transmisiones.

Con dicha redacción, el Decreto parece limitar la necesidad de la cédula como previa a la ocupación de la vivienda para las de primera construcción o las que hayan visto modificadas la superficie, las condiciones de habitabilidad o hayan sido sometidas a rehabilitación. «*En el resto de supuestos*», sigue diciendo la norma, solo habría que disponer de cédula «*en el momento en que se produzca su transmisión entre vivos, alquiler o cesión de uso*».

No es esto lo que dice la Ley, y no creo, en consecuencia, que sea lo que haya que entender. Por el contrario, conforme a los preceptos legales citados, los principios serían:

a) Que toda vivienda debe disponer de cédula de habitabilidad **para ser ocupada**.

b) Que la **exigibilidad de la cédula en caso de transmisión** no se limita a ese resto de supuestos que cita el Decreto, y que dejaría fuera a los anteriores —simplificando: a las primeras transmisiones—, sino que se extiende también a los mismos. Todo ello sin perjuicio de los cada vez mayores supuestos de excepción a la necesidad de acreditación, como vamos a ver.

Por lo demás, en caso de viviendas promovidas bajo cualquier régimen de protección pública, dice el art. 9.3 que «*la calificación definitiva sustituye la cédula de habitabilidad de primera ocupación durante el mismo periodo de 25 años. Una vez transcurrido este periodo desde la expedición de la calificación definitiva, las segundas y posteriores transmisiones requerirán la obtención de la cédula de habitabilidad*».

Las **EXCEPCIONES** a estas reglas o principios serían, siguiendo un esquema ya utilizado en otras ocasiones al estudiar la normativa precedente[1]:

A) Como excepción **a la obligatoriedad de existencia** de la cédula, el caso del inmueble que no es una vivienda porque no reúne las condiciones que para ello establece el art. 3 de la Ley[1].

Aunque parece una obviedad, no lo es tanto, porque hay supuestos discutibles, como demuestra que la Ley ha-

blara inicialmente, en su art. 26.7, de conceptos como el «*establecimiento de alojamiento turístico*», respecto del cual no exigía la cédula, o las «*casas rurales*», a las que, por excepción, sí que se les exigía.

La reforma operada por la Ley 9/2011, de 29 de diciembre, hizo desaparecer cualquier referencia a dichos conceptos en el texto actual, que, en cambio, define ahora las «*viviendas con actividades económicas*» —art. 3.l— para decir —art. 26.7— que las mismas «*se consideran viviendas a efectos de la exigencia de la cédula de habitabilidad*»[2].

En todo caso, debe destacarse ya que el supuesto es distinto del que luego veremos, y que permite exonerar de la acreditación de la cédula en razón al destino del inmueble distinto a su uso como vivienda, destino que, sin embargo, es compatible con que dicho inmueble reúna las condiciones que permitirían su consideración como vivienda.

B) Los supuestos de **excepción a la acreditación** de la entrega de la cédula vienen recogidos:

B.1) En el **art. 10 del Decreto**, que adapta su redacción a la del art. 132, letra a), de la Llei de l'Habitatge, después de la modificación introducida en este por la Ley 9/2011. Al mismo tiempo, introduce, en desarrollo de la previsión contenida en dicho precepto, un supuesto de exoneración nuevo.

El esquema actualizado, refiriéndonos siempre a una segunda o ulterior transmisión, incluiría la posibilidad de exoneración por el adquirente en los supuestos y con los requisitos siguientes:

B.1.1) Transmisión de vivienda a rehabilitar o derribar:

1. Presentación al Notario —en el supuesto de rehabilitación— de **informe de técnico competente** que acredite que la vivienda puede obtener la cédula de habitabilidad «*una vez ejecutadas las obras de rehabilitación necesarias para cumplir la normativa técnica de habitabilidad*».

La redacción cambia respecto de la contenida en el art. 9.2 del Decreto 55/2009, que exigía que el informe acreditara que la vivienda podría obtener la cédula de habitabilidad, «*en cuanto al cumplimiento de las condiciones de habitabilidad previstas en este Decreto, después de la ejecución de las obras de rehabilitación*». A nuestro juicio,

la anterior redacción resultaba más rigurosa y coherente con el sentido de la norma, la cual, en tanto que desarrollo del supuesto previsto en el art. 132, letra a), de la Ley, se debía entender referida a aquella vivienda que va efectivamente a rehabilitarse: si se acredita que las obras proyectadas son adecuadas para cumplir la normativa, la vivienda podrá obtener la cédula. Si esta sigue siendo la interpretación correcta, la literalidad de la norma, tal como ha quedado redactada, se antoja absurda, pues es obvio que, hechas las obras precisas para cumplir la normativa correspondiente, la vivienda podrá obtener la cédula. Por ello, cabe preguntarse si el fundamento de la modificación es otro: quizá aclarar que no es necesario que exista proyecto de rehabilitación alguno, y, por tanto, basta con que el inmueble que se transmite sea objetivamente susceptible de obtener la licencia cuando y si se realizan las obras necesarias; eso sí, estas obras tendrán que encajar en el concepto legal de *rehabilitación*, lo que dejaría fuera cualquier otro supuesto de actuación y seguiría acotando, de ese modo, el espectro de inmuebles al que es aplicable esta excepción.

Por lo demás, se simplifican los requisitos aplicables al supuesto **al suprimir**:

— De una parte, la necesidad de aportar el «*certificado municipal vigente que acredite la autorización del uso como vivienda y la inexistencia de expediente de protección de la legalidad urbanística*» a que se refería el art. 9 del Decreto 55/2009.

— De otra, las obligaciones que dicho Decreto imponía expresamente al adquirente, y que se referían:

a) En el supuesto de rehabilitación: finalizar las obras y solicitar la cédula en el plazo de tres años, y siempre antes de volver a transmitirla mediante título que conlleve la necesidad de entregar la cédula.

b) En el supuesto de derribo: efectuar el derribo en el plazo máximo de un año.

— Por último, la obligación de remisión mensual por parte de los notarios a la Generalitat de los supuestos de exoneración por dichas causas que se hayan formalizado.

2. Constancia registral. La constancia de estos supuestos en el Registro de la Propiedad ya no hace referencia a las obligaciones de rehabilitación o derribo —que, como tales, no existen—, sino simplemente —siguiendo así los términos del reformado art. 132, letra a), de la Ley— a «*que la vivienda transmitida queda sujeta a la ejecución de las obras de rehabilitación o de derribo*».

Sin embargo, se introduce una redacción confusa respecto a cómo cancelar esa nota en el supuesto de derribo: «*Esta nota se cancela con la presentación de la cédula de habitabilidad una vez finalizadas las obras de rehabilitación o, en caso de derribo, con la certificación municipal acreditativa del derribo realizado* ***con un informe emitido por una persona técnica competente que confirme el derribo***». Parece tratarse de una errata, por omisión de la conjunción *o* antes de la frase en negrita, de forma que lo que debe entenderse es que puede cancelarse tanto con la certificación municipal como con una certificación técnica.

B.1.2) Inmueble con destino distinto a su uso como vivienda:

Se trata del supuesto introducido en el art. 132, letra a), de la Ley, en virtud de la reforma operada en la misma por la Ley 9/2011. Transcribimos, con breves adiciones, el comentario que se hizo en un número anterior de esta revista:

Se trata de aquellos casos en los que, a pesar de que el título y/o el registro publiquen una descripción de la finca como vivienda, transmitente y adquirente hagan constar de forma expresa en la escritura que el destino de la misma no es el de su uso como vivienda.

Parece importante observar que el reconocimiento expreso debe ser hecho por transmitente y adquirente, y no solo por este. Ello excluiría, en principio, los supuestos en los que el adquirente pretendiera dar al inmueble un uso distinto, si hasta entonces el que se le había dado era el de vivienda; de otro modo, resultaría absurdo vincular al transmitente a una declaración expresa de lo que no serían sino meras intenciones de la parte adquirente. Pero la cuestión puede resultar, en ocasiones, problemática. Pensemos en quien vende su vivienda habitual —con intención de aplicarse mañana los beneficios fiscales por reinversión— y un comprador adquiere el inmueble para destinarlo a despacho, y a este, por tanto, no le importa la no presentación de la

cédula: que el transmitente haga constar de forma expresa en la escritura que «el destino del inmueble no es su uso como vivienda» podría comprometer quizá la pretendida futura exención de impuestos.

En cambio, lo que sí quizá cabría es el supuesto inverso: si lo que se vende es un despacho, por mucho que venga descrito como vivienda, y ambas partes lo reconocen, podría autorizarse la escritura, con independencia de que el adquirente pretendiera luego darle un destino como vivienda, y de los requisitos que para ello debiere cumplir.

B.1.3) Acuerdo en base a causas excepcionales:

Dice el n.º 3 del art. 10 del Decreto, literalmente, aunque esquematizando el contenido:

Cuando:

a) por causas excepcionales y debidamente motivadas

b) las personas transmitentes y adquirentes acuerden,

c) ante fedatario público,

d) la entrega de la cédula de habitabilidad en un momento posterior a la fecha en que se produzca el acto de transmisión de la vivienda,

e) siempre y cuando presenten al fedatario la solicitud de cédula de habitabilidad registrada, con el certificado de habitabilidad emitido por una persona técnica competente que acredite que la vivienda reúne las condiciones necesarias para obtener la cédula de habitabilidad de segunda ocupación.

Pese a la llamada de la norma a la excepcionalidad de las causas y a su necesaria motivación, no se dan criterios que permitan apreciar ni una ni otra, por lo que, en último término, solo la falta de acuerdo —normalmente, por la negativa del adquirente a formalizar la transmisión sin la entrega de la cédula— supondrá un freno a la utilización de este supuesto.

Nótese, en cualquier caso, que esta posibilidad de acuerdo de las partes —algo más que una exoneración del adquirente, por otro lado—, en tanto que supone una excepción a la obligación legal de entrega de la cédula, debe ser interpretada restrictivamente, y ello haría que esta posibilidad solo pueda ser admitida en caso de transmisión formalizada en escritura pública. No cabría si se otorga un documento privado de compraventa, a menos que el acuerdo de postergar la entrega de la cédula se recoja en escritura notarial independiente, en el momento de cuya autorización el Notario pueda comprobar que se cumple el requisito de acreditar las condiciones de habitabilidad de la vivienda en los términos previstos en la norma.

Por lo demás, la introducción del supuesto es hoy por hoy lógica, si partimos de que la concesión de la cédula es, como veremos, un acto debido, si se ha acreditado ante la Administración la habitabilidad de la vivienda, por lo que, hecha esa acreditación, no parece haber ninguna justificación para frenar la libertad de contratación de las partes a la espera de lo que no va a pasar de ser un reconocimiento formal administrativo.

Pero, siendo así, ¿por qué se limita la excepción a las segundas y sucesivas transmisiones? El fundamento de excepción es, a mi juicio, el mismo. Quizá la única razón radique en la inercia derivada de que el primer y único supuesto de excepción previsto en el redactado inicial del art. 132, letra a), de la Ley es el que se refería a las viviendas a rehabilitar, que forzosamente han de ser segundas transmisiones.

B.2) Junto a estos supuestos legalmente previstos de exoneración en caso de segundas y ulteriores transmisiones, recordemos que la Direcció General de Dret i Entitats Jurídiques, en su **Resolución de 31 de marzo de 2009**, ya hizo referencia a aquellos otros en los que «*no se dan los presupuestos del doble objetivo de la Ley, protección de la persona adquirente y control de la vigencia de la cédula, sino solo el segundo*»:

a) Aquellas «*transmisiones no voluntarias para el transmitente*»:

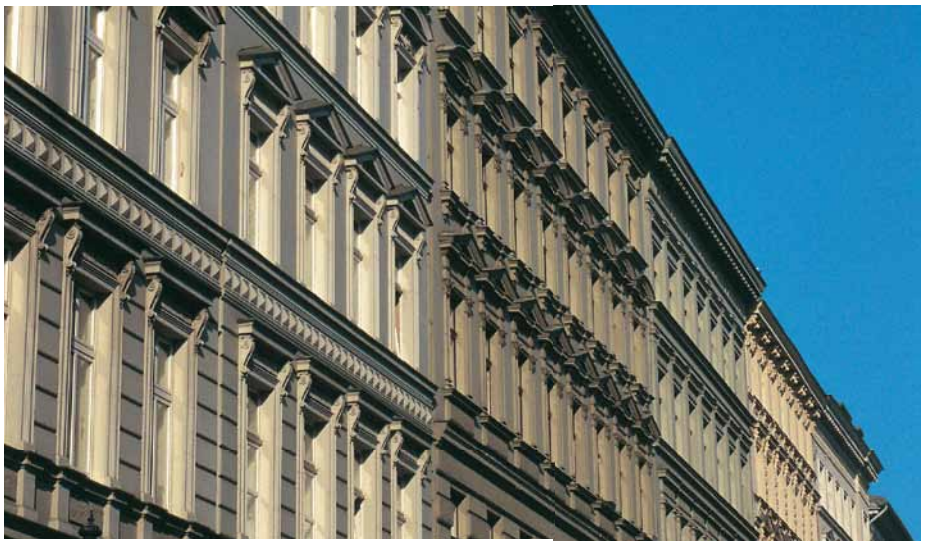
1. Adjudicaciones en procedimientos de ejecución de cualquier tipo.
2. Expropiaciones.
3. Transmisiones por causa de muerte —supuesto que resulta hoy ya también, *a contrario sensu*, de lo dispuesto en el art. 9.2 del Decreto.

b) Aquellas que no comportan contraprestación a su favor (donaciones).

c) Negocios entre copropietarios cuando el adquirente ya tenía, aun parcialmente, el uso de la vivienda:

1. Disolución de condominio ordinario.
2. Compra por parte de un copropietario a otro copropietario.
3. Liquidación del régimen matrimonial de comunidad de bienes.

B.3) Por lo demás, la entrega de la cédula como tal **puede posponerse** si se ha acreditado su existencia, por ejemplo, a través de certificado del Registro a cargo de la Agencia de la Vivienda, que regula el art. 19 del Decreto; ello



sin perjuicio de la posibilidad de obtención desde las notarías de una copia por medios telemáticos, tal y como se puede hacer actualmente, si bien no respecto de todas las viviendas —limitaciones estas que sería deseable que quedaren superadas cuanto antes.

III. PROCEDIMIENTO

En cuanto al **PROCEDIMIENTO PARA LA OBTENCIÓN DE LA CÉDULA**, el sistema previsto en el Decreto 55/2009 exigía, por lo que a la **cédula de primera ocupación** se refiere, requisitos diferentes según se dispusiera o no de licencia de primera ocupación. La desaparición de esta, en virtud de lo previsto en el nuevo apdo. 5 del art. 187 del Texto Refundido de la Ley de Urbanismo, que la sustituye por una mera comunicación, hace que el Decreto —art. 14— modifique y unifique dicha regulación, señalando que basta ahora con justificar haber hecho dicha comunicación —salvo aquellos supuestos de procesos de rehabilitación o de intervención que no comportan modificaciones de las condiciones de habitabilidad y que no exigen tal trámite— y presentar el certificado de fin de obra y habitabilidad. Por tanto, ya no se exige, como antes, cuando no había licencia de primera ocupación, la licencia de obras y el certificado de cumplimiento del programa de control de calidad —la anterior regulación del cual es, además, objeto de derogación en los n.º 2 y 3 de la Disposición Derogatoria. Este mismo procedimiento es aplicable, según señala el art. 14, para las viviendas nuevas procedentes de intervención de rehabilitación o gran rehabilitación de edificios existentes.

Por lo que se refiere a la **cédula para segunda y posteriores ocupaciones**, el sistema es el mismo que en el Decreto 55/2009, exigiéndose simplemente un certificado técnico que acredite que la vivienda reúne las condiciones de habitabilidad previstas en este Decreto. Pero se regula específicamente el supuesto de viviendas construidas con posterioridad a 1984 que no hayan obtenido anteriormente la cédula de habitabilidad de primera ocupación, diciendo, tal y como se indica más arriba, que se tiene que aportar un certificado de idoneidad acreditativo de las condiciones de habitabilidad vigentes en la fecha de finalización de la construcción y de las condiciones de solidez y seguridad actuales.

Al margen, por tanto, de esa «*comunicación de ocupación*», en el caso de las cédulas de primera ocupación, lo único que se requiere para la concesión de la cédula de habitabilidad es el certificado técnico acreditativo de que la vivienda reúne las condiciones de habitabilidad legalmente previstas. Sintetizando: con el anterior Decreto, existían diferencias entre la cédula de primera ocupación, que es la que hay que otorgar al promotor, y la de segunda y posteriores ocupaciones, ya que la de primera ocupación requería una intervención municipal fiscalizadora en el trámite de concesión de la licencia de primera ocupación. Desaparecida esta, la regulación ya no establece diferencias, por lo que, tal y como adelantábamos más arriba, tampoco se aprecian, en nuestra opinión, razones que justifiquen la paralización de cualquier transmisión, primera o posterior, hasta la obtención de la cédula.

Apoyarían esta conclusión, a mi entender, otros argumentos:

1. Que la consideración del otorgamiento de la cédula como un acto debido aparece hoy reforzada con la actual regulación de las **causas de denegación** de la cédula, en la que existe una importante diferencia respecto del anterior Decreto, pues mientras el antiguo art. 17 preveía que «*la cédula también se debe denegar en el caso de edificios cuya ocupación como vivienda no cumpla los requerimientos urbanísticos o de vivienda exigidos legalmente*», el actual señala que «*la no adecuación a los requerimientos urbanísticos no es causa de denegación de la cédula de habitabilidad. Solo en caso de que la Administración otorgante tenga conocimiento de esta circunstancia, se hará constar la no adecuación en el documento de otorgamiento de la cédula, sin perjuicio de iniciar el procedimiento que habilite la legislación urbanística a efectos de restaurar, en su caso, la legalidad infringida*».

   Se sigue así el criterio de la reciente modificación operada por la Ley 9/2011 en la Ley de la Vivienda, al introducir un nuevo n.º 5 bis en el art. 26, según el cual: «*El otorgamiento de la cédula de habitabilidad implica exclusivamente que la vivienda cumple los requisitos técnicos de habitabilidad de la normativa vigente, y no supone la legalización de las construcciones en lo que concierne a la adecuación del uso de vivienda a la legalidad urbanística. Para proteger los derechos de los adquirientes, cuando en la tramitación de la solicitud de la cédula de habitabilidad se ponga de manifiesto que el uso de un inmueble como vivienda puede no adecuarse a la legalidad urbanística, debe hacerse constar esta circunstancia en el documento de otorgamiento de la cédula, y el fedatario público debe ponerlo en conocimiento del adquiriente en el momento de autorizar el documento de transmisión*».

2. Que, al señalar el **plazo para la concesión de la licencia**, el art. 16 del Decreto establece que el mismo es de treinta días hábiles, transcurrido el cual sin haberse notificado resolución expresa «*las personas interesadas pueden entender estimada la solicitud de obtención*

de la cédula de habitabilidad por silencio administrativo positivo, circunstancia que se puede acreditar de conformidad con lo que prevé el artículo 43.4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común».

Podría cuestionarse, sin embargo, si el contenido de esta norma resulta contrario al art. 23 del Real Decreto-Ley 8/2011, de 1 de julio, según el cual «*requerirán del acto expreso de conformidad, aprobación o autorización administrativa que sea preceptivo según la legislación de ordenación territorial y urbanística*» una serie de actos, entre los que menciona «*la primera ocupación de las edificaciones de nueva planta*». Este precepto especifica, en relación con dichos actos, la prevalencia de la norma general del art. 8.1, letra b), de la Ley del Suelo de 2008 —«*en ningún caso podrán entenderse adquiridas por silencio administrativo facultades o derechos que contravengan la ordenación territorial o urbanística*»—, por encima de la contenida en el art. 43.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las administraciones públicas y procedimiento administrativo común, de acuerdo con la doctrina sentada por el Tribunal Supremo en la Sentencia de la Sala 3.ª de 28 de enero de 2009.

Es cierto que la cédula de habitabilidad, como tal, no aparece entre los actos expresamente mencionados en el art. 23 del Real Decreto-Ley 8/2011, pero también lo es que la concesión de la cédula es un acto administrativo que resulta necesario para la ocupación de la vivienda, conforme al art. 26.2 de la Ley, y eso lo haría caer en el ámbito de aquel. Como mínimo, y dado que este habla de «*la primera ocupación de las edificaciones de nueva planta*», así podría entenderse respecto de las cédulas de primera ocupación.

Decir, por último, que las disposiciones transitorias Segunda y Tercera del Decreto regulan los criterios a seguir en relación con la concesión de cédulas solicitadas con anterioridad a la vigencia de este Decreto y con las condiciones de habitabilidad aplicables a edificaciones iniciadas con anterioridad.

1 «*Toda edificación fija destinada a que residan en ella personas físicas o utilizada con este fin, incluidos los espacios y servicios comunes del inmueble en el que está situada y los anexos que están vinculados al mismo, si acredita el cumplimiento de las condiciones de habitabilidad que fija la presente Ley y la normativa que la desarrolle y cumple la función social de aportar a las personas que residen en ella el espacio, las instalaciones y los medios materiales necesarios para satisfacer sus necesidades personales ordinarias de habitación*».

2 Efectivamente, el art. 26.7 de la Ley incluía una excepción, al determinar que «*los establecimientos de alojamiento turístico no se consideran viviendas a efectos de la exigencia de la cédula de habitabilidad, salvo los establecimientos de turismo rural*». Se trataba de un supuesto que, relacionado con la definición de «*vivienda de uso turístico*» que incluía el art. 3, I de la Ley, suscitaba dudas de interpretación. En virtud de la Ley 9/2011, de 29 de diciembre, se modificó el contenido de dicho art. 3, I, que hace ahora referencia a la «*vivienda con actividades económicas*», que será aquella «*que no es domicilio habitual y permanente y que se utiliza para la obtención de rendimientos de actividades económicas reguladas por la normativa sectorial aplicable*». Paralelamente, el art. 26.7 dice ahora, también en virtud de la modificación introducida en la misma Ley 9/2011, que «*las viviendas con actividades económicas se consideran viviendas a efectos de la exigencia de la cédula de habitabilidad*».

Hay que decir, sin embargo, que el concepto de *vivienda de uso turístico* subsiste como concepto legal y aparece recogido en el art. 50 bis de la Ley 13/2002, de 21 de junio, de turismo de Catalunya, y en el Decreto 164/2010, de 9 de noviembre, de regulación de las viviendas de uso turístico.

Al comentar en un número anterior de esta revista las reformas introducidas en la Ley de la Vivienda por la citada Ley 9/2011, hacíamos unas consideraciones que entendemos oportuno reproducir aquí:

«Decíamos así que lo que antes era una excepción a la obligación de exigencia de la cédula —excepción que afectaba a los establecimientos de alojamiento turístico, salvo los de turismo rural— ahora es una confirmación de la exigibilidad de licencia para las viviendas con actividades económicas.

Tenemos, por tanto, tres conceptos parecidos, pero no idénticos, cuyo régimen en esta materia sería:

a) El de la **vivienda con actividades económicas** es el único supuesto que ahora la Ley de la Vivienda contempla, tanto para definirlo —art. 3, letra l)— como para confirmar que requiere la cédula de habitabilidad —art. 26.7.

b) La **vivienda de uso turístico** ya no es objeto de atención por la Ley, pero, siendo, como hemos dicho, un concepto legal vigente, hay que entenderlo en todo caso y a estos efectos subsumido en el anterior, y, por lo tanto, cabe considerar que, como tal vivienda que es, debe disponer de cédula de habitabilidad.

c) Por último, el **establecimiento de alojamiento turístico** no aparece definido en la Ley de la Vivienda, ni tampoco ahora reseñado, ni siquiera para excluirlo —como se hacía antes en el art. 26.7— de la obligación de disponer de cédula de habitabilidad. Su definición hay que buscarla en la Ley 13/2002, de 21 de junio, de turismo de Catalunya, cuyo art. 32.1 dice que: "*Tienen la consideración de establecimiento de alojamiento turístico los que, de forma habitual y con carácter profesional, ofrecen a los usuarios turísticos, mediante precio, alojamiento temporal que no constituya un cambio de residencia para la persona alojada, de acuerdo con las condiciones y las características establecidas por reglamento*". El art. 39.1 de dicha Ley dice que:

"*Los establecimientos de alojamiento turístico se clasifican en las siguientes modalidades:*

a) Establecimientos hoteleros.

b) Apartamentos turísticos.

c) Campings.

d) Establecimientos de turismo rural.

e) Cualquier otro que se establezca por reglamento".

Ya hemos dicho antes que el anterior art. 26.7 de la Ley de la Vivienda preveía que "*los establecimientos de alojamiento turístico no se consideran viviendas a efectos de la exigencia de la cédula de habitabilidad, salvo los establecimientos de turismo rural*". Esta norma ha desaparecido, pero la introducción en su lugar de la que exige disponer de cédula de habitabilidad a las viviendas con actividades económicas, y el esquema configurado en la Ley 13/2001 en relación con los establecimientos de alojamiento turístico, parece que permiten deducir la subsistencia de la necesidad de cédula para las llamadas *casas rurales*, cuando las mismas reúnan las características que, con independencia de su destino económico, permitirían calificarlas objetivamente de vivienda, con arreglo al art. 3 de la Ley 18/2007».

Las parejas en Europa

Elisabeth García Cueto
Notaria de Santa Coloma de Queralt

Con motivo de la puesta en funcionamiento a finales del año pasado de la página web relativa a las parejas en los Países Miembros de la mayor parte de la Unión Europea (*http://www.coupleseurope.eu*), creo que es interesante adentrarnos en el contenido de la misma, a efectos de nuestra práctica diaria. En ella se hace un análisis completo de los regímenes existentes en las regulaciones de los distintos países allí citados. La web, traducida a veintiún idiomas, establece la regulación de veintisiete Países Miembros de la Unión Europea (Alemania, Austria, Bélgica, Bulgaria, Chipre, Dinamarca, Eslovaquia, Eslovenia, España, Estonia, Finlandia, Francia, Grecia, Hungría, Irlanda, Italia, Letonia, Lituania, Luxemburgo, Malta, Países Bajos, Polonia, Portugal, Reino Unido, República Checa, Rumanía, Suecia), destacando y resolviendo los puntos quizá más controvertidos o que en ciertos momentos generan, en el día a día de la pareja, mayores controversias o relevancia a efectos prácticos.

El concepto de *pareja* con el que se mueve la mayor parte de la página web se relaciona íntimamente con la idea de *matrimonio*. Culturalmente, el concepto del mismo no es similar, no pudiendo destacar diferencias reseñables de un país a otro, pues incluso no se detiene en ningún caso a discernir entre aquellas parejas de distinto o el mismo sexo. Donde sí se centra el análisis, sin embargo, es en su régimen jurídico y en las consecuencias del mismo. En este sentido, procederé a realizar un análisis de los principales puntos de referencia.

El tema del Derecho aplicable se aborda desde un punto de vista interno e internacional, y especialmente se hace mención a la regulación y elección de los puntos de conexión del Derecho Internacional Privado de cada Estado, para el supuesto de parejas de distinta nacionalidad

a) Cuestiones de Derecho Internacional Privado: ley aplicable

La primera cuestión que atiende la página es la relativa al Derecho aplicable. El

tema se aborda desde un punto de vista interno e internacional, y especialmente se hace mención a la regulación y elección de los puntos de conexión del Derecho Internacional Privado de cada Estado, para el supuesto de parejas de distinta nacionalidad. En este sentido, y a título de ejemplo, el Derecho alemán prevé la posibilidad de que entre en juego la autonomía de la voluntad a la hora de pactar la ley aplicable a la pareja, y que, sin perjuicio de ello, se establezcan ciertos puntos de conexión subsidiarios, idénticos a los previstos en nuestro artículo 9.2 CC.

No obstante, también en ciertos supuestos se hace referencia a la entrada en juego de determinados convenios o tratados internacionales. Así, y a efectos ejemplificativos, el régimen francés prevé que, mientras que los matrimonios celebrados con anterioridad al día 1 de septiembre de 1992 están sujetos al Derecho común, aquellos contraídos después de dicha fecha se rigen por el Convenio de La Haya de 14 de marzo de 1978 en materia de legislación aplicable a los regímenes económicos matrimoniales.

Finalmente, siguiendo el sistema *common law*, el Derecho inglés recuerda la importancia de la *lex fori* y del punto de conexión distinto por el que se opta, según sea un bien mueble o inmueble de lo que estemos hablando o el asunto a tratar.

En todo caso, se hace especial referencia a la normativa vigente en todos los supuestos y se cita el articulado aplicable al supuesto o relativo a la materia en cuestión, sistemática que se sigue en toda la página web.

b) Régimen matrimonial aplicable: libertad de elección y régimen legal subsidiario

Todo matrimonio tiene dos caras, jurídicamente hablando: las relaciones personales y las relaciones patrimoniales entre cónyuges. Las segundas suponen necesariamente hablar de la regulación que rige en sus relaciones patrimoniales, o lo que se conoce como el régimen económico matrimonial de los miembros que conforman la pareja.

La mayor parte de los países, entre los que se encuentra España, permite el régimen de elección a través de capitulaciones matrimoniales o de algún tipo de contrato matrimonial, ya sea anterior o posterior al acto. Ahora bien, se suele restringir la posibilidad de regulación a ciertos regímenes predeterminados y fijados, en número y contenido, por la ley previamente.

Por otra parte, existe algún país, entre los que encontramos a Hungría, que no permite la elección del régimen aplicable, o el Derecho inglés, que aplica automáticamente la *lex fori*.

> En gran parte de los países europeos no se tiene un registro de los bienes conyugales, los contratos matrimoniales o semejantes. Como excepción, encontramos a Alemania

c) Régimen matrimonial: ¿inscripción?

El régimen económico matrimonial es importantísimo para todos los actos llevados a cabo por la pareja durante su vigencia. Y muchas veces nos hemos encontrado en nuestra vida profesional con que la falta de determinación y de publicidad del mismo ha conllevado problemas. Pues bien, algo parecido sucede en gran parte de los países europeos, que no tienen un registro de bienes conyugales, de contratos matrimoniales o semejantes. Como excepción, encontramos a Alemania, donde sí existe un registro de regímenes económicos matrimoniales, administrado por los tribunales regionales, y Bélgica, con un registro de contratos matrimoniales operativo desde el día 1 de septiembre de 2011, de forma parecida a lo que sucede en España, Italia o Portugal con el Registro Civil y la inscripción de las capitulaciones matrimoniales.

d) La ruptura: consecuencias de la separación o divorcio

La ruptura de cualquier pareja implica necesariamente la determinación de cómo se va a repartir todo lo que sus miembros han «creado» y «aportado» durante su vida en común. En este sentido, se debe proceder a la disolución de los regímenes matrimoniales aplicables, la atribución de los bienes a uno u otro cónyuge, las compensaciones económicas y, en su caso, la asunción de deudas.

Es evidente que, según el régimen sea de separación de bienes o división de patrimonio, comunidad o participación, las consecuencias serán unas u otras. Y todo ello sin olvidar el reconocimiento de ciertas pensiones compensatorias o periódicas en función de la existencia de hijos o descendientes comunes.

e) La muerte: caso singular de ruptura

Además de la disolución del régimen matrimonial, entran en juego, como consecuencia de la muerte, las disposiciones reguladoras del Derecho de Sucesiones. La regulación varía mucho de un país a otro, pues la consideración del cónyuge viudo es muy diferente: desde tener derecho a las atribuciones legitimarias hasta solo atribuirle la parte correspondiente a la disolución del régimen matrimonial.

f) Mención especial: las parejas de hecho

Aunque, como he comentado al principio, la página web se refiere principalmente a las parejas entendidas como *matrimonio*, también hace especial mención a las parejas de hecho, ya estén registradas o no. En la página se hace referencia tanto a la existencia o no de regulación como, en caso de haberla, a la regulación del régimen jurídico entre los miembros de la pareja, tanto a nivel personal como patrimonial. Hay que recordar, no obstante, que aún hay una cantidad importante de países que no reconocen estas situaciones de hecho, sin perjuicio del reconocimiento de la existencia de aquellas relativas a parejas del mismo sexo.

g) Conflictos en caso de disputas

Hay que recordar aquí la aplicación del Reglamento (CE) n.º 2201/2003 —Reglamento Bruselas II bis— para los conflictos existentes en el supuesto de divorcio. En temas relativos al régimen matrimonial en sí, suele ser la ley del Estado Miembro en cuestión la aplicable, y todo ello en base a la residencia habitual donde se establece la pareja o la nacionalidad de uno de los miembros de la misma.

LOS ALIMENTOS, BAJO CONTROL

Se ha creado una gran polémica derivada de la información suministrada por varios medios en relación con el uso de carne de caballo en ciertos productos, algunos de ellos prefabricados. Y no es que dicho alimento de origen animal no sea comestible, sino que el uso de ciertos medicamentos veterinarios (el más habitual, la fenilbutazona) solo está permitido en los équidos que no vayan a ser destinados a producción de alimentos. Ante dicho incumplimiento y el riesgo para la salud que puede conllevar el dejar que la carne del citado animal entre, en dichas condiciones, en la cadena alimenticia, la Unión Europea ha reaccionado mediante la promulgación de la Recomendación de 19 de febrero de 2013, sobre un plan coordinado de control para establecer la prevalencia de prácticas fraudulentas en la comercialización de determinados alimentos.

Mediante la promulgación de la Recomendación de 19 de febrero de 2013, la Unión Europea reacciona con un plan coordinado de control para establecer la prevalencia de prácticas fraudulentas en la comercialización de determinados alimentos

Esta Recomendación complementa el ya existente Reglamento (CE) n.º 882/2004, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, sobre los controles oficiales efectuados para garantizar la verificación del cumplimiento de la legislación en materia de piensos y alimentos y la normativa sobre salud animal y bienestar de los animales, y el Reglamento 178/2002, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 28 de enero de 2002, por el que se establecen los principios y requisitos generales de la legislación alimentaria y por el que se crea la Autoridad Europea de Seguridad Alimentaria. Y es que lo que se intenta evitar desde Europa es que no se mencione la existencia de un riesgo en piensos, en alimentos o en un animal. Para evitarlo, se presenta una regulación, más rigurosa, si cabe, en relación con el etiquetado, la presentación y la publicidad de los productos alimenticios —en especial, aquellos que llegan al consumidor final. Se busca de esta forma que todos ellos expresen, a través de la correspondiente etiqueta, su verdadera naturaleza, su identidad, y que no induzca en ningún momento a error, haciendo referencia a todos y cada uno de los ingredientes que los componen —en particular, la carne, como ingrediente, tiene una especial mención, en cuanto a las normas específicas de higiene que debe tener a fin de pasar el control oportuno.

Complementando toda esta regulación, además, se ha establecido, durante un mes —prorrogable por otros dos más—, la recomendación de controlar la prevalencia de prácticas fraudulentas en la comercialización de determinados alimentos. Ello se realizará, primero, mediante controles en el comercio al por menor de productos alimenticios destinados al consumidor final o a colectividades y que consten etiquetados como carne de vacuno, lo que tiene como finalidad el cotejar si el contenido del producto en relación con su etiquetado es correcto y no existe en él, como se ha publicado en distintos medios, carne de caballo, cuando en realidad sí la hay. Y segundo, mediante la realización de controles en los establecimientos que manipulan carne de caballo destinada al consumo humano, incluidos productos alimenticios procedentes de terceros países, a fin de detectar residuos de ciertos medicamentos.

Reseña de las principales sentencias del Tribunal Supremo

Fechadas desde noviembre de 2012 a marzo 2013

Redacción de LA LEY

ACCIÓN DECLARATIVA DE DOMINIO

Imprescriptibilidad de la acción declarativa de dominio

Sentencia Tribunal Supremo, Sala Primera, núm. 540/2012, de 19 de noviembre (Ponente: José Ramón Ferrándiz Gabriel) LA LEY 208752/2012

ITER PROCESAL: Las sentencias de instancia desestimaron la acción declarativa de dominio formulada por los demandantes. El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación.

Los actores ejercitaron demanda pretendieron la declaración judicial de su cotitularidad dominical sobre varias fincas. La pretensión fue desestimada en las dos instancias, si bien por argumentos distintos en cada una. El Juzgado entendió que los demandados habían adquirido el dominio de las fincas por usucapión. Razón por la que no procedía declarar que los demandantes eran los dueños. El Tribunal de apelación consideró que la acción declarativa de dominio ejercitada por los demandantes había prescrito por el transcurso del plazo de treinta años establecido en el art. 1963, en relación con el 1969, ambos del CC. El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación formulado por los demandantes. Comienza el Alto Tribunal declarando la imprescriptibilidad de la acción declarativa de la propiedad. Así, mientras el demandante sea portador de un interés legítimo y resulte ser el propietario, estará legitimado para reclamar la declaración judicial de su derecho. Es más, la acción declarativa de un derecho constituye la proyección procesal de la facultad de su titular de defenderlo, dotándole de certeza, de modo que sigue la suerte del mismo. Lo expuesto debería conducir a la estimación del recurso de casación. Sin embargo, la aplicación de la doctrina sobre la equivalencia de resultados lleva al Tribunal a desestimar el recurso ya que la decisión recurrida deba ser mantenida aunque con otros argumentos. En efecto, los datos fácticos evidencian la realidad de una adquisición dominical por parte de los comuneros demandados sobre toda la finca litigiosa, por medio de la usucapión, a partir de un supuesto evidente de interversión del concepto posesorio, ya que aparece probado que, desde 1964 y a partir de un acto de conciliación, los demandados poseyeron la finca discutida como si fueran los únicos dueños, de un modo pacífico, público e ininterrumpido durante el tiempo exigido en el art. 1959 CC. A la vista de ello, concluye el Tribunal afirmando que lo acontecido no fue que la acción declarativa ejercitada en la demanda hubiera prescrito, sino que la usucapión ganada por los demandados sobre toda la finca litigiosa determinó la extinción para los demandantes de su afirmado derecho y la improcedencia de declarar lo contrario.

Mala fe procesal del demandado que tras allanarse a la demanda y obtener del tribunal de apelación un pronunciamiento desestimatorio, se desdice de su postura inicial

Sentencia Tribunal Supremo, Sala Primera, núm. 55/2013, de 22 de febrero (Ponente: Francisco Marín Castán) LA LEY 16508/2013

ITER PROCESAL: El Juzgado de Primera Instancia estimó íntegramente la acción declarativa de dominio formulada respecto a 15 fincas. La AP A Coruña revocó parcialmente la sentencia del Juzgado y estimó la demanda solo respecto a una de las fincas, teniendo por desistida a la parte actora de las restantes pretensiones. El Tribunal Supremo estima el recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por los demandantes, deja sin efecto la sentencia recurrida y confirma la de primera instancia.

Reconocimiento por el demandado, en la contestación a la demanda, de la propiedad de sus hermanos demandantes sobre 14 de las 15 fincas referidas en la demanda, negando al mismo tiempo que estuvieran necesitados de tutela judicial porque él no había discutido nunca su propiedad sobre dichas fincas. Allanamiento, desistimiento y renuncia. Estimada íntegramente la demanda en primera instancia, la sentencia de apelación desestimó las pretensiones relativas a esas 14 fincas al apreciar, indebidamente, un desistimiento de los demandantes sobre dichas fincas con base en una parte del acta del juicio desmentida por el desarrollo íntegro de la audiencia previa y del juicio. Improcedente confusión de un allanamiento del demandado, aun ambiguamente expresado, con un desistimiento de los demandantes, equiparándolo incluso, en los fundamentos jurídicos, a una renuncia a la acción. Mala fe procesal. Doble juego del demandado que en su escrito de oposición al recurso por infracción procesal, y desde la posición de ventaja lograda gracias a la improcedente apreciación del desistimiento, se desdice de su inequívoco reconocimiento inicial del derecho de propiedad de sus hermanos. Revocación de la sentencia de apelación y confirmación de la de primera instancia.

ARRENDAMIENTOS URBANOS

Aplicación analógica de las normas del usufructo para fijar la duración del arrendamiento

Sentencia Tribunal Supremo, Sala Primera, núm. 703/2012, de 14 de noviembre (Ponente: Román García Varela) LA LEY 169726 /2012

ITER PROCESAL: Las sentencias de instancia desestimaron la demanda de resolución de arrendamiento de local por expiración del plazo. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso de casación interpuesto por los demandantes.

Arrendamiento de local de negocio. Demanda de resolución del contrato por expiración del plazo. Desestimación. Contrato celebrado bajo la vigencia de la LAU 1994. Cláusula contractual en la que se estableció un plazo de duración de un año prorrogable indefinidamente por plazos iguales por la sola voluntad del arrendatario. Pacto contrario a la exigencia de duración limitada en el contrato de arrendamiento. Integración analógica del pacto mediante la aplicación de las normas del usufructo. Doctrina jurisprudencial. La duración máxima que cabe imponer al arrendador es la de 30 años que el art. 515 CC establece como límite temporal para el usufructo.

Extensión a los herederos del primitivo arrendador de la renuncia de éste a los motivos de excepción a la prórroga

Sentencia Tribunal Supremo, Sala Primera, núm. 139/2013, de 8 de marzo (Ponente: Francisco Javier Arroyo Fiestas) LA LEY 16841/2013

ITER PROCESAL: El Juzgado de Primera Instancia estimó la acción de extinción de contrato de arrendamiento de vivienda por causa de necesidad. La AP Madrid revocó la sentencia del Juzgado y desestimó la demanda. El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación interpuesto por los demandantes.

Denegación de la prórroga por causa de necesidad. Desestimación de la demanda. Extensión a los herederos del primitivo arrendador (demandantes) de la renuncia de éste a los motivos de excepción a la prórroga. De la interpretación del contrato se concluye que cuando el primitivo arrendador renunció a la posibilidad que tenía de denegación de la prórroga, lo hizo no solo a título personal, sino con carácter vinculante para quienes le sucediesen, pues se trataba de proteger la posición de su madre arrendataria.

ASOCIACIONES

Obligación de constituir aval, impuesta a los miembros de la Junta Directiva de un club de fútbol

Sentencia Tribunal Supremo, Sala Primera, núm. 764/2012, de 12 de diciembre (Ponente: Rafael Gimeno-Bayón Cobos) LA LEY 220683 /2012

ITER PROCESAL: El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda en la que se solicitaba la nulidad del acto de toma de posesión de la Junta Directiva de un club de fútbol por no haber constituido los avales exigidos por la Ley del Deporte y el cese de sus miembros, o subsidiariamente, la condena a los directivos a prestar el correspondiente aval. La AP Barcelona revocó la sentencia del Juzgado y estimó parcialmente la demanda condenando a las personas físicas demandadas que siguiesen siendo miembros de la citada Junta Directiva a aportar el aval bancario en la cuantía que resulta de los cálculos que se indican en la propia sentencia. El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación interpuesto por los demandados.

Demanda formulada por un socio de un club de fútbol solicitando la nulidad del acto de toma de posesión de la Junta Directiva por no haber constituido los avales exigidos por la Ley del Deporte y el cese de sus miembros, o subsidiariamente, la condena a los directivos a prestar el correspondiente aval. Estimación parcial de esta segunda pretensión ya que la gestión de la Junta Directiva es responsable de parte de las pérdidas del club durante el ejercicio 2002/2003. Competencia para decidir la exigibilidad del aval. La Liga de Fútbol Profesional autorizó la cancelación del aval prestado y relevó de la prestación de avales en atención a los beneficios obtenidos por el club en los ejercicios 2003/2006. Sin embargo, dicho organismo carece de potestad para eximir contra ley del cumplimiento de la obligación de prestar los avales. Legitimación del socio para exigir ante los tribunales civiles que los órganos del club cumplan el deber de constituir aval. Inaplicación del plazo de caducidad que rige para impugnar infracciones estatutarias ya que la acción se sustentaba en una infracción legal. Obligación de avalar de quienes se incorporan a la Junta durante un mandato. Momento de aportación de los avales. Aunque estos deben prestarse antes de comenzar cada ejercicio, no puede equipararse el incumplimiento de la obligación en el plazo fijado por la norma a la imposibilidad de cumplir como modo de extinción de la obligación que, en consecuencia, no podría exigirse posteriormente, eliminando la posibilidad de cumplimiento retardado.

COMPRAVENTA DE INMUEBLES

La nulidad de la venta por constituir un delito impide a las partes demandarse entre sí

Sentencia Tribunal Supremo, Sala Primera, núm. 21/2013, de 25 de enero (Ponente: Francisco Javier Arroyo Fiestas) LA LEY 1072/2013

ITER PROCESAL: Declarada en juicio penal la nulidad de la venta de unas fincas por la comisión de un delito de alzamiento de bienes,

la compradora formuló acción solicitando la declaración del derecho a la subrogación en la hipoteca que gravaba las fincas y el reintegro de los gastos y pagos realizados. Las sentencias de instancia desestimaron la demanda. El Tribunal Supremo desestima los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación interpuestos por la demandante.

Subrogación de la compradora en las hipotecas que gravaban las fincas. Nulidad del contrato declarada en proceso penal por la comisión de un delito de alzamiento de bienes. Ejercicio por la compradora de acción declarativa del derecho a la subrogación en la garantía hipotecaria y de reintegro de los gastos y pagos realizados. Desestimación. Cuando la nulidad radical del contrato se funda en causa ilícita, por ser el hecho que la sustenta un delito común a ambos contratantes, el reprochable proceder de los contratantes es sancionado por el art. 1305 CC con la imposibilidad de ejercer cualquier acción entre sí. El legislador no deja margen a la benevolencia o al restablecimiento del equilibrio prestacional, pese a que ello pudiera provocar el enriquecimiento de una de las partes, y ello porque ambas incurrieron en delito.

COMPRAVENTA DE VIVIENDAS

Carácter recepticio del requerimiento notarial de resolución extrajudicial de la compraventa previsto en el art. 1504 CC

Sentencia Tribunal Supremo, Sala Primera, núm. 639/2012, de 7 de noviembre (Ponente: Francisco Javier Orduña Moreno) LA LEY 215238/2012

ITER PROCESAL: El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda de resolución del contrato formulada por los compradores y desestimó la reconvención de la vendedora solicitando el cumplimiento del mismo. LA AP Málaga revocó la sentencia del Juzgado, desestimó la demanda y estimó la reconvención. El Tribunal Supremo declara no haber lugar a los recursos extraordinario por infracción procesal y de recurso de casación interpuestos por los compradores.

Compraventa de viviendas. Demanda de resolución del contrato formulada por los compradores, y reconvención de la vendedora solicitando el cumplimiento del mismo. Desestimación de la primera y estimación de la segunda. Carece de legitimación para solicitar la resolución del contrato la parte incumplidora del mismo. Los compradores decidieron injustificadamente no proceder a la firma de la escritura pública de la compraventa previamente acordada, según las condiciones estipuladas, ni proceder al pago de las cantidades acordadas, esto es, incumplieron el contrato, por lo que les está vedado el ejercicio de la facultad resolutoria. Carácter recepticio del requerimiento notarial de resolución extrajudicial previsto en el art. 1504 CC. No produce efectos el requerimiento que no llega a ser conocido por la parte requerida. En el caso, la vendedora, mediante requerimiento notarial, solicitó la resolución del contrato, pero dicha acta no llegó a conocimiento de los compradores de forma autónoma, sino a través de la contestación a la demanda realizada por la vendedora resultando, previa solicitud de la misma, renunciado y separado de las actuaciones el soporte documental de dicha acta, conforme a la pretensión de cumplimiento contenida en la demanda reconvencional.

Resolución de compraventa de vivienda por cambio de ubicación de los condensadores de aire acondicionado

Sentencia Tribunal Supremo, Sala Primera, núm. 679/2012, de 16 de noviembre (Ponente: Francisco Javier Arroyo Fiestas) LA LEY 176810/2012

ITER PROCESAL: Las sentencias de instancia estimaron la demanda de resolución de compraventa de vivienda por incumplimiento de la vendedora. El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación.

Compraventa de vivienda sobre plano. Resolución del contrato por los compradores por incumplimiento de la vendedora. Estimación de la demanda. Variación de la ubicación de los doce condensadores o unidades exteriores de climatización. Estos iban a ubicarse en la azotea pero finalmente fueron colocados en la fachada posterior del inmueble afectando al dormitorio principal de la vivienda de los actores. No se trata de una mera molestia sino de una alteración sustancial del objeto del contrato. El cambio de ubicación entorpece la necesaria tranquilidad y sosiego que se espera de una vivienda.

COMUNIDAD DE BIENES

Los acuerdos de los comuneros sobre la forma de enajenación del bien común han de ser adoptados por unanimidad

Sentencia Tribunal Supremo, Sala Primera, núm. 88/2013, de 22 de febrero (Ponente: Antonio Salas Carceller) LA LEY 10204/2013

ITER PROCESAL: El Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda y declaró haber lugar a la división material del inmueble común de los litigantes en la forma establecida por el informe pericial aportado por el demandado. La AP Ávila revocó en parte la sentencia del Juzgado, consideró que el inmueble resultaba jurídicamente indivisible y condenó al demandado a estar y pasar por la división y liquidación del condominio y, en su caso, la enajenación del inmueble en pública subasta con admisión de licitadores extraños, aprobando ciertas condiciones pactadas por los demandantes (sin intervención del demandado) para llevar a cabo la venta. El Tribunal Supremo declara haber lugar en parte al recurso de casación interpuesto por el demandado y casa parcialmente la sentencia recurrida dejando sin efecto el pronunciamiento referido a la aprobación de los acuerdos celebrados entre los demandantes en orden a la forma de enajenación del bien litigioso.

Acción de división de cosa común. Estimación parcial. Declarada la indivisibilidad del inmueble y la necesidad de la venta en pública subasta con admisión de terceros licitadores, no pueden admitirse condicionamientos para la subasta acordados por una parte de los condóminos sin presencia de los restantes, y particularmente la fijación de un precio de venta que, en caso de ser cubierto por cualquiera de ellos, excluiría la celebración de la subasta, pues tal fijación puede ser perjudicial para la comunidad al impedir la eventual obtención de un precio mayor. Gastos de conservación de la cosa común realizados por un comunero. El plazo de prescripción de la acción para exigir su pago no comienza a correr hasta la liquidación de la comunidad ya que hasta entonces la deuda no es exigible.

CONTRATO DE PERMUTA FINANCIERA

El Tribunal Supremo declara válido un contrato de permuta financiera por inexistencia de error en el consentimiento

Sentencia Tribunal Supremo, Sala Primera, núm. 683/2012, de 21 de noviembre (Ponente: José Ramón Ferrándiz Gabriel) LA LEY 180631/2012

ITER PROCESAL: El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda de nulidad de los contratos de permuta financiera celebrados entre los litigantes. La AP Asturias revocó la sentencia del Juzgado y estimó parcialmente la demanda declarando la nulidad de dichos contratos con los consiguientes efectos restitutorios. El Tribunal Supremo declara haber lugar al recurso de casación interpuesto por el banco demandado, casa y anula la sentencia recurrida y confirma la de primera instancia.

Acción de nulidad por error en el consentimiento. Desestimación. La operación financiera tuvo un carácter puramente especulativo y de esa naturaleza de la operación tuvo conocimiento la demandante porque fue expresamente informada por la entidad de crédito en lo esencial de los riesgos, faltando elementos de prueba que permitan imputar al banco una ocultación maliciosa de la información referida a la fluctuación al alza del Euribor más de un año después de celebrados los contratos litigiosos. Si los motivos o móviles que determinan la celebración de un contrato no pasan de meramente individuales, en el sentido de propios de uno solo de los contratantes, es decir, si no se objetivan y elevan a la categoría de causa concreta de aquel, el error sobre ellos resulta irrelevante como vicio del consentimiento. Se entiende que quien contrata soporta un riesgo de que sean acertadas o no sus representaciones sobre las circunstancias en consideración a las cuales contrató. La incertidumbre respecto a una futura mutación de las condiciones existentes al contratar implica la asunción por los contratantes de un riesgo de pérdida, correlativo a la esperanza de una ganancia.

CONTRATOS BANCARIOS

Interpretación en contra del banco de un contrato de sustitución de tipos de interés

Sentencia Tribunal Supremo, Sala Primera, núm. 665/2012, de 15 de noviembre (Ponente: José Ramón Ferrándiz Gabriel) LA LEY 180630/2012

ITER PROCESAL: El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda en la que se solicitaba que se declarase que no había existido ningún contrato de intercambio de tipos/cuotas entre las partes y, subsidiariamente, que la entidad bancaria demandada no estaba legitimada a cobrar cantidad alguna a los demandantes por la cancelación del contrato. La AP Lugo revocó en parte la sentencia del Juzgado y estimó la pretensión subsidiaria. El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la demandada.

Contrato de sustitución del interés variable de un préstamo por una cantidad periódica fija. Resolución del contrato por los prestatarios. Inexistencia de derecho de la entidad bancaria prestamista al cobro de cantidad alguna como cargo de cancelación. Interpretación literal del contrato. No permite afirmar, claramente, que los prestatarios hubieran aceptado al firmar el documento quedar obligados al pago de un cargo específico en el supuesto de cancelar anticipadamente el vínculo. Canon «contra proferentem». La cláusula oscura fue redactada por la entidad bancaria por lo que debe interpretarse en contra de la misma.

CONTRATOS DE INVERSIÓN FINANCIERA

Validez de contratos de inversión financiera de vencimiento posterior a los créditos concedidos para efectuar las inversiones

Sentencia Tribunal Supremo, Sala Primera, núm. 660/2012, de 15 de noviembre (Ponente: José Ramón Ferrándiz Gabriel) LA LEY 180629/2012

ITER PROCESAL: Las sentencias de instancia desestimaron la demanda de nulidad de los contratos de inversión financiera celebrados entre los litigantes. El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por los demandantes.

Acción de nulidad por error en el consentimiento. Desestimación. Los demandantes recurrieron al crédito concedido por la entidad bancaria demandada para efectuar las inversiones, pero, al sustituir los contratos que, para regularlas, habían celebrado inicialmente por los litigiosos, no cancelaron ni prorrogaron los de crédito, de modo que estos vencían antes. Es cierto que los contratos de crédito quedaron conectados funcionalmente a los contratos de adquisición de activos a cuya financiación servían las cantidades prestadas. Sin embargo, esa conexión desapareció cuando las partes, en ejercicio válido de su autonomía de voluntad, pactaron otros de adquisición de activos, en sustitución de los primeros, sin cancelar, modificar ni sustituir los de crédito. En todo caso, el error, de existir, sería inexcusable, por la sencilla razón de ser obvias las consecuencias de no someter unos y otros contratos al mismo régimen de vencimiento y de suponerse razonablemente que los demandantes eran o debían ser conscientes de que, al cumplirse los plazos de los créditos, habrían de soportar las reclamaciones de la insatisfecha acreedora.

DIVORCIO

Mantenimiento de la guarda de la madre sobre el hijo pese a impedir durante años que se relacionase con el padre

Sentencia Tribunal Supremo, Sala Primera, núm. 823/2012, de 31 de enero de 2013 (Ponente: José Antonio Seijas Quintana) LA LEY 2328/2013

ITER PROCESAL: Las sentencias de instancia estimaron parcialmente la demanda de modificación de medidas adoptadas en sentencia de divorcio y cambiaron el régimen de guarda y custodia del menor atribuyéndosela al padre. El Tribunal Supremo estima el recurso de casación interpuesto por la madre, casa la sentencia recurrida y, en su lugar, estima el recurso de apelación interpuesto por ella contra la sentencia del Juzgado, desestimando la demanda de modificación de medidas interpuesta por el padre.

El Tribunal Supremo estima el recurso de casación formulado por una madre a quien las sentencias de instancia retiraron la custodia de su hijo por haber impedido durante varios años el cumplimiento del régimen de visitas fijado en favor del padre.

La guarda y custodia del hijo se atribuyó inicialmente a la madre y se le permitió el cambio de residencia a los Estados Unidos de América, incumpliendo desde entonces los compromisos asumidos

en orden a facilitar las comunicaciones del hijo con el padre, pese a las múltiples actuaciones judiciales que se llevaron con tal finalidad desde el año 2006. Según el Tribunal Supremo, con independencia del reproche que se pudiese realizar del comportamiento de la madre, lo que debe primar es el interés del menor. Y en este caso no se ha justificado el beneficio que para el menor representa el cambio de custodia solicitado por el padre. El menor tiene en la actualidad 10 años, seis de los cuales ha permanecido con su madre en Estados Unidos, país en el que está integrado en todos los aspectos (alimentación, hábitos sociales y círculo de amigos), con fuerte vínculo afectivo hacia su madre. A juicio de la Sala, el periodo intermedio de transición hacia el sistema de custodia paterno, fijado por el tribunal de instancia, no ofrece ninguna garantía de que pueda materializarse en una nueva relación, hasta ahora prácticamente inexistente del padre con su hijo. Lo relevante, concluye, es que para el menor, tal como dice el voto particular de la sentencia de apelación, el cambio «supondrá un auténtico trauma el verse sometido al cambio de custodia, con lo que ello a mayores conlleva el traslado de su lugar de residencia a otro país muy distante del anterior y de imposición de convivencia con una persona (su padre) a la que, por las circunstancias que fueren, prácticamente desconoce». En consecuencia, el Alto Tribunal revoca la sentencia de apelación y desestima la demanda de modificación de medidas formulada por el padre.

MEDIDAS CAUTELARES

No existe previa y firme declaración de nulidad de pleno derecho respecto de las Resoluciones que asimilaron a los notarios-letrados con los registradores de la propiedad

Sentencia Tribunal Supremo, Sala Tercera, de lo Contencioso-Administrativo, de 18 de diciembre de 2012 (Ponente: Luís María Díez-Picazo Giménez) LA LEY 216127/2012

ITER PROCESAL: El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación interpuesto contra autos que acordaban no acceder a la medida cautelar interesada en relación con la suspensión de la Resolución de la DGRN, que desestimaba el interpuesto frente a las resoluciones de adjudicación de plazas de registradores a varios notarios a los que se les había reconocido previamente el derecho de asimilación.

Confirmación de la denegación de la suspensión de la Resolución de la DGRN desestimatoria del recurso interpuesto frente a las resoluciones por las que se adjudicaron determinados Registros de la Propiedad a varios notarios a los que se les había reconocido años atrás el derecho de asimilación que la Ley Hipotecaria establecía para los miembros del extinto Cuerpo Especial Facultativo de Letrados del citado Centro Directivo. Improcedencia de aplicar al caso la doctrina del «*fumus boni iuris*». No existe previa y firme declaración de nulidad de pleno derecho respecto de las Resoluciones que asimilaron a los notarios-letrados con los registradores de la propiedad. Falta de claridad de que mediante la impugnación directa y tempestiva de las resoluciones que deciden un concurso de traslado de registradores de la propiedad, pueda cuestionarse resoluciones anteriores con la justificación de que incurren en vicios de nulidad de pleno derecho. No se aporta la contundencia necesaria e indubitada para considerar que los vicios en que hayan podido incurrir los actos previos declarativos del derecho de asimilación, se trasladen con su misma intensidad anulatoria a los actos posteriores hasta el punto de hacer imprescindible la suspensión cautelar. No se aprecian daños que no puedan ser reparados si la pretensión de la parte actora triunfa, pues siempre podrá ser anulada la adscripción ganada a una determinada plaza de registrador de la propiedad por quien no tenía derecho a ella y, consecuentemente, será posible también proporcionársela a quien la merecía por mejor derecho.

NOTARIOS

Denegación de la solicitud al Ministerio de Justicia de que se procediese a dictar una Orden Ministerial relativa a organización interna y funcionamiento de la Mutualidad Notarial

Sentencia Tribunal Supremo, Sala Tercera, de lo Contencioso-Administrativo, de 27 de noviembre de 2012 (Ponente: Wenceslao Francisco Olea Godoy) LA LEY 191408/2012

ITER PROCESAL: El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de la Audiencia Nacional que confirmó la denegación de la solicitud al Ministerio de Justicia de que se procediese a dictar una Orden Ministerial relativa a organización interna y funcionamiento de la Mutualidad Notarial.

Se confirma la denegación de la solicitud al Ministerio de Justicia de que se procediese a dictar una Orden Ministerial por la que se ordenara que la organización interna y funcionamiento de la Mutualidad Notarial deberían ser democráticos, correspondiendo la gestión de la misma a la Asamblea General y al órgano de representación designado por esta última; ordenando la convocatoria y constitución de dicha Asamblea General y la designación del correspondiente órgano de representación para que los mismos adoptaran los acuerdos que estimaran adecuados al interés de los mutualistas en relación con el destino de la Mutualidad; todo ello sin perjuicio de las competencias del Ministerio de Justicia. La mutualidad notarial complementaria del RETA. La asamblea general de mutualistas. No aplicación al caso de la Ley Orgánica reguladora del Derecho de Asociación. Situación en que ha quedado la Mutualidad Notarial tras la integración de los miembros del Cuerpo Único de Notarios en el RETA y la consiguiente transmisión de activos y pasivos a la Tesorería General de la Seguridad Social. Destino del patrimonio remanente. Cosa juzgada.

OPCIÓN DE COMPRA

Aplicación de la cláusula penal prevista en un precontrato de opción de compra ejercitada fuera de plazo

Sentencia Tribunal Supremo, Sala Primera, núm. 755/2012, de 30 de noviembre (Ponente: Xavier O'Callaghan Muñoz) LA LEY 185309/2012

ITER PROCESAL: El Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda de reclamación de indemnización en aplicación de la cláusula penal incluida en el contrato de opción de compra suscrito entre los litigantes. La AP Granada revocó la sentencia del Juzgado y desestimó la demanda. El Tribunal Supremo declara haber lugar al recurso de casación interpuesto por la demandante, casa la sentencia recurrida y estima totalmente la demanda.

Aplicación de la cláusula penal cuyo objeto era, primero, sancionar al concedente de la opción si, dentro del período de vigencia de la opción, no cumplía la obligación pactada de otorgar la escritura pública del derecho de opción y, segundo, sancionar al concedente si, ejercitado el derecho de opción, no formalizaba las escrituras de compraventa. El derecho de opción caducó al ser ejercitado fuera del plazo acordado, sin embargo, sí fue incumplida la obligación de escriturar el propio precontrato de opción, para poder inscribirlo en el Registro de la Propiedad y quedar asegurado el mismo. La caducidad del derecho de opción no provoca la nulidad de la cláusula penal reclamada por el incumplimiento no del derecho de opción, sino de la falta de otorgamiento de la escritura pública del precontrato de opción.

La opción de compra concedida por uno de los propietarios es válida pero ineficaz respecto al otro propietario

Sentencia Tribunal Supremo, Sala Primera, núm. 802/2012, de 26 de diciembre (Ponente: Xavier O'Callaghan Muñoz) LA LEY 215416/2012

ITER PROCESAL: Las sentencias de instancia desestimaron la demanda en la que se solicitaba que se declarase ejercitada una opción de compra respecto a una finca, y estimaron la reconvención de uno de los demandados declarando nulo el precontrato de opción. El Tribunal Supremo declara haber lugar al recurso de casación interpuesto por la demandante, casa la sentencia recurrida y, en su lugar, manteniendo el resto de pronunciamientos, declara la ineficacia del precontrato de opción respecto al codemandado y demandante reconvencional.

Opción de compra sobre finca perteneciente por mitad y pro indiviso a dos copropietarios. Opción concedida únicamente por uno de los propietarios. Es válida pero ineficaz respecto del propietario que no intervino en el precontrato de opción. La optante no podía exigir el ejercicio de la opción cuando uno de los propietarios no había prestado su consentimiento contractual. La concedente responderá, en su caso, frente al optante, pero es claro que la persona que no intervino en nada puede quedar afectada por el precontrato de opción y en nada puede alcanzarle un derecho nacido de un acuerdo de voluntades en el que no prestó su consentimiento.

PENSIÓN DE VIUDEDAD

Reparto de pensión de viudedad entre viuda y ex-cónyuge divorciada

Sentencia Tribunal Supremo, Sala Cuarta, de lo Social, de 5 de diciembre de 2012 (Ponente: Manuel Ramón Alarcón Caracuel) LA LEY 209161/2012

ITER PROCESAL: El Tribunal Supremo desestima, por falta de contradicción, el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto contra la sentencia dictada por el TSJ Andalucía, sobre prestaciones de viudedad, confirmando el derecho a percibir la pensión completa a la viuda del causante.

Pensión de viudedad. Reparto entre la viuda y ex cónyuge divorciada, sin pensión compensatoria. Derecho de la viuda a percibir la totalidad de la pensión. La ex cónyuge cumple todos los requisitos exigidos por la Disp. Trans. 18ª LGSS para quedar exenta del cumplimiento de la exigencia de ser beneficiaria de la pensión compensatoria, salvo el relativo al transcurso de menos de 10 años desde la separación hasta el fallecimiento del causante. Existiendo fecha de separación y posterior de divorcio, se tomó la de la separación como dies a quo para el requisito que establece que no hayan transcurrido más de 10 años hasta el fallecimiento. Recurso de casación para la unificación de doctrina. Falta de contradicción. En la sentencia de contraste no existe una segunda esposa y, además, la divorciada sí tenía derecho a la pensión compensatoria, por lo que ante esa diferencia en los hechos, también la hay en las pretensiones y en el análisis llevado a cabo.

Denegación de la prestación de viudedad solicitada

Sentencia Tribunal Supremo, Sala Cuarta, de lo Social, de 18 de febrero de 2013 (Ponente: Aurelio Desdentado Bonete) LA LEY 13726/2013

ITER PROCESAL: El Tribunal Supremo desestima, por falta de contradicción entre las sentencias comparadas, el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto contra la sentencia del TSJ Andalucía, que desestimó a su vez el recurso de suplicación frente a la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm. 10 de Málaga, sobre Seguridad Social, y confirma la denegación de la prestación de viudedad solicitada.

Pensión de viudedad. Parejas de hecho. Inexistencia de hijos comunes. Los requisitos de la Disp. Adic. 3.ª L 40/2007, para fallecimientos anteriores a 2008, tienen carácter acumulativo. La viuda solicitó la correspondiente pensión por el fallecimiento en el año 2000 de su pareja de hecho, con el que convivía desde 1993 y con el que formalizó su unión en 1999, pero le fue denegada por el INSS por no existir hijos comunes. Pese a la alegación de una eventual discriminación de las mujeres sin posibilidad de tener hijos en el momento de la constitución de la pareja —ella contaba con 43 años en ese momento— se consideró que el establecimiento de estos requisitos está dentro de la libertad del legislador para configurar los requisitos de acceso a la protección. Falta de contradicción entre las sentencias comparadas en el recurso de casación para la unificación de doctrina.

PERMUTA

Otorgamiento de escritura pública del contrato de permuta

Sentencia Tribunal Supremo, Sala Primera, núm. 32/2013, de 6 de febrero (Ponente: Antonio Salas Carceller) LA LEY 5536/2013

ITER PROCESAL: El Juzgado de Primera Instancia estimó sustancialmente la demanda y condenó a la demandada a otorgar escritura pública del contrato de permuta celebrado con los demandantes y a indemnizarles los perjuicios ocasionados. La AP Málaga revocó en parte la sentencia del Juzgado en el sentido de reducir la cuantía de la indemnización. El Tribunal Supremo declara no haber lugar a los recursos de casación interpuestos por ambas partes.

Permuta de solar por edificación. Condena al permutante constructor a otorgar escritura pública del contrato y a indemnizar los perjuicios ocasionados a la otra parte, consistentes en la diferencia de precio del arrendamiento de los locales a construir (que los demandantes podrían haber obtenido desde que la demandada incurrió en mora), en relación con el menor precio percibido por las instalaciones provisionales que se pusieron a su disposición mien-

tras se llevaba a cabo la construcción. Mora de la demandada. Ha de computarse, no desde el momento en que la obligación de entrega debió ser cumplida, sino desde el requerimiento efectuado por los demandantes en tal sentido.

PROCEDIMIENTO CONCURSAL

Admisión de la oposición de la excepción de contrato no cumplido o cumplido defectuosamente con ocasión de un incidente de impugnación de créditos

Sentencia Tribunal Supremo, Sala Primera, núm. 760/2012, de 18 de diciembre (Ponente: Ignacio Sancho Gargallo) LA LEY 215418 /2012

ITER PROCESAL: Las sentencias de instancia estimaron parcialmente la demanda incidental de impugnación del informe de la administración concursal y declararon que la demandante ostentaba a su favor un crédito ordinario por el importe que el perito judicial propuso en su informe. El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación formulado por la concursada.

Impugnación de la lista de acreedores. Crédito derivado de los servicios de consultoría prestados a la concursada. Calificación del crédito como concursal ordinario y por el importe pendiente de cobro. Admisión de la oposición de la excepción de contrato no cumplido o cumplido defectuosamente (exceptio non adimpleti contractus o non rite adimpleti contractus) con ocasión de un incidente de impugnación de créditos. Sin embargo, no cabe oponer la exceptio non adimpleti contractus frente a la pretensión de inclusión de un crédito concursal generado por un contrato con obligaciones recíprocas, porque su invocación presupone que el contrato está pendiente de cumplimiento por ambas partes y por ello el crédito reclamado sería un crédito contra la masa (art. 61.2 LC). La pretensión de inclusión de un crédito concursal derivado de un contrato bilateral con reciprocidad de prestaciones presupone que esté pendiente de cumplimiento por una sola de las partes, en concreto por el concursado. Lo cual puede ser compatible o bien con un incumplimiento de la prestación que ya no sea susceptible de cumplimiento, esto es, que sea resolutorio, lo que equivale a una inexistencia del crédito reclamado; o bien con un cumplimiento defectuoso que, resuelta la relación contractual, justifique la reducción del precio estipulado.

Calificación como ordinario del crédito derivado de los contratos de permuta financiera (swap)

Sentencia Tribunal Supremo, Sala Primera, núm. 797/2012, de 9 de enero de 2013 (Ponente: Rafael Gimeno-Bayón Cobos) LA LEY 477/2013

ITER PROCESAL: Las sentencias de instancia desestimaron la demanda de impugnación de la lista de acreedores en el sentido de excluir de ella el crédito derivado de permuta financiera y su inclusión como crédito contra la masa, admitiendo la inclusión del crédito en los términos propuestos por la Administración concursal, es decir, como crédito ordinario. El Tribunal Supremo desestima los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación interpuesto por el demandante.

Calificación como ordinario del crédito derivado de un contrato de permuta financiera (swap) desvinculado de cualquier otra operación. Conforme al art. 61.2 LC, la declaración de concurso no afectará a la vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento, realizándose con cargo a la masa las prestaciones a que esté obligado el concursado. Sin embargo, en el swap desvinculado no existen obligaciones funcionalmente recíprocas ya que nada más surgen obligaciones para una de las partes.

PROPIEDAD HORIZONTAL

Mala fe de la comunidad de propietarios que primero autoriza el cierre de las terrazas y después solicita la demolición del cerramiento

Sentencia Tribunal Supremo, Sala Primera, núm. 104/2013, de 27 de febrero (Ponente: Francisco Javier Arroyo Fiestas) LA LEY 10203/2013

ITER PROCESAL: Las sentencias de instancia estimaron la acción de demolición de las obras de cerramiento realizadas por los demandados en la terraza de su vivienda. El Tribunal Supremo estima los recursos extraordinario de infracción procesal y de casación interpuestos por los demandados, casa la sentencia recurrida y desestima íntegramente la demanda.

Acción de demolición de cerramiento de terraza por haberse realizado sin autorización unánime de la comunidad. Desestimación. Los acuerdos comunitarios sobre alteración de elementos comunes que se hayan adoptado por mayoría, pese a requerir la unanimidad, quedan convalidados si no se recurren en el plazo legalmente establecido. En el caso, la acción ejercitada por la comunidad había caducado por el transcurso del citado plazo desde la adopción del acuerdo en que se autorizó por mayoría el cerramiento de las terrazas. A ello debe añadirse que la demandante actuó contra sus propios actos y en contra de la buena fe, pues primero autorizó el cierre de las terrazas, y cuatro años después acordó que presentaría la actual demanda, en abierta contradicción con su planteamiento inicial, lo que no puede perjudicar a quien ya había cerrado su terraza, pues tan arbitrario cambio de opinión solo puede afectar a las modificaciones futuras, pero no a las consolidadas. Recurso extraordinario por infracción procesal. Infracción del principio dispositivo y del principio de justicia rogada. La comunidad basó su demanda en que el acuerdo no era válido por no haberse adoptado por unanimidad. Sin embargo, la Audiencia Provincial, introduciendo sorpresivamente una cuestión sobre la que no había surgido debate, estimó la demanda por considerar que no había existido tal acuerdo sino un mero intercambio de opiniones.

Validez del acuerdo para iniciar acciones judiciales contra varios comuneros aunque no figurase en el orden del día

Sentencia Tribunal Supremo, Sala Primera, núm. 219/2013, de 15 de marzo (Ponente: José Antonio Seijas Quintana) LA LEY 16504 /2013

ITER PROCESAL: Las sentencias de instancia desestimaron la acción de impugnación de un acuerdo comunitario. El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación formulado por los demandantes.

Validez del acuerdo para iniciar acciones judiciales contra varios comuneros aunque no figurase en el orden del día. En este orden del día sí constaba la solicitud de información a los comuneros respecto a las obras realizadas en sus viviendas. Y fue de ese informe que se somete a la consideración de la Junta del que la comunidad de propietarios dedujo la ilegalidad de las obras que motivó el acuerdo de ejercitar acciones judiciales. Este acuerdo no es más que la expresión

del derecho de la comunidad a la tutela judicial efectiva ante lo que considera una actuación contraria a los estatutos por parte de unos comuneros.

PROPIEDAD INTELECTUAL

El Tribunal Supremo ratifica la condena a La Sexta por utilizar en sus programas imágenes previamente emitidas por Telecinco

Sentencia Tribunal Supremo, Sala Primera, núm. 809/2012, de 14 de enero de 2013 (Ponente: José Ramón Ferrándiz Gabriel) LA LEY 1983/2013

ITER PROCESAL: Las sentencias de instancia estimaron parcialmente la demanda interpuesta por Telecinco y declararon que La Sexta había infringido los derechos de propiedad intelectual de la demandante al utilizar en sus programas imágenes producidas por Telecinco o emitidas por Telecinco y de las que ésta era titular de todos los derechos. Además, condenaron a la demandada al pago de una indemnización de daños y perjuicios a determinar en un posterior procedimiento declarativo. El Tribunal Supremo declara no haber lugar a los recursos por infracción procesal y de casación interpuestos por la demandada.

Utilización en programas de televisión de la cadena demandada, de imágenes que habían sido emitidas por la cadena demandante y de las que ésta era titular de todos los derechos. Condena a la demandada a cesar en la actividad infractora y al pago de la indemnización que se determine en un posterior procedimiento. Inaplicación del derecho de cita como límite al derecho de autor. Según el art. 32.1 LPI 1996, la cita alcanza a las «recopilaciones periódicas efectuadas en forma de reseñas o revista de prensa». Sin embargo, en este caso, la recopilación no se exteriorizó en forma de reseña, dado que ésta, aunque pueda tener por objeto obras audiovisuales, se caracteriza por consistir en una síntesis o resumen y no comprende la reproducción de imágenes ajenas con un alcance tan amplio como el realizado por la demandada. También hay que excluir la recopilación en forma de revista de prensa, pese a ser también admisible en el ámbito audiovisual, ya que el fin de la incorporación se ha de tomar en consideración para justificar su medida, y ese fin (que no puede ser otro, tratándose de revistas de prensa, que el de informar) se ha visto superado con creces ya que las imágenes se utilizaban con fines de entretenimiento o diversión. Recurso extraordinario por infracción procesal. No es contrario al art. 219.3 LEC el ejercicio de una pretensión declarativa del derecho a ser indemnizado en una medida a determinar en otro proceso, por el hecho de no ser la única deducida en la demanda, al habérsele acumulado otras (entre ellas, la fundamental y previa de que se califique la conducta de la demandada como ilícita y, por tal, como fuente de la obligación de indemnizar).

RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL

Demanda formulada por el esposo, tras la ruptura matrimonial, solicitando la nulidad de capitulaciones matrimoniales

Sentencia Tribunal Supremo, Sala Primera, núm. 80/2013, de 7 de marzo (Ponente: José Antonio Seijas Quintana) LA LEY 13547/2013

ITER PROCESAL: El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda de nulidad de las capitulaciones matrimoniales en las que se liquidó la sociedad de gananciales y se convino el régimen de separación de bienes entre los litigantes. La AP Granada revocó la sentencia del Juzgado y estimó parcialmente la demanda, declarando que la totalidad de las participaciones sociales de una determinada mercantil pertenecían por mitad a ambas partes. El Tribunal Supremo desestima los recursos formulados por ambas partes.

Demanda formulada por el esposo, tras la ruptura matrimonial, solicitando la nulidad de capitulaciones matrimoniales en las que se liquidó el haber ganancial y se convino un régimen de separación de bienes con base en una pretendida simulación de la liquidación de los gananciales y la existencia de una fiducia cum amico respecto a los bienes que figuraban a nombre de la esposa. Falta de prueba de que el régimen de separación de bienes establecido fuera simulado ni que hubiese una fiducia cum amico con la finalidad de proteger el patrimonio familiar frente a terceros. Una y otra parte litigante otorgaron capitulaciones sobre la base o presupuesto esencial de que todos los bienes que se repartían tenían la consideración de gananciales. Recurso de casación. No cabe hacer supuesto de la cuestión en el sentido de partir de hechos que no han sido declarados probados o prescindir de los probados. Tampoco está permitido la denuncia acumulada de diversos preceptos cuando no pueden ser objeto de infracción conjunta ni de una respuesta unitaria. Recurso extraordinario por infracción procesal. Denegación de prueba pericial. Falta de acreditación de la imposibilidad de obtener el informe pericial para aportarlo con la demanda. El actor no ofreció ni acompañó documentación complementaria que acreditara que la defensa de su derecho no le permitía interponer la demanda hasta la emisión de los dictámenes que presentó casi siete meses después y tres días antes de la audiencia previa. Error en la valoración de la prueba. No cabe proponer que el Tribunal haga una nueva valoración conjunta de la prueba en el sentido que interesa al recurrente.

SOCIEDAD ANÓNIMA

Litigio entre el Corte Inglés y varios accionistas que pretendían vender sus títulos

Sentencia Tribunal Supremo, Sala Primera, núm. 635/2012, de 2 de noviembre (Ponente: Rafael Gimeno-Bayón Cobos) LA LEY 176781 /2012

ITER PROCESAL: El Juzgado de lo Mercantil n.º 7 de Madrid desestimó la demanda formulada por varios accionistas de El Corte Inglés solicitando que se declarase la libre transmisibilidad de sus acciones o, subsidiariamente, el incumplimiento del procedimiento de transmisión inter vivos establecido en los estatutos sociales y, en consecuencia, se condenase a la sociedad al cumplimiento forzoso de dicho procedimiento adquiriendo las acciones u ofreciendo su adquisición a los socios que lo deseasen por el precio fijado en la propia demanda. Por otro lado, estimó parcialmente la reconvención de la sociedad ordenando la formalización de las compraventas de las respectivas acciones de los demandantes reconvenidos por el precio fijado por el auditor designado por el Consejo de Administración. La AP Madrid revocó en parte la sentencia del Juzgado y dejó sin efecto el pronunciamiento que había estimado la reconvención. El Tribunal Supremo desestima los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación interpuestos por ambas partes.

Transmisión de sus acciones por varios socios. Ejercicio por la sociedad (El Corte Inglés) del derecho de adquisición preferente. Regularidad del proceso para el ejercicio de tal derecho. Posibilidad de que el Consejo de Administración decidiese adquirir las acciones. Aunque los estatutos sociales atribuían a la Junta general la decisión de adquirir, también permitían a dicho órgano «autorizar al Consejo de Administración la adquisición de sus propias acciones», sin que exista base para sostener que la Junta no podía delegar una competencia que la ley no le atribuye y que los estatutos no lo hacen con carácter inderogable. Regularidad de la designación por el Consejo de Administración del auditor encargado de valorar las acciones. Fijación por el auditor de un valor no razonable. Posibilidad de control judicial de la valoración realizada por el auditor sustituyendo el valor fijado por este por el «valor razonable» determinado por el tribunal. Inexistencia en el caso de autos de datos suficientes para realizar dicha valoración e imposibilidad de remitir a ejecución de sentencia su determinación, por exceder de los límites fijados en el art. 219 LEC.

Transmisión de una deuda de la sociedad escindida a la sociedad beneficiaria de la escisión, aunque dicha deuda no se incluyera en el pasivo transmitido

Sentencia Tribunal Supremo, Sala Primera, núm. 796/2012, de 3 de enero de 2013 (Ponente: Ignacio Sancho Gargallo) LA LEY 5540/2013

ITER PROCESAL: Las sentencias de instancia desestimaron la demanda de reclamación de un crédito formulada por el cesionario del mismo frente a un grupo de sociedades derivadas de la sociedad deudora originaria. El Tribunal Supremo estima el recurso de casación interpuesto por el demandante, deja sin efecto el fallo de la sentencia recurrida y dicta otro por el que condena a las sociedades demandadas a pagar solidariamente al actor la deuda reclamada.

Escisión parcial. Reclamación a la sociedad beneficiaria de la escisión, de una deuda generada por la sociedad escindida antes de la escisión. Estimación de la demanda. Inclusión de esa deuda dentro del activo y pasivo traspasado a la sociedad beneficiaria. El hecho de que la deuda no se incluyera en el reparto de los elementos del activo y del pasivo que iban a transmitirse a la sociedad beneficiaria, no significa necesariamente que quedara fuera del efecto de la sucesión universal. Debe entenderse que esta deuda estaba afectada al negocio internacional de la sociedad escindida, en que consiste la unidad económica transmitida a la sociedad beneficiaria, razón por la cual fue también transmitida a ésta última, formando parte de las relaciones jurídicas traspasadas en bloque, conforme al art. 252.1 b) LSA 1989, y es en virtud de esta sucesión que la sociedad beneficiaria resulta responsable de su cumplimiento. Levantamiento del velo del entramado societario generado con posterioridad a la reclamación de la deuda para dificultar al acreedor la identificación del deudor y distraer los activos que deberían servir para satisfacer dicha deuda. Condena solidaria de todas las sociedades codemandadas.

SUCESIÓN HEREDITARIA

Legitimación del heredero para ejercitar la acción de nulidad de venta hecha por la causante

Sentencia Tribunal Supremo, Sala Primera, núm. 704/2012, de 5 de noviembre (Ponente: Xavier O'Callaghan Muñoz) LA LEY 176781 /2012

ITER PROCESAL: Las sentencias de instancia estimaron la acción de declaración de herederos de la fallecida hermana del demandante y desestimaron la de nulidad de la partición de la herencia de los padres. El Tribunal Supremo declara haber lugar a los recursos de casación formulados y anula la desestimación del extremo de la demanda relativo a petición de nulidad de una compraventa realizada por la hermana de los demandantes, fallecidos estos en el curso del proceso y sustituidos por sus herederos, ahora recurrentes, devolviendo los autos a la Audiencia Provincial para que resuelva con libertad de criterio sobre este extremo, declarando expresamente la legitimación activa de los recurrentes.

Acción de nulidad por simulación absoluta de compraventas llevadas a cabo por la causante. Legitimación activa de los herederos sin que sea preciso, en absoluto, que tales herederos sean, además, legitimarios del causante.

TÍTULOS NOBILIARIOS

Acción de declaración del mejor derecho a poseer un título nobiliario

Sentencia Tribunal Supremo, Sala Primera, núm. 63/2013, de 5 de febrero (Ponente: Juan Antonio Xiol Ríos) LA LEY 7033/2013

ITER PROCESAL: Las sentencias de instancia desestimaron la acción de declaración del mejor derecho a poseer un título nobiliario. El Tribunal Supremo estima el recurso de casación interpuesto por el demandante, casa la sentencia recurrida y estima en lo sustancial la demanda

Acción de declaración del mejor derecho a poseer un título nobiliario secundario distribuido por el padre de los litigantes en favor del demandante, su cuarto hijo, saltándose a otros dos hijos de mayor edad, siendo los demandados el hijo varón primogénito del distribuyente (a quien se atribuyó el título principal y obtuvo Carta de Sucesión del título secundario por sucesión por causa de muerte) y su hijo, poseedor actual del título litigioso en virtud de la cesión realizada por su padre. Estimación de la demanda. En la distribución de títulos nobiliarios (salvo en los supuestos títulos nobiliarios cuyas cartas de concesión establezcan un orden irregular de suceder que deba ser respetado, distinto al tradicional) no se exige que, una vez reservado el título principal al inmediato sucesor, deba respetarse el orden regular de sucesión para llevar a cabo la distribución de los títulos secundarios entre los demás hijos o descendientes de quien distribuye.

Reseña de las principales sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña(*)

Publicadas durante el tercer trimestre de 2012

Víctor Esquirol Jiménez

Notario de El Masnou

CAPÍTULOS MATRIMONIALES

Los pactos en previsión de una ruptura matrimonial otorgados antes de la entrada en vigor de la Ley 25/2010 también deben otorgarse en escritura pública

Sentencia n.º 46/2012, de 12 de julio (Ponente: Carlos Ramos Rubio)

Resumen: Un matrimonio otorgó en 2001 unos pactos en previsión de una ruptura matrimonial, en documento privado y en presencia de dos testigos, por los que la esposa renunciaba a cualquier derecho que pudiese llegar a corresponderle respecto de los bienes muebles e inmueble del marido. Al tiempo de la ruptura, seis años después, queda probado que la esposa, que se había dedicado durante el matrimonio casi de forma exclusiva a la crianza, el cuidado y la atención a la familia, carecía de patrimonio propio alguno, mientras que el marido ostentaba un importante patrimonio.

La Sentencia de la Audiencia reconoce validez al documento suscrito por las partes, por lo que le niega a la esposa el derecho a la compensación económica por razón de trabajo, basándose en una *pretendida* doctrina del TSJC (Sentencia 34/2010, de 10 de septiembre) de la que desprendería la validez y la eficacia de todos aquellos pactos otorgados en el ejercicio de su autonomía negocial por los cónyuges, aunque fuera privadamente y sin posterior ratificación judicial, en virtud de los cuales se renunciase, en previsión de crisis matrimonial, a la compensación por razón de trabajo regulada en el derogado art. 41 CF, sin que para ello sea exigible «*formalidad alguna*».

El TSJC, no obstante, niega validez al pacto del caso presente, pues en la sentencia citada se contemplaba un caso de pactos relativos a una crisis matrimonial ya producida; en cambio, dice no haberse pronunciado sobre los requisitos de validez de los pactos otorgados por los cónyuges en previsión de una ruptura matrimonial aún no producida, supuestos que no considera equiparables. De forma que, en este último supuesto, estima que, en el contexto normativo anterior a la promulgación del Libro II del Código Civil de Cataluña, «*solo era posible su otorgamiento válido y eficaz en capítulos matrimoniales (art. 15.1 CF), y, por tanto, en escritura pública con virtualidad constitutiva (art. 17.1 CF), porque, al margen de su eventual acceso a los registros oficiales (RDGRN 4/2003, de 19 de junio), dicha forma era la más apropiada para garantizar la libre formación de la voluntad de los cónyuges otorgantes, especialmente en una materia (art. 41 CF) que afecta al régimen económico matrimonial primario*».

Comentario: En la actualidad, el art. 231.30 CCCat regula esta cuestión en el mismo sentido que la sentencia anterior, es decir, no solo exigiendo el otorgamiento de escritura pública, sino también imponiendo al Notario la obligación de informar por separado a los otorgantes y exigiendo que los pactos guarden cierta reciprocidad, por lo que, en un supuesto como el de autos, también serían ineficaces por este último motivo. La cuestión, no obstante, tiene su interés también en la actualidad, ya que la Disposición Transitoria Segunda, punto 2, de la Ley 25/2010, que aprueba el Libro II del Código Civil de Cataluña, reconoce validez a los pactos otorgados en previsión

(*) El texto íntegro de las sentencias se puede consultar en *www.poderjudicial.es.*

de ruptura matrimonial adoptados antes de la entrada en vigor de dicha Ley, siempre y cuando cumplieran los requisitos que establecía la legislación vigente al tiempo de otorgarlos, por lo que queda claro que los celebrados antes de la crisis matrimonial también requieren escritura pública. En cuanto a los celebrados durante la ruptura, a la vista del nivel de exigencia del art. 231.30 CCCat, me inclino por exigir el mismo requisito o, al menos, la ratificación personal ante el Juez correspondiente.

DERECHO DE TRANSMISIÓN

Los bienes que el transmisario hereda del causante no quedan sujetos a las cargas que el transmitente haya impuesto sobre su propia herencia

Sentencia n.º 47/2012, de 12 de julio (Ponente: Núria Bassols i Muntada)

Resumen: Fallecieron por este orden: A, B y C, y todos bajo la vigencia del Código de Sucesiones. La causante A nombró heredera libre a la causante B, quien falleció sin aceptar ni repudiar la herencia de A. B había nombrado heredero a su esposo C con un fideicomiso de residuo a favor de los parientes de B. C aceptó la herencia de B y, por derecho de transmisión, también la de A, quedando inscritos los bienes de ambas herencias como sujetos al fideicomiso de residuo. Al fallecer C, sus herederos, que no son parientes de B, se adjudican los bienes procedentes de la herencia de A, por considerarlos libres del fideicomiso, mientras que el único pariente de B había inscrito dichos bienes a su favor, por considerarlos sujetos al fideicomiso. Se plantea, por lo tanto, si la carga fideicomisaria que recae sobre el caudal relicto de B se hace extensiva a los bienes que provienen de la herencia de A. En primera instancia, se resuelve a favor de la extensión; en segunda, en contra.

El TSJC desestima el recurso y confirma el criterio de la Audiencia. La sentencia recoge las posiciones doctrinales sobre la cuestión: la llamada *teoría clásica*, o *de la doble transmisión*, que considera que la herencia del causante (A) ingresa en el patrimonio del transmitente (B) y se transmite como herencia del transmitente (B) al transmisario (C), y la llamada *teoría moderna*, o *de la adquisición directa*, o *de la doble capacidad*, o *de la doble adquisición*, que entiende que la herencia del causante (A) se transmite directamente al transmisario (C), sin ingresar en el patrimonio del transmitente (B). Ambas teorías tienen sólidos argumentos a favor y en contra, pero ni el TS ni el TSJC han tenido hasta la fecha ocasión de pronunciarse sobre la cuestión. Llegado ya el momento de hacerlo, el TSJC se decanta a favor de la teoría moderna sobre la base de los siguientes argumentos:

— En la teoría clásica, el transmisario recibe una sola herencia, la del transmitente (de la que forma parte la del causante), mientras que, en la teoría moderna, el transmisario recibe dos herencias, lo que se ajusta mejor al art. 29 CS, que presume la existencia de dos herencias, como lo demuestra que su apartado 2.º establezca la posibilidad de que el transmisario acepte la herencia del transmitente y repudie la del causante.

— Del art. 205 CS se deriva que la ley quiere limitar los efectos de la herencia fideicomisaria a las personas que haya determinado el testador o fideicomitente, de manera que el gravamen no se puede hacer extensivo a otras personas que no tuvo en cuenta el fideicomitente al ordenar la carga, como sería el sucesor del heredero fiduciario por derecho de transmisión, que podría ser incluso una persona desconocida para el fideicomitente.

— En el derecho de transmisión, el objeto de la transmisión es la herencia del causante y no únicamente el *ius delationis*, o derecho a aceptar o repudiar la herencia.

— No hay ninguna justificación para gravar con un fideicomiso una herencia cuando el causante no quiso gravar sus bienes.

— El carácter retroactivo de la aceptación de herencia encaja mejor con la teoría moderna.

— De adoptar la teoría moderna, se impediría que alguna persona incursa en una causa de incapacidad relativa o de indignidad en relación con el causante pueda adquirir la herencia de este.

— La teoría moderna se adapta mejor a lo que establece el párrafo final del art. 110 CS, esto es, que, en caso de duda, la interpretación se hace en sentido favorable al favorecido y las disposiciones que le imponen cualquier carga se interpretan restrictivamente.

Comentario: Interesante sentencia en que el TSJC aborda, por primera vez, la cuestión de si el transmisario sucede o no al primer causante, un tema que hace las delicias de los civilistas empedernidos. Y es que se trata de un problema que entronca no solo con la naturaleza jurídica del derecho de transmisión, sino también con la teoría general de la adquisición del derecho hereditario. Así, tenemos que en Derecho romano no tenía lugar, en principio, el derecho de transmisión, dado el carácter personalísimo de la condición de heredero, que atribuía una cualidad personal más que un derecho patrimonial. No obstante, con el tiempo se acentuó el carácter patrimonial de la herencia, y en el propio Derecho romano se admitieron numerosas excepciones a aquel principio, un proceso que culmina en nuestro Derecho actual, en que la norma es la aplicación del derecho de transmisión (incluso los arts. 461.13-1 CCCat y 29 CS dicen que *siempre* tiene lugar el derecho de transmisión). Existe un cierto paralelismo entre la dualidad derecho personal/patrimonial y teoría clásica/moderna, de modo que si acentuamos el elemento personal, deberíamos decantarnos por la teoría moderna, o de la doble capacidad, que considera que el transmisario hereda del causante, mientras que debería acogerse la teoría clásica, que estima que el transmisario hereda del transmitente, si acentuamos el aspecto patrimonial. En la actualidad, la preponderancia del aspecto patrimonial debería hacernos decantar por la teoría clásica.

La doctrina, como reconoce la propia sentencia, se encuentra dividida al respecto. El TSJC decide inclinarse por el hecho de que la herencia del primer causante no queda afectada por las cargas que el transmitente impone a su herencia, lo que parece ser la consecuencia de la aplicación de la teoría de la doble capacidad. Sin embargo, el razonamiento de la sentencia no es del todo claro, ya que dispone que «*en el derecho de transmisión sucesoria, el objeto de la transmisión, o sea, lo que el transmitente transmite al transmisario, es la herencia del primer causante, y no únicamente el* ius delationis*, o derecho a aceptar o repudiar la herencia*» (la negrita es de la sentencia). Parece que este sería un argumento a favor de la teoría clásica, ya que si el transmitente transmitiera la herencia, sería porque la ha adquirido, por lo que debería integrarse en la masa hereditaria de este y quedar afecta al fideicomiso establecido. Por otra parte, dice

que hay una pluralidad de herencias, pero que no puede hablarse de «*dos herencias absolutamente independientes*». Estos argumentos crean, a mi juicio, una confusión innecesaria, pues si en algo coincide la doctrina es en que el objeto de la transmisión es el *ius delationis*, esto es, el derecho a aceptar o repudiar.

En cuanto a la cuestión de si en Derecho catalán se adopta la teoría clásica o la de la adquisición directa, creo que no es este el lugar para hacer un examen exhaustivo del tema. Indicaré solo que yo, personalmente, preferiría la teoría clásica, por una cuestión práctica observada durante mi experiencia profesional: el heredero se considera como tal con independencia de si acepta o no, siempre que no renuncie, y en muchos casos acepta de forma tácita. De la misma manera que el legislador prefiere el derecho de transmisión a la aplicación de la sustitución vulgar, creo que sería más acorde a la realidad social entender que el transmisario hereda del transmitente (y, si se me apura, que la transmisión de la herencia debería tener lugar sin necesidad de la aceptación). Podría oponerse a este criterio el art. 412.8-3 CCCat, que, en sede de indignidad, dispone que la indignidad del transmisario respecto al causante determina la ineficacia del derecho de transmisión. Pero también podría alegarse que es la excepción que confirma la regla contraria, que es necesario establecerla porque la ley sigue la teoría clásica, lo que confirma que el legislador no establezca una norma similar en sede de incapacidad relativa (en contra, véase José Antonio GARCIA VILA, *Breves notas sobre la transmisión del* ius delationis *en el Derecho catalán*, en *http://www.notariosyregistradores.com*, 14 de noviembre de 2009).

En cualquier caso, ha de quedar claro que el TSJC no se limita a establecer que la herencia del causante no queda gravada con el fideicomiso ordenado por el transmitente, sino que, además, abraza la teoría moderna, o de la adquisición directa, que considera que encaja mejor con el carácter retroactivo de la aceptación de la herencia (el cual no sería necesario, si la herencia se adquiriese sin necesidad de la aceptación).

PROPIEDAD HORIZONTAL

1. Para que los votos de los propietarios ausentes de la junta puedan computarse como favorables al acuerdo, se requiere que este haya sido adoptado con el voto favorable de los socios y cuotas presentes en la junta

2. En los litigios entre la comunidad de propietarios y algunos de los propietarios, debe excluirse a estos del pago de los gastos judiciales de aquella

Sentencia n.º 49/2012, de 26 de julio (Ponente: José Francisco Valls Gumbau)

Resumen: Se somete a votación en una junta general celebrada en primera convocatoria una derrama extraordinaria, con el siguiente resultado: 20 votos a favor, que representan el 36,84 % de las cuotas, y 9 votos en contra, que representan el 41,50 % de las cuotas. Posteriormente, en certificado expedido por el administrador, se computan como votos a favor los de los propietarios ausentes que no se han opuesto al acuerdo en el plazo legal, por lo que el administrador declara aprobada la propuesta por 26 votos a favor, que representan el 48,57 % de las cuotas, y 10 votos en contra, que representan el 42,94 % de las cuotas. Los propietarios que votaron en contra impugnan el acuerdo, perdiendo tanto en primera como en segunda instancia.

El TSJC, por el contrario, considera que el acuerdo no fue aprobado, ya que el art. 553.25-5 CCCat establece, para la aprobación del acuerdo impugnado, que se reúna el voto favorable de la mayoría de los propietarios que represente la mayoría de las cuotas de participación, mientras que, en el caso de autos, no se consiguió esta última mayoría; por tanto, dice el TSJC que «*el voto favorable de los ausentes se sumará al acuerdo mayoritario de la junta, bien sea en sentido positivo o negativo del punto sometido a votación, sin que dichos votos favorables por silencio puedan añadirse a una postura minoritaria*». La dicción del art. 553.26-2 «*se computan favorablemente*» no se puede interpretar literalmente (como votos favorables al acuerdo), sino que ha de entenderse como votos que se suman a la mayoría, que, en el caso examinado, no se había producido. Deduce el TSJC que el cómputo de los votos de los propietarios ausentes que no se hayan opuesto al acuerdo solo sería exigible cuando el acuerdo precise unanimidad, mayoría cualificada o mayoría simple de cuotas y propietarios, pero no para aquellos acuerdos, como los establecidos para la segunda convocatoria en el art. 553.25-5, en que solo se requiere la mayoría de cuotas de los presentes y representados.

En definitiva, para computar dichos votos como favorables al acuerdo, se requiere que exista acuerdo, y en el caso presente no lo hubo. De ello deduce también:

a) Que el plazo de impugnación no caduca, sino que el acuerdo es nulo de pleno derecho, sin que pueda convalidarse por caducidad de la acción de impugnación.

b) Que los propietarios que no satisficieron la derrama propuesta en dicho acuerdo no pueden quedar excluidos de las votaciones de las juntas posteriores.

Por último, declara que los gastos judiciales que haya tenido que soportar la comunidad no pueden repercutirse a todos los propietarios, sino que debe excluirse de ellos a los propietarios que litigaron contra la comunidad, pues cada parte litigante debe satisfacer sus propios gastos judiciales.

Comentario: Comparto totalmente la interpretación del TSJC, aunque reconozco que la regulación legal de la materia no es todo lo clara que debería ser. Si analizamos cuidadosamente el art. 552.25-5 CCCat, resulta que si la junta se celebra en primera convocatoria (como en el caso que nos ocupa), la adopción de un acuerdo requiere el voto favorable de la mayoría de los propietarios, que han de representar la mayoría de las cuotas de participación. Cuidado: no la mayoría de los propietarios presentes y representados, sino la mayoría de los propietarios de la comunidad, que, a su vez, han de representar la mayoría de las cuotas de la comunidad. Así se deduce por comparación con la regulación en el mismo precepto de la mayoría de los acuerdos adoptados en segunda convocatoria, que solo exige la mayoría de las cuotas de los propietarios *presentes y representados*. No entiendo que, por el hecho de que la junta se celebre en primera o en segunda convocatoria (o sea, un rato más tarde), tenga que haber tanta diferencia en los quórums necesarios para la adopción de acuerdos. El precepto se presta a la triquiñuela de que si no se alcanzan dichos quórums, la mayoría de los asistentes a la junta declare que esta se ha celebrado en segunda convocatoria, aun reuniendo los requisitos de constitución en primera convocatoria.

En todo caso, si la junta se celebra en primera convocatoria, se requiere una mayoría cualificada que muy posiblemente no pueda lograrse en el acto; es por ello que, para facilitar la adopción de acuerdos, el art. 553.26-2 computa como votos a favor (del acuerdo adoptado en la junta) los de los propietarios ausentes que no se opongan al acuerdo. De ahí que, una vez finalizada la junta, pueda haber casos en que no se sepa si los acuerdos adoptados han alcanzado la mayoría necesaria para su validez, lo cual se puede considerar apropiado para los que, por su trascendencia, como la modificación del título constitutivo, requieran realmente un gran consenso, pero no para aquellos en que debería bastar la mayoría simple.

PRETERICIÓN INTENCIONAL O ERRÓNEA. SEPARACIÓN DE HECHO

Sentencia n.º 53/2012, de 10 de septiembre (Ponente: Carlos Ramos Rubio)

Resumen: El causante había tenido un hijo después de otorgar un testamento en el que nombraba heredero a su otro hijo, y, cuando falleció, en 2004, estaba separado de hecho. Las cuestiones que se plantean es si la preterición es intencional o errónea y si la viuda tiene derecho al usufructo universal.

El TSJC declara la nulidad del testamento por preterición errónea, sin entrar a fondo en la cuestión de si la preterición podría ser intencional (basada en la hipotética voluntad del testador de mantener el testamento, pese al nacimiento de un nuevo legitimario), ya que la Audiencia Provincial ya lo había considerado ineficaz basándose en los hechos que declaraba probados (en particular, no apreciaba que el causante tuviera la intención de preterir a su hija nacida después de otorgar el testamento). En la STSJC 18/1992, de 21 de diciembre, el TSJC había declarado que la preterición errónea podía ser objeto de prueba en contrario, si se apreciaba la voluntad del causante, explícita o implícitamente, de preterir al legitimario; en este caso, sin embargo, no asume esta doctrina como jurisprudencial, ya que afirma que solo existe una sentencia en dicho sentido. De todos modos, alega la sentencia de la Audiencia que declara probado que el causante no había expresado dicha voluntad, y como no puede entrar a revisar la prueba, da por zanjado el tema.

La otra cuestión que se plantea consiste en determinar si, conforme al Código de Sucesiones, la separación de hecho excluye el derecho al usufructo vidual. En el caso de autos, los cónyuges llevaban ocho meses separados de hecho y la viuda no había atendido al causante en su enfermedad. El art. 334-2.º CS establece que el cónyuge superviviente no tiene derecho a suceder si está separado de hecho, con ruptura de la unidad familiar, por consentimiento mutuo expresado formalmente (que no es el caso) o por alguna de las causas que permiten la separación judicial o el divorcio. El art. 81 CC recogía como causa «*cualquier violación grave o reiterada de los deberes conyugales*», entre los que considera incluidos los deberes de convivencia y ayuda y socorro mutuos, el incumplimiento de los cuales «*revela una grave desafección conyugal que hubiera dado inequívocamente a la correspondiente declaración judicial, en el caso de que se hubiera demandado por cualquiera de ellos*».

Comentario: La sentencia, aparentemente, no aporta mucho en relación con la doctrina de la preterición, pero, en realidad, la considero interesante por el hecho de no sumarse a la doctrina de la STSJC 18/1992, de 21 de diciembre, que adoptó un criterio subjetivo que calificaba como intencional la preterición si el testador conocía el nacimiento del legitimario y de su voluntad se desprendía la voluntad de no modificar el testamento, voluntad que, según dicha sentencia, «*puede constar en forma explícita, sin necesidad de acto formal, o implícita, y revelarse al juzgador por medios de prueba directos o indirectos*».

Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado contra calificaciones de la propiedad y mercantiles

Publicadas en el primer trimestre de 2013

Fernando Agustín Bonaga

Notario de Calatayud

ANOTACIÓN PREVENTIVA

Resolución de 30 de octubre de 2012 (BOE 292, 5-XII-12: 14827)

Admite la anotación de un embargo ordenado judicialmente, aunque no hay exacta coincidencia entre el nombre de las sociedades titular (Agrocampillo de Gergal, SLU) y embargada (Agrocampillo de Gercal, SLU). Habiéndose aportado en el recurso certificado del Registro Mercantil del que resulta que la sociedad inscrita y la embargada tienen el mismo CIF, y sumado este dato a las restantes coincidencias en la denominación, hay base suficiente para concluir la identidad de ambas sociedades. El principio de rogación registral es compatible con el reconocimiento al Registrador de un principio de aportación de prueba, lo cual le obliga a proveerse de la que esté a su alcance.

Resolución de 23 de noviembre de 2012 (BOE 310, 26-XII-12: 15585)

Reitera doctrina consolidada sobre la vigencia de las anotaciones preventivas prorrogadas en virtud del mandamiento presentado antes de la entrada en vigor de la LEC 2000. A ellas se refiere la Instrucción de la DGRN de 12 de diciembre de 2000, que les aplica transitoriamente el artículo 199.2 RH (tácitamente derogado tras la nueva LEC): no procede la cancelación por mera solicitud privada, sino que estas anotaciones quedan indefinidamente prorrogadas hasta la firmeza de la resolución judicial que ponga fin al procedimiento. Además, la anotación no caduca automáticamente en el momento de la firmeza, sino que solo puede pedirse la cancelación a los seis meses desde la emisión de la resolución firme (por analogía con el artículo 157 LH), para dar tiempo al anotante a presentar esta antes de que el anotado pudiera realizar enajenaciones a terceros.

Resolución de 17 de diciembre de 2012 (BOE 22, 25-I-13: 723)

Deniega la cancelación, pretendida mediante instancia privada, de una anotación de embargo cautelar a favor del Estado practicada en 2008, aunque prorrogada por cuatro años más en 2009. El plazo de la prórroga aún no ha transcurrido y no cabe la cancelación por caducidad.

Resolución de 13 de febrero de 2013 (BOE 60, 11-III-13: 2655)

Deniega una anotación preventiva de embargo, ordenada en procedimiento seguido contra una sociedad civil, sobre bienes inscritos a nombre de quien se dice que es socio de la misma, por lo que se infringe el principio de tracto sucesivo. Ciertamente, los socios de la sociedad civil responden subsidiariamente de las deudas sociales, pero, para ello, deben concurrir varios requisitos: inexistencia de bienes de la sociedad demandada, acreditación de que el titular de los bienes es socio, precisión de la parte del socio en la sociedad (para que se embargue solo su parte proporcional) e intervención en el procedimiento del titular registral.

Resolución de 19 de febrero de 2013 (BOE 67, 19-III-13: 3006)

Deniega la anotación de un embargo sobre una participación ganancial de finca, en primera presentación, por no constarle la notificación del embargo al cónyuge no deudor (artículo 144.1 RH). Posteriormente, se acredita en el Registro tal notificación, pero haciendo constar que se le practica «*al excónyuge*», lo cual implica que la sociedad de gananciales está ya disuelta, y ello implica que ya no

basta la mera notificación al cónyuge no deudor, sino que es preciso haber dirigido la demanda a ambos (artículo 144.4 RH).

Resolución de 28 de febrero de 2013 (BOE 69, 21-III-13: 3111)

Deniega la práctica de una anotación preventiva de demanda (de reclamación de cantidad) en la hoja del Registro Mercantil relativa a una sociedad, pretendida con el objetivo de impedir la extinción de la deudora. La finalidad de este tipo de anotaciones es dar a conocer una demanda cuya estimación podría alterar el contenido registral, enervando así la presunción de buena fe de posibles terceros. Pero solo será necesario destruir dicha presunción cuando exista la posibilidad de obtener un acto inscribible en que podría fundarse la buena fe del tercero. Las anotaciones provisionales deberán versar sobre actos susceptibles de inscripción (y el Registro Mercantil es de personas). Nuestro sistema de anotaciones preventivas es de *numerus clausus*.

CAUSA DE LOS CONTRATOS

Resolución de 16 de enero de 2013 (BOE 42, 18-II-13: 1741)

En su día se inscribió una escritura de venta por precio cierto y agrupación de varias fincas, entonces rústicas, en la cual se pactó, con carácter de obligación personal (que, por tanto, no se inscribió), que el comprador debería transmitir al vendedor la porción de finca que se determinase en un futuro como urbana. Ahora la Dirección rechaza, por falta de expresión de causa suficiente, la inscripción de una escritura en la cual los mismos intervinientes concretan el objeto de la anterior compraventa, segregando la porción que hoy es urbana y restituyéndola a la parte en su día vendedora.

Rige en nuestro sistema hipotecario el principio de consentimiento causal: para inscribir cualquier desplazamiento patrimonial, debe existir causa lícita correctamente expresada en el título, sin imprecisiones, contradicciones ni ambigüedades. En el caso resuelto, la compraventa inicial produjo la transmisión dominical vía tradición instrumental (artículo 1462.2 CC), sin que se reflejase el pacto de restitución por ser puramente obligacional y sin que se pactase ninguna condición suspensiva ni resolutoria, y habiendo quedado el objeto de la venta perfectamente determinado (pues, de lo contrario, no hubiera podido inscribirse). Por otro lado, en la escritura calificada no se especifica cuál es la causa de la «*resolución parcial convenida*», que no puede considerarse un supuesto de mutuo disenso, pues ello requeriría formulación expresa. El único punto en que debe revocarse la calificación registral es en la exigencia de que necesariamente deba existir un precio adicional u otra de las causas (gratuita o remuneratoria) del artículo 1274 CC, ya que pueden existir otras causas, como, por ejemplo, dentro de los negocios onerosos, la propia de los aleatorios. Pero tampoco el negocio objeto de calificación se ha configurado como contrato aleatorio con trascendencia real.

CONCURSO E INSOLVENCIA

Resolución de 19 de noviembre de 2012 (BOE 310, 26-XII-12: 15583)

Resolución de 6 de noviembre de 2012 (BOE 297, 11-XII-12: 15005)

Confirman la doctrina consolidada sobre la aplicación del artículo 56 LC, en cuya virtud solo quedan fuera de la jurisdicción del Juez del concurso las ejecuciones hipotecarias que cumplan cumulativamente dos requisitos: por un lado, haber sido iniciadas antes de la declaración concursal, y por otro, no recaer sobre bienes afectos a la actividad profesional o empresarial del concursado, pero correspondiendo al Juez del concurso la competencia exclusiva para apreciar o no tal afección. Así, la declaración de concurso supone la paralización de todo procedimiento de ejecución hipotecaria en curso, y por ello es doctrina consolidada de la Dirección denegar la práctica de las operaciones registrales derivadas de él (en el caso resuelto, la inscripción de un decreto de adjudicación y mandamiento de cancelación de cargas), con independencia de la fase en que se encuentre el procedimiento de ejecución (aunque hubiese ya anuncio de subasta), hasta no acreditarse el pronunciamiento del Juez del concurso sobre la no afección del bien ejecutado.

Resolución de 17 de diciembre de 2012 (BOE 22, 25-I-13: 721)

Solo quedan fuera de la jurisdicción del Juez del concurso las ejecuciones hipotecarias que hayan sido iniciadas antes de la declaración concursal y no recaigan sobre bienes afectos a la actividad profesional o empresarial del concursado, correspondiendo al Juez del concurso la competencia exclusiva para apreciar o no tal afección (artículo 56 LC).

En el supuesto resuelto, la Dirección exige tal pronunciamiento como requisito de inscripción de un auto de adjudicación en ejecución hipotecaria, a pesar de que se publicó en el *BOE* sentencia aprobatoria de propuesta de convenio. La mera existencia del convenio no implica que no afecte al ejecutante, como titular de garantía real con derecho de separación, sino que será necesario calificar el convenio. La reanudación de las acciones paralizadas por la aprobación del convenio debe someterse al Juez concursal, mientras no conste la conclusión del concurso, que no se produce por la mera aprobación del convenio, sino por el auto firme que declare el cumplimiento del mismo (artículo 57 LC).

Resolución de 17 de diciembre de 2012 (BOE 22, 25-I-13: 722)

Rechaza la inscripción de un nombramiento de liquidador de una sociedad anónima cuya hoja registral está cerrada judicialmente por auto de conclusión del concurso. La finalidad del nombramiento es hacer efectivos determinados créditos puestos de manifiesto de forma sobrevenida.

La cancelación del folio de una sociedad como operación de mecánica registral no implica *per se* la extinción de la misma, por lo que no puede obstaculizar asientos posteriores que la subsistencia de la personalidad jurídica implique, especialmente, los derivados de la existencia de activo sobrevenido (artículo 398 LSC). La Ley Concursal impone el cierre de los asientos registrales de la sociedad concursada una vez finalizado el procedimiento por insuficiencia de la masa activa del deudor (artículo 178), pero también contempla la posible reapertura del concurso, que, eso sí, deberá ser declarada por el mismo Juzgado que conoció del mismo, tramitarse en el mismo procedimiento y limitarse a la fase de liquidación de bienes y derechos aparecidos con posterioridad (artículo 179). Por lo tanto, la sociedad sigue estando en concurso, y su liquidación deberá ser llevada a cabo no por la Administración ordinaria, sino por la concursal.

Resolución de 17 de enero de 2013 (BOE 42, 18-II-13: 1743)

Deniega una anotación preventiva de embargo pretendida en virtud de mandamiento librado por la Tesorería General de la Segu-

ridad Social, cuando ya consta anotado en el Registro el concurso voluntario del deudor, siendo la providencia de apremio y diligencia de embargo posteriores a la declaración de concurso, y no existiendo pronunciamiento previo del Juez del concurso en cuanto a que se trata de créditos contra la masa susceptibles de ejecución separada.

Resolución de 15 de febrero de 2013 (BOE 67, 19-III-13: 3002)

Reitera doctrina consolidada sobre la aplicación del artículo 56 LC, en cuya virtud solo quedan fuera de la jurisdicción del Juez del concurso las ejecuciones hipotecarias que cumplan cumulativamente dos requisitos: por un lado, haber sido iniciadas antes de la declaración concursal, y por otro, no recaer sobre bienes afectos a la actividad profesional o empresarial del concursado, pero correspondiendo al Juez del concurso la competencia exclusiva para apreciar o no tal afección. La declaración de concurso supone la paralización de todo procedimiento de ejecución hipotecaria en curso. Por ello, la Dirección deniega la inscripción de una adjudicación en procedimiento de ejecución de hipoteca por falta de pronunciamiento del Juez del concurso sobre la no afección del bien ejecutado. Y ello aunque la subasta ya se hubiese celebrado, pues lo que pone fin a la ejecución no es la subasta, sino el decreto de adjudicación.

CONDICIÓN RESOLUTORIA

Resolución de 26 de noviembre de 2012 (BOE 304, 19-XII-12: 15311)

Reitera doctrina consolidada. Declarada judicialmente la resolución de una transmisión por el ejercicio de una condición resolutoria expresa, para cancelar los asientos posteriores que gravan el dominio resuelto, se requiere que sus titulares hayan intervenido en el procedimiento para alegar lo que a Derecho convenga en cuanto a si se han cumplido todos los presupuestos de la resolución, uno de los cuales es la acreditación de la consignación a favor de los titulares de derechos inscritos con posterioridad, a quienes corresponderá, por subrogación real, el derecho sobre la cantidad consignada (artículo 175.6 RH).

DIVISIÓN, SEGREGACIÓN, PARCELACIÓN

Resolución de 27 de noviembre de 2012 (BOE 304, 19-XII-12: 15313)

Deniega la inscripción de una escritura de segregación de finca rústica, de la que resulta una finca discontinua compuesta de tres parcelas, dos de las cuales son inferiores a la unidad mínima de cultivo. Se aporta licencia municipal. La finca segregada se corresponde con la parte que fue cedida, en arrendamiento inscrito, a una sociedad para la instalación de un «*huerto solar*». El Registrador remite la comunicación prevista en el artículo 80 RD 1093/1997, y la Comunidad Autónoma declara la nulidad de la segregación en virtud de los artículos 24 y 25 de la Ley 19/1995.

Al no tratarse de una parcelación urbanística, la licencia municipal no basta para amparar las parcelaciones en suelo rústico, que se rigen por la legislación agraria, la cual prohíbe las segregaciones que generen parcelas inferiores a la unidad mínima de cultivo, estableciendo unas excepciones tasadas en el artículo 25 de la Ley 19/1995, entre las que no se encuentra la creación de fincas discontinuas, para cuya creación, además, no basta la mera voluntad del propietario, sino que debe existir base objetiva suficiente de dependencia o interdependencia entre las porciones para crear tal vinculación permanente, no pudiéndose entender como tal la existencia de un arrendamiento, dada su temporalidad (además, cabe la inscripción del arrendamiento rústico sobre parte de una finca registral, sin necesidad de segregación). La sola finalidad de formar un «*huerto solar*» no es motivo suficiente para crear una finca discontinua, pues la normativa que los regula no exige una titularidad única (Orden de 29 de enero de 2007 de la Consejería de Economía y Trabajo de la Junta de Extremadura). Si hubiese sido necesario crear una finca discontinua en el caso resuelto, la Comunidad Autónoma hubiese considerado admisible la formación de parcelas.

Resolución de 2 de noviembre de 2012 (BOE 297, 11-XII-12: 15001)

Deniega la inscripción de una escritura de segregación de finca rústica inscrita como de secano, pero respecto de la cual los otorgantes manifiestan que es de regadío y que de la segregación no resultan parcelas inferiores a la unidad mínima de cultivo. Se acompañan las siguientes certificaciones: del Catastro, según la cual la finca es de regadío; de un empleado de la Confederación Hidrográfica del Guadalquivir, según la cual la finca tiene derecho a riego intensivo de una determinada concesión; del comisario de aguas de dicha Confederación, acreditativo de la inscripción de determinado aprovechamiento de riego; del Ayuntamiento, que se declara la innecesariedad de licencia de segregación, por tratarse de regadío y parcelas resultantes de extensión superior a la mínima en la zona. Como consecuencia de la comunicación que realiza el Registrador a la Junta de Andalucía (artículo 80 RD 1093/1997), esta comunica su acuerdo declarando inválida la segregación, porque, en virtud de la normativa autonómica aplicable, la superficie de las parcelas resultantes solo sería superior a la unidad mínima de cultivo si se tratase de regadío intensivo (lo cual no resulta acreditado en la escritura), pero no en caso de regadío extensivo.

La contradicción entre los documentos reseñados la resuelve la Dirección: dejando de lado la certificación catastral, por inespecífica; la del Ayuntamiento, porque la competencia municipal es urbanística, pero no agraria (Resolución de 10 de junio de 2009), y los documentos de la Confederación Hidrográfica, porque su competencia es la administración del dominio público hidráulico, pero no la determinación de la unidad mínima de cultivo para secano y regadío (y, por lo tanto, la diferenciación entre regadío intensivo y extensivo), que corresponde a la Comunidad Autónoma (artículo 23 de la Ley 19/1995).

Resolución de 5 de noviembre de 2012 (BOE 297, 11-XII-12: 15002)

Admite la inscripción de una escritura de obra nueva y propiedad horizontal tumbada en la cual las dos viviendas elementos independientes no lindan entre sí, sino que lindan por todos los lados con el solar en que se enclavan. Cada una tiene anexos ubicados en el suelo común, pero de uso exclusivo de cada elemento privativo. No es precisa licencia de parcelación por no tratarse de una urbanización privada, sino de una propiedad horizontal tumbada, y porque la legislación aplicable, la balear, a diferencia de otras (como la andaluza o la valenciana), no sujeta la división horizontal a la obtención de licencia. Ciertamente, el concepto de *parcelación urbanística* ha trascendido la estricta división material de la finca para alcanzar la

división ideal del derecho y, en general, todos los supuestos en que, manteniéndose formalmente la unidad del inmueble, se divide la titularidad o goce, ya sea en régimen de indivisión, de propiedad horizontal, de vinculación a participaciones en sociedades o de cualquier otro modo que pretenda alcanzar igual objetivo. Pero en el supuesto debatido no hay complejo inmobiliario privado, sino que se mantiene la unidad jurídica de la división horizontal: los elementos privativos se asientan en suelo común, no participan en otras fincas registrales o participaciones de ellas; además, existen anexos a los elementos privativos que son de uso exclusivo de estos, pero que siguen siendo elementos comunes.

Resolución de 2 de enero de 2013 (BOE 33, 7-II-13: 1290)

Declara inscribible, sin necesidad de licencia de parcelación ni declaración de innecesariedad, la compra de una finca rústica sita en Andalucía realizada por dos hermanos *pro indiviso*.

Ciertamente, el concepto de *parcelación urbanística* ha trascendido la estricta división material de la finca para alcanzar la división ideal del derecho y, en general, todos los supuestos en que, manteniéndose formalmente la unidad del inmueble, se divide la titularidad o goce. Por esta razón, el artículo 66 de la Ley de Ordenación Urbanística de Andalucía considera también actos reveladores de posible parcelación urbanística aquellos en los que, mediante la interposición de sociedades, divisiones horizontales o asignaciones de uso o cuotas *pro indiviso* de un terreno, o de una acción o participación social, puedan existir diversos titulares a los que corresponda el uso individualizado de una parte de terreno equivalente. Ahora bien, en el caso resuelto, no existe asignación de cuotas, ni indicio alguno del que se pueda extraer la sospecha de una posible parcelación.

Resolución de 4 de marzo de 2013 (BOE 72, 25-III-13: 3255)

Admite la inscripción en el Registro de la Propiedad de la aportación a la constitución de una sociedad de una finca rústica sita en Andalucía, perteneciente *pro indiviso* a varios propietarios, cada uno de los cuales recibe participaciones sociales propias por su aportación.

Se debate si hay elementos de juicio reveladores de posible parcelación urbanística, con riesgo de creación de un núcleo de población, que precisaría de licencia o declaración de innecesariedad. Ciertamente, el artículo 66 de la Ley de Ordenación Urbanística de Andalucía considera también actos reveladores de posible parcelación urbanística aquellos en los que, mediante la interposición de sociedades, divisiones horizontales o asignaciones de uso o cuotas *pro indiviso* de un terreno, o de una acción o participación social, puedan existir diversos titulares a los que corresponde el uso individualizado de una parte de terreno equivalente. Pero en el supuesto resuelto no existe asignación de uso individual de partes de finca, ni indicio alguno del que se pueda extraer la sospecha de una posible parcelación.

DOCUMENTOS ADMINISTRATIVOS

Resolución de 4 de diciembre de 2012 (BOE 4, 4-I-13: 132)

Admite la inscripción de una concesión administrativa otorgada gratuitamente por el Ayuntamiento de Cambrils sobre un bien de dominio público, durante setenta y cinco años, de acuerdo con el artículo 93.3 de la Ley estatal 33/2003, de patrimonio de las administraciones públicas. Y ello pese a que el artículo 61, letra c), del Reglamento de Patrimonio de los Entes Locales de Cataluña (Decreto 336/1988) fija para las concesiones el límite temporal máximo de cincuenta años.

El artículo 93.3 de la Ley estatal 33/2003, en virtud del carácter básico que le atribuye su Disposición Final Segunda, ha desplazado el contenido del artículo 61, letra c), del preexistente Decreto catalán. Ciertamente, el propio artículo 93.3 permite que se pueda establecer un plazo menor al de setenta y cinco años mediante «*norma especial*». Sin embargo, el citado artículo 61, letra c), no puede considerarse como tal. En el contexto del artículo 93.3, «*norma especial*» hace referencia a la sectorial para determinadas clases de bienes (minas, aguas, energía, urbanismo, costas, etc.) o bien para determinadas normativas (patrimonio sindical acumulado, de la Seguridad Social, del Ministerio de Defensa, etc.). Si se considerase que toda norma autonómica, por el mero de hecho de serlo, es «especial» a estos efectos, se estaría privando materialmente al artículo 93.3 de su carácter básico, pues cada Comunidad Autónoma podría fijar a voluntad, incluso por la mera vía reglamentaria, un plazo para las concesiones diferente al estatal.

Resolución de 15 de enero de 2013 (BOE 39, 14-II-13: 1574)

Deniega la inscripción de un certificado de adjudicación y mandamiento de cancelación de cargas derivado de un procedimiento de apremio por deudas a la Tesorería General de la Seguridad Social. Del documento calificado, además de no resultar la firmeza de la resolución, tampoco resultan ni la fecha de notificación al deudor de la valoración del bien a efectos de subasta, ni la notificación del acuerdo de enajenación a las personas que señala el artículo 116.2 RGR-SS, cuestiones ambas que entran en el ámbito de la calificación registral de los títulos administrativos, por ser trámites esenciales del procedimiento (artículo 99 RH), frente a cada uno de los cuales existen unos específicos derechos de defensa legalmente previstos (en referencia a la doctrina constitucional que proscribe la indefensión).

DOCUMENTOS JUDICIALES

Resolución de 31 de octubre de 2012 (BOE 292, 5-XII-12: 14828)

Terminado un procedimiento de ejecución de títulos no judiciales (que motivó una anotación preventiva de embargo), se inscribió el auto de adjudicación y se cancelaron las cargas posteriores a la anotación preventiva correspondiente, entre las cuales se incluía la adquisición del titular registral inmediatamente anterior a la adjudicación, quien, por no haberle sido notificado el procedimiento, obtuvo la anulación de la adjudicación en expediente excepcional de nulidad, y pretende ahora la cancelación de dicha adjudicación. La Registradora la deniega, porque, al ser irrecurrible el incidente de nulidad, coloca al adjudicatario en situación de indefensión, e invoca la doctrina (Resolución de 23 de julio de 2011), que distingue entre los efectos de la falta de notificación a los titulares posteriores en el procedimiento de ejecución de títulos no judiciales (donde no vicia de nulidad el procedimiento) y en el de ejecución hipotecaria. Sin embargo, la Dirección admite la cancelación pretendida, ya que entiende que la calificación registral se inmiscuye en el fondo de la sentencia y que no cabe afirmar que todo incidente de nulidad, al ser irrecurrible, produce indefensión, porque esto supone tachar de inconstitucional un precepto de la LEC.

Resoluciones

Resolución de 7 de noviembre de 2012 (BOE 297, 11-XII-12: 15006)

Deniega la inscripción de un auto de ejecución de sentencia que se limita a acordar que se tiene por emitida la declaración de voluntad del ejecutado, consistente en la elevación a público de un documento privado de compraventa referido a una finca de la que solo se indica el lugar en el que se encuentra. En el auto no constan todos los datos de los elementos esenciales del negocio, tales como precio, forma de pago y restantes datos que permitan identificar la finca (superficie, linderos, datos de inscripción, etc.). Además, el titular registral no coincide con el demandado. Si los datos del negocio omitidos y el carácter del demandado como heredero del titular resultasen de la sentencia ejecutada, bastaría con aportar esta. Por otro lado, la voluntad de la otra parte, el comprador-ejecutante, debe formalizarse en escritura pública, conforme a las reglas generales.

Resolución de 21 de noviembre de 2012 (BOE 304, 19-XII-12: 15306)

En su día se inscribieron una compraventa y la subsiguiente hipoteca. Después recayó una sentencia anulatoria de la compraventa y de «*los actos jurídicos conexos derivados*» de ella. Ahora se presenta la sentencia (sin mandamiento de cancelación) acompañada de instancia solicitando la cancelación de asientos necesaria para que el Registro refleje la situación registral anterior a la compraventa anulada. La Dirección lo deniega, porque los documentos presentados no especifican los asientos a cancelar. Además, rechaza la cancelación de los asientos posteriores a la compraventa porque sus titulares no han sido parte en el procedimiento.

ESTADO CIVIL

Resolución de 27 de febrero de 2013 (BOE 69, 21-III-13: 3108)

Declara inscribible una escritura de compraventa en que el comprador manifiesta estar separado judicialmente, pero sin acreditarlo. Deben distinguirse dos grupos de casos: por un lado, cuando resulte afectada una titularidad previamente inscrita o la legitimación del otorgante, deberá acreditarse documentalmente el estado civil; en los demás casos, se tratará solo de completar la identificación de la persona y bastará «*lo que resulte de las manifestaciones de los comparecientes*» (artículo 159 RN).

EXCESO DE CABIDA

Resolución de 21 de noviembre de 2012 (BOE 304, 19-XII-12: 15305)

El juicio sobre la identidad de la finca que puede llevar al Registrador a denegar la inscripción de un exceso de cabida no puede ser arbitrario ni discrecional, sino que ha de estar motivado y fundado en criterios objetivos y razonados. En el caso resuelto, el único motivo alegado por el Registrador es la «*gran diferencia de superficies*», cuando, realmente, es inferior a la quinta parte de la cabida inscrita (cuantía que se considera moderada en el artículo 298.3-2.º RH). Tal diferencia, por sí misma, es insuficiente para sustentar dudas de identidad, pues ni se modifican los linderos, ni constan en la calificación diferencias entre el plano que sirvió de base a la inmatriculación y el que se presenta ahora con relación al exceso, o bien alteraciones en la cabida de las fincas colindantes, comparando la inscrita con la catastral.

No obstante, se deniega la inscripción del exceso porque se pretende en virtud de mera instancia acompañada de certificación catastral descriptiva y gráfica, la cual, al igual que el certificado de un técnico competente, es solo un medio para justificar el exceso, pero debe complementar siempre un título público. Además, el título carece de nota de la Oficina Liquidadora.

Resolución de 3 de diciembre de 2012 (BOE 4, 4-I-13: 131)

Deniega la inscripción de un exceso de cabida, declarado en una escritura de ampliación de obra nueva, por encontrar justificadas las dudas del Registrador acerca de la identidad de la finca, pese a que se aporta certificación del Catastro. Ciertamente, respecto de la certificación catastral, no es aplicable el límite de porcentaje previsto en el artículo 298.3 RH para el certificado de un técnico competente, pero ello es a condición de que el Catastro coincida con el Registro en cuanto a los demás datos descriptivos. En el caso resuelto, la descripción que consta en el Registro es muy pormenorizada en superficie y linderos (la anchura de la finca se llega a fijar en palmos); no coinciden los linderos catastrales con los registrales, uno de los cuales es fijo (el talud de una riera), y en el Catastro ha sido sustituido por unas comunidades de propietarios.

Resolución de 25 de febrero de 2013 (BOE 67, 19-III-13: 3016)

Deniega la inscripción de un acta de notoriedad de declaración de exceso de cabida por tener el Registrador dudas sobre la identidad de la finca, que procede de una segregación. Respecto del Registro, no coinciden linderos ni extensión (el exceso es aproximadamente del quíntuplo). Catastralmente, la descripción coincide con la inscrita y uno de los titulares está en investigación.

HIPOTECA

Resolución de 8 de noviembre de 2012 (BOE 300, 14-XII-12: 15122)

Se refiere a un título judicial de adjudicación en procedimiento de ejecución hipotecaria. No es preciso hacer constar si el bien se encuentra afecto o no a la actividad del deudor concursado cuando la ejecución hipotecaria ha sido llevada a cabo ante el Juzgado de lo Mercantil que conoce del concurso, en pieza separada (artículos 8 y 57 LC). Tampoco es obstáculo que impida la inscripción la falta de consignación del precio sobrante a favor de posibles acreedores posteriores (que, en este caso, no existen), y a falta de estos, de entrega al dueño de la finca. En el caso resuelto, la finca ha sido adjudicada al actor, ante la ausencia de postores, por el 50 % del valor de tasación, por lo que es evidente la inexistencia de sobrante y la imposibilidad de calificar si el mismo está debidamente consignado o entregado.

El defecto por el que se deniega la inscripción es la falta de notificación a los arrendatarios o la manifestación de su ausencia, según prevé el artículo 25 LAU. A estos efectos, la adjudicación en procedimiento de ejecución directa es equiparable a la compraventa. Dicha manifestación puede y debe hacerla el adquirente, de modo expreso y específico, por lo que es insuficiente la mera referencia contenida en el título judicial calificado de que no puede certificarse la existencia o no de inquilinos.

Resolución de 22 de noviembre de 2012 (BOE 304, 19-XII-12: 15307)

Resolución de 22 de noviembre de 2012 (BOE 304, 19-XII-12: 15308)

Admiten la inscripción de sendas escrituras de novación de préstamo hipotecario, consistente en la ampliación de su plazo sin modificación de la responsabilidad hipotecaria, resultando innecesario el consentimiento del titular de un embargo anotado preventivamente al hacer la novación.

Ciertamente, la Dirección interpreta el apartado 3.º del artículo 4 de la Ley 2/1994 en el sentido de que una novación hace perder rango a la hipoteca cuando implique: o bien incremento de responsabilidad hipotecaria, o bien ampliación de plazo, y que en ambos casos la inscripción de la novación necesitará la aceptación de «*los titulares de derechos inscritos con rango posterior*». Pero la Dirección interpreta literalmente la palabra *inscritos*, entendiendo que solo es necesaria la aceptación de los titulares de derechos posteriores, cuando hayan sido objeto de inscripción y no de mera anotación. Los derechos inscritos son constituidos voluntariamente por las partes, partiendo de los datos que publica el Registro, entre los cuales está la duración de las cargas preferentes, cuya ampliación puede perjudicarles, privándoles de la expectativa de mejorar su rango en tiempo oportuno. Por el contrario, la ampliación del plazo de la hipoteca preferente beneficia a los titulares de cargas posteriores meramente anotadas, ya que la finalidad de estas no es mejorar su rango, sino asegurar la realización del valor del inmueble embargado, lo cual es patente en un caso como el resuelto, en que la hipoteca inicial ya estaba vencida cuando se hizo la ampliación, de modo que, sin esta, se precipitaría la ejecución de la hipoteca sin que la ejecución de la anotación de embargo pudiera cumplir su cometido adecuadamente.

Resolución de 28 de noviembre de 2012 (BOE 304, 19-XII-12: 15316)

En la escritura de venta derivada del procedimiento extrajudicial de ejecución hipotecaria no es preciso que conste la circunstancia de que se ha notificado al deudor para que, en ejercicio de la facultad prevista en el artículo 12.2-3 RD-L 6/12, presente en diez días a tercero que mejore la postura inferior al 70 % del tipo, o que resulte suficiente para satisfacer el derecho del ejecutante. Los únicos actos de comunicación que tienen la consideración reglamentaria de trámites esenciales, cuya ausencia determinaría la inexistencia de transmisión dominical, son: el requerimiento de pago al deudor —artículo 236, letra c), RH— y la notificación a los titulares de derechos inscritos después de la hipoteca —artículo 236, letra d), RH.

Resolución de 29 de noviembre de 2012 (BOE 304, 19-XII-12: 15318)

Resolución de 4 de diciembre de 2012 (BOE 4, 4-I-13: 134)

Resolución de 4 de diciembre de 2012 (BOE 4, 4-I-13: 133)

Resolución de 1 de diciembre de 2012 (BOE 4, 4-I-13: 129)

Admiten la inscripción de sendas escrituras en las que una sociedad, en virtud de relaciones comerciales y jurídicas, reconoce una deuda a favor de varios acreedores, personas físicas, con carácter mancomunado o conjunto. Así, constituye hipoteca en garantía de la total cantidad reconocida a favor de los acreedores y manifiesta que, dado que se han establecido como créditos mancomunados o en mano común, no se requiere determinar cuotas en la titularidad de la hipoteca.

No hace falta determinar cuotas de cotitularidad de la hipoteca (artículo 54 RH) porque, al ser esta accesoria, su titularidad será la misma que la del crédito garantizado. Solo hay que determinar cuotas en el caso de las obligaciones parciarias (es decir, divididas entre los titulares, como si fuesen obligaciones distintas), pero no si son obligaciones solidarias o mancomunadas. La obligación del supuesto es mancomunada o en mano común, pues exige el ejercicio conjunto por parte de todos los acreedores, tal y como resulta de la regulación legal derivada de la naturaleza de la obligación, sin necesidad de pacto expreso.

Resolución de 29 de noviembre de 2012 (BOE 304, 19-XII-12: 15319)

Deniega la inscripción de un decreto de adjudicación como consecuencia de una ejecución hipotecaria por falta de requerimiento de pago al deudor no hipotecante. El requerimiento de pago al deudor, al hipotecante no deudor y al tercer poseedor es un trámite calificable exigido por las legislaciones hipotecaria (artículo 132.1 LH) y procesal (artículo 685 LEC), y su falta supone la infracción de un trámite esencial del procedimiento que podría dar lugar a su nulidad.

Resolución de 10 de enero de 2013 (BOE 39, 14-II-13: 1567)

Resolución de 4 de febrero de 2013 (BOE 54, 4-III-13: 2368)

Resolución de 7 de febrero de 2013 (BOE 54, 4-III-13: 2372)

Deniegan la inscripción de una de novación de préstamo hipotecario, consistente en ampliar el plazo sin modificar la responsabilidad hipotecaria, por falta de consentimiento del titular de una hipoteca inscrita después del préstamo inicial, pero antes de la ampliación.

No obstante, la solución sería la opuesta, si la carga intermedia hubiese sido un embargo. La Dirección interpreta el apartado 3.º del artículo 4 de la Ley 2/1994 en el sentido de que una novación hace perder rango a la hipoteca cuando implique: o bien incremento de responsabilidad hipotecaria, o bien ampliación de plazo, y que en ambos casos la inscripción de la novación necesitará la aceptación de «*los titulares de derechos inscritos con rango posterior*». Pero la Dirección interpreta literalmente la palabra *inscritos*, entendiendo que solo es necesaria la aceptación de los titulares de derechos posteriores, cuando hayan sido objeto de inscripción y no de mera anotación. Los derechos inscritos son constituidos voluntariamente por las partes, partiendo de los datos que publica el Registro, entre los cuales está la duración de las cargas preferentes, cuya ampliación puede perjudicarles, privándoles de la expectativa de mejorar su rango en tiempo oportuno. Por el contrario, la ampliación del plazo de la hipoteca preferente beneficia a los titulares de cargas posteriores meramente anotadas, ya que la finalidad de estas no es mejorar su rango, sino asegurar la realización del valor del inmueble embargado, lo cual es patente en un caso como el resuelto, en que la hipoteca inicial ya estaba vencida cuando se hizo la ampliación, de modo que, sin esta, se precipitaría la ejecución de la hipoteca sin que la ejecución de la anotación de embargo pudiera cumplir su cometido adecuadamente.

Resoluciones

Resolución de 11 de enero de 2013 (BOE 39, 14-II-13: 1569)

En relación con las certificaciones de cargas que debe expedir el Registrador en los procedimientos de ejecución y las notificaciones que debe realizar como consecuencia de las mismas, el artículo 353.1-5 RH dispone que el Registrador no habrá de dar cuenta de ninguna incidencia relativa a las comunicaciones, lo cual interpreta la Dirección en el sentido de que, una vez realizadas las notificaciones, no tiene por qué dar cuenta al Juzgado de las incidencias de las mismas. Ahora bien, esto no impide que, ante la petición del tercero poseedor de finca hipotecada que asegura no haber tenido conocimiento de la ejecución directa, el Registrador deba certificar en qué modo fehaciente y a qué persona se notificó la ejecución, pues el tercero tendría derecho a pedir responsabilidades por los perjuicios causados. Por el contrario, el denegarle lo solicitado podría suponerle indefensión.

Resolución de 10 de enero de 2013 (BOE 39, 14-II-13: 1568)

Resolución de 17 de enero de 2013 (BOE 42, 18-II-13: 1744)

Se refieren a sendas escrituras de venta extrajudicial de finca hipotecada. La Dirección considera que, aunque el artículo 129 LH no haga referencia expresa a la eficacia frente a terceros del derecho de hipoteca, el procedimiento extrajudicial es apto para la cancelación de los asientos posteriores a la hipoteca ejecutada, lo cual, de hecho, se produce aunque no se solicite expresamente.

En cuanto a la notificación a los titulares de cargas posteriores, exigida como trámite esencial por el artículo 236, letra d), RH, se trata de una auténtica notificación notarial que debe realizarse en la forma prevista en la legislación notarial. Así, del artículo 202 RN resulta admisible hacerla por correo certificado con aviso de recibo, siempre que de una norma legal no resulte lo contrario, y siempre que del acuse resulte la cumplimentación de la entrega por parte del funcionario de Correos, pues, de lo contrario, será precisa la notificación notarial personal (STS de 20 de abril de 2009). En la notificación del artículo 202 RN, el Notario genera por sí mismo un documento o cédula de notificación que contiene su texto literal, con expresa mención del derecho y el plazo de contestación. Y el hecho de hacerla mediante correo ni la convierte en el supuesto del artículo 201 RN (de mera remisión de documento ajeno, donde el Notario se limita a dejar constancia de su intervención), ni supone extralimitación territorial del Notario, en caso de que el destinatario esté domiciliado fuera de su jurisdicción. El RH solo exige actuación presencial en el requerimiento de pago al deudor, por lo que el Notario, si el domicilio está fuera de su ámbito territorial, deberá valerse del auxilio de otro compañero competente —artículo 236, letra c), 3. Sobre la base de esta doctrina, es válida la notificación por correo al titular de cargas posteriores domiciliado fuera del territorio de competencia del Notario, siempre que conste acreditada en el acta la entrega (lo cual sí ocurre en la Resolución de 10 de enero de 2013, en que el envío fue devuelto por la oficina de Correos con constancia de la efectiva entrega de la notificación al destinatario, pero no en la Resolución de 17 de enero de 2013).

La Resolución de 17 de enero de 2013 confirma otro defecto, relativo al requerimiento de pago al deudor, que vemos a continuación.

Resolución de 17 de enero de 2013 (BOE 42, 18-II-13: 1744)

Resolución de 28 de enero de 2013 (BOE 49, 26-II-13: 2141)

Se refieren a sendas escrituras de venta extrajudicial de una finca hipotecada donde se cuestiona el cumplimiento de los estrictos requisitos de lugar y persona que debe observar el requerimiento de pago al deudor, el cual, según el artículo 236, letra c), RH, debe ser realizado personalmente por parte del Notario (el actuante u otro competente territorialmente, si el requerido reside en otro lugar) al propio requerido o bien a las personas previstas en dicho precepto.

La Dirección es favorable a interpretar flexiblemente las normas que rigen este trámite esencial, a la luz de la doctrina constitucional que afirma la trascendencia de los actos de comunicación dentro de los procedimientos judiciales como medio para que el destinatario pueda ejercitar su derecho de defensa, si bien ponderando los intereses en juego para evitar que pueda paralizarse toda actuación (sobre todo, cuando la imposibilidad sea imputable al propio destinatario), y considerando irrelevante el defecto de comunicación que no impida la tutela del procesado por haber tenido este conocimiento extraprocesal del contenido de la comunicación. Pero, en todo caso, hay que tener en cuenta que esta doctrina constitucional se refiere al ámbito jurisdiccional, de modo que no puede trasladarse automáticamente a la venta extrajudicial, que, en definitiva, supone el ejercicio de un derecho privado.

Para la Resolución de 17 de enero de 2013, solo será admisible el requerimiento cuando quede acreditado, bajo la fe del Notario, que el destinatario tiene cabal conocimiento de su contenido y fecha, sin menoscabo de su derecho de defensa, lo cual ocurrirá cuando, conocido el paradero del destinatario, el Notario lleve a cabo la diligencia con su consentimiento y previa su identificación, o bien cuando el propio destinatario se presente ante el Notario al efecto de recibir el requerimiento. Por el contrario, en el caso resuelto, en que había sido imposible practicar el requerimiento en el domicilio registrado del deudor, la Dirección considera incorrecto el requerimiento practicado en otro domicilio facilitado por el requirente con quien dijo ser el padre del requerido.

Para la Resolución de 28 de enero de 2013, es admisible el requerimiento al deudor mediante correo certificado con acuse de recibo, por resultar de la documentación aportada que el deudor lo recibió efectivamente, lo cual le ha permitido tempestivamente ejercitar la defensa de sus intereses (según el artículo 32 del Reglamento de Prestación de los Servicios Postales, el envío se considerará entregado cuando se efectúe en la forma determinada en este Reglamento). Por otro lado, tampoco constituye obstáculo a la inscripción el hecho de que el anuncio de subasta no contenga referencia alguna a que la certificación emitida por el Registro de la Propiedad puede ser objeto de consulta, dado que la finalidad del anuncio es dar a conocer la subasta, pero no ya el contenido del Registro, que es público para quien acredite interés conocido (artículo 221 LH).

Resolución de 18 de enero de 2013 (BOE 44, 20-II-13: 1891)

Una vez canceladas por orden judicial las cargas posteriores como consecuencia del ejercicio de una acción directa sobre bienes hipotecados, en el concreto ámbito del recurso gubernativo, no procede entrar a analizar si el recurrente ha tenido o no intervención en el procedimiento. Los asientos practicados están bajo la salvaguardia de los tribunales.

Resolución de 30 de enero de 2013 (BOE 49, 26-II-13: 2146)

Deniega la inscripción de una hipoteca que garantiza, por un lado, las cantidades recibidas de los acreedores para el pago de un prés-

mo que los deudores deben a una entidad de crédito, y que ascienden a 54.000 euros, y por otro lado, también los préstamos que los acreedores puedan conceder a los deudores con la misma finalidad.

Fuera del caso del artículo 153 bis LH, la constitución de una sola hipoteca en garantía de varias obligaciones contradice el principio de accesoriedad. La hipoteca del supuesto garantiza una obligación existente y otras futuras. Es cierto que ambas obedecen a una misma causa jurídica, y también que podría haberse instrumentado una hipoteca en garantía de una sola obligación, en parte futura (Resolución de 27 de julio de 2012), pero no se ha hecho así. Pero es que, además, la hipoteca garantiza también «*otros préstamos y cualquier otra necesidad de alimentos o de carácter familiar*», obligaciones indeterminadas y diferentes incluso en su causa.

Resolución de 31 de enero de 2013 (BOE 49, 26-II-13: 2148)

Deniega la cancelación de una hipoteca cambiaria, ordenada en resolución judicial firme recaída en un procedimiento seguido solo contra el primer acreedor, no constando tampoco la recogida e inutilización de los títulos.

La hipoteca está constituida a favor de los tenedores presentes o futuros de la letra, sin necesidad de que conste la transferencia en el Registro. No resulta acreditado que la demanda haya sido dirigida contra el tenedor legítimo, a quien se le podría ocasionar indefensión. Para cancelar la hipoteca por ejecutoria (en aplicación analógica del artículo 211 RH, sobre hipotecas en garantía de títulos transmisibles por endoso o al portador), es necesario el testimonio del Secretario Judicial que acredite la recogida e inutilización de los títulos. En el caso resuelto, ni se ha presentado la totalidad de los títulos, ni existe certeza de que los mismos no hayan sido endosados a ulteriores tenedores.

Resolución de 20 de febrero de 2013 (BOE 67, 19-III-13: 3009)

Deniega la cancelación de una hipoteca en garantía de obligaciones al portador, pretendida en virtud del artículo 82.5 LH, porque en la escritura de constitución se estipuló una determinada fecha de cumplimiento (anterior en más de veintiún años al momento de la calificación), pero estableciendo la posibilidad de prórroga por parte de los tenedores hasta un máximo de diez años. Por tanto, el plazo de veinte años para la prescripción de la acción hipotecaria, más el año siguiente sin constancia registral en contra, debe contarse desde la fecha máxima de la prórroga. Dicho plazo aún no ha transcurrido.

Resolución de 2 de marzo de 2013 (BOE 72, 25-III-13: 3253)

Deniega la inscripción de una hipoteca de máximo a favor de un banco que garantiza las obligaciones derivadas de una póliza de crédito para comercio exterior, pero no directamente, sino solo desde que tales obligaciones sean cargadas en otra cuenta «hipotecaria» (asentamiento al que se atribuye un efecto novatorio expreso), y quedando al arbitrio del banco que el cargo sea total o parcial, con subsistencia independiente de la parte no cargada.

Para la Dirección, no constituye obstáculo a la inscripción de la hipoteca el hecho de que en el folio de la finca conste previamente inscrito el convenio concursal del titular-deudor aprobado judicialmente. La inscripción del convenio no impide la de los actos contrarios, si bien perjudicará a cualquier titular la acción de reintegración de la masa (artículo 137 LC). La hipoteca constituida no es una de las reguladas en el artículo 153 bis LH (pese a que se trate de uno de los acreedores cualificados previstos en él), porque no tiene como finalidad garantizar diversas obligaciones «*sin necesidad de pacto novatorio de las mismas*», sino que, por el contrario, se pacta expresamente la novación. Se trata de una hipoteca constituida al amparo del artículo 153, de la que resulta la suficiente determinación de las obligaciones que pueden cargarse en la cuenta y el alcance novatorio de su asentamiento en ella. Pero el defecto por el que se deniega la inscripción es el hecho de que quede al arbitrio del acreedor la determinación de los créditos (o parte de ellos) integrantes de la cuenta garantizada, lo cual supone crear una hipoteca «flotante» proscrita (remite a la doctrina de la Resolución de 2 de enero de 2013, resumida en el epígrafe sobre prenda sin desplazamiento).

INFORMACIÓN Y PUBLICIDAD REGISTRAL

Resolución de 20 de noviembre de 2012 (BOE 304, 19-XII-12: 15304)

Confirma la denegación de las dos pretensiones que el recurrente formuló mediante instancia presentada al Registro. Por un lado, solicitó que se tuviera en cuenta su oposición a cualquier modificación en la descripción de una concreta finca registral colindante con la suya. La Ley Hipotecaria no contempla ningún asiento registral cuyo objeto sea el acceso al folio de una finca de otro titular (sin perjuicio de las acciones judiciales que procedan). Por otro lado, solicitó información sobre los defectos apreciados por el Registrador en la calificación de un título relativo a dicha finca colindante con la del recurrente. Aunque parecen concurrir en el recurrente las circunstancias que le permitirían conocer los asientos de la finca colindante con la suya (su interés sería conocido, directo y legítimo), en ningún caso le habilitan para obtener información sobre los trámites de un procedimiento registral en el que no es parte.

Resolución de 19 de noviembre de 2012 (BOE 310, 26-XII-12: 15582)

Resolución de 18 de febrero de 2013 (BOE 67, 19-III-13: 3005)

Resolución de 24 de enero de 2013 (BOE 49, 26-II-13: 2138)

El interés que da derecho a acceder al Registro debe ser directo (de lo contrario, hay que acreditar el encargo), conocido (es decir, acreditado, salvo en los casos de autoridades o funcionarios cuyo interés se presume por el artículo 221.2 LH), legítimo (no contrario a Derecho) y patrimonial (el solicitante tiene o espera tener una relación patrimonial para la cual es relevante la información). En el Registro de la Propiedad, el interés ha de probarse a satisfacción del Registrador, bajo su responsabilidad, de acuerdo con el sentido y la función de la institución registral. Es el Registrador quien debe calificar no solo si procede o no expedir la información, sino también qué datos inscritos puede incluir o debe excluir de ella.

En los supuestos resueltos, se deniega la solicitud de una nota simple presentada ante un Registro diferente del que debía emitir la información, lo cual es posible (artículo 222.8 LH), pero debe articularse a través del sistema FLOTI (Fichero Localizador de Titularidades Inscritas), un mecanismo seguro de interconexión creado por el Colegio de Registradores por encomienda de la Dirección, sin que el telefax sea el medio idóneo para cumplir con las exigencias de la legislación sobre protección de datos. El Registrador que recibe

la petición debe apreciar el interés del peticionario en su aspecto inicial, debiendo denegar el comienzo del procedimiento en caso de apreciar su inexistencia. Pero esta valoración no vincula al Registrador titular del archivo, quien, teniendo en cuenta el contenido de los asientos, valorará también el interés a efectos de expedir o no la información y el contenido de esta. Se deniega la nota simple solicitada, por falta de manifestación de la cualidad profesional del solicitante y del objeto detallado de su actividad, a la Registradora que debía expedir la nota.

Resolución de 12 de diciembre de 2012 (BOE 22, 25-I-13: 717; corrección de errores publicada en BOE 33, 7-II-13: 1297)

Deniega una solicitud de certificación literal, por fotocopia, de todos los asientos (lo cual abarca incluso los cancelados) de una finca, alegando como justificación de la solicitud la aportación de la certificación a un procedimiento judicial.

El interés que da derecho a acceder al Registro debe ser directo (de lo contrario, hay que acreditar el encargo), conocido (es decir, acreditado, salvo en los casos de autoridades o funcionarios cuyo interés se presume por el artículo 221.2 LH), legítimo (no contrario a Derecho) y patrimonial (el solicitante tiene o espera tener una relación patrimonial para la cual es relevante la información). En el Registro de la Propiedad, el interés ha de probarse a satisfacción del Registrador, bajo su responsabilidad, de acuerdo con el sentido y la función de la institución registral. Además, entiende la Dirección (sobre la base de la STC de 20 de noviembre de 2000) que los datos sensibles de carácter personal o patrimonial solo podrán ser objeto de publicidad para los fines propios de la institución registral, que, según la Instrucción de la DGRN de 17 de febrero de 1998, son la investigación jurídica, patrimonial y económica encaminada a la contratación o a la interposición de acciones judiciales, pero no la investigación privada de datos no patrimoniales, que solo podrán ser objeto de publicidad según las normas de protección de datos, lo cual debe tenerse muy en cuenta respecto de peticiones de publicidad relativas al historial registral no vigente. Así, es el Registrador quien debe calificar no solo si procede o no expedir la información, sino también qué datos inscritos puede incluir o debe excluir de ella, salvo que la solicitud procediera de un Juez, en cuyo caso correspondería a este valorar el cumplimiento de la legislación sobre protección de datos.

Resolución de 26 de febrero de 2013 (BOE 69, 21-III-13: 3105)

Deniega la solicitud de una certificación literal de una inscripción de herencia ya cancelada con la que se pretende saber quiénes comparecieron junto con la heredera, para así conocer indiciariamente los posibles parientes llamados a la herencia de otra titular anterior, y todo ello con el fin de permitir a la comunidad de propietarios solicitante reclamar los gastos pendientes sobre la finca, evitando la declaración formal de herederos. Para la Dirección, no concurre interés legítimo en la solicitante.

El interés que da derecho a acceder al Registro debe ser directo, conocido, legítimo y patrimonial. Debe probarse a satisfacción del Registrador, bajo su responsabilidad, de acuerdo con el sentido y la función de la institución registral. Los datos sensibles de carácter personal o patrimonial solo podrán ser objeto de publicidad para los fines propios de la institución registral, que son la investigación jurídica, patrimonial y económica encaminada a la contratación o a la interposición de acciones judiciales, pero no la investigación privada de datos no patrimoniales, que solo podrán ser objeto de publicidad según las normas de protección de datos, lo cual debe tenerse muy en cuenta respecto de peticiones de publicidad relativas al historial registral no vigente. Es el Registrador quien debe calificar no solo si procede o no expedir la información, sino también qué datos inscritos puede incluir o debe excluir de ella.

INMATRICULACIÓN

Resolución de 30 de octubre de 2012 (BOE 292, 5-XII-12: 14826)

Admite la inmatriculación mediante escritura de aportación a gananciales, cuyo título previo es un contrato privado de compraventa (con fecha fehaciente desde 1999) en el cual el cónyuge aportante compraba privativamente por confesión de su esposa. Esta compraventa previa se formaliza en 2011 en escritura otorgada por los herederos del vendedor, el comprador (a cuyo exclusivo nombre consta en el Catastro) y su esposa, la cual comparece a los solos efectos de corroborar el carácter privativo de la adquisición.

No concurren factores que permitan suponer que la documentación se haya creado artificialmente: los dos títulos materiales exigidos por el artículo 205 LH (compraventa y aportación) están separados por doce años, pues, si bien la compraventa se escritura ahora, su fecha es fehaciente desde 1999, a efectos del artículo 1227 CC; en la escritura de elevación se acredita que la finca está catastrada solo a nombre del cónyuge aportante (y no de ambos); la titularidad final tras el último título es diferente de la inicial, y no hay relación alguna de parentesco.

Resolución de 8 de noviembre de 2012 (BOE 300, 14-XII-12: 15121)

Deniega la inscripción de un auto recaído en un expediente de dominio para inmatriculación por falta de aportación del certificado catastral descriptivo y gráfico exigido por el artículo 53.7 de la Ley 13/1996 para toda inmatriculación. Aportado después, presenta discrepancias en los linderos, de modo que los términos del certificado no son «*totalmente coincidentes*» con la descripción del título, como exige, sin excepciones, dicho precepto. Este defecto no se subsana con una mera rectificación del auto después del procedimiento, pues uno de los trámites esenciales del mismo es la citación de los colindantes.

Resolución de 16 de noviembre de 2012 (BOE 310, 26-XII-12: 15581)

Deniega una inmatriculación pretendida en virtud de doble título por tener duda el Registrador acerca de la identidad de la finca que se pretende inmatricular, al coincidir esta con otra cuya cabida se encuentra agotada por sucesivas segregaciones. Si existen dudas razonables de que el título presentado pueda producir una doble inmatriculación, debe acudirse al procedimiento judicial con fase probatoria (inexistente en el recurso gubernativo), en concreto, a la vía de los artículos 300 y 306 RH.

Resolución de 12 de enero de 2013 (BOE 39, 14-II-13: 1571)

Presentada una escritura de herencia, la Dirección deniega la expresión de la referencia catastral de una finca por existir dudas acer-

ca de su correspondencia con la finca inscrita, dudas que son lógicas, al no acompañarse de certificación catastral descriptiva y gráfica en términos coincidentes con los de la escritura. También deniega la inmatriculación de otras fincas por falta de acreditación fehaciente del título adquisitivo de los causantes, ya que no se hace mediante documentos públicos, sino mediante documentos privados que son fehacientes solo en cuanto a su fecha.

Resolución de 26 de febrero de 2013 (BOE 69, 21-III-13: 3106)

Se presenta una escritura por la que el actual titular de la finca 15208 (procedente de una segregación y con un historial registral más antiguo) solicita la cancelación de los asientos de la finca 14386 (inmatriculada a nombre de otras personas) por doble inmatriculación entre ambas. La Dirección deniega la cancelación pretendida al entender que existen dudas fundadas de identidad entre ambas fincas (hay divergencias descriptivas en superficie, en linderos y existencia de una edificación solo en la 15208) que solo pueden ser resueltas en sede judicial.

Por el contrario, no es obstáculo la falta de consentimiento de los interesados en la finca 15208, pues su historial no se cancela. Así, no es preciso el consentimiento del titular de una anotación de embargo sobre ella. Y pese a que existe una anotación de declaración de concurso sobre una opción inscrita en el folio de la finca matriz de la cual se segregó esta finca, no es precisa la intervención del Juzgado de lo Mercantil. Cuestión distinta hubiera sido si, en lugar de pretender la cancelación del historial de la finca 14386, se hubiese pretendido el traslado de su historial jurídico a favor de la 15208.

OBRA NUEVA

Resolución de 29 de octubre de 2012 (BOE 292, 5-XII-12: 14824)

Admite la inscripción de una obra nueva respecto de la cual han prescrito las acciones de restablecimiento de la legalidad urbanística, sin necesidad de aportar el acto administrativo de declaración de asimilado al régimen de fuera de ordenación, según se exige en el artículo 53.5 del Reglamento Disciplina Urbanística andaluz.

La Dirección recuerda la doctrina constitucional que afirma la competencia estatal en materia de determinación de los requisitos de documentación pública e inscripción de declaraciones de obra, así como el carácter que tiene el artículo 20 LS de norma dictada en ejercicio de la competencia exclusiva del Estado en materia de ordenación de los registros. Así, procede aplicar al caso la doctrina sentada en la Resolución de 8 de mayo de 2012, a la cual se remite.

[Cabe recordar la doctrina de dicha Resolución de 8 de mayo de 2012 (*BOE* 136, 7-VI-12: 7636):

Admite la inscripción de una escritura de obra nueva, otorgada al amparo del artículo 20.4 LS. De la documentación administrativa que se acompaña, resulta que, a juicio del Ayuntamiento, no se ha incurrido en una infracción que pueda provocar la demolición del edificio, sino en una infracción generadora de sanción pecuniaria (que ya fue abonada). La inscripción no sana las infracciones urbanísticas, y por ello no merma las posibilidades de actuación del Ayuntamiento para, por ejemplo, revisar su actuación anterior, en la que resolvió no instar el derribo.

Por otro lado, confirma la interpretación del requisito, impuesto por el citado apartado 4.º, de hacer constar en el asiento la situación de fuera de ordenación mediante la aportación del acto administrativo que declare tal situación. La aportación de dicho acto no es un requisito previo a la inscripción, sino que puede ser cumplido con posterioridad, ya que cabe que la construcción no se encuentre fuera de ordenación. Además, si el legislador hubiese optado por un sistema de previa fiscalización administrativa, solo habría admitido la inscripción de estas obras mediante certificación municipal, pero, por el contrario, sigue exigiendo al Registrador que califique la antigüedad de la construcción, que no ocupa suelo demanial, y que notifique al Ayuntamiento la inscripción practicada, todo lo cual solo tiene sentido si se pretende mantener el sistema que posibilita la inscripción sin necesidad de previa intervención municipal.]

Resolución de 7 de noviembre de 2012 (BOE 297, 11-XII-12: 15007)

Para la inscripción de una escritura de obra nueva y división horizontal, no es obstáculo la apreciación por parte del Registrador de discrepancias descriptivas entre el título y la licencia. Salvo casos de especial gravedad reveladores de una discrepancia significativa que afecte a las menciones obligatorias del artículo 45 RD 1093/1997, tal cuestión quedaría bajo la responsabilidad del técnico competente, en este caso, el arquitecto autor del proyecto, quien comparece en la escritura manifestando la conformidad de la descripción con el proyecto y la licencia. Además, se aporta la licencia de primera ocupación, que también acredita el ajuste de la descripción de obra al proyecto objeto del acto administrativo.

Lo que impide la inscripción del título calificado es la condición impuesta en la licencia prohibiendo la constitución del edificio en régimen de propiedad horizontal. Nada obsta a que las licencias impongan condiciones que afecten a la inscripción en el Registro de la Propiedad. No puede ser objeto de la calificación la alegación de que tal condición supone abuso de derecho, cuya declaración correspondería al mismo órgano concedente de la licencia, que estaría sometido únicamente al control jurisdiccional.

Resolución de 12 de noviembre de 2012 (BOE 300, 14-XII-12: 15124)

Deniega la inscripción de una escritura de declaración de obra antigua (artículo 20.4 LS) por existir discordancias descriptivas entre el Registro y el certificado técnico. En tanto no se acredite la correspondencia de la finca registral con la que aparece descrita en el certificado técnico, no puede estimarse justificada la antigüedad de la obra.

No impiden la inscripción las discordancias descriptivas y de año de construcción entre los certificados técnico y catastral. Las formas de acreditar la antigüedad de la obra constituyen una lista cerrada, pero no hay jerarquía entre ellas; por ello, no es relevante la existencia de posibles discordancias. En este caso, debe prevalecer la fecha del certificado técnico, porque es en virtud de ella que el declarante solicita la inscripción de la obra (el certificado del Catastro se aporta solo para acreditar la referencia catastral).

Por otro lado, tampoco es exigible acreditar de modo completo la efectiva extinción por prescripción del derecho de la Administración para adoptar medidas de restablecimiento de la legalidad urba-

nística, lo cual supondría, fundamentalmente, probar que la obra no está incluida en ninguno de los supuestos legales de excepción a la prescripción (establecidos, por ejemplo, en el artículo 185 de la Ley de Ordenación Urbanística de Andalucía, aplicable al caso). La prueba del plazo de prescripción, unida a la constatación de inexistencia de anotación preventiva de incoación de expediente de disciplina urbanística, son los únicos requisitos de inscripción exigidos en los artículos 20.4 LS y 52, letra d), RD 1093/1997. Tampoco es exigible para este tipo de obras «antiguas» la aportación de licencia de ocupación o utilización. Este criterio inspira la regulación del Decreto andaluz 2/2012, que regula las edificaciones y los asentamientos en suelo no urbanizable, y que declara la incompatibilidad de la licencia de primera ocupación con las edificaciones asimiladas al régimen de fuera de ordenación, como consecuencia de la caducidad de la acción de disciplina urbanística (artículo 8.6).

Resolución de 12 de noviembre de 2012 (BOE 300, 14-XII-12: 15125)

Se refiere a la rehabilitación de una construcción antigua ruinosa. En 2007, se presentó al Ayuntamiento el proyecto de rehabilitación, acto que para la Dirección incorpora implícitamente una solicitud de licencia. No hubo respuesta municipal. La escritura de obra nueva se otorgó en 2009 y se presentó en 2012.

La Dirección deniega la inscripción de la escritura por falta de licencia, pues no la considera concedida por silencio positivo. La STS 3.ª de 28 de enero de 2009 considera norma estatal básica la que prohíbe la adquisición por silencio de licencias contrarias a la ordenación territorial o urbanística —artículo 8.1, letra b), LS 2008 estatal, y artículo 192 de la Ley cántabra 2/2001, del suelo—, sin que esto contradiga la regla general de silencio positivo del artículo 43 LRJAP-PAC, pues esta norma permite previsión en contra por otra ley. Además, el artículo 23 RD-L 8/2011 otorga valor negativo al silencio administrativo respecto de obras de construcción de nueva planta y de su primera ocupación.

Resolución de 13 de noviembre de 2012 (BOE 300, 14-XII-12: 15126)

Admite la inscripción de la declaración de fin de obra por antigüedad de una sola vivienda, en planta baja, integrada en un edificio, cuya declaración de obra nueva consta inscrita en construcción. Se incorpora a la escritura el certificado de un arquitecto técnico que describe la vivienda (con datos registrales) y el edificio, y que declara que «*la vivienda, así como sus zonas comunes de acceso y del conjunto del que forma parte en virtud de la división horizontal a la que pertenece, está terminada desde hace más de veinte años*». Constando la declaración de obra en construcción como un todo unitario, no hay inconveniente en que la constancia de la terminación pueda ser parcial (por fases o por pisos), si bien esto exige acreditar no solo la terminación de la vivienda, sino también la de los correspondientes elementos comunes, lo cual, en el caso resuelto, resulta del pasaje del certificado trascrito.

Resolución de 15 de noviembre de 2012 (BOE 310, 26-XII-12: 15578)

Deniega la inscripción de una adjudicación en pago de deuda de una vivienda, dentro del plazo decenal, cuya declaración de obra nueva se inscribió en su día sin seguro decenal, dado que la sociedad declarante (y hoy deudora) manifestó ser autopromotora individual de una vivienda unifamiliar para uso propio de su Consejero Delegado.

Para inscribir la transmisión calificada, hace falta contratar el seguro por la parte de plazo decenal que reste, salvo que el autopromotor-transmitente fuese expresamente exonerado por el adquirente y, además, acreditase haber utilizado la vivienda, para lo cual no bastaría la mera manifestación, sino que haría falta prueba documental adecuada, como un acta de notoriedad o certificado de empadronamiento. La mera manifestación del autopromotor sí que valdría, por el contrario, para acogerse a la exención del seguro en el momento inicial de declaración de la obra (porque entonces el uso propio es un hecho futuro), pero siempre que no resultase desvirtuada por ningún otro elemento documental (como en el supuesto de la Resolución de 9 de mayo de 2007, en que la licencia de obras no se refería a una vivienda unifamiliar).

Resolución de 1 de diciembre de 2012 (BOE 4, 4-I-13: 129)

Admiten la inscripción de una obra nueva, respecto de la cual han prescrito las acciones de restablecimiento de la legalidad urbanística, sin necesidad de aportar el acto administrativo de declaración de asimilado al régimen de fuera de ordenación, según se exige en el artículo 53.5 del Reglamento de Disciplina Urbanística de Andalucía. La Dirección recuerda la doctrina constitucional que afirma la competencia estatal en materia de determinación de los requisitos de documentación pública e inscripción de declaraciones de obra, así como el carácter que tiene el artículo 20 LS de norma dictada en ejercicio de la competencia exclusiva del Estado en materia de ordenación de los registros. Así, procede aplicar a este caso la doctrina sentada en la Resolución de 8 de mayo de 2012, a la cual se remite. [Según esta Resolución, la aportación del certificado de fuera de ordenación no es requisito previo para la inscripción, sino que puede hacerse posteriormente.]

Tampoco es exigible, para estas obras «antiguas», aportar licencia de ocupación o utilización. Este criterio inspira la regulación del Decreto andaluz 2/2012, que regula las edificaciones y los asentamientos en suelo no urbanizable, y que declara la incompatibilidad de la licencia de primera ocupación con las edificaciones asimiladas al régimen de fuera de ordenación, como consecuencia de la caducidad de la acción de disciplina urbanística (artículo 8.6).

Resolución de 11 de diciembre de 2012 (BOE 18, 21-I-13: 561)

Deniega la inscripción de una escritura de obra nueva otorgada solo por uno de los tres condóminos del suelo con manifestación de que solo el declarante costeó la obra. Los otros dos condóminos se limitan a consentir la operación en escritura separada, lo cual no permite determinar si lo que se pretende inscribir es una obra nueva de titularidad exclusiva del declarante (para lo cual haría falta formalizar el negocio jurídico correspondiente y la segregación pertinente, o derecho de superficie, en su caso) o una obra a nombre de los tres con pacto interno de pagar el importe al que la construyó.

La Dirección no considera necesario, para inscribir edificaciones respecto de las que ya no proceda ejercitar acciones de disciplina urbanística, acreditar de modo completo la efectiva prescripción del derecho de la Administración para adoptar medidas de restablecimiento de la legalidad urbanística (por ejemplo, probar que la obra no está incluida en ninguno de los supuestos legales de excepción a

la prescripción establecidos en el artículo 185 de la Ley de Ordenación Urbanística de Andalucía). La prueba del plazo de prescripción, unida a la constatación de inexistencia de anotación preventiva de incoación de expediente de disciplina urbanística, son los únicos requisitos de inscripción exigidos en los artículos 20.4 LS y 52, letra d), RD 1093/1997.

Resolución de 13 de diciembre de 2012 (BOE 22, 25-I-13: 719)

Reitera doctrina de la Dirección sobre la exención del seguro decenal prevista para el autopromotor, cuya procedencia exige la concurrencia de requisitos subjetivos y objetivos.

Subjetivamente, debe tratarse de un «*autopromotor individual*», interpretado de forma amplia como opuesto al promotor colectivo. Incluye, por tanto, a personas físicas y jurídicas, así como a la «*comunidad valenciana*», pero solo cuando las circunstancias arquitectónicas lo permitan y respecto de cada uno de los promotores, en cuanto a su propia vivienda unifamiliar construida en comunidad (Resolución-Circular de la DGRN de 3 de diciembre de 2003).

Objetivamente, la exención procede solo cuando se trate de «*una única vivienda unifamiliar para uso propio*». La vivienda unifamiliar es la que jurídicamente se estructura como una única entidad física y registral susceptible de una sola titularidad. El destino a uso propio (es decir, no estar destinada originariamente por el promotor a su enajenación, entrega o cesión a terceros), en el momento de la declaración de obra nueva, será un hecho futuro, para cuya acreditación cabe la mera declaración del otorgante, siempre que no quede desvirtuada por otro documento contradictorio. Ahora bien, en el caso resuelto, en que el fin de obra se declara simultáneamente a la transmisión a un tercero, no basta con que este le exonere del seguro, sino que el promotor, además, deberá acreditar el hecho de haber utilizado la vivienda no ya por mera manifestación, sino mediante prueba documental adecuada, como un acta de notoriedad o certificado de empadronamiento. La Dirección rechaza como prueba la licencia de primera ocupación, dado que su virtualidad es acreditar que la edificación reúne las condiciones necesarias para su uso al destino previsto en la normativa urbanística, pero no prueba la efectividad de ese uso.

Resolución de 14 de enero de 2013 (BOE 39, 14-II-13: 1573)

Declara inscribible la declaración de obra nueva en construcción de una vivienda unifamiliar no sujeta a ningún régimen especial sin necesidad de hacer constar la superficie de cada planta. El artículo 45 RD 1093/1997 exige solo expresar la superficie de parcela ocupada por la edificación y el total de metros cuadrados edificados. Tampoco puede asimilarse el supuesto resuelto al de los anejos, cuya precisa delimitación es necesaria por estar situados fuera del perímetro de la finca de la que son accesorios. No obstante, cuando la licencia municipal incorporada exprese los metros cuadrados de cada planta, sí que podría exigirse esa mayor concreción.

Resolución de 6 de febrero de 2013 (BOE 54, 4-III-13: 2370)

Consta inscrita la obra nueva de un edificio cuya licencia (de 2003) se condicionaba a que el sótano no se destinara a vivienda. Ahora se presenta una escritura de ampliación de obra que lo habilita como vivienda. La Dirección deniega su inscripción por no haber sido cancelada la condición, aunque se acredita, mediante certificado técnico, la conclusión de la obra de ampliación en fecha que implica la prescripción de posibles infracciones urbanísticas.

La Ley del Suelo prevé la inscripción de las condiciones a que se sujeten las licencias —artículo 51.1, letra d) LS—, que se harán constar mediante nota marginal con vigencia indefinida, cuyo efecto será dar a conocer la situación urbanística a la fecha del título (artículo 53.3). Similares reglas se contienen en los artículos 73 y 74 RD 1093/1997. Para la Dirección, la expresada nota no tiene todos los efectos propios de los asientos registrales, pero sí que está amparada por el principio de legitimación registral (artículo 38 LH), lo cual implica que la condición registrada se mantiene vigente mientras no sea cancelada expresamente por el órgano que la impuso. Ya la Resolución de 26 de abril de 2011 (*infra*) aplicó el principio de legitimación a las condiciones de una licencia. El artículo 20.4 LS no es aplicable al caso, en tanto el órgano que impuso la condición de la licencia no se pronuncie sobre la procedencia de la cancelación de la misma.

Resolución de 25 de febrero de 2013 (BOE 67, 19-III-13: 3017)

Deniega la inscripción de una escritura de agrupación y declaración de obra por notoriedad (artículo 20.4 LS), por encontrar objetivamente fundadas las dudas del Registrador sobre la identidad de la finca. Existen diferencias en cuanto a su extensión, ubicación y linderos, a la titularidad de la parcela catastral y a la calificación del suelo (el Registro considera rústicas las varias fincas que se agrupan formando una sola parcela, que se dice urbana sin acreditar serlo).

Sin embargo, para la Dirección no constituyen obstáculos a la inscripción: ni la falta de aportación del certificado de fuera de ordenación (asumiendo la doctrina de la Resolución de 29 de octubre de 2012), ni el hecho de que el Notario declare la antigüedad de la obra (e incorpore los documentos acreditativos de la misma) en la propia escritura, en lugar de hacerlo en un acta separada.

Resolución de 1 de marzo de 2013 (BOE 72, 25-III-13: 3252)

Iniciado un juicio por el que se pide la anulación de una licencia de obras, se inscribe la transmisión del inmueble a un nuevo titular. Ahora la Dirección deniega la constancia registral de la sentencia que declara la nulidad, por falta de consentimiento de los titulares actuales (artículo 75 RD 1093/1997), quienes no han sido emplazados ni en el procedimiento administrativo ni en el judicial, sin que tampoco se hubiese anotado preventivamente la demanda.

Resolución de 4 de marzo de 2013 (BOE 72, 25-III-13: 3254)

Admite la inscripción de una obra nueva, respecto de la cual han prescrito las acciones de restablecimiento de la legalidad urbanística, sin necesidad de aportar previamente el acto administrativo de declaración de asimilado al régimen de fuera de ordenación a que se refiere el artículo 20.4 LS. La aportación de dicho acto no es requisito previo a la inscripción, sino que puede ser cumplido con posterioridad, ya que cabe que la construcción no se encuentre fuera de ordenación. Además, si el legislador hubiese optado por un sistema de previa fiscalización administrativa, solo habría admitido la inscripción de estas obras mediante certificación municipal, pero, por el contrario, sigue exigiendo al Registrador que califique la antigüedad de la construcción, que no ocupa suelo demanial, y que notifique al Ayuntamiento la inscripción practicada, todo lo cual solo tiene sen-

tido si se pretende mantener el sistema que posibilita la inscripción sin necesidad de previa intervención municipal.

OPCIÓN

Resolución de 16 de noviembre de 2012 (BOE 310, 26-XII-12: 15580)

Mediante la escritura en que se ejercita, se solicita, además, la cancelación de las cargas posteriores a una opción de compra, si bien no se consigna el precio (artículo 175.6 RH), por coincidir su importe con la suma de la prima de opción, y del total de los préstamos hipotecarios preferentes, que es retenido por el optante (artículo 118 LH).

En esta materia existen dos corrientes en la jurisprudencia registral. Por un lado, se han rechazado las detracciones hechas por el comprador so pretexto de atender él directamente el pago de derechos posteriores (Resolución de 8 de junio de 1998), así como el depósito en cuenta corriente a favor del vendedor bloqueada hasta la acreditación fehaciente del levantamiento de las cargas posteriores, cuyos titulares podrían verse defraudados si, cancelados sus derechos, se dispusiese del dinero con otra finalidad (Resolución de 21 de febrero de 2005). Por otro lado y más recientemente (resoluciones de 16 de junio de 2009, de 4 de septiembre de 2009 y de 18 de mayo de 2011), se ha entendido que, si coinciden el precio y el importe de las cargas preferentes, el comprador puede retener el precio para el pago de las mismas sin que quede sobrante para los acreedores posteriores.

Por tanto, habrá que examinar las circunstancias concurrentes en cada caso. En el supuesto resuelto, la Dirección rechaza la cancelación pretendida porque, siendo una de las cargas preferentes una hipoteca a favor del mismo optante, la cantidad deducida por ella es superior a la suma del importe de la hipoteca y accesorios. Sí que son admisibles otras deducciones: por un lado, de la prima de opción, porque así se pactó en la escritura y se inscribió, y por otro, del importe debido por otra hipoteca preferente, pues resulta de certificación expedida por el propio banco acreedor.

Resolución de 22 de enero de 2013 (BOE 44, 20-II-13: 1895)

En su día se inscribió un derecho de opción de compra cuyo plazo de ejercicio se fijó hasta el 11 de junio de 2012, dentro del cual el optante debería notificar el ejercicio de la opción mediante acta notarial, burofax o correo certificado dirigido a los concedentes, quienes quedarían así obligados a otorgar escritura de compraventa en diez días. Se pactó que, si para el 31 de julio de 2012 no constaba en el Registro el ejercicio de la opción, cualquiera de los concedentes podría solicitar la cancelación de la opción, que se canceló por esta vía el 26 de septiembre de 2012. Ahora se pretende hacer constar en el Registro un acta notarial, otorgada el 21 de septiembre de 2012, que protocoliza dos envíos por burofax (de 31 de mayo y de 25 de junio de 2012) de los que resulta que el optante notificó a una de las concedentes el ejercicio de la opción.

La Dirección lo deniega. Ciertamente, concurren la aceptación del optante (producida al ejercitar la opción en el tiempo y forma pactados) y la oferta del concedente (realizada al tiempo de otorgar la opción), con lo cual la venta está perfeccionada (artículo 1262 CC), pero, para poderla inscribir, debe estar, además, consumada, es decir, debe haberse producido la transmisión del dominio mediante tradición, ya sea material o instrumental, por la vía del otorgamiento de escritura. Mientras tanto, el único reflejo registral posible será la anotación preventiva de la demanda dirigida por el optante al concedente para que este otorgue la escritura de venta. Cuestión distinta sería si se hubiese pactado el ejercicio unilateral de la opción sin intervención del concedente, que es pacto válido e inscribible, de modo que el título traditorio quedaría integrado por el contrato de opción otorgado por ambos inicialmente, unido a la escritura de ejercicio unilateral de la opción otorgada solo por el optante (Resolución de 19 de julio de 1991).

Resolución de 14 de febrero de 2013 (BOE 67, 19-III-13: 3001)

Deniega la inscripción de una opción de compra pactada por un plazo superior al máximo establecido en el artículo 14 RH (cuatro años). No todo derecho civilmente válido es susceptible de inscripción, sino que debe reunir los requisitos establecidos para ello en aras de la seguridad del tráfico.

PACTO COMISORIO

Resolución de 21 de febrero de 2013 (BOE 67, 19-III-13: 3010)

Resolución de 21 de febrero de 2013 (BOE 67, 19-III-13: 3011)

Resolución de 22 de febrero de 2013 (BOE 67, 19-III-13: 3012)

Deniegan la inscripción de una escritura otorgada en 2010 en la cual se reconoce una deuda, que se declara vencida y exigible, y en cuya garantía el deudor le otorga al acreedor una opción de dación en pago sobre varias fincas por el plazo de un año, pero que comenzará a contar el 31 de mayo de 2017.

Es parte del orden público de nuestro derecho de garantías la prohibición del pacto comisorio, entendido como toda construcción jurídica en cuya virtud el acreedor, en caso de incumplimiento, pueda apropiarse definitivamente de los bienes dados en garantía. Al emanar de una norma imperativa, es aplicable a todos los negocios de garantía, y su infracción provoca la nulidad, en principio, solo de la cláusula comisoria. El comiso prohibido es el convenido *ex ante* (cabe la dación en pago por una deuda anterior), pues la prohibición pretende asegurar la conmutatividad del contrato, protegiendo al deudor necesitado de crédito de los posibles abusos del acreedor, y evitar el perjuicio que se derivaría para el deudor de la diferencia entre el importe de la deuda y el valor actualizado del bien objeto de garantía. La necesidad de desactivar el pacto se pone más de relieve cuando nace junto con la obligación. Por ello tradicionalmente se ha admitido con cautelas el pacto *ex intervalo*, es decir, la introducción de la facultad comisoria en un momento posterior. En el caso resuelto, se dice que la deuda está vencida y líquida, lo que llevaría a pensar que la opción de dación en pago no tiene función de garantía, sino de liquidación. Pero esto no es así, pues, al pactarse una opción de dación en pago de ejercicio diferido, se está aplazando el pago de la deuda, concediendo al optante un derecho que aún no puede ejercitar pero sí se quiere que pueda oponer a terceros.

Además, el plazo de la opción excede del máximo de cuatro años que establece el artículo 14 RH con carácter esencial, pues, siendo la opción un derecho potestativo, no puede quedar indefinido ni a voluntad de las partes. El plazo del artículo 14 es un plazo «*de duración*» de la opción. Se puede concretar el período de su ejercicio,

pero siempre dentro del plazo máximo, que debe computarse desde la constitución del derecho, por analogía con el plazo de cuatro años del retracto convencional, que se cuenta «*desde la fecha del contrato*» (artículo 1508 CC).

PRENDA SIN DESPLAZAMIENTO

Resolución de 2 de enero de 2013 (BOE 33, 7-II-13: 1292)

Se refiere a una escritura por la cual una cooperativa constituye prenda sin desplazamiento sobre determinados bienes (jamones identificados por sus respectivos crotales), en garantía de la deuda que pudiera surgir a cargo de la cooperativa a favor de dos personas que la afianzaron en sendas pólizas de préstamo, que se incorporan. La prenda se constituye en garantía de deuda futura, hasta un máximo de 100.000 euros, y por un plazo máximo de dos años.

No existe autocontrato con conflicto de intereses (situación en la que la legitimación del representante ya no derivaría solo de su poder de representación, sino que requeriría, además, autorización de junta o asamblea, debiendo así recogerse en el juicio notarial de suficiencia, lo cual entraría en el ámbito de la calificación registral). Por el contrario, la cooperativa actúa representada por el Presidente del Consejo Rector, el cual no es ninguno de los fiadores y cuenta, además, con autorizaciones expresas del Consejo y de la Asamblea. Teniendo en cuenta que a la prenda sin desplazamiento son aplicables las reglas de las hipotecas inmobiliarias, tanto por analogía como por subsidiariedad (Disposición Adicional Primera de la LHMPD, de 16 de diciembre de 1954), para la Dirección tampoco son obstáculos: ni el hecho de que la duración de la prenda sea menor que la de la obligación asegurada (caben garantías bajo plazo o condición), ni la sospecha de que la prenda pretenda obtener una reserva de rango sobre una obligación inexistente, dado que el artículo 1825 CC admite la fianza en garantía de deudas futuras, y, por ello, es admisible que la propia obligación de fianza sea objeto de hipoteca en garantía de obligación futura (artículos 142 y 143 LH).

El motivo por el que se deniega la inscripción es que se trata de una sola prenda en garantía de dos obligaciones diferentes sin nexo causal común (dos pólizas de préstamo, cada una con fecha, vencimiento y fiador distintos). Fuera del caso previsto en el artículo 153 LH (solo a favor de Administraciones Públicas o entidades financieras), no es posible inscribir una sola hipoteca «flotante» que garantice todas las obligaciones presentes o futuras entre acreedor y deudor. Solo cabe constituir una única garantía que asegure una pluralidad de obligaciones cuando estas tengan entre sí conexión causal o relación de dependencia recíproca, y, además, si su título de ejecución no es el mismo, hará falta establecer separadamente la cantidad que respecto de cada obligación cubrirá la garantía (resoluciones de 24 de abril de 2008 y de 17 de marzo de 2008). Sin embargo, en el supuesto resuelto, no hay un único contrato básico del que pudieran surgir las futuras obligaciones (como sí ocurría en la Resolución de 20 de junio de 2012, referida a un contrato de suministro, o en la Resolución de 26 de julio de 2012, en que existía un solo contrato de fianza como base de una hipoteca en contragarantía), sino dos préstamos sin conexión causal.

Resolución de 3 de enero de 2013 (BOE 33, 7-II-13: 1293)

Supuesto similar al de la Resolución anterior, pero con dos diferencias:

- El Presidente representa a la cooperativa y es, al mismo tiempo, uno de los fiadores, pero, en tal autocontrato, el conflicto de intereses está salvado expresamente mediante acuerdo de la Asamblea y el Consejo.
- En este caso, no se constituye una sola prenda en garantía de varias obligaciones, sino tantas prendas como fiadores relacionados, cada una de ellas con un importe de responsabilidad máxima y todas ellas constituidas sobre partidas de bienes distintos. No se trata de un problema de distribución de la garantía prendaria entre los distintos grupos de bienes gravados. El problema radica en que las obligaciones futuras garantizadas son tantas como contratos afianzados, sin que quede determinado cuál de ellas queda garantizada por cada una de las prendas constituidas. También en este caso se rechaza que un solo derecho de prenda pueda garantizar varias obligaciones futuras sin nexo causal común.

PROCEDIMIENTO REGISTRAL

Resolución de 7 de diciembre de 2012 (BOE 18, 21-I-13: 557)

La regulación del artículo 108 RH, que, una vez caducado el primer asiento de presentación, permite volver a presentar el título en demanda de nueva calificación y con cierre registral a títulos posteriores, puede generar abuso del derecho incompatible con las exigencias de la seguridad jurídica. No cabe reiterar la presentación cuando la cuestión haya sido objeto de un recurso contra la calificación cuestionada, ya se trate de recurso ante la Dirección o de impugnación directa ante los tribunales, pues en ambos casos la resolución que recaiga será definitiva. No cabe durante la pendencia del recurso, pues entonces sigue vigente el asiento de presentación y no puede duplicarse el procedimiento registral, ni tampoco cabe una vez recaída resolución gubernativa firme por falta de impugnación en dos meses.

Por ello, la Dirección rechaza la práctica de nuevo asiento de presentación de un documento judicial que en su día ya fue objeto de calificación negativa (incluso por vía sustitutoria), confirmada después por resolución gubernativa y resolución judicial firme. Se he producido el efecto de cosa juzgada.

Resolución de 3 de enero de 2013 (BOE 33, 7-II-13: 1293)

Se presenta una instancia solicitando la suspensión cautelar de la venta de unas fincas por haberse presentado ante el Juzgado una denuncia, cuya copia se acompaña, contra el representante de la sociedad compradora. La Dirección lo deniega: la mera presentación de una denuncia no puede motivar asiento alguno, pues es necesario que el órgano judicial competente decrete la correspondiente medida preventiva o cautelar.

PROHIBICIÓN DE DISPONER

Resolución de 31 de enero de 2013 (BOE 49, 26-II-13: 2147)

Admite la práctica de una anotación de embargo ordenada judicialmente, pese a constar registrada una prohibición de disponer. La prohibición de disponer solo impide las enajenaciones voluntarias del titular registral.

Resoluciones

PROPIEDAD HORIZONTAL Y COMPLEJO INMOBILIARIO

Resolución de 27 de noviembre de 2012 (BOE 304, 19-XII-12: 15314)

Deniega la inscripción de una escritura de ampliación de obra, referida a un elemento privativo de una propiedad horizontal, consistente en habilitar como vivienda un desván (previamente desvinculado en escritura de herencia anterior otorgada por todos los propietarios del edificio), con ampliación de la superficie registrada. Se incorpora la licencia municipal y el certificado técnico de fin de obra y adecuación al proyecto para el que se obtuvo licencia.

Hace falta la autorización de todos los demás propietarios, o el acuerdo unánime de la junta, consintiendo la modificación del título constitutivo que supone la ampliación de obra. El consentimiento prestado en la escritura de herencia previa fue solo para desvincular el desván.

Resolución de 7 de diciembre de 2012 (BOE 18, 21-I-13: 555)

Existe, practicada en el Registro, nota marginal de haberse diligenciado un libro de actas de una comunidad no inscrita, formada por varias fincas registrales procedentes de la segregación de otra. Ahora uno de los propietarios solicita que se haga constar la separación de su finca de tal comunidad. La Dirección lo deniega: no constando inscrita la situación de comunidad, no puede inscribirse la separación de la misma. En el Registro hay solo una nota marginal acreditativa del diligenciado de un libro de actas, asiento ya practicado que está bajo la salvaguardia de los tribunales. Al tratarse de una comunidad no inscrita, el diligenciado del libro no causó inscripción, sino simple asiento en el libro-fichero previsto a tal fin en el artículo 415 RH, cuyo contenido no parece reflejar ningún derecho inscribible, sino la mera constatación de la autenticación del libro.

Resolución de 23 de enero de 2013 (BOE 44, 20-II-13: 1897)

Resolución de 23 de enero de 2013 (BOE 44, 20-II-13: 1898)

Consta inscrito un complejo inmobiliario entre dos fincas registrales. Ahora se deniega, por falta de autorización administrativa, la inscripción de la división horizontal tumbada de una de ellas, en las distintas edificaciones que sobre ella se asientan y que figuran previamente inscritas.

El complejo inmobiliario (institución conectada, pero diferente de la propiedad horizontal) está formado por dos o más edificaciones o parcelas independientes entre sí, cuyo destino principal sean viviendas o locales, y cuyos titulares participan, con carácter inherente a su derecho, en una copropiedad indivisible sobre otros elementos inmobiliarios. El artículo 17.6 del Texto Refundido de la Ley del Suelo (introducido por el RD-L 8/2011) exige autorización administrativa como requisito de inscripción, para la constitución y modificación del complejo inmobiliario. La división horizontal efectuada en el supuesto constituye, sin duda, una modificación del complejo en su conjunto, al quedar modificada una de las parcelas que lo componen.

Resolución de 18 de enero de 2013 (BOE 44, 20-II-13: 1890)

Deniega la inscripción de una escritura de modificación de una propiedad horizontal que pretende configurar como elemento privativo un trastero que carece de salida directa a elemento común o vía pública, ni directamente ni a través de servidumbre (se dice que tiene entrada por una trampilla que lo comunica con un elemento privativo).

Resolución de 22 de enero de 2013 (BOE 44, 20-II-13: 1896)

Se inscribe un mandamiento judicial de embargo, por deudas a la comunidad de propietarios, sobre un piso en régimen de propiedad horizontal, pero denegando la parte en que ordena la constancia registral de la preferencia que establece el artículo 9.1, letra e), LPH, a cuyo efecto se acredita la mera notificación del procedimiento (que no demanda) al titular de la hipoteca que grava el piso embargado.

Tal constancia se deniega por dos defectos. Primero, porque, en infracción del principio de especialidad, no se detalla qué parte de la cantidad embargada corresponde a la última anualidad y a la parte transcurrida de la corriente. Segundo, por falta de demanda al titular de la hipoteca ya inscrita. Para empeorar su rango, hace falta consentimiento de su titular o resolución judicial recaída en procedimiento en que el titular haya sido demandado —artículo 40, letra d), LH. Dado que la Ley de la Propiedad Horizontal no otorga a esta preferencia carácter real (se limita a caracterizarla como un crédito preferente, a efectos del artículo 1923 CC), ni es una hipoteca legal tácita (el artículo 158 LH solo admite como tales las admitidas expresamente por la Ley con tal carácter), su acceso al Registro de la Propiedad solo puede producirse mediante resolución judicial en que hubieran sido parte todos los interesados. Fuera de tal caso, el efecto natural de esta preferencia es solo permitir a la comunidad ejercitar una tercería de mejor derecho, con ocasión de la ejecución de cualquier derecho inscrito antes, pero no para adelantarle en rango, sino para cobrar con preferencia.

Resolución de 30 de enero de 2013 (BOE 49, 26-II-13: 2145)

La rectificación de los metros cuadrados útiles y construidos de alguno de los elementos integrantes de una propiedad horizontal no es una mera adaptación a la realidad extrarregistral para la que bastase el consentimiento de los afectados, sino que supone una modificación del título constitutivo que requiere unanimidad, ya que puede tener repercusiones en las zonas comunes, además de que la superficie es uno de los criterios de fijación de la cuota.

Sin embargo, en este caso concreto, la Dirección admite la inscripción pretendida porque la diferencia de metros puede derivar de una errónea medición: la medida correcta se justifica con la calificación definitiva como vivienda protegida, así como con la certificación del técnico competente (quien, además, certifica que la nueva descripción se corresponde con el proyecto para el que se obtuvo licencia); no se modifica la superficie construida ni útil de los demás elementos privativos, y consienten los dueños de los elementos cuyas cabidas se corrigen.

Resolución de 14 de febrero de 2013 (BOE 67, 19-III-13: 3000)

Consta registrado un local (integrado en una propiedad horizontal) destinado a garajes, cuyas cuotas están inscritas sin descripción de la respectiva plaza ni de los elementos comunes. Ahora se presenta una escritura de venta de una cuota indivisa de local con adscripción del uso de una plaza de aparcamiento de la que se hacen constar la planta en que se ubica, sus dimensiones perimetrales y linderos. La Dirección inscribe la venta de cuota, pero deniega la descripción pormenorizada de la plaza realizada por comprador y vendedor. Para modalizar la comunidad ordinaria existente, pasando a una comunidad

especial con asignación de uso de plazas determinadas (comunidad funcional por su destino, que excluye la acción de división y el retracto de comuneros), hace falta el consentimiento de todos los copropietarios de cuotas inscritas, dado el carácter de acto de alteración de la comunidad que comporta (artículo 397 CC). A diferencia del supuesto de la Resolución de 22 de julio de 2009, en este caso no hay reserva estatutaria de facultades para que el promotor pueda realizar la individualización. Además, la descripción de la plaza está incompleta en la escritura calificada, ya que omite alguna de las circunstancias exigidas en el artículo 53, letra b), RD 1093/1997: superficie útil, descripción de los elementos comunes del local y cuota del local en el edificio.

Resolución de 22 de febrero de 2013 (BOE 67, 19-III-13: 3013)

Deniega la inscripción de una sentencia que segrega una porción de local, describiéndola como finca independiente y atribuyéndole una cuota dentro de la propiedad horizontal del edificio. Los estatutos no dispensan de los requisitos establecidos por el artículo 8 LPH para la agrupación o la división de pisos o locales, sino que precisamente se remiten a ellos. Es preciso el consentimiento de la comunidad de propietarios.

RECTIFICACIÓN Y SUBSANACIÓN

Resolución de 15 de noviembre de 2012 (BOE 310, 26-XII-12: 15579)

Deniega la rectificación, pretendida mediante instancia privada acompañada de documentos catastrales y otros documentos administrativos, de la adjudicación de dos fincas resultantes de una reparcelación. Se alega un error en la identificación de las fincas de procedencia que provocó la adjudicación errónea de ambas fincas de resultado a favor del recurrente. La rectificación de una inscripción basada en un título administrativo exige una nueva resolución de la Administración competente, siempre que la finca no haya sido transferida a tercero protegido por la fe pública registral y se cumplan las garantías legales a favor del afectado. No habiéndose seguido tal procedimiento administrativo, la rectificación pretendida exige consentimiento del titular registral afectado o resolución judicial.

Resolución de 11 de enero de 2013 (BOE 39, 14-II-13: 1570)

Resolución de 3 de enero de 2013 (BOE 33, 7-II-13: 1295)

Resolución de 19 de febrero de 2013 (BOE 67, 19-III-13: 3007)

Resolución de 8 de febrero de 2013 (BOE 54, 4-III-13: 2373)

Resolución de 8 de febrero de 2013 (BOE 54, 4-III-13: 2374)

Resolución de 9 de febrero de 2013 (BOE 60, 11-III-13: 2649)

Resolución de 11 de febrero de 2013 (BOE 60, 11-III-13: 2651)

Resolución de 11 de febrero de 2013 (BOE 60, 11-III-13: 2652)

Resolución de 12 de febrero de 2013 (BOE 60, 11-III-13: 2654)

Resolución de 13 de febrero de 2013 (BOE 60, 11-III-13: 2656)

En su día, mediante escrito de la Xunta de Galicia, se instó el cambio de titularidad de unas fincas hasta entonces inscritas a nombre de la Tesorería General de la Seguridad Social, que pasaron a nombre de la Comunidad Autónoma, todo ello en virtud de la normativa sobre transferencias. Ahora, la Tesorería solicita la rectificación del asiento: por un lado, en los supuestos de las resoluciones de 3 de enero de 2013 y de 19 de febrero de 2013, por entender que la cesión debió haber sido en uso pero no en propiedad, y por otro, en los supuestos de las demás resoluciones citadas, por entender la Tesorería que no tuvo oportunidad de ser oída en el procedimiento.

La Dirección entiende que no estamos ante un supuesto en que quepa la rectificación de oficio por parte del Registrador, por resultar el error susceptible de prueba mediante documento fehaciente independiente de la voluntad de los interesados. Para la rectificación pretendida, hará falta consentimiento de la Administración titular o, en su defecto, resolución judicial firme.

Resolución de 28 de enero de 2013 (BOE 49, 26-II-13: 2139)

Deniega la inscripción de una sentencia por la que se ordena la rectificación del Registro, en el sentido de que una vivienda inscrita como presuntivamente ganancial pase a ser propiedad privativa del titular. En el procedimiento, se ha demandado solo al titular, pero no a su cónyuge, y no puede desconocerse que la inscripción de una finca a nombre de un titular, pero con carácter presuntivamente ganancial, otorga parte de la titularidad a su cónyuge (o, si ha muerto, a sus herederos). Además, la sentencia no es firme, ya que no ha transcurrido el plazo para rescindir la sentencia dictada en rebeldía (artículo 524.4 LEC).

Resolución de 1 de marzo de 2013 (BOE 72, 25-III-13: 3251)

Deniega la rectificación de una inscripción de partición hereditaria pretendida en virtud de un acta de manifestaciones otorgada solo por dos (de los cinco) herederos. Los asientos del Registro están bajo la salvaguardia de los tribunales, y su rectificación exige consentimiento de todos los titulares registrales afectados o, en su defecto, resolución judicial. Además, la exigencia de forma documental pública para actos que afecten a inmuebles (artículos 1280 CC y 3 LH) no permite utilizar cualquier tipo de documento público, sino solo el apropiado para cada acto. Escritura pública y acta notarial son ambos documentos públicos inscribibles, pero la escritura es el documento apropiado para reflejar declaraciones de voluntad y, por tanto, para provocar la rectificación solicitada en este caso.

RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL

Resolución de 5 de diciembre de 2012 (BOE 4, 4-I-13: 135)

Admite la inscripción de un convenio regulador por el que se adjudica a uno de los cónyuges un bien que pertenecía privativamente *pro indiviso* a ambos, pues fue adquirido constante el régimen de separación de bienes.

El principio de legalidad hipotecaria exige titulación pública (artículo 3 LH), que la Dirección interpreta como el tipo de título congruente con el acto inscribible, de modo que para ciertos actos será inscribible el convenio regulador y, en otras ocasiones, hará falta escritura pública. Así, la Resolución de 22 de diciembre de 2010 denegó la inscripción de un convenio regulador, pese a estar aprobado judicialmente, para inscribir la adjudicación de bienes privativos de un cónyuge a otro, estando ambos casados en régimen de separación de bienes. Sin embargo, la Dirección considera que el supuesto

resuelto en la presente ocasión es diferente, al tratarse de la adjudicación a un cónyuge no de un bien que pertenecía al otro, sino que pertenecía a ambos *pro indiviso*. Es lógico que, pactado el divorcio, se quiera evitar la situación de indivisión.

Resolución de 10 de diciembre de 2012 (BOE 18, 21-I-13: 558)

Constando inscrita una finca a nombre de un titular casado en gananciales, este la vende en 1980 mediante documento privado donde manifiesta que es de su «*pleno dominio*». Ya viudo de su primer matrimonio, en 2007 otorga escritura de elevación a público de dicho documento, interviniendo él solo junto con el comprador. En 2009, el vendedor fallece, casado en segundas nupcias. En su escritura de herencia, se relaciona su testamento, en el cual: manifiesta (sin justificarlo) que adquirió la finca en cuestión con dinero privativo constante su primer matrimonio, y ordena a sus herederos (en especial, a los hijos de su primer matrimonio) que ratifiquen la escritura de elevación a público, bajo sanción de dejarle solo la legítima estricta a quien no lo haga. La escritura de herencia cumple esta voluntad del testador, habilitando una partida en el pasivo del inventario por el valor de la finca, y está otorgada solo por el albacea contador-partidor testamentario, la segunda esposa y la única hija del segundo matrimonio. Se pretende la inscripción de la elevación a público complementada con la herencia.

La Dirección lo deniega y exige para ello el consentimiento de los hijos del primer matrimonio. Más que ante un legado de cosa ajena (artículos 861 y 862 CC), de cosa propia del heredero obligado (artículos 863 y 864 CC) o de cosa ganancial (artículo 1380 CC), estamos ante el legado de una cosa integrante de un patrimonio que fue ganancial y que ahora es una comunidad romana, la cual no recae sobre cada cosa que forma parte de ella, sino sobre el conjunto de la misma. Esta comunidad posganancial no está regulada expresamente. La Dirección considera más acertado resolver esta laguna de ley aplicando por analogía el artículo 1380 CC, pero en cualquiera de los casos citados haría falta el consentimiento de los titulares de la cosa legada o de sus herederos. Y, además, en el supuesto de que, por no consentir alguno, el albacea le adjudicase su legítima estricta, también sería necesaria la intervención del heredero para el cálculo de esos mínimos derechos legitimarios.

Resolución de 10 de diciembre de 2012 (BOE 18, 21-I-13: 559)

El principio de legalidad hipotecaria exige titulación pública (artículo 3 LH), que la Dirección interpreta como el tipo de título (ejecutoria o escritura pública) congruente con el acto inscribible. La efectividad del convenio regulador es meramente liquidatoria del régimen económico conyugal, sin que quepa extenderlo a otros actos con significación negocial propia, que requerirían escritura pública. Pero la atribución del uso de la vivienda familiar es contenido mínimo del convenio regulador —artículo 90, letra c), CC—, que es título hábil a estos efectos, con independencia del carácter de la vivienda.

En virtud de esta doctrina, la Dirección considera inscribible el convenio regulador de un divorcio que le adjudica a uno de los cónyuges la vivienda familiar, la cual estaba inscrita en un 99 % a nombre del adjudicatario y en un 1 % al otro cónyuge, siendo el régimen de su matrimonio el de separación de bienes.

Resolución de 29 de enero de 2013 (BOE 49, 26-II-13: 2142)

Considera privativa la finca adquirida por uno de los cónyuges por disolución de condominio por ser privativa su cuota (procede de herencia), aunque la adjudicación exceda el valor de la cuota y aunque el metálico con que se compensa a los demás comuneros fuese ganancial.

En la regulación de la sociedad de gananciales, el principio de subrogación real, que atribuye carácter ganancial a los bienes adquiridos a título oneroso a costa del acervo común, no rige de forma universal, sino que a él se anteponen otros principios: el de accesión (artículo 1359), el de autonomía de la voluntad (artículo 1355) y el del carácter del propio bien del que deriva el derecho a la adquisición, en cuya virtud se atribuye a los bienes retraídos el mismo carácter que tuviese el mismo derecho de retracto (artículos 1346.4 y 1347.4), y se atribuye carácter privativo a las acciones o participaciones suscritas como consecuencia de la titularidad de otras privativas (artículo 1352). En el último precepto citado, es extendido por la doctrina a todo supuesto de adquisición preferente o derivada de una previa titularidad. Así, la Resolución de 14 de abril de 2005 aplica este criterio a los supuestos de participación de herencia con exceso de adjudicación. Y todo ello sin perjuicio del eventual derecho de reembolso a favor del patrimonio del que procedan los fondos para compensar el exceso. La determinación de la naturaleza del referido crédito interconyugal escapa a la calificación registral.

REPRESENTACIÓN

Resolución de 5 de noviembre de 2012 (BOE 297, 11-XII-12: 15003)

Admite la inscripción de una escritura en la que un incapaz es representado por su tutor. A la escritura se incorpora la certificación del Registro Civil de la cual resultan la incapacitación y el nombramiento, y en la cual el Notario emite juicio de suficiencia positivo. Al tiempo de presentarla al Registro, se aporta, además, la sentencia de incapacitación. La calificación negativa del Registrador se refiere solo a dicha sentencia y a materia ajena a la representación (su redacción en catalán). Los documentos complementarios deben ser objeto de calificación, pero, en este caso, el contenido de la sentencia está sobradamente acreditado mediante la certificación incorporada, sin apreciación de defecto alguno respecto de ella por parte del Registrador, de modo que la aportación de la sentencia es redundante.

Resolución de 11 de diciembre de 2012 (BOE 18, 21-I-13: 560)

El ejercicio de la facultad concedida en una *cautela socini* establecida respecto del hijo heredero sometido a la patria potestad rehabilitada de la madre viuda exige la intervención de un defensor judicial, ya que la opción planteada al hijo (heredar más, pero con el gravamen del usufructo universal, o bien heredar la legítima), si la ejercita la madre, genera contraposición de intereses.

Resolución de 18 de diciembre de 2012 (BOE 22, 25-I-13: 724)

Admite la inscripción de una escritura por la que el sustituto de la entidad de crédito apoderada, la cual es, a su vez, acreedora hipotecaria de los deudores poderdantes, vende a un tercero por un precio muy inferior (menos del 60 %) al valor de tasación hipotecaria. Previamente, la acreedora había cancelado la hipoteca, bajo la condición suspensiva de que se otorgase la compraventa. El Notario autorizante de la compraventa no hizo referencia alguna a la facultad de autocontratación con conflicto de intereses, cuyo control, al influir sobre la validez o nulidad del acto, entra dentro del ámbito de

la calificación registral. No obstante, la Dirección (por un principio de economía procesal) considera suficiente la subsanación de esta omisión realizada por el Notario en su escrito de recurso, en el que da fe de que el poder contenía la facultad de autocontratación aun en caso de conflicto de intereses.

SOCIEDADES MERCANTILES

Administradores

Resolución de 6 de noviembre de 2012 (BOE 297, 11-XII-12: 15004)

El nombramiento de los administradores surte efecto desde el momento de la aceptación, y la inscripción en el Registro Mercantil es obligatoria, pero no constitutiva. No hay ningún precepto que imponga la previa inscripción en el Registro Mercantil del cargo social o del poder general, como requisito de inscripción en el Registro de la Propiedad de los actos realizados en ejercicio de dicha representación. Lo que ocurre es que, si la representación consta inscrita, goza de presunción de validez y exactitud, el Registrador Mercantil habrá calificado favorablemente su regularidad, y, por ello, bastará completar la reseña identificativa del documento representativo con los datos de su inscripción. Por el contrario, si el título no recoge los datos de inscripción de la representación, deberá reseñar los datos y documentos que pongan de manifiesto la válida designación del representante, por haber sido nombrado con los requisitos legales y estatutarios por el órgano social competente, debidamente convocado y vigente en el momento del nombramiento, incluyendo la aceptación del nombrado y, en su caso, la notificación o el consentimiento de los titulares de los anteriores cargos inscritos.

Así, en el caso resuelto, la Dirección deniega la inscripción en el Registro de la Propiedad de una compra efectuada por el administrador único de una sociedad cuyo nombramiento no consta inscrito en el Registro Mercantil, según hace constar el Notario al formular el juicio de suficiencia de la representación.

Resolución de 12 de diciembre de 2012 (BOE 22, 25-I-13: 718)

Constando inscritos en el folio de la sociedad dos administradores solidarios, la Dirección admite la inscripción de una escritura de elevación a público de acuerdos sociales, adoptados unánimemente en junta universal, en cuya virtud la sociedad acuerda ser representada por un solo administrador, cesa a uno de los dos inscritos y autoriza al otro para elevar a público los acuerdos. No es exigible la constancia expresa del cese de ambos, el cambio del sistema de administración y el nombramiento del único con aceptación del cargo.

Constando indubitadamente la voluntad social, el Registrador debe evitar el rechazo de la inscripción, si de la documentación presentada resultan debidamente acreditados los requisitos necesarios para alterar el Registro sin perjuicio de terceros, sin que de este modo puedan exigirse declaraciones rituales ni reiteración de trámites.

Resolución de 21 de enero de 2013 (BOE 44, 20-II-13: 1894)

Admite la inscripción de una escritura de cese y nombramiento de administradores, pese a que uno de los cesados se ha opuesto a la inscripción alegando nulidad de la junta. El artículo 111 RRM prevé dos posibles supuestos de oposición por parte del anterior cargo certificante: por un lado, la interposición de una querella por falsedad en la certificación, y por otro, la acreditación ante el Registrador de otro motivo de falta de autenticidad del nombramiento, como, por ejemplo, mediante la aportación de un acta notarial, ya sea de junta o de otro tipo (Resolución de 3 de febrero de 2011, *infra*).

En el caso resuelto, no se acreditan debidamente los motivos alegados para pretender la falta de autenticidad pretendida, que son: por un lado, la no justificación del modo y la fecha de convocatoria a todos los socios, y por otro, que la junta fue posteriormente desconvocada por el administrador que se opone (todo lo cual resulta de meras fotocopias y un recibo de Correos sin acuse de recibo). En consecuencia, sin perjuicio de pronunciamiento judicial, tales motivos no pueden ser tenidos en cuenta en el estrecho ámbito del recurso gubernativo.

Resolución de 27 de febrero de 2013 (BOE 69, 21-III-13: 3110)

Admite la inscripción de un apoderamiento otorgado por una sociedad limitada a tres representantes mancomunados, sin exigir más precisiones sobre la forma concreta de actuación y, en particular, sin entender aplicable a los apoderados la regla del artículo 233.2, letra c), LSC, según la cual, cuando en la sociedad limitada existan varios administradores mancomunados, el poder de representación se ejercerá mancomunadamente al menos por dos de ellos en la forma determinada en los estatutos. La Dirección recuerda su doctrina sobre este artículo: no es una regla general de actuación, sino que, junto con la necesaria limitación de que al menos actúen dos, los estatutos deben contener necesariamente una determinación expresa de la forma de ejercitar el poder de representación, de entre las varias posibilidades existentes. A diferencia de otros supuestos, en este no coinciden la estructura del órgano de administración y el poder de representación.

Capital social

Resolución de 23 de noviembre de 2012 (BOE 304, 19-XII-12: 15310)

El principio de realidad del capital social impide crear participaciones que no respondan a una efectiva aportación patrimonial a la sociedad. El mismo principio se aplica a las aportaciones imputables a la prima de emisión. La aportación social de una finca hipotecada puede instrumentarse de varias formas, debiendo precisar el título el concreto negocio de aportación realizado:

— Sin asunción por la sociedad de la deuda hipotecaria, pero pactando las partes el descuento de la deuda viva, en la vía del artículo 118.2 LH: se emitirán acciones solo por el valor neto, pero el socio tendrá, por el importe descontado, un crédito que la sociedad le deberá satisfacer cuando él haya pagado a la entidad de crédito.

— Sin asunción por la sociedad de la deuda hipotecaria, aunque las partes no pacten el descuento previsto en el artículo 118.2 LH: cabe prever la eventual responsabilidad social por deuda ajena, realizando un descuento respecto del valor total de la finca para cubrir dicha contingencia, pero también cabe no realizar ningún descuento o ajuste.

— Como negocio mixto de transmisión de la finca y asunción de la deuda, cuya inscripción no exige el consentimiento del acreedor (en tal caso, la asunción tendrá alcance meramente interno): la

asunción de la deuda deberá tenerse en cuenta para la valoración de la aportación.

En el caso resuelto, se pretende la inscripción de una constitución de sociedad limitada en la que uno de los socios desembolsa su parte de capital social (y prima de asunción) mediante la aportación de dos inmuebles hipotecados, que se valoran por su valor total, sin la deducción del importe de la deuda hipotecaria. En otra cláusula de la misma escritura y sin ajuste alguno del valor dado a las fincas, la sociedad asume tal deuda «*en concepto de préstamo*» al aportante, quien deberá satisfacer la deuda a la sociedad en las condiciones que se determinan. La Dirección deniega la inscripción, entendiendo que estamos ante una asistencia financiera para la adquisición originaria de participaciones propias, sancionada con nulidad por el artículo 150 LSC.

Resolución de 30 de noviembre de 2012 (BOE 304, 19-XII-12: 15320)

Deniega la inscripción de una escritura de ampliación de capital social por compensación de créditos de los socios contra la sociedad porque el socio titular de uno de los créditos vota en contra del acuerdo, solicitando simultáneamente su reintegro.

La aportación por compensación de créditos contra la sociedad participa de la naturaleza de las aportaciones no dinerarias. Es este un contrato entre el socio aportante y la sociedad, que sustrae el crédito a la disponibilidad del primero. Se realiza, como toda aportación social, a título de propiedad (artículo 60 LSC). Por todo ello, es inexcusable el consentimiento expreso o tácito del titular del derecho aportado, el cual, en este caso, se opone.

Resolución de 5 de diciembre de 2012 (BOE 4, 4-I-13: 136)

Deniega la inscripción de una escritura de aumento de capital de una sociedad limitada. La junta aprobó que uno de los socios aportara «*todos los derechos que le correspondieran*» sobre una determinada finca. En la escritura, se dice erróneamente que le corresponde toda la finca con carácter privativo, cuando, según el Registro, solo le correspondía una parte como propietario en pleno dominio y la otra, como partícipe de la sociedad de gananciales. Al interponer el recurso, se encuentra ya inscrita una posterior liquidación de sociedad conyugal referida a esta finca, de modo que ya consta en el Registro el exacto porcentaje de derechos que corresponde al aportante, por lo que bastaría para obtener la inscripción una aclaración del título en cuanto a las proporciones y los títulos de adquisición.

Resolución de 18 de diciembre de 2012 (BOE 22, 25-I-13: 725)

En la reducción de capital por pérdidas, la verificación del balance por parte de un auditor exigida por el artículo 323 LSC (y, en general, las medidas protectoras impuestas por la Ley), solo proceden si los intereses de socios y acreedores se encuentran en situación de sufrir perjuicio. Así, cabe excluir la verificación de cuentas cuando concurre el consentimiento unánime de los socios, y también cuando los intereses de los acreedores estén salvaguardados por mantenerse o incluso fortalecerse el capital social a consecuencia del conjunto de operaciones que se pretende registrar («operación acordeón»).

En el caso resuelto, se deniega la inscripción de una reducción de capital para compensar pérdidas por falta de verificación contable del balance. Aun concurriendo el consentimiento unánime de los socios, no hay aumento simultáneo del capital. La Dirección considera irrelevante a estos efectos el hecho de presentarse a la vez una escritura de ampliación de capital otorgada con anterioridad, ya que la reducción actual se opera sobre la base del capital ya ampliado.

Resolución de 8 de enero de 2013 (BOE 39, 14-II-13: 1564)

Resolución de 9 de enero de 2013 (BOE 39, 14-II-13: 1565)

Deniegan la inscripción en el Registro de la Propiedad de una escritura otorgada por quienes dicen ser los únicos socios de una sociedad limitada de mera protocolización de un acta de junta universal, en la que se acuerda reducir el capital social por separación de uno de los socios comparecientes, lo cual se lleva a cabo mediante la entrega de una porción de finca para cuya segregación se incorpora licencia. La reducción de capital no consta inscrita en el Registro Mercantil.

Un acta de junta es por sí misma insuficiente, pues solo cuando es elevada a público por las personas especialmente facultadas con cargo vigente e inscrito es susceptible de expresar la voluntad social y modificar el contenido del Registro. En el título, ninguno de los comparecientes alega o acredita título de representación de la sociedad, de modo que su contenido no es una prestación de consentimiento negocial, sino el característico de un acta, al limitarse los comparecientes a ratificarse en el contenido de un documento que se entrega para su protocolización. No solo es que falte el juicio notarial de suficiencia de facultades representativas, sino que no se acredita título representativo alguno. Por otro lado, aunque en ciertos supuestos cabe inscribir en el Registro de la Propiedad sin haber inscrito previamente en el Mercantil (Resolución de 5 de octubre de 2012), ello no es así cuando del acuerdo social no inscrito se deriven derechos a favor y en contra de terceros, que es lo que ocurre en una reducción de capital con restitución de aportaciones (como la presente) respecto de los acreedores, quienes, por ejemplo, verían conculcado su derecho a solicitar la disolución de la sociedad por pérdidas —artículos 363.1, letra e), y 366 LSC. Además, no cabe entender debidamente documentada la operación de segregación mediante la aportación de la licencia, sino que hay que realizarla efectivamente en escritura pública.

Resolución de 19 de enero de 2013 (BOE 44, 20-II-13: 1892)

La Dirección deniega la inscripción de una escritura de reducción de capital de una sociedad anónima para compensar pérdidas, cuando del balance incorporado resulta la existencia de una partida positiva que deja reducidas las pérdidas de ejercicios anteriores a una cantidad inferior a aquella en la que se acuerda la reducción. En concreto, se trata de una partida positiva de reservas voluntarias por crédito fiscal que, en ejercicios anteriores, se contabilizó como crédito futuro e incierto, pero que, posteriormente, fue objeto de un cambio de estimación contable debido a la existencia sobrevenida de un nuevo hecho (un plan de negocio que posibilita la existencia de nuevos ingresos con los que compensar el crédito fiscal), cuya correcta anotación contable hubiera imposibilitado la reducción del capital social a cero.

Depósito de cuentas

Resolución de 12 de noviembre de 2012 (BOE 300, 14-XII-12: 15123)

Reitera doctrina consolidada. No puede tenerse por efectuado el depósito de las cuentas anuales, si no se presenta el correspondiente informe del auditor de cuentas, cuando en las sociedades no obligadas a verificación contable se hubiese solicitado por parte de los socios minoritarios el nombramiento registral (artículo 366.1-5.º RRM). A estos efectos, es irrelevante que el nombramiento aún no fuese firme en el momento de la presentación, por haber sido recurrida gubernativamente la decisión del Registrador Mercantil de no tener por realizado el depósito.

Resolución de 17 de diciembre de 2012 (BOE 32, 6-II-13: 1239)

Deniega el depósito de cuentas de una sociedad limitada porque la cifra de capital social que consta en el balance no coincide con la inscrita (por la falta de inscripción de una reducción de capital acordada dos años antes). La calificación registral sobre depósito de documentos contables no se limita a la mera comprobación de cuáles son los presentados y los requisitos formales del artículo 366 LSC, sino que también comprende: la comprobación de los administradores firmantes y la vigencia de sus cargos; las causas por las que, en su caso, no llegaron a firmarlos, y el contenido de los mismos (sobre todo, la coincidencia entre el capital inscrito y el reflejado en el balance).

Resolución de 17 de diciembre de 2012 (BOE 32, 6-II-13: 1240)

Deniega el depósito de cuentas de una sociedad anónima porque, no estando las cuentas firmadas por todos los administradores, el certificante debe hacer constar la identidad de aquellos que se abstuvieron y también la causa de su abstención, para que así conste si con la omisión pretendieron salvar su responsabilidad o si simplemente se debió a motivos ajenos a la marcha de la sociedad y la llevanza de la contabilidad.

Resolución de 29 de enero de 2013 (BOE 49, 26-II-13: 2144)

Deniega el depósito de cuentas de una sociedad limitada porque, en el documento que se presenta junto con las cuentas, los auditores manifiestan «*no poder expresar una opinión sobre las cuentas anuales del ejercicio 2010 adjuntas*». Conforme a su normativa reguladora, el informe de auditoría podrá expresar cuatro tipos de opiniones técnicas: favorable, con salvedades, desfavorable y denegada. Ninguna de ellas resulta del documento aportado.

Resolución de 5 de febrero de 2013 (BOE 66, 18-III-13: 2932)

Las sociedades mercantiles con participación pública se rigen, en general, por el ordenamiento jurídico privado, ya sea la participación estatal (Disposición Final Primera de la Ley 33/2003, de patrimonio de las administraciones públicas) o local (artículo 85 ter de la Ley 57/2003, de medidas para la modernización del gobierno local). Por ello, en el caso resuelto, la Dirección entiende que, tratándose de una sociedad anónima participada por la Administración local que no ha alcanzado en las cuentas de 2011 dos de los límites establecidos en los artículos 257 y 258 LSC por dos ejercicios consecutivos, puede acogerse al modelo abreviado, sin necesidad de acompañar informe de auditor.

Resolución de 23 de febrero de 2013 (BOE 67, 19-III-13: 3014)

Deniega el depósito de cuentas de una sociedad limitada porque, en el documento que se presenta junto con las cuentas, el auditor manifiesta no poder expresar una opinión sobre las cuentas anuales del ejercicio 2010.

Resolución de 4 de marzo de 2013 (BOE 72, 25-III-13: 3256)

Admite el depósito de cuentas sociales por entender que la certificación de los administradores acreditativa de que las cuentas depositadas se corresponden con las auditadas (exigida por el artículo 366.1-7.º LSC) no requiere forma sacramental, sino que puede englobarse en la misma certificación del acuerdo de aprobación de las cuentas por parte de la junta, siempre que resulte indubitado el hecho de que los administradores asumen la responsabilidad de la identidad entre el informe de auditoría y las cuentas.

Domicilio social

Resolución de 25 de febrero de 2013 (BOE 67, 19-III-13: 3015)

Deniega la inscripción de una escritura de cambio de domicilio social dentro del mismo término municipal otorgada por el administrador único porque, al dar nueva redacción al correspondiente artículo estatutario, además de hacer constar el nuevo domicilio en lugar del antiguo, se omite el segundo párrafo, relativo a las facultades del administrador para realizar cambios dentro del mismo término y para actos relativos a sucursales o agencias. En relación con este segundo párrafo, rige la regla según la cual la modificación de estatutos es competencia exclusiva de la junta —artículo 160, letra c), LSC.

Junta general, acuerdos sociales y su certificación

Resolución de 27 de octubre de 2012 (BOE 292, 5-XII-12: 14823)

Se presentan al Registro Mercantil dos títulos referidos a la misma junta general de una sociedad limitada:

— Un acta notarial de manifestaciones (que, según el Notario, carece de la consideración de acta de junta), de la que resulta: que asisten los tres únicos socios, si bien dos de ellos representados; que uno de los representados rechaza la representación del otro por no cumplir los requisitos del artículo 163 LSC; que el Presidente y el Secretario de la junta dan por buena la representación y por válidamente constituida la junta; que se aprueba la separación de uno de los dos administradores mancomunados, en concreto, la del socio representado que rechaza la otra representación, quien, además, considera nula la junta (y, por tanto, sus acuerdos) por haber sido convocada por uno solo de los administradores mancomunados.

— Una escritura de elevación a público de los acuerdos adoptados en la misma junta, sobre la base de una certificación expedida por el administrador no separado, de la cual resulta que: se ha acordado pasar al sistema de administrador único, designando por tal al certificante; que la junta fue universal; que el acuerdo se adoptó y el acta se aprobó por unanimidad de todos los socios, salvo el socio que también es administrador separado, a quien se le realizó la notificación del artículo 111 RRM, y contestó que había impugnado los acuerdos por considerarlos nulos y que iba a interponer querella por falsedad en la certificación.

La Dirección deniega la inscripción del cese de administrador, cambio de sistema y nombramiento de uno nuevo, por entender

que el acta de manifestaciones aportada contradice el carácter universal de la junta, por lo que esta debería haber sido convocada por los dos administradores mancomunados. Además, existe discordancia entre los dos títulos, ya que en la escritura de elevación se alude al cese de administrador mancomunado y al nombramiento de administrador único, mientras que en el acta de manifestaciones se recoge solo el cese.

Resolución de 29 de noviembre de 2012 (BOE 304, 19-XII-12: 15317)

Se refiere a una escritura de elevación a público de acuerdos sociales de una sociedad anónima. Aunque no resulta claramente de la documentación presentada, la Dirección realiza una interpretación no formalista y entiende que la voluntad de todos los socios es dar a la junta el carácter de universal, cuyo orden día (que no ha sido trascrito) figura relacionado en el título. Dado el carácter universal, no es preciso que conste en la escritura la mención del informe del administrador justificando la modificación estatutaria.

Pero existen otros defectos que impiden la inscripción. No se han cumplido los restantes requisitos relativos al derecho de información: no se ha expresado el derecho de los accionistas a examinar el texto íntegro de las modificaciones, ni las formas de su ejercicio. Falta la declaración del Presidente sobre la válida constitución de la junta y el resultado de la votación. La inscripción del cese de un administrador queda supeditada a la subsanación de los defectos que invalidan la junta. La hoja de la sociedad está cerrada por falta de depósito de cuentas. La escritura nombra un administrador único, en lugar del anterior Consejo de Administración, y para ello hace falta previa modificación de estatutos en este punto.

Resolución de 20 de noviembre de 2012 (BOE 310, 26-XII-12: 15584)

Deniega la inscripción del acuerdo de disolución de una sociedad limitada domiciliada en Madrid porque la junta general que lo adopta (a la que asistió el 52 % del capital social), se celebra en Valencia, ciudad donde recibe tratamiento sanitario uno de los socios (que, por otro lado, no asiste).

El artículo 175 LSC exige imperativamente que las juntas generales se celebren, salvo disposición contraria de los estatutos, en el término municipal del domicilio social. Esta medida tuitiva hacia los socios solo admite dos excepciones: que la junta sea universal, lo cual habilitaría a celebrarla en cualquier lugar del territorio nacional o extranjero (artículo 178 LSC), o que exista un supuesto de «*fuerza mayor*» (STS de 28 de marzo de 1989), supuesto entendido como un acontecimiento inevitable e imprevisible (desastre natural, suceso bélico, notorio desorden social, incendio, inundación del domicilio, etc., pero no enfermedad de un socio), y requiriéndose, además, que la junta se celebre en un término municipal contiguo y de fácil acceso a los socios (Resolución de 2 de octubre de 2003, la cual, además, exige que la reunión se haya iniciado en el propio domicilio social).

Resolución de 19 de diciembre de 2012 (BOE 22, 25-I-13: 727)

En general, admite la inscripción de la cláusula estatutaria de una sociedad limitada que permite la celebración de la junta general mediante videoconferencia o cualquier otro medio de comunicación a distancia que garantice debidamente la identidad del sujeto, así como la delegación del voto por iguales medios.

La Dirección extiende a las sociedades limitadas la posibilidad de asistencia a la junta, voto y delegación del mismo, por vía telemática, pese a que solo esté legalmente prevista para las anónimas (artículos 182 y 189 LSC). Esta posibilidad no está prohibida para las limitadas, respecto de las cuales la exigencia legal es que, salvo disposición contraria de los estatutos, la junta se celebre en el término municipal del domicilio social (artículo 175 LSC). Pero, fijada una ubicación física para la celebración de la junta que permita la asistencia personal, debe entenderse válida la cláusula estatutaria que posibilite la asistencia telemática o por videoconferencia, siempre que garantice debidamente la identidad del sujeto, expresándose en la convocatoria los plazos, formas y modos de ejercicio de los derechos de los socios que permitan un ordenado desarrollo de la junta, debiendo a tal efecto determinar los administradores que las intervenciones y propuestas de acuerdos de quienes tengan intención de asistir telepáticamente se remitan a la sociedad con anterioridad a la constitución de la junta.

En cuanto a la delegación del voto en las sociedades limitadas, debe ser «*por escrito*» (artículo 183.2 LSC), lo cual no debe interpretarse literalmente, ya que el artículo 3 de la Ley 59/2003, de firma electrónica, atribuye a esta el mismo valor que la firma manuscrita. Por lo tanto, la exigencia de que la representación conste por escrito no excluye otras formas de constancia y prueba, como los medios telemáticos y audiovisuales, siempre que quede constancia en soporte grabado para su ulterior prueba. Precisamente, el obstáculo que impide la inscripción de la concreta cláusula debatida es que no prevé el Registro en soporte alguno.

Resolución de 20 de diciembre de 2012 (BOE 22, 25-I-13: 728)

Con independencia del orden de presentación de los títulos, la Dirección deniega la inscripción de determinados acuerdos incompatibles de una misma sociedad limitada correspondientes a dos juntas, cada una de ellas convocada por solo uno de los dos administradores solidarios (titulares del 50 % del capital social), con oposición y sin asistencia del otro.

El Registrador debe tener en cuenta al calificar no solo los documentos inicialmente presentados, sino también los auténticos y relacionados con estos, aun presentados después, con el objeto de conseguir un mayor acierto en la calificación y evitar inscripciones inútiles e ineficaces. Ante documentos contradictorios (derivados, por ejemplo, de situaciones de conflicto entre socios) que no permiten comprobar la obtención o prevalencia de un acuerdo, procede rechazar la inscripción a fin de evitar la desnaturalización del Registro Mercantil en cuanto institución de publicidad de situaciones jurídicas ciertas, pero no de resolución de conflictos, lo cual sería competencia de los tribunales. El principio de prioridad no tiene el mismo fundamento ni alcance en el Registro de la Propiedad (un registro de bienes donde los títulos que sobre ellos recaigan o bien son incompatibles o bien gozan entre sí de preferencia, según el momento de su presentación) que en el Registro Mercantil (un registro de personas donde, normalmente, se inscriben acuerdos y decisiones del sujeto inscribible). Por ello, aunque el artículo 10 RRM hace una formulación de tal principio (que no aparece a nivel legal), en su aplicación debe interpretarse restrictivamente, teniendo en cuenta la naturaleza y función del Registro Mercantil y el alcance de la calificación, donde los principios de legalidad y de legitimación tienen fuerza de ley (Código de Comercio).

Resolución de 28 de enero de 2013 (BOE 49, 26-II-13: 2140)

Deniega la inscripción de los acuerdos de junta de una sociedad limitada laboral, consistentes en la separación de una de las administradoras mancomunadas y su exclusión como socia, porque la junta solo ha sido convocada por las otras dos administradoras.

La facultad de convocar junta está reservada en exclusiva al órgano de administración (artículo 166 LSC). Los administradores mancomunados han de obrar de forma conjunta (artículo 210.1); esta regla induce a interpretar que la disposición estatutaria sobre ejercicio del poder de representación por dos de los administradores conjuntos —prevista en el artículo 233.2, letra d)— se limita a las relaciones externas de la sociedad con terceros, pero no a las demás facultades, como la de convocar junta. No cabe equiparar el presente supuesto al de fallecimiento o cese de una de las administradoras mancomunadas, precisamente porque el artículo 171.2 contempla solo estos supuestos como únicas excepciones a la regla de la convocatoria por todos los miembros del órgano de administración plural.

Resolución de 9 de febrero de 2013 (BOE 60, 11-III-13: 2648)

Deniega la inscripción de una elevación a público de acuerdos de junta general de una sociedad anónima sobre el nombramiento de miembros del Consejo de Administración por tres defectos: no se acredita la convocatoria de la junta mediante un anuncio publicado en uno de los diarios de mayor circulación de la provincia; el nombramiento se produce por un plazo (cinco años) inferior al previsto en los estatutos (seis años), y el acuerdo ha sido adoptado por una mayoría inferior a la exigida por los estatutos para acordar la determinación del número exacto de miembros del Consejo de Administración (85 % del capital).

Resolución de 16 de febrero de 2013 (BOE 67, 19-III-13: 3003)

Deniega la inscripción de una escritura de modificación de estatutos por tres defectos:

— En la certificación de los acuerdos no constan la fecha y forma de convocatoria de junta, circunstancias necesarias para calificar la validez de los acuerdos adoptados (artículo 112.2 RRM). En las formas públicas de convocatoria (publicación en diarios o en la web social), basta con testimoniar el anuncio (artículo 107 RRM), pero, en las formas privadas, debe formar parte del contenido del acta la fecha y el modo de la convocatoria, salvo que fuese junta universal (artículo 97.1-2 RRM). No basta una manifestación genérica del Notario (Resolución de 6 de abril de 2011), ni la mera remisión al cumplimiento de los estatutos (Resolución de 16 de septiembre de 2011).

— No se alcanza la mayoría precisa para modificar los estatutos. En los estatutos de la sociedad del supuesto, existe una contradicción entre dos artículos: uno se limita a reproducir la regla legal, mientras que otro exige una mayoría reforzada, de modo que el acuerdo calificado cumple con la primera, pero no con la segunda. Dado el doble carácter normativo y contractual de los estatutos, procede aplicar tanto las reglas de interpretación de las normas (la ley especial prevalece sobre la general) como las de los contratos: debe prevalecer la voluntad de los contratantes, y parece que si los socios hubiesen querido conformarse con la mayoría legal, no hubiesen introducido una norma específica.

— La nueva regla estatutaria sobre retribución de los administradores infringe el artículo 217 LSC, ya que se limita a decir que será fijada por la junta en cada ejercicio. Ello supone dejar al arbitrio de cada junta el concreto sistema de retribución, cuya exacta fijación estatutaria, por el contrario, exige la Dirección, pudiendo consistir en participación en beneficios (con los límites fijados legalmente), dietas, sueldo periódico, seguros de vida, planes de pensiones, utilización de bienes sociales, entrega u opción sobre acciones, entre otros.

Resolución de 26 de febrero de 2013 (BOE 69, 21-III-13: 3107)

Deniega la inscripción de una escritura de elevación a público sobre la disolución de una sociedad limitada por varios defectos. La junta adopta el acuerdo en segunda convocatoria, que está legalmente prevista para las sociedades anónimas, pero no para las limitadas, en las que los acuerdos deben ser adoptados por un determinado porcentaje del capital social (artículo 198 LSC). Consistiendo el órgano de administración en dos administradores mancomunados, la junta debe ser convocada por ambos, sin que quepa soslayar la necesaria intervención de uno de ellos ni sea aceptable la representación de un tercero. Siendo diferente la mayoría exigida para acordar la disolución por causa legal (mayoría ordinaria, *ex* artículo 364 LSC) o por acuerdo puramente voluntario (la mayoría reforzada propia de la modificación de estatutos, *ex* artículos 199 y 368 LSC), no queda claro en la certificación en cuál de los dos casos nos hallamos, sin que, por tanto, pueda el Registrador calificar la mayoría ni inscribir la causa (como exige el artículo 240 RRM). La certificación ha sido suscrita por las dos liquidadoras solidarias recién nombradas y por solo uno de los dos administradores solidarios cesados, quien, a su vez, otorga por sí solo la escritura de elevación. El compareciente no tiene ya su cargo vigente. Falta acreditar la notificación al otro administrador mancomunado (artículo 111 RRM).

OBJETO SOCIAL

Resolución de 4 de enero de 2013 (BOE 33, 7-II-13: 1296)

Se refiere a una escritura de constitución de una sociedad limitada cuyo objeto social comprende una serie de actividades (compraventa, reparación, mantenimiento, asistencia, transporte) referidas a «*vehículos de motor (automóviles, camiones, autocares...)*». El Registrador inscribe la cláusula, pero excluyendo los puntos suspensivos por considerarlos una expresión inconcreta o indeterminada.

La Dirección, sin embargo, considera también inscribibles los puntos suspensivos. En general, son un signo ortográfico que indica la omisión de algún elemento, y, ubicados al final de una enumeración, indican el carácter abierto de la misma, equivaliendo a *etcétera*. En la cláusula debatida, son una ejemplificación de la expresión «*todo tipo de vehículos*», y su eliminación invierte su significado, al convertir una enumeración abierta en cerrada. Es indudable que las actividades especificadas en esta cláusula acotan suficientemente el sector de la realidad económica en que la sociedad pretende desarrollar su objeto.

Resoluciones

WEB CORPORATIVA

Resolución de 11 de febrero de 2013 (BOE 60, 11-III-13: 2650)

Declara inscribible la elevación a público del acuerdo de junta que acuerda la creación de la web corporativa de una sociedad anónima. Si existiera una disposición estatutaria que estableciera un sistema de convocatoria sustitutivo del legal, no cabría inscribir el acuerdo sin previa modificación de los estatutos. Pero, en la sociedad del supuesto, los estatutos se limitan a establecer un requisito adicional para la convocatoria de junta extraordinaria: comunicación individual a cada socio, por correo certificado. Por lo tanto, no se sustituye el sistema legal supletorio, consistente en la convocatoria mediante anuncio publicado en la web social (artículo 173.1 LSC) creada por acuerdo de la junta, inscrita en el Registro Mercantil y publicada en el *BORME* (en referencia al artículo 11 bis), dejando a salvo la posibilidad de que los estatutos establecieran otros procedimientos de convocatoria individual e inscrita que aseguren su recepción (lo cual no ocurre en el supuesto).

SUCESIONES

Resolución de 31 de octubre de 2012 (BOE 293, 6-XII-12: 14861)

Se refiere a una escritura de partición de herencia donde, por el hecho de existir conflicto de intereses entre el padre y un hijo incapacitado, este fue representado por un defensor judicial. El artículo 1060.2 CC exige que el defensor obtenga la aprobación del Juez, si este no hubiere dispuesto otra cosa al hacer el nombramiento. En este supuesto, otorgada ya la partición con intervención del defensor, se solicitó (y se obtuvo) del Juez una «*autorización para la eficacia plena*» de la escritura, lo cual interpreta la Dirección como una «aprobación» de la partición ya hecha, sin que sea precisa, por tanto, una nueva aprobación, que, por cierto, el propio Juez considera innecesaria, en el complemento del auto que se le solicita como consecuencia de la inicial calificación negativa.

Resolución de 14 de noviembre de 2012 (BOE 310, 26-XII-12: 15577)

Admite la inscripción de una escritura, autorizada por un Notario español, de adjudicación de la herencia de un ciudadano belga sin descendientes, en la cual, conforme a Derecho belga: revierten a la madre tres cuartas partes de una finca que fueron donadas por ella misma al causante, mientras que la restante cuarta parte, que el causante había adquirido por herencia de su padre (de nacionalidad italiana), se reparte entre la madre y una hermana del padre. La escritura está otorgada solo por la madre, mientras que la Registradora exige también la comparecencia de la tía. Al título se incorporan dos certificados expedidos por el mismo Notario belga: de uno de ellos resulta que el causante deja a su madre como única heredera en la línea materna, y a la citada hermana de su premuerto padre, como única heredera en la línea paterna; el otro es un «certificado de herencia» que expone la situación familiar y de parentesco del causante, y declara ajustada al Derecho belga la adjudicación hereditaria posteriormente efectuada, pero que, según la Dirección, no constituye un medio de prueba del Derecho extranjero, a los efectos del artículo 36 RH, pues no aporta una acreditación de su contenido concreto y vigente.

De los certificados incorporados no resulta la necesidad de intervención de los herederos legítimos en las operaciones practicadas. De la calificación tampoco resulta que la Registradora conozca el Derecho belga. El defecto invocado podría haber sido la falta de acreditación de que, de acuerdo con el Derecho belga, cabe el otorgamiento unilateral por una de las herederas. Pero lo que no procede es denegar la inscripción sin una aseveración de conocimiento de la legislación aplicable, que no puede ser suplida, en sede extrajudicial (y a diferencia de lo previsto en el artículo 281 LEC para el ámbito judicial), por el Derecho material español.

Resolución de 21 de enero de 2013 (BOE 44, 20-II-13: 1893)

El testamento del causante instituye herederos a los hijos, sustituidos vulgarmente por sus descendientes, pero solo para los casos de premoriencia o incapacidad. Habiendo renunciado todos los herederos, en la escritura de herencia calificada se pretende que herede la viuda.

Por el contrario, la Dirección entiende que la renuncia de todos los herederos, sin tener sustituto y sin que proceda el derecho de acrecer, abre la sucesión intestada (artículo 912.3 CC), que se dará a favor del siguiente grado, es decir, los nietos (artículo 923 CC), por derecho propio y no por derecho de representación. Para la determinación de quiénes son los llamados, se requerirá acta de herederos abintestato. Solo en defecto de nietos, o por su renuncia, heredará la viuda.

Resolución de 29 de enero de 2013 (BOE 49, 26-II-13: 2143)

Rechaza la inscripción de una escritura de partición otorgada por uno de los albaceas contadores-partidores solidarios, nombrados con «*las más amplias facultades, incluso la de entregar legados*», por extralimitación del contador, quien prescinde de una legataria, al interpretar incumplida por ella la condición que se le impuso en el testamento (asistir y acompañar hasta el final de sus días al testador). El contador le notificó a la legataria por burofax su intención de prescindir de ella en la partición. La legataria no contestó.

Las competencias del contador se ciñen a contar y partir, realizando los actos jurídicos y materiales precisos para ello: divisiones, segregaciones y pago de excesos de adjudicación, si las fincas no tuvieren fácil división. Para ello no precisa del concurso de herederos, legatarios o legitimarios, aunque sí del viudo, si hubiera que liquidar previamente la sociedad conyugal. No puede realizar actos que excedan de la partición: conmutar la legítima del viudo, realizar hijuelas para el pago de deudas, atribuirse funciones privativas del testador, como revocación de disposiciones o valoración de los supuestos de desheredación, etc. Por lo que respecta a este caso, tampoco puede valorar si una legataria ha cumplido la condición que le impone el testador, pues esta es una cuestión previa a la partición que solo puede resolverse con la conformidad de la interesada (expresada en escritura pública, y no por mero silencio ante una notificación por burofax) o con resolución judicial. No se trata de interpretación de una cláusula testamentaria, sino de interpretar los hechos determinantes del cumplimiento o no de una condición.

Resolución de 18 de febrero de 2013 (BOE 67, 19-III-13: 3004)

Declara inscribible una escritura de aceptación de herencia a beneficio de inventario, pese a que la citación a los acreedores se ha realizado por burofax (y no notarialmente, ni por edictos) y que

la fecha que se señala para la formación del inventario (8 de agosto de 2012) no coincide con la de la escritura (14 de agosto de 2012).

La aceptación de herencia a beneficio de inventario limita la responsabilidad del heredero por las deudas de la herencia hasta donde alcance el valor de la misma (artículo 1023 CC), pero siempre que se cumplan los requisitos del artículo 1011 CC, entre los que destaca ir precedida de un inventario de los bienes de la herencia, con citación de los acreedores (artículo 1017 CC). El beneficio de inventario tiene naturaleza personal y, por tanto, no corresponde al Registrador controlar su legalidad. Solo la autoridad judicial podrá controlar dichos requisitos, cuyo incumplimiento tiene como único efecto la pérdida del beneficio de inventario, de modo que los herederos responderán de las deudas de la herencia. Por otro lado, el artículo 1014 CC exige que la citación de los acreedores para el inventario sea fehaciente, pero no que sea notarial, y tampoco hay precepto alguno que imponga para esta notificación la citación edictal a acreedores desconocidos. Tampoco constituye defecto que el día de la citación para inventario sea anterior al de la escritura, pues el único requisito temporal del artículo 1017 CC (que se cumple en el supuesto) es hacer el inventario en los treinta días siguientes a la citación y otorgar la escritura dentro de otros sesenta días.

Resolución de 27 de febrero de 2013 (BOE 69, 21-III-13: 3109)

Declara inscribible una escritura de herencia acompañada de un acta de notoriedad que declara herederos abintestato a los dos únicos hijos, sin mención alguna a la viuda, que había renunciado a su cuota usufructuaria en una escritura anterior.

Como títulos sucesorios, existe una diferencia sustancial entre el testamento, donde prevalece la voluntad del causante, y la declaración de herederos abintestato, donde lo relevante es la constatación de unos hechos de los que resulta una delación efectuada por la ley. Por ello, no cabe inscribir una partición de herencia basada en una declaración de herederos que infrinja el orden legal de los llamamientos (Resolución de 10 de noviembre de 2011), y, además, deben presentarse al Registro las copias íntegras de las declaraciones de herederos abintestato (Resolución de 2 de octubre de 2012). Ciertamente, la declaración de herederos debe referirse al momento del fallecimiento del causante, pues es entonces cuando se transmiten los derechos a su sucesión (artículos 657 y 661 CC), pero este planteamiento no invalida una renuncia del viudo formalizada antes de la declaración de herederos. La renuncia a la herencia exige: por un lado, el fallecimiento del causante y la delación o llamamiento al heredero (presupuestos objetivos), y por otro, la certeza del renunciante sobre los dos requisitos anteriores (presupuesto subjetivo). Según las SSTS de 15 de abril de 2011 y de 16 de junio de 2011 (que encuentran válida la cesión de derechos hereditarios anterior a la declaración de herederos), este presupuesto subjetivo no significa que la previa declaración de herederos sea el único medio admisible para obtener tal certeza y hacer válida la renuncia. La declaración no es constitutiva, sino declarativa. Tampoco puede mantenerse que la renuncia del supuesto constituya una aceptación tácita (artículo 1000 CC), pues es pura y simple, y no traslativa, ya que no modifica el curso de la herencia.

TRACTO SUCESIVO

Resolución de 13 de noviembre de 2012 (BOE 300, 14-XII-12: 15127)

Deniega la inscripción de un auto judicial de cuyo contenido se infiere que existió duda en cuanto al tipo de expediente de dominio seguido: inicialmente, se alude al de inmatriculación o doble inmatriculación, pero después, se dice que es el de reanudación de tracto interrumpido habiéndose observado los artículos 201 LH y 274.284 RH. La Dirección entiende aplicable también el artículo 285 RH (específico para la reanudación de tracto) y exige, por tanto, la citación al titular registral y a la persona de quien procedan los bienes. Además, faltan las circunstancias de la persona a cuyo favor ha de practicarse la inscripción.

Por el contrario, no constituye defecto alguno que el auto no contenga la descripción registral de la finca. Lo pretendido es solo la reanudación del tracto, pero no la rectificación de la descripción. Constando los datos de inscripción, no puede haber dudas sobre la identidad de la finca.

Resolución de 23 de noviembre de 2012 (BOE 304, 19-XII-12: 15309)

Deniega la práctica de una anotación preventiva de demanda, ordenada en auto de medidas cautelares, para impedir la eventual venta del inmueble domicilio familiar de la demandante y su hija, al ser propiedad de una sociedad mercantil cuyo administrador único es el demandado. La sociedad titular no ha sido parte en el procedimiento, sin que concurra ninguna de las excepciones establecidas expresamente por ley al principio de tracto sucesivo.

Resolución de 26 de noviembre de 2012 (BOE 304, 19-XII-12: 15312)

Consta inscrita una finca a nombre de dos cónyuges. Fallecido el esposo, la esposa vendió toda la finca en documento privado. Ahora se pretende la inscripción de la escritura de elevación a público de dicho documento, otorgada también solo por el comprador y por la esposa-vendedora, quien manifiesta ser dueña del pleno dominio: en cuanto a una mitad, por el título inscrito en el Registro, y en cuanto a la otra mitad, por herencia de su esposo, acompañando certificados de defunción y de últimas voluntades, y fundando también en última instancia el recurso en la prescripción adquisitiva, pues considera justo título la herencia, unida a la posesión pública, pacífica e ininterrumpida durante treinta años.

La Dirección deniega la inscripción de la escritura de elevación por infracción del principio de tracto sucesivo, sin apreciar la concurrencia de ninguna de las excepciones tasadas mencionadas en el artículo 20 LH. En particular, como el contrato privado no está firmado por el esposo, no cabe la elevación a público directamente por sus herederos, sino que estos deben adjudicarse previamente su herencia. Y, en todo caso, haría falta acreditar la cualidad de únicos herederos mediante el título sucesorio (testamento o declaración abintestato), siendo insuficiente la aportación de los certificados de defunción y de últimas voluntades, que solo acreditan, respectivamente, el fallecimiento y cuál es el último testamento o la ausencia de este. Por otro lado, el control de legalidad de la prescripción corresponde a los jueces, pero no al Registrador, habida cuenta de los limitados medios que tiene para su función calificadora.

Resoluciones

Resolución de 7 de diciembre de 2012 (BOE 18, 21-I-13: 556)

Admite la inscripción de un expediente de dominio para reanudación de tracto. El promotor, mediante un documento privado de 1959, adquirió de una de las titulares registrales y de los hijos (presuntos herederos) de la otra titular. En el momento de iniciarse el expediente, resultaba ya imposible obtener la titulación material necesaria para la inscripción, pues habían fallecido los sucesivos posteriores herederos de los que suscribieron el contrato aludido.

Ciertamente, es doctrina reiterada que solo hay interrupción del tracto si la inscripción de una adquisición no se puede basar inmediatamente en el derecho del titular registral, pero que no hay propiamente interrupción (y, por tanto, no cabe el expediente de dominio, sino que hay que otorgar los títulos intermedios) cuando, entre otros casos, el promotor es causahabiente del titular registral o adquirió de los herederos de este. Ahora bien, la Dirección también tiene declarado que, aun en estos casos, procede el expediente no solo cuando se carece de título escrito de dominio, sino también cuando se tiene pero no se puede inscribir por cualquier causa (artículo 272 RH), y aun cuando existe una dificultad extraordinaria para reanudar el tracto mediante titulación ordinaria.

Resolución de 14 de diciembre de 2012 (BOE 22, 25-I-13: 720)

Constando una primera inscripción de posesión a favor de un titular, ahora la Dirección rechaza la inscripción de un expediente de dominio inmatriculador que declara acreditada la propiedad a favor de su heredera. Ciertamente, cabe el expediente de dominio para convertir una inscripción de posesión en inscripción de dominio (artículos 399 LH 1909 y 88 y 499 RH 1915, que la doctrina considera vigentes), pero siempre que sea a favor del mismo titular registral. En el caso resuelto, lo que se pretende es que un expediente inmatriculador sirva, además de para la conversión citada, también para reanudar el tracto. El expediente de reanudación tiene trámites esenciales distintos del inmatriculador, cuya finalidad es evitar la indefensión del titular inscrito. Además, no cabría, en este caso, por no existir verdadera interrupción del tracto, ya que la promotora es heredera del titular inscrito.

Resolución de 19 de diciembre de 2012 (BOE 22, 25-I-13: 726)

En 1979 se otorgó una escritura de compraventa que no se inscribió. Posteriormente, se inscribió otra transmisión más reciente a nombre de un titular diferente. En 2011 se presentó la escritura de 1979, cuya inscripción se deniega por falta de tracto (calificación que constituye el objeto del presente recurso). Vigente el asiento de presentación de la citada compraventa, se presenta e inscribe una segregación otorgada por el titular registral actual.

La Dirección confirma que no cabe inscribir la transmisión de 1979 porque, al tiempo de presentarla, la finca ya figuraba inscrita a nombre de otro titular (artículo 20 LH), y este asiento ya está bajo la salvaguardia de los tribunales, de modo que su modificación solo procede con consentimiento del titular o con resolución judicial (artículo 40 LH). La vigencia del asiento de presentación causado por la escritura de 1979 no impide la inscripción de la segregación realizada por el titular actual, que goza de la presunción de veracidad del Registro (principio de legitimación del artículo 38 LH).

Resolución de 8 de enero de 2013 (BOE 39, 14-II-13: 1564)

Deniega la inscripción de un expediente judicial de reanudación de tracto en cuyo supuesto la titular registral es la sociedad que vendió en documento privado al promotor. Solo hay interrupción del tracto si la inscripción de una adquisición no se puede basar inmediatamente en el derecho del titular registral. En el caso resuelto, no procede el expediente porque no hay propiamente interrupción, ya que el promotor es causahabiente del titular. Lo procedente es elevar a público el documento privado, sin que cambie esta solución el hecho de que la sociedad esté hoy disuelta, para el cual el artículo 400 LSC prevé una solución específica: la elevación a público podrán hacerla los liquidadores o, en su defecto, el Juez.

Resolución de 14 de enero de 2013 (BOE 39, 14-II-13: 1572)

Deniega la inscripción de una instancia privada suscrita por la heredera única por no hallarse inscrita a nombre de la causante, debiendo inscribirse varias transmisiones, divisiones y segregaciones previas.

Sin embargo, la Dirección no exige la agrupación de dos fincas registrales como requisito para hacer constar que se corresponden con una sola referencia catastral. Admite que en la instancia privada se modifique la superficie y los linderos de varias fincas, pese a no tratarse de ninguno de los títulos exigidos por el artículo 3 LH, y entiende que la admisión de la instancia privada de heredero único, aunque sea excepcional, debe bastar para inscribir todas las circunstancias que comprenda el título inscribible. También admite la inscripción de una disminución de cabida causada por una expropiación, sin necesidad de la previa inscripción del procedimiento expropiatorio, por la misma razón que hace innecesaria la inscripción de una segregación para disminuir la superficie de la finca matriz que posteriormente se transmite.

Resolución de 16 de enero de 2013 (BOE 42, 18-II-13: 1742)

Deniega la anotación de un mandamiento de embargo, dictado en procedimiento de ejecución de títulos judiciales, sobre los derechos de propiedad que ostenta el demandado en una vivienda del Instituto de la Vivienda en Madrid, el cual también ha sido demandado. Al no constar inscritos en el Registro los derechos de propiedad del demandado, no pueden ser todavía trabados (artículo 20 LH). Lo que sí procedería es la anotación de suspensión por defecto subsanable (artículos 105 y 205 RH).

Resolución de 5 de febrero de 2013 (BOE 54, 4-III-13: 2369)

Admite la inscripción de una escritura de elevación a público de acuerdos sociales, por la cual la Real Federación Española de Tiro Olímpico solicita que se inscriba a su nombre, como sucesora de la titular, una finca todavía inscrita a nombre de la Sociedad de Tiro Nacional. La Dirección desestima la pretensión registral, basada en otro asiento referido a otra finca, de que la titularidad debiera recaer en el Movimiento Nacional, que ni figura como titular, ni nunca solicitó serlo respecto de la finca objeto de recurso.

UNIÓN DE HECHO

Resolución de 7 de febrero de 2013 (BOE 54, 4-III-13: 2371)

Deniega la inscripción de una escritura en la que la titular de una finca adquirida en estado de soltera, tras manifestar que en su ac-

tual estado de soltera tiene constituida con el otro compareciente una unión de hecho inscrita en el Registro de Parejas de la Junta de Andalucía, donde consta también inscrita una escritura en que ambos pactaron la aplicación a la unión de las reglas del régimen de gananciales, aporta dicha finca a la sociedad de gananciales.

Aunque los convivientes pueden regular las consecuencias de su estado como tengan por conveniente, dentro de los límites del artículo 1255 CC (leyes, moral y orden público), no cabe aplicar el régimen económico matrimonial a lo que no es un matrimonio. La unión no matrimonial, por el hecho de iniciarse, no implica el nacimiento de un régimen de comunidad de bienes.

URBANISMO

Resolución de 2 de enero de 2013 (BOE 33, 7-II-13: 1291)

En aplicación de lo previsto para el caso de caducidad de licencia en el artículo 173.3 de la Ley de Ordenación Urbanística de Andalucía, el Ayuntamiento de Granada declaró un derecho de superficie en situación de venta forzosa para su ejecución por sustitución. Ahora dicho Ayuntamiento pretende hacer constar esta situación en el Registro de la Propiedad. La Dirección exige para ello la previa inscripción del derecho en el Registro Municipal de Solares y Edificaciones Ruinosas (artículo 150 LOUA), así como la constancia de esta inscripción mediante la nota prevista en el artículo 87 RD 1093/1997.

USUFRUCTO

Resolución de 29 de octubre de 2012 (BOE 292, 5-XII-12: 14825)

Consta inscrita una finca como ganancial. En sentencia de divorcio (que aún no ha accedido al Registro), el esposo transmitió a la esposa el derecho de usufructo. Ahora se pretende la inscripción de la escritura de herencia del esposo (que incorpora la citada sentencia), por la que se adjudica la finca por mitades indivisas, y en pleno dominio, a la viuda y a la hija.

La Dirección lo deniega. Del contenido de la escritura y la sentencia que incorpora, se deduce que no se trata de un usufructo ganancial, sino atribuido privativamente a la viuda sin consideración en cuanto a su duración, por lo cual debe entenderse que lo es para toda la vida de la usufructuaria, dado el carácter naturalmente vitalicio del derecho de usufructo —artículos 561.3-3 y 561.16-1, letra a) CCCat. Así, debe expresarse el título de transmisión de la mitad del usufructo a favor de la hija, pues es doctrina reiterada la necesidad de expresión de la causa, ya sea renuncia o transmisión, las cuales no pueden presumirse y deben ser expresas.

Resolución de 28 de noviembre de 2012 (BOE 304, 19-XII-12: 15315)

Distingue diversas situaciones del usufructo ganancial:

— Usufructo adquirido por un cónyuge sobre su propia vida. Si fallece el constituyente, se extingue el usufructo, cuyo valor es nulo a afectos de liquidación de la sociedad conyugal. Si fallece el otro cónyuge, el usufructo subsiste hasta que fallezca el constituyente, quien, no obstante, para disponer del usufructo (derecho ganancial), precisará el consentimiento de los herederos, salvo que le haya sido adjudicado a él en la liquidación de la sociedad conyugal.

— Usufructo adquirido conjuntamente por ambos cónyuges, sin prevención adicional: fallecido un cónyuge, subsiste el usufructo hasta la muerte del otro (artículo 1521 CC), pero ingresa en la liquidación de la sociedad conyugal.

— Usufructo adquirido conjuntamente por ambos cónyuges, pero añadiendo que es «sucesivo» (previsión que debe entenderse en el sentido más adecuado para que surta efecto y no sea inútil o redundante): fallecido un cónyuge, pasa al supérstite, pero queda excluido de la liquidación de gananciales. El cónyuge titular puede disponer de su derecho sin obstáculo.

La Dirección considera que el usufructo del supuesto pertenece a este último tipo. Por ello, considera inscribible la adjudicación derivada de un procedimiento judicial de ejecución hipotecaria en el cual solo fueron demandados el cónyuge supérstite y el nudo propietario, pero no los herederos del cónyuge premuerto (quienes innecesariamente habían concurrido, no obstante, a la constitución de hipoteca).

VINCULACIÓN *OB REM*

Resolución de 15 de enero de 2013 (BOE 39, 14-II-13: 1575)

Consta inscrita una finca, destinada a uso social y deportivo, sin posibilidad de división (según lo dispuesto en el artículo 401 CC), como elemento común perteneciente, en la proporción indivisa de un 1 %, a otras fincas que se enumeran y en cuyas respectivas inscripciones también se hace constar que les pertenece el 1 % de la finca común.

Ahora la Dirección deniega la inscripción de una escritura por la que se vende una de las fincas privativas sin incluir la referida participación indivisa en la finca común. Rige en nuestro ordenamiento el sistema de *numerus apertus* de derechos reales, por lo que nada se opone a que una finca se constituya como objeto sobre el que los titulares de otras fincas tengan una cotitularidad *ob rem*, es decir, un derecho de comunidad inherente a la titularidad privativa, cuya disposición debe incluir necesariamente la participación indivisa de la finca común.

VUELO

Resolución de 20 de febrero de 2013 (BOE 67, 19-III-13: 3008)

Consta inscrito un derecho de vuelo constituido en escritura de 1999 por un plazo de diez años desde su otorgamiento, «*transcurrido el cual la parte de solar sobre la que se reserva el derecho será elemento común del edificio*». En 2012 se otorga escritura de cesión por precio del vuelo a favor de tercero. La Dirección deniega su inscripción por haber transcurrido el plazo para su ejercicio, sin estimar la alegación de que el plazo se estableció por exigencia de una norma (artículo 16 RH) que posteriormente fue anulada por la STS de 31 de enero de 2001, ya que no consta que el plazo se condicionara a la vigencia de la disposición reglamentaria anulada.

Reseña de las principales resoluciones de la Dirección General de Derecho y Entidades Jurídicas de la Generalitat

Publicadas durante el primer trimestre del 2013

Víctor Esquirol Jiménez

Notario de El Masnou

PROPIEDAD HORIZONTAL

Delimitación entre propiedad horizontal y segregación

Resolución de 10 de octubre de 2012 (DOGC de 1 de enero de 2013)

Resumen: La propietaria única de una casa de varias plantas no constituida en régimen de propiedad horizontal segrega una parte de la planta baja destinada a garaje, haciendo constar que las paredes son medianeras y que queda sujeta en su techo a una medianería de carga con el resto de la finca matriz. Se acompaña licencia municipal de constitución de propiedad horizontal de esta casa en dos entidades. La Registradora no ve posible segregar parte de un local de un edificio no dividido horizontalmente. Los principales argumentos del Notario autorizante y recurrente son el principio de autonomía de la voluntad y el de *numerus apertus* de los derechos reales, que, en su opinión, permite la configuración descrita cuando en las fincas no hay más elementos comunes que el suelo y las paredes. Por su parte, la Registradora considera que en la situación física descrita la configuración como propiedad horizontal tiene carácter imperativo, ya que son comunes todos los elementos estructurales del edificio.

La DGDEJ confirma la nota de calificación. En su opinión, el principio de libertad civil ha de ser compatible con las exigencias estructurales del sistema, los límites que impone la trascendencia *erga omnes* del estatuto jurídico de los bienes y la situación fáctica a que se quiere aplicar. Así resulta de la doctrina de la DGRN, que asume, al permitir que se pueda abrir finca independiente a espacios volumétricos cuando puedan ser objeto de relaciones jurídicas independientes, pero rechaza esta misma posibilidad respecto de los elementos de aprovechamiento independiente que forman parte de un edificio en el que están integrados y donde existe una interdependencia física y unas relaciones complejas que solo se pueden regular constituyendo un régimen de propiedad horizontal. La diferencia estructural entre la medianería y la propiedad horizontal estriba en que en aquella hay dos edificaciones que comparten una pared de carga o el suelo que las sustenta, mientras que en la propiedad horizontal existe un solo inmueble en el que coexisten elementos de propiedad privativa y elementos comunes. El carácter imperativo de la regulación de la propiedad horizontal resulta de la exigencia de que el título constitutivo se tiene que ajustar a las previsiones del CCCat (art. 551.2-2). En definitiva, para la DGDEJ, lo determinante es si se trata de una edificación (situación en que estaríamos ante una propiedad horizontal) o de varias (en que hablaríamos de servidumbre de medianería). En el caso que nos ocupa, la DG considera que existe una unidad, por no tratarse de una edificación nueva que se construya dentro de otra preexistente, y porque no resulta del título que la parte de la planta baja que se segrega tenga una independencia física y funcional respecto del resto del inmueble, sino que ambas fincas comparten estructura, fachada, cubierta, instalaciones, desagües, cimentación, etc.

Comentario: La DGDEJ sigue en este punto el criterio que la DGRN ya había sustentado, concretamente en las RRDGRN de 26 de junio de 1987 y de 3 de abril de 1989, que obligaban a aplicar la normativa sobre propiedad horizontal cuando el inmueble que se pretendía segregar no tenía la autonomía fisicoeconómica necesaria para ser configurado como una finca nueva, independiente y susceptible de un derecho dominical totalmente desligado del recayente sobre el resto de la finca matriz; además, la interdependencia

en relación con elementos tales como cimentaciones, estructura, conducciones, desagües, etc., conlleva una complejidad jurídica que exige la aplicación de las normas de la propiedad horizontal.

FACULTADES DISPOSITIVAS

Es inscribible la limitación que se autoimpone el propietario de sus facultades dispositivas

Resolución de 28 de noviembre de 2012 (DOGC de 14 de enero de 2013)

Resumen: La propietaria de una finca otorga una escritura en la que, atendidas las circunstancias personales por las que pasa, limita por cierto tiempo sus facultades de disposición y gravamen sobre dicha finca, exigiendo para ello el consentimiento de una determinada persona.

La Registradora de la Propiedad alega para no inscribir la falta de previsión legal de la autolimitación de la facultad de disponer y que la finalidad perseguida por la otorgante de la escritura se pueda conseguir mediante su incapacitación o bien acudiendo a la figura de la asistencia regulada en el libro II CCCat.

El Notario recurrente entiende que no se trata de una cuestión relativa a la capacidad de obrar de la persona, sino a su poder de disposición, y que del examen de la regulación de las limitaciones a la facultad de disponer y del principio de libertad civil resulta que el titular de un derecho de propiedad puede autoimponerse una limitación de sus facultades dispositivas.

La Registradora añade en su informe que la competencia para resolver el recurso corresponde a la DGRN, puesto que el Derecho catalán no regula la autolimitación de la facultad de disposición; que dicha autolimitación es una obligación personal que no puede acceder al Registro, y que podría afectar a terceros que tengan o que puedan tener derechos sobre el patrimonio de la titular registral.

La DGDEJ resuelve a favor de su competencia para entender del recurso y a favor del recurrente, sobre la base de los siguientes argumentos:

— La competencia de la DGDEJ se deriva de la aplicación del Derecho catalán, dada la situación del inmueble y la vecindad civil de la otorgante, sobre la base de los arts. 14 EA y 111.3 CCCat.

— La cuestión planteada no afecta a la capacidad de obrar de la otorgante, sino a sus facultades dispositivas, pues la escritura no pretende afectar al estado civil y a su aptitud para ejercitar los derechos y obligaciones de los que es titular, sino solo a su legitimación para ejercitar el derecho de propiedad que ostenta sobre un inmueble determinado.

— No existe una disposición legal concreta que admita o no la autolimitación de las facultades dispositivas, lo que no debe conducirnos a la no admisibilidad, sino a admitirla sobre la base de la aplicación de los principios generales del Derecho catalán (art. 111.1), entre los que se encuentra el principio de libertad civil (art. 111.6) y el principio de la posibilidad de constituir derechos reales limitados en una cosa propia, tales como la servidumbre de propietario (art. 566.3) y el usufructo de propietario —arts. 561.3-2, letra c), y 561.16-1, letra c). Y si el propietario puede constituir un derecho real limitativo del dominio sobre cosa propia, con mayor razón podrá limitar sus facultades dominicales, como confirma el art. 545.4-1 al disponer que «*los titulares del derecho de propiedad pueden establecer de manera voluntaria las limitaciones que crean convenientes del ejercicio de las facultades que comporta, sin otros límites que los que establecen las leyes*», sin exigir que se constituyan a favor de persona distinta del propietario.

— Para la DG, no estamos ante una obligación personal (si así fuera, los conceptos *deudor* y *acreedor* se extinguirían por confusión) ni ante un derecho real, sino ante una simple prohibición o limitación a la facultad de disponer, cuya admisibilidad recogen los arts. 428-6 y 531.18, si se cumplen determinados requisitos, que son:

a) Su carácter temporal, que se cumple, en este supuesto.

b) Su carácter gratuito, que no es exigible aquí, ya que el propietario y el beneficiario de la limitación son la misma persona.

c) Que obedezca a una razón lícita ya no lo exige el art. 428.6; aun así, en este caso, se puede considerar como tal la autoprotección del propietario frente a un acto propio irreflexivo.

d) Que no perjudique a terceros, lo que no parece que pueda producirse en este caso, en que la limitación no podría oponerse a un embargo instado por un acreedor.

Comentario: Tengo serias dudas de que la declaración de voluntad emitida por la propietaria y que pretende inscribir en el Registro de la Propiedad, tenga alguna eficacia jurídica. El principio de libertad civil permite la realización de un amplio elenco de actos jurídicos, pero de la misma manera que una persona puede renunciar a determinadas facultades, también tiene la libertad de dejar sin efecto dicha renuncia, especialmente en un caso como el presente en el que nadie adquiere derecho alguno ni puede resultar perjudicado. ¿Qué sucedería si al cabo de un tiempo la propietaria cambiase de opinión y deseara cancelar la limitación autoimpuesta? ¿Deberíamos los notarios negarle la posibilidad de otorgar un acta de manifestaciones en dicho sentido? ¿Deberíamos abstenernos de autorizar la venta en la que expresa o tácitamente dejase sin efecto la limitación? En mi opinión, no; por ello la limitación no tiene eficacia jurídica, requisito indispensable para que exista un negocio jurídico y el acto sea inscribible. Se podría citar como semejante el supuesto del poder irrevocable, que sólo puede admitirse como tal cuando exista una relación jurídica subyacente entre poderdante y apoderado que justifique la irrevocabilidad. En el caso de la servidumbre de propietario, es decir, cuando el propietario del predio sirviente y el del dominante son la misma persona, existe un derecho real, cuya eficacia queda en suspenso hasta que ambos predios tengan distintos propietarios (el propietario único no podría demandarse a sí mismo por incumplimiento), pero el derecho queda constituido. En el caso que nos ocupa no existe, en mi opinión, nada más que una declaración de intenciones sin eficacia jurídica alguna ya que el propietario no puede quedar vinculado por su propia declaración de voluntad.

Resoluciones

HERENCIA

De confianza. Interpretación del testamento en caso de caducidad de la confianza no prevista por la testadora

Resolución de 1 de marzo de 2013 (DOGC de 27 de marzo de 2013)

Resumen: La testadora nombró un heredero de confianza con las facultades propias de esta institución, previendo, para el caso de que la ley no reconociese la validez del nombramiento, que fuera heredero universal y libre, y «*sustituyéndole vulgarmente*» en el cargo por otra persona con sus mismas facultades. El heredero de confianza aceptó el nombramiento mediante una escritura en la que se adjudicaba una finca y manifestaba que, mientras no revelase o cumpliese la confianza, tendría la consideración de heredero con facultad de administrar y disponer por actos *inter vivos*. Un año más tarde, falleció, y en la escritura de aceptación de su herencia, sus herederos se adjudicaron la referida finca.

Presentada esta última escritura en el Registro, la Registradora deniega la inscripción solicitada y propone la apertura de la sucesión intestada de la primera causante, ya que el heredero de confianza había fallecido sin revelar la confianza, por lo que había caducado dicha institución.

El recurrente y el Notario autorizante alegan que de la cláusula que convierte el heredero de confianza en libre se desprende la voluntad de la testadora de excluir la sucesión intestada, y que el supuesto de que la ley no permita la institución debe extenderse a cualquier caso de ineficacia de la herencia de confianza.

La DGDEJ admite parcialmente el recurso y resuelve que la solución no consiste ni en la apertura de la sucesión intestada ni en la conversión del heredero de confianza en heredero libre, sino en la aplicación de la cláusula de sustitución prevista por la testadora. La conversión la descarta sobre la base de la prohibición legal de que el heredero de confianza pueda apropiarse de los bienes de la herencia (art. 424.14) y en la previsión legal de que la muerte del heredero de confianza sin haber revelado la confianza produce su caducidad (art. 424.15-1), siempre, naturalmente, que el testador no disponga otra cosa, de lo cual no ve indicios en el testamento. La DG no ve suficiente la previsión testamentaria de conversión, que considera dispuesta para el único supuesto que cita: un cambio legislativo que prohíba, con posterioridad al otorgamiento del testamento, la institución de la herencia de confianza. En cambio, sí entiende que la sustitución vulgar prevista por la testadora es aplicable al supuesto de caducidad de la confianza, por ser análoga a la previsión legal de las sustituciones vulgares para herederos sujetos a condición suspensiva y por ser coherente con el principio de preferencia de la sucesión testada sobre la intestada.

Comentario: No me acaba de convencer la solución de la DG, prefiero la del Notario. Está claro que la testadora no había previsto el supuesto de caducidad de la herencia de confianza, pero sí había previsto su ineficacia, de modo que si el llamado no pudiese cumplir el encargo, pasara a tener la condición de heredero libre. Como interpreta también el Notario autorizante, me parece mucho más acorde con la voluntad de la testadora antes que la aplicación de una institución como la sustitución vulgar, que es una sustitución en la herencia y no en el cargo. Dado el escaso tiempo transcurrido entre los fallecimientos de la testadora y del heredero de confianza (un año), entiendo más lógica una interpretación extensiva de la cláusula de ineficacia del encargo que una sustitución vulgar no prevista para la ineficacia del cargo (pues no hablaría de sustitución vulgar, sino de subrogación en el cargo). Precisamente la inclusión de una cláusula de sustitución vulgar da a entender que el heredero de confianza habría realmente heredado o podía hacer suyos los bienes de la herencia según las instrucciones de la testadora, pues tal parece ser realmente la voluntad de esta, una voluntad que debe entenderse prevalente a la prohibición del heredero de hacer propios los bienes de la herencia.

Conferencia del Fiscal General del Estado en el Colegio en la Jornada sobre «Derecho Penal y actividad económica»

El pasado 14 de marzo, el Colegio celebró las conferencias sobre «Derecho Penal y actividad económica», que reunieron a los máximos representantes en este ámbito del Tribunal Supremo y de la Magistratura y contaron con la intervención de Eduardo Torres-Dulce, Fiscal General del Estado.

En la inauguración de la Jornada, el Decano del Colegio, Joan Carles Ollé, puso de manifiesto que el Notario es un profesional clave en el ámbito de la prevención del blanqueo de capitales, destacando «el grado de intensidad y la extrema eficacia» de su colaboración con la Administración. Después de recordar que su papel se reforzó ostensiblemente con la modificación de la Ley 36/2006, de 29 de noviembre, de prevención del fraude fiscal, que supuso, entre otros, la creación de la Oficina de Prevención del Blanqueo (OCP), aseguró que «los notarios son, posiblemente, la parte mejor y más tecnificada de la función pública», generando el llamado Índice Único Informatizado, que es, «a día de hoy, la segunda base de datos más importante de España», y afirmó que «produce una cierta desazón que el Notario no sea aprovechado "más y mejor"».

La Jornada de Derecho Penal contó con la participación de Eduardo Torres-Dulce, Fiscal General del Estado (izquierda), y la clausura de Germà Gordó, Consejero de Justicia (derecha).

El Fiscal General del Estado, que cerró las intervenciones, expuso cómo ha ido evolucionando el concepto de *imprudencia por falsedad en documento público*, distinguiendo claramente entre la etapa anterior a 1995 y la posterior, en que el Código Penal «ha vivido veinticinco modificaciones». Así, aseguró que «tenemos una política legislativa de intervención máxima», y calificó de «notorio error» esta excesiva legislación, ya que muchas cosas «tendrían que tener asentamiento fuera del Código Penal, si esta sociedad fuese responsable con administraciones públicas igualmente responsables a la hora de delimitar la culpa». Hizo un repaso a la legislación y a la jurisprudencia al respecto, destacando que «la doctrina tiende a un incremento culposo de la falsedad en documento público». Asimismo, destacó que «la fe pública notarial es el más preciado contraste de seguridad», así como que «la intervención del Notario es sinónimo de veracidad».

Por su parte, el Presidente de la Sala Segunda Penal del Tribunal Supremo, Juan Saavedra, centró su exposición en el «Blanqueo de dinero desde la perspectiva notarial», haciendo un repaso a las leyes que han regulado esta materia tanto en Europa, que establece una «legislación básica para que los Estados posteriormente la regulen», como en España, «donde, como es normal, se ha sido mucho más exigente que lo que fija la Directiva europea de 2005». Asimismo, destacó la creación del SEPBLAC y la Orden Ministerial de 20 de septiembre de 2005, que regula la creación del Órgano Centralizado de Prevención (OCP) por parte del Consejo General del Notariado, del que destacó que «funciona muy bien, está gestionado adecuadamente a nivel tecnológico y técnico y corre a costa de los propios notarios». Carlos Granados, Magistrado de la Sala Segunda y Exfiscal General del Estado, destacó en su ponencia, dedicada a «La responsabilidad penal de las personas jurídicas», que se trata de una institución novedosa, aún no desarrollada en los tribunales de Justicia. A pesar de afirmar que «la empresa, por su complejidad estructural, dificulta el determinar los títulos de imputación», aseguró que, después de la Ley 5/2010, de 22 de junio, «hoy en España ya es posible que una empresa-sociedad se siente en el banquillo de los acusados». Mientras tanto, Pablo Llarena, Presidente de la Audiencia Provincial de Barcelona y Presidente de la Asociación Profesional de la Magistratura, se centró en «Aspectos procesales de la responsabilidad penal de las personas jurídicas». En este sentido, destacó que «el legislador español olvida la regulación sobre la forma de llevarla a cabo y no establece ni una norma sobre aspectos procesales», a pesar de que el Tribunal Constitucional ya ha reconocido a las personas jurídicas determinados derechos —como el del honor, la igualdad o la libertad de expresión—, o bajo el punto de vista procesal. El ponente también repasó cómo afecta a las personas jurídicas aspectos como la inviolabilidad del edificio, los poderes, las comunicaciones postales y telefónicas o el problema del «procedimiento en ausencia».

La Jornada fue clausurada por el Consejero de Justicia, Germà Gordó, quien quiso destacar la Sentencia del Tribunal de la Unión Europea, hecha pública aquel mismo día, sobre la Ley Hipotecaria española. Así, afirmó que «la sociedad catalana y la española se tienen que atrever, cada vez más, a establecer límites morales en la legislación económica». Además, añadió que, «en la medida en que estos límites morales calen, cada vez será menos necesario que se tenga que aplicar el ordenamiento jurídico penal en la actividad económica».

Presentación del libro *Los decanos del Colegio Notarial de Cataluña (1862-2012)*

El acto, presidido por Joan Carles Ollé, actual Decano del Colegio, y Juan José López Burniol, Presidente de la Fundación Noguera, llenó la sala de actos del Colegio

El pasado 13 de febrero tuvo lugar la presentación del libro *Los decanos del Colegio Notarial de Cataluña (1862-2012). Ciento cincuenta años de historia de la corporación notarial catalana*, que llenó la sala de actos de la sede colegial.

El libro, escrito por Laureà Pagarolas y Lluïsa Cases, dos de los mejores conocedores de la historia institucional y documental del Notariado catalán, y editado conjuntamente por el Colegio y la Fundación Noguera, recoge la vida y la acción de los treinta y un decanos que el Colegio ha tenido en el último siglo y medio. A través del recuerdo de figuras como Fèlix Maria Falguera Puiguriguer, Ricard Permanyer Ayats, Ramon Faus Esteve, Raimon Noguera de Guzmán, Lluís Figa Faura, Josep M. Puig Salellas o Lluís Roca-Sastre Muncunill, el libro supone una aportación significativa a la historia del Notariado de Cataluña a través de siete generaciones de decanos y pone de manifiesto su peso en la historia del país.

La jornada de arbitraje contó con la participación de los notarios Ildefonso Sánchez Prat y Francisco Armas Omedes, ambos miembros del Tribunal Arbitral de Barcelona (TAB); Jesús María de Alfonso, Presidente del TAB y Ramón Mullerat Balmaña, Presidente de la Asociación para el Fomento del Arbitraje

La presentación fue a cargo de Borja de Riquer, catedrático de Historia Contemporánea, quien afirmó que esta obra «supone una reflexión sobre los notarios dentro de la sociedad catalana contemporánea». Por su parte, Laureà Pagarolas, coautor del libro y director técnico del Archivo Histórico de Protocolos de Barcelona, remarcó que el libro ha pretendido «rescatar a los decanos del olvido y facilitar a los notarios de hoy una relación adecuada con sus predecesores», y destacó también que «los decanos siempre han sido personas relevantes en el mundo jurídico y con un peso notable que ha contribuido a la inserción del Notariado en la sociedad». Juan José López Burniol, Presidente de la Fundación Noguera, quiso destacar el «protagonismo aún más acentuado del Notariado en Cataluña respecto al resto de España», por el hecho de que, «al no tener Cataluña una estructura de Estado propio, el único dispensador de forma pública que los catalanes tenían a su alcance era el Notario».

El acto concluyó con la intervención de Joan Carles Ollé, actual Decano del Colegio y figura con la que se cierra la publicación, quien afirmó que este libro «es un acto de justicia a la institución y, en definitiva, a la profesión», a la que definió como «una pieza básica e imprescindible para la seguridad jurídica de las relaciones sociales, familiares y económicas, más allá de la implicación continua y permanente a lo largo del tiempo en modernización». Para concluir, aseguró que «hemos sido una figura clave en la historia jurídica, económica y social del país y lo queremos continuar siendo».

Jornadas sobre Derecho de Sociedades de Capital y sobre arbitraje

Del 25 al 28 de febrero, el Colegio organizó unas Jornadas sobre cuestiones actuales del Derecho de Sociedades de Capital, en que se repasaron numerosos aspectos relacionados con el estudio, la preparación y la tramitación de operaciones vinculadas con las sociedades de capital, así como las últimas novedades introducidas en este ámbito. El curso contó con la asistencia de abogados, economistas, titulados mercantiles, administradores concursales y administradores y gerentes societarios.

Las Jornadas tuvieron como ponentes a diversos abogados expertos en esta área, así como a magistrados-jueces de juzgados mercantiles de Barcelona y catedráticos de Derecho Mercantil de distintas universidades. A ellos se sumaron las exposiciones de José Luis Gómez Díez, Notario de Palma de Mallorca, quien hizo un repaso al funcionamiento regular de las sociedades de capital y operaciones societarias de modificación estructural, y Jesús Fuentes Martínez, Notario de Barcelona, quien expuso el régimen de convocatoria de la Junta General de las sociedades de capital. Otros de los temas expuestos fueron los pactos extraestatutarios, el régimen de transmisión de las acciones, los órganos de administración de las sociedades de capital, los conflictos societarios, la valoración de acciones y participaciones sociales o las novedades producidas en torno a las modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles. También se dedicó una especial atención a la situación de crisis de las sociedades de

capital, la insolvencia y el concurso de acreedores, el régimen local de la disolución y liquidación de estas sociedades y la responsabilidad de los administradores en el contexto actual.

Unas semanas después, concretamente el 10 de abril, tuvo lugar, en la sede colegial, una Jornada sobre arbitraje, bajo la coordinación de Ildefonso Sánchez Prat, Notario de Barcelona y Vicepresidente del Tribunal Arbitral de Barcelona (TAB), que contó con las intervenciones de Francisco Armas Omedes, Notario de Barcelona y miembro de la Junta Directiva del TAB, quien expuso el arbitraje desde el punto de vista notarial. También intervinieron Jesús M. de Alfonso, Presidente del TAB, quien repasó el encargo arbitral, los poderes del árbitro, el código de conducta, su responsabilidad y la jurisdicción; Màrius Miró, Abogado y miembro del TAB, quien expuso el proceso arbitral, desde las verificaciones previas, sus principios, alegaciones, audiencias, reglas de prueba, incidentes y el laudo, y, finalmente, Ramon Mullerat Balmaña, Presidente de la Asociación para el Fomento del Arbitraje (AFA), quien expuso la independencia y la imparcialidad del árbitro, cómo se mide y quién lo valora, así como la casuística nacional e internacional.