

Director:

Àngel Serrano de Nicolás

Sotsdirector:

Guzmán Clavel Jordà

Consell de redacció:

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

Consell editorial:

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

Coordinació:

Sandra Purroy Corbella

Diseny i producció: LA LEY

ISSN: 2172-3028

D.L.: M-15125-2012

Tots els drets reservats

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

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

Notariado 4 - 08001 Barcelona

Edició online disponible www.colnotcat.es

lanotaria@catalunya.notariado.org

HIPOTEQUES, INTERESSOS... I, AL FINAL, EUROPA

Moltes són les coses que en els darrers cinc anys s'estan posant de manifest, sigui en l'àmbit polític, l'econòmic, el legislatiu, el judicial i fins i tot en el preventiu, i que juntament amb demostrar que les coses es podrien haver fet, en uns terrenys més que en d'altres, de forma manifestament millorable, també porten a confiar que, encara que les coses mai no es tornen a repetir exactament igual, les reformes que s'adopten no siguin un mer rentat de cara perquè tot segueixi igual, sinó que els principis constitucionals, i malgrat que la mateixa Constitució espanyola ja és una norma jurídica, s'expandeixin i donin substància vivificadora a tot l'Ordenament jurídic, i de forma singular al Dret patrimonial, tan pendent de renovació i al qual també haurà d'arribar, en llur aplicació diària, segurament sense la necessitat de modificació legislativa, l'aplicació de principis com ara la dignitat de la persona, la seguretat jurídica, la tutela judicial efectiva, la protecció dels consumidors, etc.

No és totalment infreqüent que ja succeeixi així, i de moment, perquè per ells ha de començar, en jutjats de 1a instància o mercantils, encara que tampoc no es pot ocultar que no han mancat ulteriors resolucions, en l'ordre jurisdiccional o en el constitucional, en què aquestes sentències han estat revocades o no s'hi ha admès la qüestió de constitucionalitat amb febles arguments que, finalment, el Tribunal de Justícia de la Unió Europea ha resolt de manera que ha portat al fet d'haver de modificar imperiosament la nostra legislació positiva, així, en procediments no tan antics, atès que la Llei d'Enjudiciament Civil és de l'any 2000 i va deixar sense contingut l'art. 131 LH, i va canviar, a més, regles essencials, de forma que va modificar l'art. 129 LH amb un «legalitzat» procediment d'execució extrajudicial o de «venda extrajudicial», ja que ni en el nom no es posa sempre d'acord el legislador, fins i tot en una mateixa norma o en articles gairebé seguits.

Els consumidors estan protegits constitucionalment, i també ho està la seguretat jurídica, certament, però no sembla adequat, en honor d'un pretès interès públic econòmic, ni es pot admetre, com a límit a la nul·litat de certes clàusules i llur consegüent efecte retroactiu, que es protegeixi l'infractor, és a dir, l'entitat creditora que ha utilitzat clàusules abusives, sigui aplicant —davant la nul·litat de la clàusula que contenia l'interès estipulat— l'interès legal dels diners, ja que s'esdevindria que en qualsevol situació aquest seria almenys el que es meritaria, o que es negui l'eficàcia retroactiva a la nul·litat d'una «clàusula terra», atès que, en el pitjor dels casos, allò que s'ha cobrat ja no cal retornar-ho, quan, a més, són majoria les entitats que no utilitzen les esmentades «clàusules terra», sense que això les hagi portat a cap situació d'insolvència.

D'altra banda, sembla prou discutible que les anomenades «clàusules terra» incideixin en un element essencial del contracte, ja que l'essencial serà el tipus d'interès, i aquest, tot i que les esmentades clàusules es declarin nul·les, seguirà existint. Seguirà havent-hi un «interès de referència» (Euríbor, IRPH, etc.) amb el qual es podrà determinar l'interès aplicable, ja que la «clàusula terra» i fins i tot la «clàusula sostre» no són sinó accessòries i inadequades per determinar l'interès i llurs oscil·lacions, perquè, sent evident que l'entitat creditora, amb la prudència exigible a tot bon banquer, s'ha de garantir uns marges de benefici, aquests es poden assolir fixant un adequat diferencial, o percentatge en què s'incrementa el «tipus de referència», de la suma del qual resulta l'interès concret aplicable. Potser seria bo de preguntar-se si això no donaria una verdadera «transparència» i una autèntica facilitat d'acarament amb altres ofertes de la competència. La solució legislativa sembla que serà, i donarà un just equilibri, que en matèria de consumidors hi ha previst un mateix percentatge d'oscil·lació a l'alça o a la baixa, tot i que reitero que el que crec que dona verdadera claredat és el diferencial, sens perjudici que, a més, hi hagi o no bonificacions i un límit per a llur aplicació.

Finalment, dues qüestions. La primera: en el Dret real, accessori de garantia, que dona nom a la venerable Llei Hipotecària, s'ha d'assolir el just equilibri entre la fase de seguretat i la de realització de valor, i difícilment es pot assolir més en la fase de seguretat de la hipoteca, malgrat que, com a accessòria, no es pot dir el mateix en el préstec que garanteix —amb llurs clàusules abusives, encara que, a la pràctica, de les de venciment anticipat tan sols n'hi ha una, que és l'impagament, i, d'ordinari, després de l'impagament de diverses—, i, tanmateix, en el que és llur finalitat darrera, o de realització de valor, encara és molt el que queda per fer. Ho és per haver fallat estrepitosament en aquests moments de crisi hipotecària, per bé que potser no ragui només en el fet de garantir que l'entitat creditora s'adjudica allò hipotecat, sinó en com cal extingir el deute respectant els legítims interessos d'ambdues parts, amb la major celeritat —ja que els interessos de demora es van produint, tot i que es moderin— i, a més, quan es tracti d'habitatge habitual, ha de quedar garantit el dret a l'habitatge del deutor, que també ho està constitucionalment. I sí és un límit constitucional a la realització del deute. Aquí un seriós replantejament de l'avui dia denominada «venda extrajudicial» sembla imprescindible; una nova regulació del procediment podria ser una via per a la mediació prèvia i per a la novació final, sense necessitat de figures «bàrbares», com ara una pretesa propietat limitada.

La segona i darrera qüestió és la informació per al préstec o el crèdit, i fins i tot altres figures d'inversió, estalvi —o això es pretenia—, etc., perquè, tal com ha dit amb certesa, en llur «Pròleg», A. M. MORALES MORENO —*El error en los contratos*, Madrid, Ceura, 1988—, cal replantejar l'error, superant la idea de mer vici de la voluntat, per així, extraient-lo —tal com fa— de la mateixa jurisprudència del Tribunal Suprem, concebre'l «com un problema de repartiment de risc: el risc d'una defectuosa informació». En altres latituds, es regula expressament la recognoscibilitat en l'error.

Ángel Serrano de Nicolás
Director
Doctor en Dret
Notari de Barcelona



Editorial

- HIPOTEQUES, INTERESSOS... I, AL FINAL, EUROPA

Ángel Serrano de Nicolás

4



Tribuna

- La publicitat formal, l'Arxiu de Revocació de Poders i la reforma integral dels registres públics

Alfonso Cavallé CRUZ

6

- Del suport als emprenedors

José-Félix Belloch Julbe

8

- Fer mudança en temps convulsos?

Jesús Fuentes Martínez.....

11

- DAVANT LA SENTÈNCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTÍCIA EUROPEU

Juan Gómez Martínez.....

14

- ?????????????????

Joan Carles Ollé Favaro

17



Entrevistes

- «Hem de reconèixer i reforçar la tasca dels notaris pel que fa a seguretat jurídica»

Germà Gordó.....

19

- «El 2014 és el moment del canvi econòmic»

Joaquim Gay De Montellà.....

23

- Algunes consideracions fonamentals en la regulació de les parelles de fet

Robert Follia Camps

27



Doctrina

- EL PODER PREVENTIU: TUTELA PRIVADA, UN REpte PER AL NOTARIAT

Josep M. Valls Xufré

36

- La publicitat enganyosa a la xarxa: valoracions des de l'ordenament jurídic europeu i espanyol

David López Jiménez

53

- A PROPÒSIT DE LA SENTÈNCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTÍCIA DE LA UNIÓ EUROPEA DE 14 DE MARÇ DE 2013

José-Javier Cuevas Castaño

68



Pràctica

- Decret 141/2012, de 30 d'octubre, pel qual es regulen les condicions mínimes d'habitabilitat dels habitatges i la cèdula d'habitabilitat

Antonio ANGEL Longo MARTÍNEZ

72



Internacional

- Les parelles a Europa

Elisabeth García Cueto

80



Sentències

- Ressenya de les principals sentències del Tribunal Suprem

Redacció de LA LLEI

83

- Ressenya de les principals sentències del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya^(*)

Víctor Esquirol Jiménez.....

92



Resolucions

- Resolucions de la Direcció General dels Registres i del Notariat contra qualificacions de la propietat i mercantils

Fernando Agustín Bonaga

96

- Ressenya de les principals sentències del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya^(*)

Víctor Esquirol Jiménez.....

122



Vida Corporativa

- Notícies corporatives i del món del Dret.....

126

La publicitat formal, l'Arxiu de Revocació de Poders i la reforma integral dels registres públics



Alfonso Cavallé CRUZ
Degà del Col·legi Notarial de les Illes Canàries

Mai el Dret Registral va ocupar tant espai als mitjans de comunicació com des del dia en què va sortir a escena l'esborrany d'avantprojecte de Llei que, amb l'excusa d'atribuir als registradors de la propietat i mercantils el Registre Civil, es va aventurar en una «reforma integral dels registres públics».

El text, de caires iconoclastes, rebutja models i trastorna lleis veteranes i amb tanta autoritat com el Codi Civil, el Codi de Comerç, la Llei de Societats Anònimes o Limitades, la Llei del Notariat, la Llei Hipotecària i la Llei del Registre Civil, que, al seu dia, van néixer amb total consens polític. **Els seus mentors són un petit però influent grup de registradors que, obertament, en aquesta plaça pública com és Internet, han proclamat als quatre vents la seva autoria ideològica.** La proposta representa la seva carta personal als

Reis Mags. **Però, tal com es va demostrar a Saragossa, un altre grup més nombrós de registradors no ho creuen així** i rere el seu articulats hi albiren el «conte de la llet», que acaba amb la gerra trencada i la llet escampada pel terra.

L'esborrany d'avantprojecte té l'honor dubtós d'haver aconseguit la unanimitat de la ciutadania i de tots els operadors jurídics en el seu rebuig, fins i tot el dels seus hipotètics beneficiaris, tal com es va evidenciar a l'Hotel Hiberus de la capital aragonesa. **També cal reconèixer-li el mèrit de ser el paradigma, el bo i millor, del que no ha de ser una reforma,** ja que aquesta norma «solucionaria» problemes inexistents, crearia problemes nous on abans no n'hi havia i, el que crida més l'atenció, els problemes reals no només no els afronta, sinó que els perpetuaria: entre aquests, l'ob-

solescència de la publicitat formal i el solapament de bases amb el Cadastre. Només m'aturaré en el primer.

La publicitat és el fonament, la causa i la raó de ser de la creació, al seu dia, de les comptadores d'hipoteques i, després, **del Registre de la Propietat.** La publicitat formal ha d'anar en consonància amb els mitjans disponibles i ha de respondre a les necessitats socials de cada època. Les noves tecnologies permeten que la informació —i, per tant, la publicitat del Registre— arribi de manera immediata al ciutadà, que guanya en oportunitat, eficàcia i comoditat. L'accés en línia i en temps real a la informació és una realitat quotidiana en els registres més avançats del món. A Espanya, primer la Llei 24/2001 i més tard la 24/2005 així ho van ordenar, però, **malgrat la diligència i els propòsits del legislador, l'aplicació de les noves tecnologies**



a la publicitat formal és avui només una «realitat de paper», el del BOE. Si fem una estadística de quants registres han acatat aquesta ordre, el resultat és desolador: cap ni un! Es pot qualificar d'Estat de Dret un país on el cos de funcionaris incompleix durant gairebé tres llustres un doble mandat exprés del legislador sense que passi res i sense que se li imposi?

No es pot argumentar que no existeixen mitjans econòmics o impossibilitat tècnica, ja que, des de fa anys, això és possible, com qualsevol persona pot comprovar a l'Oficina Virtual del Cadastre o com jo personalment he pogut comprovar en alguns registres d'Amèrica, en països amb menys mitjans econòmics. **L'incompliment és pura desobediència i ha tingut conseqüències per als ciutadans** que han patit els «incidents» —amb els seus corresponents perjudicis econòmics— derivats del fet de no comptar amb la informació adequada en el moment oportú. Qualsevol que hagi acudit els darrers dies a una Notaria d'Espanya ha pogut comprovar que **l'accés en línia no és possible i que el Registre encara remet la informació sobre la titularitat i l'estat de càrregues de les finques a través de l'obsolet telefax**, un mecanisme molt avançat al seu dia, però que avui és digne de figurar en una exposició de tecnologia *vintage*.

Qui són aquests funcionaris que estan per sobre del poder legislatiu, les lleis del qual desobeeixen obertament? Son els mateixos que de manera autocomplaent s'autoqualifiquen en el seu esborrany de «*vereders instruments del control de legalitat*». Són els mateixos que invoquen «*la radical necessitat de respecte a la independència dels registradors*» (cf. esborrany de la LRIRP) i **s'obliden que són funcionaris públics i que, com a tals, han de servir amb objectivitat als interessos generals** i actuar d'acord amb el principi de jerarquia, amb plena submissió a la llei i al Dret (103.1 CE).

Amb l'esborrany d'avantprojecte, la història es repeteix, ja que **existeixen antecedents d'aquest afany de crear nous registres de dubtosa utilitat**. En la dècada dels noranta del segle passat, aquests, en contra de l'opinió de la doctrina i dels altres operadors jurídics, van apadrinar i van impulsar el Registre de Condicions Generals de la Contractació i de Clàusules Abusives, que es va convertir en un altre

monument a la inutilitat, tal com els esdeveniments van acabar demostrant. També són els mateixos que en un altre moment es van oposar a l'existència de l'Arxiu de Revocació de Poders, l'ascendència, la caiguda i el renaixement del qual poden deixar entreveure els anhels que hi ha al darrere de l'esborrany.

L'Arxiu de Revocació de Poders, la finalitat del qual és la que en resulta del seu nom, **va ser gestionat durant la seva curta existència pel Consell General del Notariat, va funcionar amb caràcter gratuït, de manera automàtica, sense carregar el ciutadà amb nous tràmits, i es va caracteritzar per la seva eficàcia i la seva agilitat**. La seva existència va ser ben rebuda tant per la ciutadania com pels operadors econòmics, i no es va conèixer cap incident que en desaconsellés la seva existència. **Els que avui promouen la inscripció de les revocacions, casualment, són els mateixos que van recórrer contra l'existència d'aquest arxiu**. Els seus botxins, ara, com sant Pau camí de Damasc, veuen la llum i s'adonen que era molt útil i encertat, com diu el seu esborrany, per «*eliminar un dels factors de més incertesa en la contractació: l'acreditació de la subsistència del poder de representació*». Rectificar és de savis, és a dir que,



un cop advertit l'error, el més lògic seria donar cobertura normativa formal a allò que empíricament va funcionar bé. Però la solució proposada és una altra. Així, pretenen que, com l'au fènix, l'Arxiu de Revocació de Poders reneixi de les seves cendres, ara convertit en au elefant i amb un doble matís: **el volen de pagament i per a ells. A més a més, ja no es limitaria**, com seria de preveure, **a les revocacions**, que és el que interessa, **sinó que s'estendria a l'atorgament, la modificació, la suspensió, la revocació i la cancel·lació dels poders** de les persones físiques, incloent-hi els apoderaments preventius. A més a més, s'imposa la inscripció obligatòria dels poders que s'hagin de fer valer davant dels jutges i tribunals i davant les administracions i els funcionaris públics en l'exercici de les seves competències, és a dir, **tots a la pràctica**. En un poder normal, **la despesa es multiplicarà exponencialment**, ja que, al cost de la inscripció i de la cancel·lació, caldrà afegir-hi el que es derivi del cúmul de consultes que caldrà fer cada cop que es vulgui fer servir.

Aquest nou model, respecte a l'anterior, no té cap avantatge i sí que té múltiples inconvenients: el seu cost per al ciutadà; la pèrdua d'agilitat i immediatesa; l'augment de la burocràcia, amb el consegüent alentiment del tràfic, en transformar l'Arxiu en un registre *ad hoc*, amb els seus assentaments, els seus terminis, la seva qualificació i tota la litúrgia del procediment registral, i també afectarà la intimitat de les persones, en ampliar-ne l'extensió i el contingut.

En els darrers anys, s'han autoritzat a Espanya diversos milions de poders i revocacions, sense que s'hagi produït cap incident digne de menció que justifiqui un canvi tan radical, ja que el sistema actual és segur: **hi ha raons suficients que justifiquin aquesta pèrdua de privacitat? És justificable carregar el ciutadà amb despeses innecessàries? És raonable alentir el tràfic jurídic? No hi ha cap raó objectiva ni seriosa**. A Europa tampoc no han vist cap raó, ja que tampoc no s'inscriuen els poders. I si als registradors ara els preocupen les revocacions, per què no reactivar l'Arxiu de Revocació de Poders, que demà mateix podria funcionar sense cap cost i que, durant la seva curta vida, va demostrar ser eficaç, discret, senzill, immediat i, una dada a tenir en compte en plena crisi, gratuït?

Del suport als emprenedors



José-Félix Belloch Julbe

Notari de Barcelona i Exdegà del Col·legi Notarial de Catalunya

Fa tan sols uns dies, el Govern publicava les últimes dades de l'anomenada Enquesta de Població Activa: més de sis milions dues centes mil persones estan, en aquest moment, buscant feina sense trobar-ne; el nombre d'aturats és, per descomptat, superior, ja que desenes de milers de ciutadans han renunciat, ateses les circumstàncies, a registrar-se com a aturats. D'altra banda, **la suma d'aturats i pensionistes s'acosta perillosament al nombre total de cotitzadors del sistema públic de la Seguretat Social.**

Estem, almenys ara com ara, davant d'un **fracàs sense pal·liatius de la política econòmica adoptada pel Govern**, sense que ni el seu President ni cap dels ministres responsables es mostrin capaços d'articular cap relat coherent que, com a mínim, brindi alguna esperança raonable de millora, ni a curt ni a mitjà termini.

La política econòmica seguida pel Govern ha estat quasi exclusivament la de mirar de controlar el dèficit públic.

Com és sabut, aquest «control» exigeix o bé disminuir les despeses o bé incrementar els ingressos, o totes dues coses alhora. El Govern es va obligar a fer-ho racionalitzant i reduint la despesa de les nostres elefantíques administracions públiques, potenciant el creixement del producte interior brut mitjançant una fiscalitat estimuladora, flexibilitzant el mercat laboral i donant suport, d'una manera decidida, als «emprenedors». El que el Govern ha fet —violant totes les promeses electorals— ha estat: apujar dràsticament tots els impostos —tant els directes com els indirectes—, i crear, a més, un ampli repertori de taxes, després d'incrementar la quantia de totes les existents; dur a terme un ampli i no massa selectiu pla de reducció de les prestacions socials

de qualsevol índole, i castigar severament les retribucions dels funcionaris públics.

Els «pagadors» de tot aquest procés d'ajustaments han estat i estem sent els de sempre: les classes mitjanes, els assalariats i els professionals d'èxit. Deixant de banda una reforma del mercat laboral, d'eficàcia discutible i discutida, el Govern no ha fet pràcticament res en la línia de les seves suposades conviccions teòriques: «menys Estat i més societat civil», «són els empresaris els que realment creen ocupació», cal reduir la mida i el cost de les administracions públiques; cal donar suport als emprenedors, etc.

Doncs bé, **circula en aquest moment entre els mentiders madrilenys un «Avantprojecte de Llei de Suport als Emprenedors i a la seva Internacionalització»** amb el qual, segons sembla, el Govern pretén donar una resposta và-



lida a les seves reiterades promeses sobre aquest assumpte.

La política econòmica seguida pel Govern ha estat quasi exclusivament la de mirar de controlar el dèficit públic

No es tracta, ara, d'entrar en una anàlisi tecnicojurídica del text proposat pel Govern, sinó de valorar-lo políticament, és a dir, de reflexionar sobre si servirà o no eficaçment per al propòsit polític que suposadament l'inspira. Sense perjudici de les rectificacions que, si escau, em vegi obligat a fer, si el text canvia al llarg de la seva gestació i, després, de la seva tramitació parlamentària, **havent-ne fet dues lectures atentes i detingudes, he arribat a una conclusió provisional:** el que substancialment ofereix l'Avantprojecte als emprenedors és, tot recordant una coneguda secció de la desapareguda revista humorística *La Codorniz*, **res amb sífó.**

Vegem-ne sumàriament les novetats.

1. **Creació de la figura de l'«emprenedor de responsabilitat limitada».** Es tracta que la responsabilitat de l'emprenedor que tingui el seu origen en deutes empresarials o professionals **no arribi a aquells béns seus**

que ell mateix hagi declarat com a «no vinculats» a aquestes activitats. Això s'aconsegueix a través d'una acta notarial o instància subscrita amb signatura electrònica reconeguda, que s'ha d'inscriure al Registre Mercantil i, a més, en els altres registres —el de la Propietat, el de Béns Mobles, etc.— en què es trobin inscrites les titularitats dels béns «no vinculats».

Estem davant del descobriment del mar Mediterrani: **aquesta mateixa finalitat s'aconsegueix avui d'una manera més segura, més ràpida i més barata** mitjançant la creació de la societat unipersonal de responsabilitat limitada de l'art. 5 del Reial Decret-Llei 13/2010, de 3 de desembre. En vint-i-quatre hores i amb una despesa de 100 euros, queda constituïda una societat d'aquestes característiques, en la qual no cal parlar per res de béns «no vinculats»: només queden afectes a les responsabilitats derivades de la seva activitat empresarial els actius incorporats pel soci al capital social. Només hi ha una inscripció i en un únic registre: el Mercantil.

Fora d'això, **el tema de la «responsabilitat limitada» o del «bé no vinculat» no deixarà de ser, en la majoria dels casos, una construcció purament teòrica que el simple contacte amb la realitat convertirà en fum.** En el mateix moment en què

l'emprenedor —ja sigui una persona física amb responsabilitat limitada o un societat mercantil— sol·liciti d'un banc o d'un proveïdor l'obertura d'un compte de crèdit, la resposta serà negativa, llevat que es prestin les garanties personals o reals que el creditor consideri necessàries.

En resum: des d'un punt de vista teòric, la figura és totalment innecessària, i des d'un punt de vista pràctic, completament inútil.

2. **La societat limitada de fundació successiva: es tracta que una societat, el capital legal mínim de la qual és de 3.000 euros, pugui constituir-se sense necessitat de desemborsar-lo —ja s'anirà fent— ni d'acreditar la realitat de les aportacions no dineràries** —ja respondran els fundadors, personalment i solidàriament, d'aquesta realitat, tant davant la societat com davant dels creditors socials.

Pot un projecte empresarial tenir un mínim de credibilitat i solvència sense que en la seva constitució es faci una aportació econòmica, encara que sigui de mínima envergadura, és a dir, de menys de 3.000 euros?

Aquest genial descobriment de la societat limitada de fundació successiva **només pot servir perquè reneixin els revenedors de societats consti-**



tuïdes amb un capital social de 15 euros, o, com és el més probable, per res.

3. **Constitució ràpida de societats.** A l'autor de l'Avantprojecte i a tots ens preocupa que l'emprenedor pugui començar les seves activitats al més ràpid possible, i que es redueixin al mínim els tràmits legals indispensables per a fer-ho. No obstant això, a l'Avantprojecte li resulta impossible sostreure's al tòpic segons el qual els problemes d'«arrencada» dels emprenedors espanyols tenen el seu origen en els terminis en què els notaris i registradors fan la seva feina, **quan és públic i notori que la causa real de l'alentiment rau en els múltiples permisos i autoritzacions administratives que eternitzen l'inici de qualsevol activitat empresarial.**

Doncs bé, en el marc legal vigent, **l'art. 5 del Reial Decret-Llei 13/2010, de 3 de desembre, va introduir un sistema notarial de constitució telemàtica de societats mercantils.** A la seva empara, el Notari, després d'autoritzar l'escriptura de constitució de la societat, la presenta telemàticament al Registre, liquida telemàticament l'import d'operacions societàries, rep telemàticament les dades d'inscripció, les adjunta a la còpia i l'envia a qualsevol oficina pública, com és la Tresoreria General de la Seguretat Social o l'Agència Tributària, per al CIF definitiu. **Tot això es fa en un sol dia i al cost de 100 euros:** 60 per al Notari i 40 per al Registrador.

Malgrat això, l'Avantprojecte sembla incomprensiblement segur que la desaparició del Notari en el procés de constitució de les societats suposarà un notable estímul per a l'«emprenedor».

L'Avantprojecte sembla incomprensiblement segur que la desaparició del Notari en el procés de constitució de les societats suposarà un notable estímul per a l'«emprenedor»

No se sap ben bé per què. La preocupació del legislador per la constitució

ràpida de les societats va originar, **l'any 2003, l'anomenada «societat limitada nova empresa».** Aquest sistema, basat en la plataforma CIRCE i el document electrònic (DUE), ha constituït **un complet fracàs.** Segons dades del Ministeri d'Indústria, entre l'any 2003 i el 2013, s'han constituït per aquesta via únicament 5.913 societats. **En canvi, a través del sistema notarial de constitució telemàtica del Reial Decret-Llei 13/2010, de 3 de desembre, se n'han constituït, en dos anys i mig, 56.221.** I, tanmateix, l'Avantprojecte suprimeix d'un cop de ploma el sistema notarial de constitució telemàtica de societats i el substitueix per un altre —el sistema CIRCE— ja assajat i fracassat. **Amb el sistema introduït, l'emprenedor, si ho vol, podrà atorgar escriptura de constitució de la seva societat, però el Notari no podrà continuar tramitant-la pel sistema notarial,** sinó que haurà de remetre la còpia a un punt d'atenció a l'emprenedor (PAE) per tal que sigui aquest el que s'ocupi de liquidar impostos, inscriure al Registre, notificar les administracions públiques, etc. **Resulta verdaderament incomprensible que es converteixi els PAE —abans, punts d'assessorament i d'inici de tramitació, PAIT— en l'eix del sistema** per informar l'emprenedor sobre els tràmits a realitzar, sobre els suports i les ajudes financeres per a l'activitat econòmica que es tracti, la tramitació registral i el remitent únic de declaracions, altes, etc. **El Notariat disposa d'una xarxa de tres mil oficines instal·lades i ha demostrat amb escreix l'eficiència del seu sistema de constitució telemàtica.** Per què cal prescindir-ne? Per servir a l'emprenedor? Doncs que l'emprenedor triï entre el sistema notarial i el que dissenya l'Avantprojecte. **Per què hi ha tanta por a la llibertat d'elecció dels ciutadans?**

Quan l'Avantprojecte es converteixi, si així succeeix, en Projecte de Llei, haurà arribat el moment de fer la rigorosa anàlisi tecnicojurídica que es mereix; mentrestant, em quedo amb **tres conclusions clares:**

1. **L'empresari individual de responsabilitat limitada, la societat limitada de fundació successiva i l'exclusió** —si es vol, i per a determinats tipus— **de la necessitat d'escriptura pública de constitució** constitueixen, certament, novetats, però **resulten decididament inútils per**

estimular l'activitat de les persones que es vulguin convertir en emprenedors.

2. **Els PAE no constitueixen cap novetat: són els actuals PAIT.** La confiança en aquests per part dels aspirants a emprenedors, com ja hem vist, ha estat molt limitada. El fet que s'ampliïn les seves competències i se'ls atribueixin determinats monopolis en la tramitació telemàtica de societats ni millora la seva imatge ni els farà més fiables ni eficients.
3. **El que sí que resulta realment innovador és l'exclusió dels Notaris no només en la tramitació telemàtica de la constitució de societats limitades, sinó també en la de la seva dissolució, liquidació i extinció.** Però el pitjor d'aquestes novetats antinotariales és la introducció de la possibilitat de constituir un determinat tipus de societats limitades a través del DUE i del sistema CIRCE, sense necessitat d'escriptura pública. **Es tracta d'un gravíssim atemptat al nostre sistema de seguretat jurídica preventiva.** És difícil entendre per què constituirà un atractiu o un suport per a l'emprenedor la supressió de la funció notarial: assessorament, garantia del consentiment informat, control de legalitat del negoci... No està més preparat per a això el Notari que els punts d'assessorament a càrrec de no se sap massa bé qui?

Com deia al principi d'aquesta nota, **l'Avantprojecte ofereix a l'aspirant a emprenedor poc més que res amb sífo.** En canvi, **obre, gratuïtament i innecessàriament, una via en la línia de flotació del nostre prestigiós sistema públic de seguretat jurídica preventiva.** No és el primer cop que se suggereix que el DUE, el CIRCE i el PAE substitueixin —amb avantatge per al ciutadà— la intervenció del Notari, en la seva doble qualitat de funcionari i de professional del Dret.

A banda d'això, **l'Avantprojecte inclou una deliciosa nota naïf: el foment del suport a la iniciativa emprenedora en els ensenyaments d'educació primària, secundària i universitària.** Emociona pensar que a un nen de deu anys se'l faci somniar una «vocació emprenedora», en comptes d'altres tan carrinclones com les de bomber, policia o astronauta.

Fer mudança en temps convulsos?



(A propòsit de la projectada reforma de certs RegistrEs Públics)

Jesús Fuentes Martínez
Notari de Barcelona

Per raons que són conegudes per tothom, els principis que tradicionalment han guiat l'actuació de la Companyia de Jesús tornen a estar d'actualitat, i un d'aquests apareix encarnat en aquella cèlebre frase atribuïda tradicionalment a sant Ignasi de Loiola.

Continuant amb l'explicació de la frase el títol de la qual encapçala aquesta col·laboració, aquesta adquireix autèntic sentit si se la relaciona amb l'explicació entre parèntesis, ja que, per les notícies que constantment van degotant, **es té coneixement d'un avantprojecte de llei** —accessible per a qualsevol interessat des del moment en què organitzacions com algunes centrals sindicals n'han facilitat la descàrrega a Internet— **que pretén una reordenació o una ordenació ex novo, més que una reforma,**

d'un cert nombre de registres —no tots— que fins ara han funcionat amb absoluta independència entre si, ja que el seu origen i la seva naturalesa són diferents i també és diferent la funció que han d'exercir, **raó per la qual no s'acaba de trobar una explicació**, des de l'òptima del millor servei de la societat, **a la necessitat de la reordenació pretesa.**

Són moltes les qüestions que s'estan suscitant a mesura que s'han anat coneixent els successius esborranys de l'avantprojecte, la majoria no exemptes de polèmica i que han merescut l'atenció, als mitjans de comunicació escrita, de rellevants juristes, i ni més ni menys que de les dues últimes titulars de la DGRN, Pilar Blanco-Morales i María Ángeles Alcalá, que curiosament han realitzat una anàlisi sota punts de vista molt propers —per no

dir coincidents— en els aspectes fonamentals de la pretesa reforma. Són moltes les qüestions que poden suscitar-se en un avantprojecte de pretensions tan ambiciosos, i cada una d'aquestes podria ser mereixedora no ja d'una modesta col·laboració com aquesta, sinó d'un autèntic treball doctrinal en profunditat, raó per la qual **em centraré únicament en tres aspectes de la reforma.**

1. LA REORDENACIÓ DEL REGISTRE CIVIL

Mirant de precisar breument la raó de ser i la naturalesa específica del Registre Civil, i per més voltes que li donem a la qüestió, som davant d'un organisme de publicitat lligat a aquestes circumstàncies d'especial caràcter i rellevància en què es



pot trobar la persona, és a dir, el seu estat civil, segons una definició ja clàssica pel fet de ser prou coneguda.

En segon lloc, el Registre Civil es basa essencialment en fets que, després de la seva comprovació —fàctica, que no se'ns oblidí—, són objecte d'una publicitat oficial que els eleva a la categoria de veritat oficial, mentre no siguin destruïts mitjançant la corresponent resolució ferma. Doncs bé, l'any 2011 es va aprovar una Llei de Reforma de la Llei del Registre Civil de 1957 —que va rendir serveis molt importants a la seguretat jurídica— per consens de tots els grups parlamentaris, i la seva entrada en vigor es va ajornar, basant-se en una esmena acceptada per tots els grups de la Cambra, a l'any 2014. I en aquella Llei de 2011 ja hi apareixen clarament enunciats uns principis que han motivat unes abundants inversions públiques que, més que un canvi radical —verdadera privatització per a algunes reputades veus—, el que demanen a crits és que es posin en vigor, s'aprofundeixin i es duiguin a terme fins a les seves últimes conseqüències.

En un recent article publicat en un destacat mitjà nacional, la persona que exercia la titularitat del Centre Directiu el 2011, María Ángeles Alcalá, ha posat en relleu que **els registres civils estan informatitzats des de l'any 2000 i que les inscripcions posteriors al 1957 també han estat digitalitzades**, precisament fent honor al funcionament electrònic d'aquest, que és un dels principis clarament inspiradors de la seva reforma, cosa que, com és de suposar, haurà motivat **una gens menyspreable inversió de recursos públics** —algunes fonts la quantifiquen en xifres que superen clarament els 100 milions d'euros. **Així mateix, la reforma de 2011 va racionalitzar l'estructura del Registre Civil i va desjudicialitzar les seves competències**, les quals van ser atribuïdes a funcionaris públics i secretaris judicials, després de superar el corresponent concurs públic.

Doncs bé, la conclusió que s'obté del que s'ha exposat és que la via a seguir és la posada en marxa de la reforma efectuada al Registre Civil l'any 2011, aprofundint els seus principis inspiradors i no estenen les seves competències més enllà del que conformen la seva específica raó de ser i la naturalesa dels fets que està cridat a donar publicitat. És més, fins i tot es po-

dria pensar que aquesta opció legislativa de configurar un registre únic digitalitzat, servit per una pluralitat —d'encarregats o titulars—, podria ser extrapolable a altres registres avui en funcionament, respecte dels quals es podria conferir al ciutadà la possibilitat d'elegir el funcionari que realitzi determinada operació registral, ja sigui per la seva major celeritat, pel seu major rigor en el desenvolupament d'aquesta tasca o bé per altres raons que, de cap manera, poden anar en contra de la seva estricta legalitat en l'actuació i la seva imparcialitat —els sona, això?—, sense haver de subjectar-se a una competència territorial predeterminedada, ja que el funcionari obtindria els antecedents necessaris per acomplir la seva funció, a la vista del títol presentat, d'una base única accessible per a tots ells. Crec que se m'entén perfectament...

2. EL RISC D'HIPERTRÒFIA DEL REGISTRE CIVIL

Doncs sí, sens cap mena de dubte, la pretesa expansió del que podria ser objecte d'inscripció en el Registre Civil —almenys, tal com la coneixem per les dades que s'han anat filtrant— duria a la seva hipertròfia i, el que encara és més greu, a la seva profunda desnaturalització —per no emprar altres qualificatius que aquests dies apareixen als mitjans escrits—, tal com han proclamat veus des d'àmbits molt diversos a l'hora d'analitzar la pretesa expansió de l'objecte del Registre Civil.

En efecte, no cal afegir-hi gaires més coses a **la pretesa inscribilitat dels apoderaments o del domicili de les persones físiques**, ja que crec que ha estat suficientment criticada i la seva pretensió d'inscripció **es desqualifica per si sola**. Però sí que **m'aturaré especialment en la pretesa incorporació al Registre Civil de tres registres el funcionament dels quals** —sempre millorable i perfectible, faltaria més— es pot dir que **és bastant satisfactori**, amb un altíssim nivell d'informatització, en la majoria dels casos, i amb un cost molt reduït per al ciutadà.

Em refereixo al Registre d'Assegurances de Cobertura de Defunció, que tan bons serveis i tanta utilitat està demostrant cada dia i del qual els notaris en fem una utilització que redunda directament en benefici del ciutadà i de l'Administració tributària.

Per descomptat, **també** —faltaria més— **el més que centenari** —i venerable— **Registre d'Últimes Voluntats**, tan proper a la nostra activitat diària, entre altres coses, perquè som nosaltres els qui, sense cap cost per al ciutadà, li proporcionem les dades necessàries per al seu funcionament de manera àgil i segura, emprant per a això les noves tecnologies —quasi m'atreveria a dir que de manera absolutament exemplar. I què cal dir, igualment, de la important tasca que continuen prestant els col·legis notariais en aquesta matèria, ja que són ells els que molts cops, i davant dels escassos però de vegades errors del Registre General, ens posen sobre la pista de l'última voluntat del causant. Què seria dels arxius col·legials si es tirés endavant la reforma?

I què hem de dir del Registre General de Fundacions, encara per desenvolupar i respecte del qual l'avantprojecte sembla haver oblidat una cosa essencial: l'existència dels diversos registres autonòmics creats per a la inscripció i la publicitat de les fundacions d'àmbit no estatal, és a dir que coexistirien, en el cas que es tiressin endavant les pretensions de l'avantprojecte, dos sistemes completament diferents en la manera de funcionar i que m'atreveria a qualificar d'incompatibles entre si —dada, per cert, que tampoc no ha passat desapercibuda a aquells que han opinat als mitjans escrits sobre l'avantprojecte.

En suma, que **més val allunyar els experiments per a una millor ocasió i aprofundir i millorar el que funciona acceptablement i a un cost més mòdic per a l'Administració i per al ciutadà**. Sens dubte, hi ha determinats aspectes del tràfic jurídic que mereixen una millor publicitat. **Estic pensant, per exemple, en un mecanisme que permetés conèixer la possible revocació d'apoderaments**, cosa que es va intentar solucionar raonablement —i amb resultats malauradament ja coneguts— des de la nostra corporació, i que ara es podria dotar de cobertura legal.

Com? Doncs, per exemple, creant, a la mateixa DGRN, un Registre d'Apoderaments Processals, accessible per a òrgans jurisdiccionals i per a notaris —pensem en els supòsits molts freqüents en la nostra pràctica professional de delegacions o de subapoderaments—, una



de les seccions del qual podrien ser, precisament, les revocacions i extincions de tot tipus de poders de persones físiques.

I passa el mateix amb la tants cops anhelada publicitat del règim econòmic matrimonial, que, perfeccionant la sens dubte insuficient regulació actual, **podria adquirir un evident impuls al si del mateix Registre Civil,** però en la línia que ja apuntava clarament l'art. 60 de la Llei 20/2011, que, amb un adequat desenvolupament reglamentari, satisfaria aquesta aspiració, però sense desnaturalitzar-la, tal com succeiria en el cas que es tirés endavant l'avantprojecte.

3. LA NECESSITAT DE POTENCIAR LA DGRN

Doncs sí, davant les veus hipercrítiques que en aquests anys han entonat o proclamat el *delenda est* respecte del nostre ja centenari Centre Directiu, **jo advoco, obertament i clarament, per potenciar-lo. I ho faig en un doble aspecte:** primer, **reforçant la seva tasca d'inspecció i control sobre notaris i registradors,** ja que no en va tots dos exercim una funció pública per delegació de l'Estat. **Pretendre sostreure aquest control a l'Administració** —el que per

a la nostra activitat, i en fase ja clàssica, suposa, ras i curt, l'administració pública del Dret Privat— **i transvasar-lo a altres instàncies és una pretensió absolutament fora de lloc.**

En segon lloc, **mai no s'ha de perdre de vista que una de les funcions que van presidir la creació del Centre Directiu va ser la de crear un cos de doctrina** —sobre la base de les resolucions que es dictessin— **que permetés l'homogeneïtzació en l'aplicació de la llei,** ja que, com la tants cops alabada Exposició de Motius de la Llei Hipotecària de 1861 proclamava, era una evident causa de desprestigi de les lleis aquella falta de criteris homogenis en la seva aplicació per part dels qui estaven cridats a realitzar-la.

Doncs bé, després del gir que es va fer no fa gaire en la interpretació de l'art. 327 de la Llei i el caràcter vinculant de les resolucions estimatòries del recurs contra la qualificació, **cal fer tot allò que legislativament sigui necessari perquè les resolucions de la DGRN,** segons l'encertada expressió d'Ignacio Gomá, **tornin a ser el que van ser per a nosaltres quan vam oposar:** «*Les resolucions de la Direcció General eren com la paraula d'un déu jurídic que visqués a l'Olimp: les seves decisions eren inapel·lables processalment,*

però també intel·lectualment, per l'altura de les seves disquisicions jurídiques i per les seves solucions encertades.»

I quan dic «*fer el que sigui*», em refereixo a adoptar mesures legislatives perquè quedi definitivament aclarit el sentit d'allò que la llei proclama —el seu caràcter vinculant— i per arbitrar un sistema imaginatiu —pensem en comissions mixtes paritàries— per aconseguir que al Centre Directiu només li arribin les qüestions d'autèntic abast i interès jurídic, i que la resta dels recursos contra qualificacions —moltes vegades, per criteris formals o bé sense cap fonament evident, tant la qualificació com el recurs— es resolgui d'una manera més ràpida i expeditiva, i es posi fi a discussions estèrils i que no aporten res —especialment, al ciutadà.

Fins aquí la meua breu i precipitada opinió sobre un avantprojecte que, segons penso, ha de quedar per a una millor ocasió, després de l'assossegada reflexió i el debat a fons que ara s'imposa. Fora d'això, sobre aquest text hi ha moltes altres opinions, més ben fundades i amb més força i mordacitat que la meua, que són fàcilment accessibles per al lector interessat. En recomano, per tant, la lectura i, després, que cadascú n'extregui les seves pròpies conclusions...



DAVANT LA SENTÈNCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTÍCIA EUROPEU



Juan Gómez Martínez
Notari de Sabadell

El proppassat mes de març, el Tribunal de Justícia de la Unió Europea (TJUE) va posar, com a mínim, un punt i a part en el llarg procés de «crisi» —en sentit etimològic— que està patint el sistema hipotecari espanyol.

Aprofitant la conjuntura, el tan lloat procés hipotecari espanyol avui és qüestionat per tota mena d'actors del sistema. Alguns amb arguments més tècnics o econòmics més bons i altres amb escàs rigor científic.

La **sentència del TJUE del proppassat 14 de març**, tot i que era molt esperada —l'informe de l'advocada general del TJUE feia preveure una resolució en el sentit de la que s'ha dictat—, **ha provocat una mena de tret de sortida** i tots ens hem començat a moure: **uns per ataca-**

car el sistema, altres per defensar-lo i encara uns altres per modificar-lo.

La sentència del TJUE del proppassat 14 de març ha provocat una mena de tret de sortida i tots ens hem començat a moure: uns per atacar el sistema, altres per defensar-lo i encara uns altres per modificar-lo.

El primer que cal aclarir és que la sentència **no posa en dubte el sistema hipotecari espanyol**, si entenem com a tal el que s'inicia amb l'acord de finançament de les parts i desemboca en la constitució de la hipoteca. És fonamentalment un procés notarial i registral, basat en la

intervenció no només d'un, sinó de dos funcionaris imparcials i que ha donat fins ara uns resultats més que acceptables.

El que la sentència critica és el superprivilegiat procediment d'execució hipotecària. I dirigeix els comentaris crítics en dues direccions ben diferenciades: els uns, més específics, en què **assenyala dues clàusules**, habituals en els préstecs hipotecaris, **que s'han de considerar abusives —la dels interessos de demora i la del venciment total de l'obligació per un únic impagament—**, i uns altres, més genèrics i transcendents, que posen en dubte el sistema d'execució hipotecària pel fet que, segons el TJUE, **la immediata del procediment no permet una protecció eficaç del consumidor que ha subscrit clàusules que puguin resultar abusives**; és a dir, que el procediment



d'execució hipotecària és tan automàtic que **les causes d'oposició que preveu la llei no permeten una defensa eficient dels drets dels consumidors**. Més especial és el pronunciament que fa el Tribunal sobre el sistema de determinació unilateral, per part del creditor, de l'import del deute.

Hem de veure en la sentència del TJUE una oportunitat per a la nostra funció

La sentència mereix una reflexió més profunda que la que puguin contenir aquests paràgrafs, però aquest comentari pot servir d'urgència per acreditar la **preocupació del notariat sobre la situació. Preocupació per la situació d'inseguretat o, si volem, de transitorietat en què queda el procés d'execució hipotecària, també l'extrajudicial**; una especial preocupació **pel fet que s'articuli de veritat una defensa eficaç dels interessos dels consumidors i, també, en aquest mateix sentit, perquè som conscients que l'instrument de protecció de consumidors més eficaç que té el sistema és la intervenció notarial**.

En efecte, és socialment evident que **el moment adequat per comprovar que un negoci és regular i respectuós amb els interessos dels consumidors és el de la signatura de l'escriptura**. És llavors quan hi ha tots els requisits necessaris per tal que una protecció de la part menys informada sigui eficaç: és el moment en què el negoci es perfecciona i només des d'aleshores és irreversible; és l'acte en què ocorren simultàniament la voluntat de totes les parts implicades i, sobretot, en aquest moment es disposa de l'assessorament d'un funcionari imparcial —imparcialitat qualificada— i de la competència tècnica suficient per determinar quines clàusules i condicions del contracte s'ajusten a la legalitat i quines són lesives per a consumidors i usuaris. **I és evident que és el moment adequat perquè, per damunt del que pensen els nostres governants, de fet, ho hem estat fent així. Aquest és el notariat que té sentit i el que podrà subsistir** en una societat en què la intel·ligència artificial supleixi algunes altres de les nostres fun-

cions que podríem considerar més administratives.

I essent socialment evident, així s'ha de reconèixer també no només per la normativa —en alguns casos ja ho fa, per bé que n'hi ha que ho volen ignorar—, **sinó també pels tribunals i per la nostra Direcció General**.

Amb tot, contínues resolucions, tant del Centre Directiu com d'alguns tribunals, **limiten injustificadament les nostres possibilitats d'arbitrar en el sistema per aplicar**, amb el rigor que l'equitat i Europa exigeixen, **la normativa que protegeix consumidors i usuaris**. Aquestes resolucions sembla que vulguin reduir la nostra intervenció en les escriptures a la d'un simple testimoni que no pot controlar la legalitat del que les parts convenen i signen, ni denegar-ne l'autorització quan la protecció del consumidor es viola.

I tot per interessos purament corporatius i en perjudici dels ciutadans. El que no es pot pretendre de cap manera és que la decisió sobre el caràcter abusiu d'una clàusula es determini en una instància en què ni hi són presents, ni se senten, ni s'assessoren els interessats.

Hem de veure en la sentència del TJUE una oportunitat per a la nostra funció.

La sentència provocarà modificacions normatives que afectaran dos àmbits diferents: d'una banda, cal estudiar quines són les conseqüències de la sentència **en matèria de protecció de consumidors, i de l'altra, les modificacions que provocarà en l'àmbit processal**.

Quan abordem el problema, més enllà dels detalls del raonament del TJUE —que potser pateix una certa superficialitat—, haurem de tenir de guia la filosofia que es desprèn de la sentència, que és molt clara: **el TJUE considera que el sistema d'execució hipotecària espanyol no protegeix suficientment els consumidors**.

Penso que les raons fonamentals d'aquesta desprotecció rau en, **d'una banda, en el fet que en regular el procediment d'execució hipotecària, la LEC obvia l'existència d'una regulació de protecció de consumidors, que existeix**

en el nostre ordenament i que sembla completament conforme amb la Directiva del 93, **i, d'altra banda, en el fet que el sistema espanyol de protecció de consumidors és excessivament rígid**, de manera que l'apreciació preventiva del caràcter abusiu d'una clàusula només és veritablement eficaç si ha estat prèviament declarada com a tal per un tribunal i s'ha inscrit —normalment, amb gran retard— al Registre de Condicions Generals de la Contractació (RGCC).

Aquí torna a aparèixer l'espectre del control de legalitat per part del notari. Si la condició està inscrita al RGCC, no hi ha dubte: el notari no autoritza el document. Però sembla evident que **es complirien millor els requisits de protecció de consumidors** —i amb la filosofia que emana de la sentència— **si el notari pogués apreciar per si mateix, sense esperar la inscripció, el caràcter abusiu de la clàusula**.

De la mateixa sentència es dedueix que la legislació espanyola sobre defensa i protecció de consumidors és substantivament suficient; el que potser no és suficient és la manera d'aplicar al cas concret

De la mateixa sentència es dedueix que **la legislació espanyola sobre defensa i protecció de consumidors és substantivament suficient; el que potser no és suficient és la manera d'aplicar al cas concret**. Com he dit, em sembla que **el més encertat seria que la normativa conferís al notari capacitat de qualificació de les clàusules abusives**. I si es considera que facultar el notari per denegar-ne l'autorització quan, al seu entendre, existeixin clàusules abusives és conferir-li poders gairebé jurisdiccionals, i no se li vol atorgar aquest poder decisor, que se li atorgui la potestat d'assenyalar d'alguna manera la seva opinió sobre el caràcter abusiu d'una clàusula, amb la finalitat de dotar el consumidor d'una informació més bona i per tal que aquest pugui començar a reclamar els seus drets des del moment en què es formalitza el contracte. **Això és d'una importància transcendental en l'estat actual de la qüestió**, perquè la veritat és que la pràc-



tica habitual és utilitzar la condició abusiva d'una clàusula per la via de l'excepció, com a causa d'oposició a una demanda prèvia, i això, a l'efecte de la sentència que ens ocupa, té molta importància. La qüestió és que, si s'interposa una demanda per nul·litat abans de l'expedició de la certificació de domini i càrregues, i s'anota la demanda sobre el dret d'hipoteca, subsisteix l'anotació, tot i l'execució d'aquesta, però si l'anotació de la demanda té entrada amb posterioritat a la certificació, l'execució comporta la cancel·lació de l'anotació de la demanda, i això, segons el TJUE, és insuficient per garantir un resultat eficaç del procediment iniciat pel consumidor per aconseguir la nul·litat de les clàusules.

Amb aquestes solucions, el que pretenem és que el nostre dret es posi a l'al-

çada dels ordenaments més moderns en matèria de protecció dels més desfavorits

Penso que una solució raonable d'aquesta qüestió podria anar per aquest camí i, per tant, **podríem proposar:**

1. **Mantenir la legislació sobre consumidors, incloent-hi valors quantitatius respecte d'algunes condicions concretes** —ja s'han apuntat propostes sobre límits als interessos de demora i al nombre d'impagaments suficients per al venciment anticipat—, **i dotar el notari de més poder decisor sobre la validesa de les clàusules**, sense necessitat d'esperar la inscripció de la condició al RGCC.
2. **Permetre que l'anotació de la demanda sobre la nul·litat de les clau-**

sules abusives subsisteixi, sigui quin sigui el moment en què s'anoti en el registre de la propietat.

Com veieu, totes dues solucions són poc traumàtiques i són compatibles amb els procediments que ja s'han iniciat i que suposen poques modificacions legislatives.

destacadoa destacadoas
destacadoas destacadoas destacas

El que sí que representen aquestes solucions és que **el nostre dret es posi a l'alçada dels ordenaments més moderns en matèria de protecció dels més desfavorits.**



????????????????????

Joan Carles Ollé Favaró



Tribuna

A portrait of Germà Gordó, a middle-aged man with grey hair, wearing a dark suit, white shirt, and a purple patterned tie. He is looking directly at the camera with a serious expression. The background is a blurred office setting with wooden paneling.

«Hem de reconèixer i reforçar la tasca dels notaris pel que fa a seguretat jurídica»

Germà Gordó

Conseller de Justícia

AUTORA: Sandra Purroy
FOTOGRAFIES: Montserrat Fontich

Germà Gordó i Aubarell (la Pobla de Segur, 1963) és llicenciat en Dret per la Universitat de Barcelona. A més, és diplomat en Estudis Europeus per la Universitat de Ciències Socials de Grenoble; en Funció Gerencial a les Administracions Públiques, en Control de Gestió i en Funció Directiva a les Organitzacions Públiques i Privades per ESADE, i en Lideratge d'Organitzacions per l'IESE.

Amb una dilatada trajectòria tant en l'àmbit privat com en el públic, ha estat responsable de relacions institucionals de la Conselleria d'Ensenyament de la Generalitat de Catalunya entre els anys 1988 i 1993, així com coordinador de la Secretaria General d'aquest mateix Departament entre els anys 1993 i 1996. Des del 1996 fins al 2000, es va fer càrrec de la Secretaria General de l'Associació Catalana de Municipis i Comarques (ACM), fins que l'any 1999 va ser nomenat Secretari General del Departament d'Agricultura, Ramaderia i Pesca de la Generalitat, responsabilitat que va exercir fins al 2003.

El mes de desembre de 2010, va ser nomenat Secretari del Govern de la Generalitat de Catalunya, càrrec que ocupà fins al desembre de 2012, moment en què fou nomenat Conseller de Justícia.



Entrevistes



P: Quin balanç fa dels primers mesos com a Conseller de Justícia?

R: El balanç és positiu, perquè en els primers dos mesos hem pogut estructurar les nostres fites per a aquesta legislatura en tots els àmbits que són competència del Departament de Justícia. I no tan sols això, sinó que, a més a més, hem pogut parlar pràcticament amb tots els operadors jurídics i judicials. La veritat és que em sento prou satisfet de com ha anat tot plegat.

P: Quins són els objectius a curt, mitjà i llarg termini?

R: Els objectius, bàsicament, s'emmarquen en tres camps. El primer, el de la mateixa Administració de Justícia, o sigui, fer efectiva la tutela judicial. El segon fa referència a la política penitenciària, i aquí hi ha dues vessants: d'una banda, mantenir l'actual model de política penitenciària, i de l'altra, aprovar una planificació dels equipaments penitenciaris. I hi hauria també un tercer objectiu emmarcat en l'àmbit del Dret i de les entitats jurídiques. En aquest sentit, els objectius bàsicament són dos: el primer, acabar el Codi civil català, per tant, completar-lo amb l'aprovació dels llibres V i VI i amb l'harmonització corresponent; el segon, mantenir l'actual sistema de col·legis professionals catalans, que en aquest moment estan en qüestió amb l'esborrany

que hi ha a Madrid. I un tercer objectiu és donar suport al món de les acadèmies, les fundacions i les associacions. Aquestes són les nostres columnes vertebrals.

Tindrem un Codi civil català molt complet i amb els estàndards més elevats de la Unió Europea

P: Pel que fa al procés de codificació i harmonització del Dret Civil català, en quin punt ens trobem? Quan preveu culminar el procés?

R: El meu compromís i la meva voluntat —i així ho vaig dir davant de la Comissió de Justícia d'ara fa unes setmanes— és que el Codi civil es completi durant aquesta legislatura, en principi, en aquests quatre anys. Aquest és l'horitzó màxim. De fet, de dos dels projectes als quals he fet referència, l'harmonització i el llibre V, el Govern ja n'ha aprovat la memòria, de manera que ara comença el procés governatiu que per acabar en el si del Parlament. Encara no s'ha aprovat la memòria del llibre VI, però suposo que en els propers mesos la podrem aprovar, de manera que tot s'està ja vehiculant. Sóc molt optimista, en aquest sentit. Crec que això es tancarà i que es tancarà bé, i que tindrem un Codi civil molt complet i amb

els estàndards més elevats de la Unió Europea.

P: I com valora l'aportació notarial en aquest àmbit al llarg de la història?

R: L'aportació dels notaris és molt evident. I ho és pel que ha significat mantenir el Dret Civil català en dècades i en segles anteriors, ja que l'aportació dels notaris ha estat bàsica per al manteniment del Dret Civil català, i també des del punt de vista de la codificació. En aquests moments, a les tres seccions de codificació —la d'harmonització, la del llibre V i la del llibre VI—, hi ha notaris. I, a més a més, cal dir que he encomanat al Degà del Col·legi de Notaris de Catalunya, Joan Carles Ollé, la direcció de tota la codificació a Catalunya. Per tant, més implicació dels notaris, impossible.

P: Pel que fa a l'Observatori de Dret Privat, quins són els objectius i la tasca que porta a terme actualment?

R: L'Observatori desenvolupa, bàsicament, tres papers: l'un és el de control de la codificació del Dret Civil; l'altre és el de la revisió, i el darrer, el de l'impuls i la propagació del Dret Privat, el fet de donar-lo a conèixer.

P: A Catalunya es va fer, l'any 2010, un ampli document de consens sobre la desjudicialització. D'altra banda, entre les principals línies de treball fixades des del Ministeri de Justícia, hi ha la Llei de Jurisdicció Voluntària. Com valora la feina feta en aquest sentit?

R: Hi ha d'haver, lògicament, un procés de desjudicialització. Tenim molt carregats de feina els òrgans judicials, de manera que la base de la qual hem de partir absolutament tots és que els tribunals de Justícia han de ser el darrer recurs. Per tant, no té cap sentit que la ciutadania recorri directament als tribunals sense haver pogut utilitzar altres mecanismes prèviament. I, en aquest sentit, hi ha dues vies: primer, que algunes tasques que actualment estan judicialitzades les puguin fer altres operadors jurídics, i segon —per a nosaltres també molt important i quelcom en què ja es-



tem treballant des de fa temps—, que els mecanismes de mediació cada cop siguin més importants. D'aquesta manera, segurament aconseguiríem una rebaixa de la càrrega judicial i, a més, la Justícia passaria a ser el que ha de ser, que és l'últim mecanisme, el més extrem per arribar a acords o per acabar amb els desacords entre ciutadans.

El paper dels notaris per ajudar a descol·lapsar la via judicial estic segur que creixerà

P: En l'àmbit notarial, es parla de tot un seguit de possibles noves atribucions que podrien ajudar a descol·lapsar la via judicial. Com valora aquesta opció?

R: Tant pel que fa a treure algunes de les tasques que s'estan fent a l'Administració de Justícia i passar-les a altres operadors jurídics com per impulsar molt més la mediació, entre els operadors jurídics, comptem amb els notaris. I també amb les cambres, per exemple. Lògicament, l'aportació que poden fer els notaris, justament pel seu coneixement del Dret, és molt important. En aquest sentit, crec que el paper dels notaris ha de créixer i estic segur que creixerà.

P: Tothom en l'àmbit de la Justícia coincideix a destacar la necessitat de comptar amb una Justícia més àgil, eficaç i moderna. Quines creu que són les claus per aconseguir aquest objectiu?

R: La tutela judicial efectiva té diversos requisits. El primer és el de la facilitat d'accés. I, justament des d'aquest punt de vista, les taxes judicials implementades pel Ministeri de Justícia són tot el contrari. Aplaudim que el Ministeri hagi corregit, però creiem que ha corregit poc. Encara hi ha taxes excessivament elevades que poden impedir aquesta tutela judicial efectiva. El segon requisit que ha de tenir la tutela judicial efectiva és el de la qualitat de les resolucions judicials, cosa que creiem que ja complim. Crec que els professionals de l'Administració de Justícia, especialment els jutges i magis-

trats, dictaminen resolucions d'un elevat nivell des d'un punt de vista qualitatiu. I el tercer requisit és l'agilitat. I en aquest àmbit sí que s'ha d'avançar, perquè no estem prou bé. I ho podem fer a través de diversos mecanismes: l'un és rebaixar les càrregues de l'Administració de Justícia, passant algunes tasques a altres operadors jurídics, com deia abans. Però encara hi ha dues qüestions més: d'una banda, la implementació de la Nova Oficina Judicial, que ha de ser molt més racional i que ha de fer possible que hi convisquin diversos òrgans judicials, alhora que també ha de fer possible que en la mateixa s'incorpori personal divers de l'Administració de Justícia, de tal manera que tinguem una organització més racional, menys burocratitzada, més eficaç i més suficient. De fet, ja hem conclòs la Nova Oficina Judicial a l'Audiència Provincial de Girona, on els resultats han estat òptims, i ara el que hem de fer durant els propers anys és estendre la Nova Oficina Judicial arreu de Catalunya. Per tant, d'una banda, cal rebaixar les càrregues de l'Administració de Justícia; de l'altra, cal implementar l'Oficina Judicial, i com a tercera via, cal incorporar les noves tecnologies. En aquest sentit, precisament, estem implementant, en el Jutjat de Primera Instància número 37 de Barcelona i com a iniciativa pionera, la gestió telemàtica, que permet eliminar el paper, la qual cosa anomenem *e-justícia* i introdueix l'expedient electrònic.

P: Recentment, el Departament ha manifestat la voluntat d'impulsar una reforma de la Llei Hipotecària per evitar que es puguin repetir les difícils situacions derivades de la crisi actual pel que fa als desnonaments. En quin sentit creu que ha d'anar aquesta reforma?

R: És evident que cal una reforma integral de la Llei Hipotecària i de les lleis processals per donar resposta a les situacions injustes que es generen. En aquest sentit, recentment, el Departament ha signat un conveni amb l'Ajuntament de Barcelona, el Col·legi d'Advocats de Barcelona i el Col·legi de Procuradors dels Tribunals de Barcelona que permetrà garantir que els ciutadans que perdin el seu habitatge per un procés de desnonament o d'execució puguin accedir als serveis municipals amb la màxima

celeritat possible. A més a més, també es constituirà una comissió mixta de seguiment que vetllarà per la seva aplicació. Cal estudiar les opcions, tota la casuística, perquè no és veritat que amb la dació en pagament n'hi hagi prou. La dació en pagament ha de ser un dels recursos, però n'hi ha d'altres, com, per exemple, la possibilitat que els afectats puguin pagar un lloguer social que s'aplicaria als interessos i les amortitzacions, aplanant el procés d'amortitzacions de la persona afectada. I, evidentment, una de les coses que també cal aturar amb aquesta nova regulació són els tipus d'interès, que arriben a ser lleonins. Sovint, quan arriba el moment de l'execució hipotecària, veiem que el principal és relativament baix i la quantia més elevada és la que fa referència als interessos, i als interessos dels interessos. Això ho hem d'acabar a través de la modificació normativa oportuna.

P: Ha manifestat en reiterades ocasions una aposta decidida per la creació del Consell de Justícia de Catalunya. Què creu que aportaria la seva creació?

R: En primer lloc, la creació del Consell de Justícia de Catalunya és una obligació legal. Es troba a l'Estatut d'Autonomia i el Tribunal Constitucional va dir que era possible, però que per fer-lo possible s'havia de modificar la Llei Orgànica





Entrevistes



nica del Poder Judicial. Hi ha vuit estatuts d'autonomia que preveuen el seu consell de Justícia i, per tant, això vol dir que hi ha vuit comunitats autònomes que estem esperant la modificació de la Llei Orgànica. Així, doncs, el primer tema és senzillament de compliment legislatiu. La segona qüestió és que una descentralització del Consell General del Poder Judicial als territoris significarà apropar la Justícia a la ciutadania, i estem segurs que amb un apropament de l'Administració de Justícia al territori i a la ciutadania, aquesta serà més eficaç i més eficient. I això serà així per una senzilla raó, i és que, com més a prop estàs, millor coneixes les problemàtiques i és més fàcil donar les respostes o les solucions adequades.

P: Pel que fa als testaments, recentment s'ha ampliat en dos anys el termini per protocol·litzar aquells que han estat atorgats davant de rector. Quin és l'objectiu de l'allargament del termini?

R: L'objectiu és executar el que deia la norma, cosa que fins ara no havíem pogut fer. Fins ara era possible la interpretació, per part del Notari, que si no hi havia reglament que desenvolupés la llei, no es podien protocol·litzar certs testaments. El que hem fet ara és que, amb la nova modificació normativa, ja no és necessari aquest reglament. Ara, a partir d'un acord entre la Provincial Tarraconen-

se, el Col·legi de Notaris de Catalunya i el Departament de Justícia, emprendrem el camí per a la protocol·lització de tots aquests testaments davant de rector.

El 40 % de les places creades arran del Reial Decret del 2007 no s'ha ocupat mai. Sabem que tenim una planta excessiva i que l'hauréu de reconsiderar

P: Un dels principals temes que s'estan treballant juntament amb el Col·legi és la revisió de la delimitació notarial. En quin punt ens trobem?

R: Ara mateix, nosaltres ja tenim una petició per part del Col·legi de Notaris de Catalunya, ja hem estudiat quina és la realitat i sabem que la realitat és que el 40 % de les places creades arran del Reial Decret del 2007 no s'ha ocupat mai. Per tant, sabem que tenim una planta excessiva i que l'hauréu de reconsiderar. En aquests moments, hi ha constituït un equip de treball que està avaluant com podem corregir aquesta situació.

P: Com valora la figura del Notari en el marc jurídic, econòmic i social?

R: És evident que el paper del Notari és absolutament bàsic des del punt de vista social i des del punt de vista jurídic per la seguretat jurídica que dona al tràfic mercantil. Sense la figura del Notari i del Notariat, el tràfic mercantil i el civil perdrien aquesta seguretat. Nosaltres hem de treballar justament perquè Catalunya sigui cada cop més apreciada com a destí, com a territori on la seguretat jurídica és molt elevada. Per tant, hem de reconèixer la tasca dels notaris i del Notariat, i no només hem de reconèixer-la, sinó que també l'hem de reforçar. Una altra de les funcions dels notaris que és molt important és la d'aconsejar els clients. Quelcom molt important i molt positiu és que el ciutadà pot escollir el Notari que vol. I això està molt bé, perquè es crea una relació de confiança entre el Notari i el client. I en aquesta relació de confiança és quan l'assessorament jurídic

es pot produir d'una manera millor. Per tant, la seguretat jurídica que garanteix i, a més a més, l'assessorament als clients fan del Notari una figura clau en el marc jurídic, econòmic i social.

P: Com valora el nivell de seguretat jurídica preventiva al nostre país? I en relació amb la resta d'Europa?

R: Crec que la seguretat jurídica que hi ha a Catalunya —i m'atreiria a dir que també a l'Estat espanyol— és molt elevada i permet actuar amb tranquil·litat els ciutadans, les empreses i entitats. En relació amb la resta d'Europa, també estem a un bon nivell. L'única mancança que hi trobo és que, des del punt de vista de l'Administració de Justícia, hauríem d'anar amb més celeritat. Però aquest fet millorable no afecta la seguretat jurídica, un àmbit en el qual tenim grans professionals.

P: Com podem combatre l'actual desafecció dels ciutadans envers la política i, més concretament, els polítics?

R: En aquest sentit, hi ha dos temes crítics: d'una banda, el problema dels llançaments hipotecaris i el dret a l'habitatge, que ja hem comentat, i de l'altra, una situació no prou bona pel que fa a la transparència política i econòmica. A Catalunya, en aquest darrer àmbit, s'ha reaccionat bé en tres sentits: amb la iniciativa del President Mas d'establir òrgans de control polític i de les administracions, amb la proposta de cinquanta-i-u mesures molt importants en aquest sentit, i amb dues iniciatives parlamentàries: la Llei de Transparència i una llei electoral que han de permetre intensificar la relació dels responsables polítics amb la ciutadania per fer-la més estreta, més possible i més visible.

P: Quin paper ha de desenvolupar la Justícia en el marc de la crisi actual?

R: El paper de la Justícia sempre ha de ser el que li doni l'ordenament jurídic, i, sobretot, ha de tenir un paper corrector en aquells casos en què es produeixen certs desajustaments.



«El 2014 és el moment del canvi econòmic»

Joaquim Gay De Montellà

President de Foment del Treball

Joaquim Gay de Montellà i Ferrer-Vidal (Barcelona, 1950) es llicencià en Dret per la Universitat de Barcelona i és diplomat en Direcció General d'Empreses per l'IESE. Va ser, durant disset anys, Director per a Catalunya, el País Valencià i Aragó de l'entitat holandesa ABN Amro, amb la qual col·laborà des del 1982 fins al 1999. L'any 1999 va incorporar-se a Acesa, predecessora de l'actual Abertis, on va arribar a ser adjunt al Conseller Delegat i Director General d'Abertis Logística. Dirigeix el grup empresarial familiar Estram, amb negocis en el sector de la restauració i el vi, i és President de les Bodegues Torre del Veguer des del 1995. Després d'una etapa com a Vicepresident, presideix l'organització patronal Foment del Treball des del 14 de març de 2011.



Entrevistes

P: Ara fa dos anys va assumir la Presidència de Foment del Treball. Quin balanç fa d'aquest període?

R: En faig una valoració positiva. Vam entrar a la Presidència amb tres eixos principals, que eren la reforma laboral, el corredor del Mediterrani i el pacte fiscal. Aquest discurs, per a nosaltres, va ser molt positiu durant el primer any i mig, fins que al setembre de 2012 va canviar la sensibilitat de la ciutadania i la incorporació de noves orientacions va alterar-ne el ritme. Han sigut dos anys molt intensos, amb una crisi severa que hem anat portant d'una manera ordenada amb els nostres empresaris.

El primer objectiu és aconseguir recuperar l'ocupació de Catalunya

P: Quins són els principals objectius?

R: Els principals objectius són continuar desenvolupant aquests tres eixos: el primer, aconseguir recuperar l'ocupació de Catalunya amb una integració laboral més profunda dels joves; el segon, reforçar el paper de les pimes i del nostre Vicepresident, Eusebi Cima, President de Fepime, per fer-ne una plena integració, desenvolupant així un paper cada vegada més palès per a la Comissió Europea, i el tercer, col·laborar a finalitzar aquest període econòmic que va començar l'any 2007 i contribuir al fet que, en aquest any 2013, s'acabi la crisi severa i l'absoluta falta de finançament, per poder entrar en un nou període, del 2014 en endavant, que esperem que sigui tan interessant com el que va anar del 1996 al 2006.

P: Com valora el moment actual de Catalunya i d'Espanya pel que fa als tres àmbits principals d'actuació de Foment: el marc econòmic, el laboral i el social?

R: En el marc econòmic, és important veure que des del novembre hi ha una percepció diferent de la confiança en l'economia espanyola per quatre motius: la millora de la productivitat, la contenció del dèficit, la internacionalització de les

empreses espanyoles i el procés de reforma laboral, que ha aconseguit donar un futur a les relacions laborals a través de la flexibilitat negociadora. En l'aspecte fiscal, el que nosaltres volem és que, una vegada sanejats els comptes de l'Estat, deixem de ser els líders de la fiscalitat europea i tinguem una situació intermèdia més favorable que no pas la que tenim ara, especialment a Catalunya, on els particulars viuen una situació difícil perquè estem dalt de tot del rànquing dels que més contribuïm a la Hisenda Pública. I en l'àmbit laboral, volem aconseguir que la reforma, que ha sigut necessària per millorar la confiança empresarial, no solament sigui estructural, sinó que les mesures que es comencen a adoptar per part del Govern pel que fa a ajuts als joves comencin a servir, a partir del 2014, per recuperar i generar ocupació.

P: Quins han de ser els motors de la «nova» economia catalana?

R: Els motors de l'economia han de ser la indústria, la seva recuperació i la confiança en la mateixa. I, a través de la indústria, la recerca i la innovació. En aquest país sempre hem apostat per investigar, per fer recerca, i això vol dir incorporar valors, innovar i aconseguir l'obertura dels mercats exteriors gràcies al fet que nosaltres realitzem aquest important esforç, i així s'ha fet. No tenim els nivells d'ajuts per a recerca i innovació del sector públic, però sí és cert que, in-

ternament, les empreses a Catalunya fan un gran esforç al respecte. I això és molt important per aconseguir que verdaderament tinguem un futur brillant, com ha tingut Catalunya des del segle XIX.

P: Continua Catalunya sent el motor d'Espanya?

R: Si agafem com a indicador l'exportació, podem dir que Catalunya és capdavantera, amb un 26 % de les exportacions de tot l'Estat. De manera que en continuem sent el motor i aquest és el nostre compromís: continuar sent el líder industrial i de serveis de l'Estat.

P: Vostè també ha reclamat autocrítica a l'empresariat. Què s'ha fet bé i què cal millorar?

R: Nosaltres sovint parlem amb els vicepresidents del «miracle empresarial», de com la indústria i les empreses catalanes han aconseguit viure sense finançament. I també de com hem aconseguit viure tot aquest procés, després de la desfeta del sector financer, amb una confiança important, aportant recursos propis i amb els estalvis que ens queden. En aquest sentit, és molt important tot el que s'ha fet. Però també és cert que constantment, veient la situació general de desconcert de la ciutadania, hem de fer una crida a l'ètica —en aquest cas, a l'ètica empresarial. Cal que aquesta sigui molt important, més evident que mai,





perquè d'aquesta manera puguem construir un camí.

P: D'altra banda, també ha demanat que es reforci la seguretat jurídica. En quin sentit?

R: El que hem de tenir clar és que les accions que demani la ciutadania s'han d'inscriure dins d'un entorn jurídic de solidesa i de legalitat. I això és molt important perquè, si no fos així, sempre tindríem el dubte de si el nostre país pot prendre decisions que estiguin fora d'aquest ordenament jurídic.

P: Com valora els nivells de seguretat jurídica del nostre país en l'entorn europeu i mundial?

R: Crec que tenim una seguretat jurídica, a través dels fedataris públics, molt garantida, de manera que som un país en què internament no hi ha dubtes. No tots els països tenen el conjunt de cosos jurídics que tenim nosaltres, amb un registre hipotecari o registres mercantils i de la propietat. Som un dels països en què la gent sap molt bé qui és qui, què és el que té cadascú i on són els actius. Això és un senyal evident d'aquesta fortalesa.

Cal tenir comportaments ètics, perquè, sense ètica, s'arriba a la corrupció, i d'aquí, a la inseguretat jurídica

P: Quin paper creu que ha de desenvolupar el Dret, i més concretament, els operadors jurídics, en l'actual context de crisi, tant en l'àmbit legislatiu com pel que fa a mesures de control?

R: En l'aspecte de l'ordenament, és evident que apareixem sempre com a campions de la normativa. L'any 2012, a Espanya s'han arribat a fer entorn de cent mil lleis, disposicions i normes. I Catalunya s'emporta la palma, de manera que estem al capdamunt del rànquing. Hem d'aconseguir rebaixar la normativa, perquè no és possible que els empresaris coneguin tantes disposicions, normatives i lleis com s'estan generant en l'àmbit de

l'Administració central —on l'any 2012 se n'han fet gairebé tres mil— i també per part de la Generalitat —amb mil més. Si a això encara li afegim la normativa europea, tot és molt feixuc i no és fàcil d'administrar per part dels empresaris. Quant als aspectes de control per arribar a frenar la corrupció i en pro de l'ètica, totes les mesures que es puguin implementar són benvingudes. Però el primer és el comportament de les persones, i de les persones dins de les empreses. Cal tenir comportaments ètics, perquè, si no, des de la falta d'ètica s'arriba a la corrupció, i des de la corrupció, a la inseguretat jurídica. I això és el que no ens interessa, perquè tenim una societat que és bona i no voldríem s'hi generessin dubtes.

P: Fa pràcticament un any que es va aprovar la reforma laboral. Quina valoració en fa?

R: És evident que era una reforma necessària. És una reforma estructural, que s'havia de complementar amb mesures de xoc per tal de corregir els desajustos que podria produir la seva implementació. I una vegada els desajustos han estat evidents, hi ha hagut una segona etapa en què el Govern ha començat a establir aquelles mesures de xoc que nosaltres demanàvem des de l'inici. Però pel camí hem destruït molts llocs de treball, especialment en el segment jove, que és l'actiu més vigorós i més poderós que tenim, de manera que això és un absurd. Hem de reconduir aquesta situació, en primer lloc, per compromís social, i en segon lloc, perquè per sortir d'aquesta crisi tan intensa cal que creem llocs de treball.

P: En aquest mateix àmbit laboral, també es va signar l'Acord Interprofessional de Catalunya 2011-2014, amb els sindicats i la Generalitat. Què ha aportat en l'àmbit de les relacions laborals?

R: El 28 de novembre de 2011, vam signar la tercera revisió que vam fer de l'Acord Interprofessional, que és força interessant perquè inicia dos camins molt importants. D'una banda, la revisió salarial a través de la productivitat, és a dir, introdueix la productivitat en lloc de l'IPC per fer la revisió salarial, la qual cosa ja ha donat com a resultat la millora de la productivitat, que és una de les mesures més



importantes per als creadors d'opinió sobre el nostre deute sobirà i, en definitiva, és important per al nostre finançament. I, d'altra banda, l'Acord Interprofessional ha aconseguit també capacitat de flexibilitat negociadora interna, és a dir, ha aconseguit consolidar un instrument tan vàlid com és el Tribunal Laboral de Catalunya, amb els sindicats, que és una eina fantàstica per arribar a acords en lloc d'anar al procés judicial.

P: Com valora la competitivitat de Catalunya i d'Espanya en l'entorn europeu i mundial?

R: El canvi ha estat molt important. Hem passat de ser un dels països dels quals es deia que patíem una manca de competitivitat i de productivitat molt important a què, gràcies a l'esforç que està fent el món del treball, i gràcies també a l'esforç que han fet les empreses per tal de millorar les seves estructures, en aquest moment s'hagin recuperat la productivitat i la competitivitat. I això, que està generant confiança i que és un element molt integrador, s'ha aconseguit amb l'esforç de tothom, tant de l'empresari com del que està fent la gent del món del treball, acceptant en els convenis que no hi hagi increments i, moltes vegades, acceptant també reduccions departamentals o generals. Des d'aquí vull agrair la feina que fan i l'enteniment que estan



Entrevistes

tenint les organitzacions sindicals a l'hora de conduir i ajudar-nos a conduir aquest sistema en benefici de la competitivitat i la millora de la productivitat.

P: La internacionalització és el principal recurs, en aquest moment, per a les empreses?

R: És evident que el gran valor de l'economia espanyola en aquest moment és la millora de la balança comercial, que fins i tot en temps de crisi té tres punts de superàvit. Això era insòlit en la història dels darrers vint anys d'economia espanyola. En aquest marc, són molt importants les exportacions, que han crescut a l'entorn d'un 6 % enguany i a les quals Catalunya ha contribuït amb un 26 % del total. I després hi ha el turisme, que és la pota de serveis que compensa i que ha fet possible que la balança comercial espanyola i catalana, fins i tot ara, sigui positiva.

P: I com veu actualment les pimes?

R: Les pimes s'han posat les piles i han potenciat, sobretot, l'exporta-

ció i la internacionalització. I, a més, han potenciat també la innovació, que aporta valor afegit i permet descobrir nous mercats. El que també és cert és que incideix massa el tema de les normatives vigents, que són una motxilla que ens ho posa tot més difícil. En aquest país no només cal fer lleis, sinó que caldria també fer neteja



i derogar-ne. N'hi ha d'haver menys, més clares i més efectives, perquè la munió administrativa que tenim dóna peu a diferents interpretacions.

El gran valor de l'economia espanyola actual és la millora de la balança comercial

P: Finalment, quan visualitza l'inici del final de la crisi actual?

R: El 2014 és el moment del canvi econòmic. Serà més significatiu el 2015, evidentment, però l'any 2014 confiem —i els indicadors així ho estan demostrant— que serà un moment d'inflexió i de canvi de període. I desitgem que a partir del 2014 iniciem un període de deu anys de creixement. Així és la vida econòmica, els cicles econòmics sempre els mantindrem. Podran ser vuit, deu o, tal com deia la Bíblia, set anys de vaques magres i set anys de vaques grasses, però és evident que els cicles 1996-2006 i l'actual 2007-2013 són habituals.

Algunes consideracions fonamentals en la regulació de les parelles de fet

Robert Follià Camps

Exdegà del Col·legi de Notaris de Catalunya

SUMARIO

- I. Origen i canvi de fonamentació de la normativa
- II. Les unions estables de parella en el llibre II del Codi civil de Catalunya
- III. El fonament de la parella estable: la convivència more uxori
- IV. El punt de connexió per poder autoritzar l'escriptura
- V. Sobre la possibilitat d'una escriptura de negació d'unió convivencial
- VI. La unió estable de parella i el règim matrimonial
- VII. El contingut de l'escriptura
- VIII. Coexistència del principi de territorialitat amb l'estatut personal

I. ORIGEN I CANVI DE FONAMENTACIÓ DE LA NORMATIVA

Com és de sobra conegut, la regulació d'aquestes parelles té l'origen, per primer cop dins l'Estat espanyol, en la Llei 10/1998, de 15 de juliol, d'unions estables

de parella. En el preàmbul s'afirma que, «al marge del matrimoni, la societat catalana d'avui presenta altres formes d'unió en convivència, de caràcter estable», i també que, quant a la parella heterosexual, ja havia merescut l'atenció de la legislació en alguns aspectes parcials referents a la filiació, l'adopció o a la tutela. Però que «hom arriba al convenciment que és procedent establir una regulació més completa i

matissada sobre la convivència de les parelles de fet, amb independència de llur orientació sexual».

Però el que no diu clarament —i és natural que no ho digui— és que aquesta regulació va néixer fonamentalment no per regular els efectes de les unions heterosexuals, que no ho necessitaven, ja que se'ls havien reconegut els aspectes més



FITXA TÈCNICA

Resum: És pretensió de l'autor d'aquest treball seleccionar els principals aspectes que relacionats amb la pràctica notarial considera més importants respecte de les parelles de fet; per això, a més de recordar la normativa aplicable, tracta amb més profunditat qüestions referents a aspectes com la convivència, fonament de la parella estable, l'escriptura de constitució de parella estable, etc.

Paraules clau: Parelles de fet, convivència, Dret català, escriptura.

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.

Advertiment previ: No es pretén en aquest treball estudiar tota la problemàtica de la regulació d'aquestes parelles, sinó, simplement, fer referència a uns punts que crec que tenen una gran importància i que estan especialment relacionats amb la pràctica notarial. Aquests punts, que contenen una simple opinió personal, són els que segueixen.

importants i, a més, es podien casar, sinó per a les unions homosexuals, mancades de tota regulació i, per tant, desconegudes pel Dret quant als seus efectes i que estaven necessitades d'una regulació que els reconegués un cert estatus i uns certs efectes.

I és aquest mateix preàmbul que ho manifesta indirectament quan diu: «*La parella heterosexual que viu maritalment, si no es casa, és per voluntat pròpia. La parella homosexual no es pot casar, encara que ho desitgi. La primera és capaç d'engendrar descendència biològica; la segona, no*». Per aquest motiu regulava en capítols separats la normativa sobre parelles heterosexuals i sobre parelles homosexuals, negant a les primeres drets successoris en la successió intestada i, en canvi, reconeixent-los a les parelles homosexuals en l'article 34, exigint, però, per a l'acreditació de la parella homosexual, l'escriptura notarial de constitució, atorgada conjuntament (article 22), mentre que l'heterosexual es podia acreditar tant per escriptura pública de constitució com pel transcurs d'un termini de convivència de dos anys, o bé sense termini, si hi havia hagut convivència i els seus membres tenien un fill comú (articles 1 i 2).

Per a les unions homosexuals, l'escriptura de constitució era, doncs, un requisit formal inexcusable, quelcom semblant al matrimoni civil per a les parelles heterosexuals. En altres paraules: les parelles heterosexuals, si volien tenir un *status*

familiae, s'havien de casar canònicament o civilment. La unió estable per convivència tenia uns efectes limitats. En canvi, a les parelles homosexuals, l'escriptura de constitució els donava un cert estatus no familiar,⁽¹⁾ però sí en relació amb els dos.

II. LES UNIONS ESTABLES DE PARELLA EN EL LLIBRE II DEL CODI CIVIL DE CATALUNYA

Avui tot això ha canviat. El matrimoni és una institució tant de les parelles heterosexuals com de les homosexuals. Àdhuc els membres de les dues tenen, si escau, la consideració de progenitors. Quina és, doncs, l'essència i finalitat de la regulació de les parelles de fet? Existeixen parelles de fet fora de l'àmbit de la Llei? Es poden excloure, mitjançant pacte, els efectes de la Llei? Hi ha antecedents històrics de les parelles de fet que ens puguin guiar?

Podria semblar que aquestes parelles de fet acollides a la Llei eren una espècie de matrimoni de segona categoria, quelcom semblant al «concubinat del Dret romà», una unió estable, però sense *affectus maritalis*, que normalment es donava en unions en què un dels membres de la parella no tenia la categoria de ciutadà, si bé més tard s'estengué a tota mena de persones.⁽²⁾

Crec, però, que el tractament de la parella estable en el Dret català al que més s'assembla en relació amb el Dret

romà és al matrimoni, ja que aquest no necessitava de cap formalitat, almenys en l'època clàssica. Com diu SCHULZ,⁽³⁾ en el Dret clàssic, el matrimoni es constitueix per acord no formal. No s'exigeix per llei fórmula o acte simbòlic, ni col·laboració de sacerdot o magistrat, ni inscripció a cap registre. La *humanitas* romana volia deixar clar que és només la lliure llibertat de l'home i la dona el que constitueix l'element essencial del matrimoni. El que sí s'exigeix és que, a diferència del matrimoni modern, el consentiment o *affectus maritalis* sigui continu o durador,⁽⁴⁾ que és el que succeeix en la convivència de la parella estable, que dura mentre hi hagi convivència *more uxori*.

En el Dret català, la Llei recull la unió estable com un matrimoni sense formalitats, però gairebé amb els mateixos efectes i reconeixements que el matrimoni civil (article 231-1.1). No atorga solament deures i drets entre la parella, sinó també que atorga, al meu entendre, un cert *status famili*. Així, doncs, la potestat parental, que es dona pel fet de ser progenitor legal no biològic, és idèntica que en el cas del matrimoni, i les facultats que s'atorguen a qui no és pare legal en alguns casos determinats (articles 236-14 i 234-15) són també idèntiques tant per al matrimoni com per al convivent en parella estable. Té també els mateixos drets successoris que el cònjuge vidu, en concurrència amb els fills, i hereta exclusivament quan no hi ha fills, passant per davant dels pares. La ineficàcia del testament per ruptura del matrimoni també es predica de la cessació de la convivència en parella estable (article 422-13 CF). No conté cap declaració com la de l'article 314 del Codi de Dret Foral d'Aragó, que afirma: «*La pareja estable no casada no genera relación alguna de parentesco entre cada uno de sus miembros y los parientes del otro*». I a Catalunya, en passar al davant, com hem vist, el membre de la parella que sobreviu als pares legítims del mort, hi ha un efecte, negatiu, és clar, però que afecta la família de l'altra part.

III. EL FONAMENT DE LA PARELLA ESTABLE: LA CONVIVÈNCIA MORE UXORI

Mentre que l'essència del matrimoni rau en el consentiment —*nuptias, consensus, non concubitus facit*—,⁽⁵⁾ en la pa-



rella estable l'essència es fonamenta en la convivència, sempre que es consideri *more uxori*, i no simplement amistosa o, fins i tot, sentimental.

En primer lloc, doncs, cal que la convivència sigui *more uxori*, és a dir, amb intenció de sentir-se units per una relació estable i en una comunitat de vida anàloga a la matrimonial, i no simplement amical. LONGO MARTÍNEZ,⁽⁶⁾ seguint el que havia dit respecte de l'antiga Llei GARRIDO MELERO,⁽⁷⁾ afirma que perquè hi hagi convivència anàloga a la vida matrimonial, a més de l'adequada base afectiva, hi ha d'haver vocació de permanència i exclusivitat temporal. LLEBARIA⁽⁸⁾ assenyalava que l'existència d'una comunitat de vida demana que existeixi un projecte vital, la decisió de compartir en el present i en el futur les necessitats de cada dia derivades del lliure desenvolupament de la personalitat, i que aquest projecte estigui dotat d'estabilitat. Aquesta convivència *more uxori* és repetida contínuament per la jurisprudència. A tall d'exemple, la Sentència del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya de 4 de setembre de 2008, la qual declara que, malgrat que la Llei —l'anterior, però el Codi actual segueix igual— no defineix què s'ha d'entendre per convivència, «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», i fa referència a la doctrina del Tribunal Suprem, com la constitució voluntària o la permanència en el temps, l'aparença pública de comunitat de vida anàloga a la matrimonial (Sentència del Tribunal Suprem de 12 de setembre de 2005) o la unió de vida paraconjugal d'una parella en un temps indefinit (Sentència del Tribunal Suprem de 5 de juliol de 2001), afegint més endavant que «no poden assimilar-se les relacions sentimentals amb la convivència *more uxori*, ni amb la matrimonial, ja que només les relacions convivencials comporten els efectes jurídics determinats per les lleis en cas d'extinció o cessament».

En canvi, jurisprudència i doctrina mantenen un criteri força més flexible quan es tracta de determinar si hi ha necessitat de conviure sempre junts, ja que sembla que és suficient el fet de conser-

var l'ànim de reunir-se quan estan separats. LONGO⁽⁹⁾ diu que l'exigibilitat de viure junts dins la unió matrimonial ha estat molt matisada per la doctrina i la jurisprudència, i no és condició necessària ni suficient perquè hi hagi una vertadera comunitat de vida. LLEBARIA⁽¹⁰⁾ diu que la convivència no és sinònim de *companyia física continuada*, sinó que és compatible amb períodes en què els convivents no es troben en companyia, però mantenen inalterable l'ànim de compartir el seu projecte vital. La Sentència de l'Audiència Provincial de Barcelona de 3 de maig de 2007 va assenyalar que l'important és l'aparença d'estabilitat, sense la necessitat de conviure de forma permanent i a la mateixa casa, i que allò que implica la convivència marital és la relació afectiva o sentimental de la parella. És curiós que en el Dret romà succeís el mateix amb el matrimoni. Segons IGLESIAS, no era necessària una convivència efectiva, atès que el matrimoni existia encara que els cònjuges no habitessin la mateixa casa, sempre que l'un i l'altre es guardessin la consideració i el respecte deguts.⁽¹¹⁾

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

Però aquesta convivència o voluntat de viure junts, *more uxori*, es necessita en qualsevol cas, tant si hi ha escriptura de constitució com si es vol acreditar pel transcur de dos anys de convivència. El que passa és que, en cas d'acreditar-se per convivència durant dos anys, a més de demostrar que es viu conjuntament, caldrà acreditar també que es conviu *more uxori*, és a dir, que existeix una comunitat de vida anàloga a la matrimonial. D'altra banda, si hi ha escriptura de constitució, tot això es pressuposa; ara bé, si es demostrés que no existia aquesta convivència *more uxori*, l'escriptura no tindria valor, ja que es tractaria d'una aparença, d'un frau a la Llei. Potser es podria afirmar que l'escriptura de constitució de la unió estable no té dins el Codi, a diferència de la Llei anterior, pel que fa a les parelles homosexuals, efectes substantius, sinó només de presumpció legal, la qual cosa

evita haver de demostrar aquella convivència.

Aquesta necessitat de convivència *more uxori* ens porta a dos supòsits concrets:

1. Què passa si existint voluntat efectiva de conviure no es pot portar a terme tal convivència per un cas fortuït i aliè a la voluntat dels atorgants? Per exemple, si a la sortida de la Notaria un accident causa la mort d'un dels membres de la parella. I cercant un exemple més insòlit, si després de firmar l'escriptura un d'ells té un atac de cor i mor a la mateixa Notaria. Crec que no hi ha dubte que existiria legalment la dita parella i produiria tots els efectes, entre ells, el successori, que gaudiria, d'acord amb els termes de la Llei, amb preferència als drets dels pares del que sobreviu. Ja que l'escriptura de constitució té eficàcia des d'aquell moment, no cal haver iniciat la convivència, sinó simplement haver tingut l'ànim de conviure. Una altra cosa seria que, si la firma voluntàriament no anés seguida de convivència, hi hauria frau i, per tant, l'escriptura quedaria sense efectes.
2. En canvi, no crec que passi el mateix si es tracta d'una escriptura de parella de fet atorgada *in articulo mortis*. En aquest cas, falta l'ànim de conviure junts, ja que es vol només que es produeixin certs efectes. Si bé s'admet el matrimoni en aquest supòsit, cal tenir en compte que el matrimoni el fa el consens, mentre que la convivència en parella estable, per ésser tal, necessita de convivència. I crec que no valdria ni que s'atorgués per legitimar una situació de parella de menys de dos anys, atès que la convivència ha d'ésser posterior a la data de l'atorgament, i l'atorgament *contemplatio mortis* exclou la convivència futura. De totes maneres, hauria d'ésser objecte de prova si hi havia intenció de viure junts en cas de no morir —en altres paraules: si la previsible mort era causa o només *ocasio* per atorgar l'escriptura. En tot cas, ha d'ésser el Notari qui, davant del cas concret, decideixi si és possible o no l'escriptura de constitució de parella.

El que sí es podria autoritzar en aquest cas és una acta de notorietat



per acreditar que portaven més de dos anys de convivència *more uxori*, però no una acta mixta en què acreditessin que ja portaven uns mesos i volien continuar vivint junts, ja que són dos mitjans diferents i, en certa manera, oposats. L'acta ha d'acreditar que portaven més de dos anys conviuint *more uxori*.

IV. EL PUNT DE CONNEXIÓ PER PODER AUTORITZAR L'ESCRIPURA

Potser en aquests moments aquest és el problema principal. La legislació anterior demanava que almenys un dels membres de la parella tingués el veïnatge civil català (articles 1.1 i 19). Molts autors estimaven que el precepte era inconstitucional, ja que les qüestions de Dret internacional i interregional són competència de l'Estat. En l'actual legislació no es diu res. I en certa manera és millor així, ja que es tracta de legitimar una situació de fet i, en aquest punt, hem de partir d'un punt de vista de criteri de territorialitat més estricte, que és el que declara l'article 111.3-1: «El Dret Civil de Catalunya té eficàcia territorial...». Advertim que és possible que es publiqui alguna instrucció o resolució per part de la Direcció General dels Registres i del Notariat o bé de la Direcció General de Dret i Entitats Jurídiques de la Generalitat i que, per tant, tot el que dic pugui quedar obsolet.

La nostra posició és que el veïnatge civil no té res a veure amb aquest punt. És el fet de la residència real, sigui quin sigui el temps que s'hi porti, sempre que es tingui ànim de permanència. Per exemple, veig factible que una parella subjecta a la legislació que sigui es traslladi a Barcelona amb l'ànim de viure-hi i vulgui, des del primer moment, constituir-se com a parella de fet. Jo no hi veig cap problema, sempre que es manifesti la voluntat de constituir-se com a tal d'acord amb la legislació catalana i es fixi el lloc on volen viure. Crec que ni tan sols caldria empadronament previ, si bé seria convenient. La parella de fet o unió estable de parella quedarà constituïda i produirà tots els efectes respecte de Catalunya, llevat que hi hagués frau. Això no vol dir que quedin sense efecte les normes i els principis civils, fonamentalment successoris, que es regiran per la llei personal, però

que són independents de la constitució d'aquesta parella. Si els dos membres són espanyols, no crec que el Notari hagi de fer cap indagació, ja que el problema del frau queda bastant diluït i, a més a més, no es pressuposa. I, en tot cas, seria difícil de detectar per part del Notari.

Una altra cosa és si una de les parts de la parella o totes dues són estrangeres. Si els dos tenen permís de residència o bé un d'ells és espanyol i l'altre té permís de residència, no s'hi veu gaire problema. I això encara que el permís de residència fos temporal —per estudis, per exemple. Perquè, residint a Catalunya i declarant la voluntat de constituir-se en parella de fet d'acord amb la legislació catalana, no cal res més. D'acord amb la doctrina de la Resolució-Circular de la Direcció General dels Registres i del Notariat, referent a matrimonis civils del mateix sexe, es pot celebrar el matrimoni civil entre homosexuals «*aunque la legislación nacional del extranjero no permita o no reconozca la validez de tales matrimonios*», i admet com a punt de connexió «*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**

Amb l'aplicació del Dret català, les parelles de fet que es constitueixin a Catalunya i que declarin la voluntat de constituir-se en parella estable d'acord amb la legislació catalana tenen al seu favor, a més a més, la norma de l'article 9.2 CC, que estableix, quant al matrimoni, com a punts de connexió supletoris: la llei elegida pels dos membres en document públic —l'escriptura de constitució—, la llei de la residència comuna immediatament posterior a la constitució i la llei del lloc on es constitueix. Així mateix, l'article 50 CC. Tot plegat atenent la quasi igualació que la Llei catalana fa de la parella de fet amb el matrimoni. També cal tenir en compte la tendència de la jurisprudència a aplicar la llei del lloc en cas de no haver al·legat llei aplicable. Així, una Sentència de l'Audiència Provincial de Girona de 2 d'octubre de 2002 va aplicar el Dret català

en la liquidació d'una parella de fet, ambdós de nacionalitat suïssa, que no havia fet escriptura de convivència —només reconeguda per una convivència de més de dos anys—, parella en què cap dels dos no va al·legar l'aplicació del Dret suís.

El problema es complica en casos d'estrangers quan cap dels dos o un d'ells no té permís de residència. És suficient que estiguin empadronats, ja que això s'entén com a sinònim de «*vecindad administrativa*», o bé cal un cert ànim de residència? No podem oblidar que, en aquest cas, el perill de frau per obtenir un permís de residència o la nacionalitat o la reagrupació familiar és quelcom normal. Per això la doctrina de la Direcció General dels Registres i del Notariat, en la Instrucció de 31 de gener de 2006,⁽¹³⁾ «*sobre los matrimonios de complacencia*», a fi d'evitar-los, demana al Jutge que faci una indagació prèvia per veure si hi ha aparences de frau, és a dir, si es tracta d'un matrimoni real o d'un matrimoni de conveniència. El Notari no pot fer tal indagació, però tampoc no pot autoritzar escriptures que tinguin aparences clares de frau. Per això crec que cal tenir una cura especial, semblant, per exemple, a la que es té per comprovar la identitat del testador malalt. En aquest sentit, entenc que, a més de fer certes preguntes, s'hauria de demanar, com a mínim, el certificat d'empadronament, per tal de complir el que la Direcció anomena «*vecindad administrativa*», ja que el perill de frau —obtenir el permís de residència o la reagrupació familiar com a única finalitat— és molt normal. El Notari, d'altra banda, no crec que estigui facultat per fer un interrogatori, com el que preveu la citada Instrucció de la Direcció, per evitar els matrimonis de complacència. En tot cas, s'hauria d'evitar que el certificat fos de data massa recent, encara que aquesta data, al meu entendre, no convé que figuri en el cos de l'escriptura, la qual s'ha de limitar a dir que els compareixents volen ser parella de fet, que volen viure a tal lloc, on ja estan empadronats, i que ho acrediten amb el certificat que entreguen, el qual queda unit a l'escriptura. Cal que quedi clar que la parella de fet queda constituïda en aquell moment. Per tant, si al Notari se li exhibeixen documents que proven que fa temps que la parella conviu, pot utilitzar-los per formar-se el criteri que no hi ha frau, però sense incorporar-los —tret del certificat d'empadronament, com



hem dit— ni fer-ne menció a l'escriptura, ja que, repeteixo, l'escriptura acredita el fet de voler-se constituir com a parella i sotmetre's a la legislació catalana, cosa que pressuposa la convivència *more uxori*, llevat que es provi el contrari. Potser la compareixença de dos testimonis, encara que fossin instrumentals, donaria una certa seguretat al Notari.

Aquest criteri de territorialitat estricta quant a l'autorització de l'escriptura de constitució és, lògicament, opinió meua, i mentre no hi hagi cap resolució o instrucció que en digui res, serà el Notari qui haurà de determinar si pot o no pot autoritzar-la. La doctrina no s'hi ha pronunciat amb gaire claredat. LONGO⁽¹⁴⁾ sembla compartir aquest criteri, sobretot per la manifestació de voler-se acollir a la legislació catalana. En canvi, GONZÁLEZ BOU⁽¹⁵⁾ considera que, quan la parella es constitueix per mitjà d'escriptura pública, sempre caldrà determinar la llei aplicable quan els membres siguin de diferent veïnatge o nacionalitat.

Una altra cosa seria si portessin més dos anys empadronats al mateix lloc i volguessin fer acta de notorietat per tal d'acreditar la seva condició de parella estable. Aquesta acta és prevista a la disposició addicional 2a de la Llei 25/2010, de 29 de juliol, que aprova el llibre II i que és un dels mitjans de prova en tots els supòsits. En aquest cas, però, la manifestació dels atorgants no és suficient; calen altres proves, com en totes les actes de notorietat, ja que no es tracta de declarar la voluntat de constituir-se en parella, sinó d'acreditar que ho són per la convivència notòria de més de dos anys. Per tant, com en totes les actes de notorietat, el Notari pot i ha d'exigir les proves que cregui pertinents per fer el judici de notorietat. Com a mínim, li caldran dos testimonis, encara que no trobo que això sigui suficient. Altres proves podrien ser el contracte de lloguer o compra d'un immoble a nom dels dos, un extracte d'un compte corrent també a nom dels dos, etc.

Al meu parer, són tres els tipus de documents notariaus que poden acreditar que una parella és legalment parella estable:

- En primer lloc, l'escriptura, no acta, de constitució de parella, on es declara la voluntat de constituir-se com a tal



d'acord amb la Llei catalana i on s'indica el domicili familiar. M'atreveixo a dir que potser es podria afegir que normalment viuran en pisos separats, però amb una unió semblant a la matrimonial, encara que reconec que l'afirmació és atrevida.

- En segon lloc, acta, no escriptura, de notorietat, per testimoniar que porten més de dos anys com a parella de fet, és a dir, de convivència *more uxori*. En aquest cas, és el Notari qui ha de declarar que està justificada la notorietat, i per això pot exigir les proves que estimi necessàries per tal d'acreditar-ho, com hem dit abans.
- I en tercer lloc, una acta de manifestació de la parella estable que ja té un o més fills i que, a part del llibre de família, vol tenir un document que ho acrediti. En aquest cas, el requeriment es farà a efectes de deixar constància d'aquest fet, al·legant l'article 234.1 CCCat. En aquest cas, potser seria convenient incorporar una fotocòpia de les pàgines corresponents del lli-

bre de família o del certificat de naixement dels fills.

V. SOBRE LA POSSIBILITAT D'UNA ESCRIPTURA DE NEGACIÓ D'UNIÓ CONVIVENCIAL

Les disposicions del Codi civil de Catalunya sobre unions convivencials són, en principi, imperatives. LLEBARRIA⁽¹⁶⁾ és molt contundent quan diu «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». Modestament, creiem que exagera una mica, ja que hi ha moltes sentències, algunes de les quals hem citat anteriorment, que assenyalen la necessitat de convivència *more uxori* i que les simples relacions sentimentals no produeixen aquest efecte. Recordem la citada Sentència del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya de 4 de setembre de 2008: «No poden assimilar-se les relacions sen-



timentals amb la convivència more uxori, ni amb la matrimonial, ja que només les relacions convivencials comporten els efectes jurídics determinats per les lleis en cas d'extinció o cessament». I és que una interpretació tan radical podria portar a situacions molt difícils, no volgudes per cap de les dues parts. Recordem que, per tal que hi hagi unió convivencial, no cal que hi hagi sexe distint, ni que els membres de la parella visquin sempre junts, sinó ànim de vida estable i convivència *more uxori*. Actualment, molts estudiants, de diferent o igual sexe, conviuen en un mateix apartament i, a més a més, pot ser que tinguin relacions sexuals, però no *more uxori*, ja que són casos en què no hi ha intenció de constituir una parella estable. Però podria passar que, en cas de desavinença, un del membres manifestés que sí conviuen *more uxori*. Crec que seria qüestió de provar-ho, però és molt difícil de distingir si mantenen una relació simplement d'amistat, encara que tinguessin relacions sexuals, o si existia ànim de convivència estable. I encara és més difícil de demostrar si hi havia ànim d'enganyar per part d'un dels dos. De la mateixa manera que no es pot obligar una parella que té un fill que es casi, entenc que tampoc no es pot obligar que

es consideri parella estable una parella que no tenia l'ànim de ser-ho.

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

Precisament per evitar aquests problemes, crec que és possible una escriptura o, si es vol, una acta de manifestació en què les dues parts, sempre que siguin majors d'edat i no hi hagi cap altra circumstància —una diferència notòria d'edat, per exemple, o de fortuna— que faci pressuposar el frau o l'engany, declarin la seva intenció de no voler constituir-se en parella estable, malgrat conviure plegats. Declaracions que, com sempre, estaran subjectes a revisió judicial, però que, en principi, són un mitjà de prova vàlid. Aquest punt ja es va discutir en el Primer Observatori de Dret Civil, però no es va arribar a cap acord, i la norma actual no fa cap referència a aquest punt. LLEBARIA, en parlar de l'efecte automàtic radical —que ell defensa— de la llei, ho explica dient que «*tal imposición se justifi-*

ca 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⁾

I això mateix deien alguns membres de l'Observatori. Però, atesa la manera de viure actual, crec que aquesta escriptura no només seria convenient, sinó que també faria reflexionar aquells que volen conviure però no tenen cap intenció de considerar-se parella estable, semblant al matrimoni. Evidentment, abans d'autoritzar-la, el Notari hauria d'estar convençut que no hi ha aparences de frau i raonar d'alguna manera en l'escriptura el perquè d'aquestes declaracions.

També sembla partidari d'aquest parer GONZÁLEZ BOU,⁽¹⁸⁾ el qual estima que aquelles persones que volen ser lliures en les seves relacions personals i patrimonials amb la parella haurien d'atorgar una escriptura pública per preservar aquesta llibertat, si bé subsistiran els efectes protectors mínims al membre més dèbil.

LÓPEZ BURNIOL,⁽¹⁹⁾ en canvi, en uns comentaris a la Llei anterior, es mostra totalment contrari tant als que volen que no hi hagi cap reglamentació com a la possibilitat d'exclusió dels seus efectes, ja que el principi de llibertat és condicionat pel de responsabilitat. Es pot elegir entre viure sol o en parella, però si s'escull aquesta darrera opció —diu—, «*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 PARELLA I EL RÈGIM MATRIMONIAL

La convivència en parella estable, com hem dit abans, té uns efectes molt semblants als del matrimoni, com es demostra plenament en el llibre IV del Codi civil —successions—, potser més que en el llibre II, que les regula. Però aquest llibre II, en regular-les, no conté cap article que proclami la identitat d'efectes, sinó preceptes concrets referents a punts concrets. I aquests són precisament un reflex de les mateixes disposicions respecte al cas de la separació de béns. Així, l'article 234-9 estableix la «Compensació econòmica per raó de treball», i remet a les regles que figuren en la secció del règim de separació de béns dins el ma-



trimoni. Igualment, l'article 234-3 els permet comprar per mitges amb pacte de supervivència, i remet a l'article 231-15, que regula aquesta figura només en el cas de règim de separació de béns. Tot això va pressuposar, per a les parelles estables, un règim de separació de béns molt d'acord amb la consideració que el dit règim de separació de béns no és pròpiament un règim econòmic matrimonial, ja que cadascun dels cònjuges conserva l'administració i la disposició dels seus béns. Aquí afegim que no creiem que es pugui fer cap pacte amb semblança als capítols matrimonials, ja que el Codi civil de Catalunya, que tantes vegades assenyala, al costat dels cònjuges, els convivents en parella estable, no diu res d'aquests darrers en regular els capítols. Per això estimo que el règim patrimonial de les parelles estables és sempre el de separació de béns, cosa que implica una certa consideració com a solters, amb les especialitats que estableix el Codi en els articles 234-1 a 12. Que si bé poden fer qualsevol tipus de pacte, aquest tindrà caràcter obligatori, però no tindrà eficàcia directa, a menys que adoptin algunes de les fórmules que amb independència de l'estat civil puguin establir les persones, per exemple, societats, àdhuc les de guanys que regula el Codi civil comú (articles 1672 i 1675).

La jurisprudència és variable, però, en tot cas, preval el fet que per a la seva constitució no s'estableix cap règim matrimonial. La Sentència de l'Audiència Provincial de Barcelona de 17 de maig de 2006 és rotunda: «*Ninguna unión de hecho genera un régimen económico similar al matrimonial*». En casos concrets, parlaran d'una societat irregular, d'una certa comunitat sobre uns determinats immobles, d'un enriquiment injust, etc., però el tractament base és el d'uns solters que viuen junts i que poden fer uns negocis determinats en els quals no queda plenament identificada la titularitat.⁽²⁰⁾ Crec molt interessant la Sentència del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya de 21 de juny de 2007 que sembla admetre pactes diversos i es decanta per l'aplicació del principi d'autonomia privada. És una sentència molt completa. Confirma, tot afirmant que va encertar la doctrina de la Sentència apel·lada, que, després de negar l'aplicació analògica de la normativa reguladora de la *sociedad de gananciales* o de les comunitats de béns a la «*unión*

paramatrimonial», admet expressament, i amb caràcter general, «*como no podía ser de otra forma*», el principi d'autonomia privada dels convivents en parella estable per regular les seves relacions patrimonials, admetent que poguessin constituir una comunitat de béns mitjançant pacte exprés o tàcit que derivi d'actes conclouents, i apuntant que una solució raonable podria ser la d'una societat irregular de naturalesa mercantil, si bé en el cas concret no ho estima i també s'oposa a la negació de la donació i a la doctrina del «*levantamiento del velo*».⁽²¹⁾

**Destacado destacado destacado
destacado destacado destacado
destacado destacado destacado
destacado destacado destacado
destacado**

Al meu entendre, repeteixo, no es poden pactar règims de comunitat a les constitucions de parelles de fet. Es poden fer els pactes que s'estimin convenients, però seran pactes que obligaran tot i que no produiran efectes directes. A mi em sembla que l'essència dels règims patrimonials en les parelles de fet a la legislació catalana és la separació absoluta de béns, amb tots els pactes i totes les renunciacions que la llei preveu. Poden pactar, a més a més, tot el que vulguin, però seguint les normes dels contractes civils o mercantils, ja que, en un altre cas, no tindrien cap altra eficàcia que l'obligatòria entre ells. Així, podrien pactar, per exemple, que faran totes les compres a mitges i amb pacte de supervivència, però això no convertiria automàticament les compres en aquest caràcter, si les fes un d'ells oblidant-se del pacte, sinó que només serviria, en tot cas, per exigir davant els tribunals que es complís el dit pacte. Podrien també constituir societats —fins i tot tàcites— derivades de fets conclouents, o comunitats de béns, però servant sempre les normes del Codi civil o del mercantil, i no com a règim matrimonial. Igualment, podrien pactar que més endavant faran una societat a la qual aportaran el que sigui, però sols serviria, en tot cas, per exigir davant els tribunals que tal societat es constituís, però mai es tindria per constituïda directament pel pacte.

En la doctrina, LLEBARIA⁽²²⁾ també es refuta que sobre la base del principi d'autonomia privada es pugui establir un sistema de comunicació matrimonial semblant a l'establert per al matrimoni, ja que l'autonomia troba obstacles insalvables, com és el cas de diverses presumpcions legals o regles referents a la responsabilitat patrimonial davant de tercers o bé la creació de patrimonis separats —com ara la *sociedad de gananciales*.

LONGO⁽²³⁾ manté un criteri més flexible. Entén que el llibre II parteix del principi de llibertat gairebé absoluta dels membres de la parella en l'ordenació de les seves relacions economicopatrimonials durant la convivència. L'autor, si bé admet que és discutible la subjecció sense més a un règim de guanys, admet també un règim pactat d'efectes anàlegs, si més no, *inter partes*. Igualment, admet que es pot pactar un règim de comunitat, si bé els efectes respecte dels béns aportats sembla que exigirien el corresponent negoci causal, oneros o gratuït. Per tant, el seu parer no és gaire diferent del que nosaltres sostenim.

En canvi, GONZÁLEZ BOU,⁽²⁴⁾ en sentit contrari, afirma que no veu cap problema pel qual no pugui pactar-se en l'escriptura de constitució qualsevol règim patrimonial, adaptant la seva regulació als que es preveuen en la regulació matrimonial, si bé en cas que no existeixi escriptura, es pressuposarà sempre la separació absoluta de patrimonis.

VII. EL CONTINGUT DE L'ESCRITURA

L'escriptura de constitució de parella estable té un contingut mínim: la declaració de la voluntat de constituir-se com a parella estable d'acord amb la legislació catalana —o potser seria millor citar el llibre II del Codi civil català i els seus articles referents a la parella— i la declaració d'absència d'impediments. No cal acompanyar cap document, si bé és convenient aportar el certificat d'empadronament, que serà imprescindible —com hem raonat anteriorment— quan es tracti d'estrangers sense permís de residència.

Ara bé, cal res més? És convenient afegir-hi certs pactes? Ja hem dit que no hi té cabuda cap mena de capítol, és a dir, cap



subjecció a un règim matrimonial, encara que sigui amb la transcripció de la seva normativa; sense remissió general, el règim serà l'equivalent al de la separació de béns, de manera que cada membre conservarà el domini, gaudi i administració dels seus béns.

**Destacado destacado destacado
destacado destacado destacado
destacado destacado destacado
destacado destacado destacado**

La normativa actual, a diferència de l'anterior, que incloïa normes referents a despeses comunes (articles 4 i 23) i la responsabilitat solidària d'ambdós membres de la parella davant de tercers (articles 5 i 24), declara, en l'article 243-3.1, que «*les relacions de parella estable es regulen exclusivament pels pactes dels convivents, mentre dura la convivència*». Ara bé, repetim: és convenient establir aquests pactes a l'escriptura de constitució?

Segons LLEBARIA,⁽²⁵⁾ no és normal que aquests pactes figurin a l'escriptura, ja que en el moment de la seva constitució no es pensa en això, però ho considera convenient, ja que la major part de les separacions de parelles acaba als jutjats. Algun Notari fa un resum de les obligacions i els deures bàsics de la Llei, explicant-los i posant-los com a pactes. Jo, per la meua part, estimo que l'escriptura de constitució no ha de fer menció a cap pacte. Com a màxim, pot fer referència al fet que en document a part s'estableixen els pactes que regulen la convivència. I és que l'escriptura de constitució és un document destinat a la circulació, a ser presentat on calgui acreditar l'existència de parella estable, i no li interessa gens a la persona o funcionari a qui s'hagi de presentar quins són els pactes que tenen respecte al treball comú o respecte al que passa si es dissol la parella. En la inscripció de matrimoni, que és al que més s'assembla, no es diu res sobre règims econòmics; com a màxim, si es van fer o no capitulacions i si s'han modificat.

Aquesta escriptura —que, com he dit, es pot mencionar, encara que no calgui, que es farà o que es fa a continuació— pot contenir tots els pactes que

no vagin en contra de la llei, la moral o l'ordre públic (article 1225 CC). Fins i tot pot incloure, com preveu l'article 234-5, els pactes en previsió d'una ruptura de la convivència, per la qual cosa no cal que sigui anterior a un mes, ja que la regla de l'article 231-20.1 es refereix només a quan consten en capítols, si bé sí que caldrà el consell del Notari per separat.⁽²⁶⁾

El consell del Notari caldrà en cas que hi hagi pactes, encara que no siguin en previsió de separació, i en aquest cas, encara que no ho digui expressament la llei —si bé no caldrà que sigui per separat—, atès que, en el moment de constituir-se, una parella de fet és molt poc probable que previngui no només la situació de separació, sinó tampoc els problemes de regulació de la vida comuna, ja que, normalment, en les parelles de fet el tema de la regulació del patrimoni no s'ha tractat amb tant deteniment com en el cas de les parelles que prenen l'opció del matrimoni.

VIII. COEXISTÈNCIA DEL PRINCIPI DE TERRITORIALITAT AMB L'ESTATUT PERSONAL

Hem dit al llarg del treball que la convivència en règim de parella estable de persones que viuen administrativament —o més ben dit, de fet— a Catalunya, encara que no tinguin el veïnatge civil català, es constitueixen i regeixen per les normes que sobre la matèria estableix el Codi, d'acord amb el principi de territorialitat que proclama l'article 111-3.1, el qual disposa: «*El Dret Civil de Catalunya té eficàcia territorial*», però continua dient «*sens perjudici de les excepcions que es puguin establir en cada matèria i de les situacions que s'hagin de regir per l'estatut personal o altres normes d'extraterritorialitat*».

I entre les situacions que s'han de regir per l'estatut personal estan, segons disposa l'article 9.I CC, «*los derechos y deberes de familia y la sucesión por causa de muerte*». Per tant, entenem que si les persones que formen la parella estable tenen el veïnatge civil català, no hi haurà cap problema, però i si no és així?

Des del punt de vista del Notari que autoritza una escriptura de constitució, al meu entendre, això no ha de preocupar-lo gaire. Ell ha de deixar molt clar, fonamentalment, si els constituents no tenen

el veïnatge civil català, que la regulació de les parelles de fet estables és una normativa autonòmica, de plena vigència a Catalunya, però que, en no haver-hi regulació general de l'Estat, res no es pot afirmar amb seguretat respecte de la resta dels aspectes. I més encara si els que la constitueixen són estrangers.

De totes maneres, i amb caràcter general, es pot dir, pel que fa a les situacions familiars, que si es resolten davant de tribunals de Catalunya, s'aplicaran totalment les normes del Codi, com la compensació econòmica per raó de treball o la prestació alimentària, que poden estar modulades pels pactes. Fins i tot s'aplicaran les normes relatives als drets familiars, en cas de defunció, per la tendència ja citada d'aplicar, en cas de dubte, la llei del lloc. I que si es resolten davant de jutjats o tribunals de fora de Catalunya, és molt difícil dir res amb caràcter general, ja que dependrà del que diguin les respectives lleis.

En canvi, tractant-se de drets de successió, sembla que s'aplicarà exclusivament l'estatut personal, com succeiria si en lloc de convivència en parella estable hi hagués matrimoni. El membre sobrevivent de la parella de fet sols tindrà els drets successoris que li atorgui la legislació corresponent al seu estatut personal, i en l'ordre que aquest estableixi, abans o després dels pares, en concurrència amb ells, o no tindrà cap dret. En altres paraules: el membre sobrevivent de la parella de fet tindrà sols drets successoris si els hi dona la llei que regeix el seu estatut personal, que determinarà quins són. I tot això, al nostre entendre, amb independència del tribunal que resolgui el cas, tant si és un tribunal de Catalunya com de la resta de l'Estat, o bé un tribunal estranger.

(1) GARRIDO MELERO, Martín, *El régimen jurídico de las parejas de hecho*, ponència al Seminari de la UIMP, Ed. Thomson-Civitas, Madrid, 2005, p. 123, diu, referint-se a la regulació de les parelles homosexuals en la Llei de 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) GLESIAS, 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», a *La Notaria*, núm. 3, 2000, p. 120.
- (7) GARRIDO MELERO, Martín, *El régimen jurídico de las parejas de hecho*, ponència al Seminari de la UIMP, Ed. Thomson-Civitas, Madrid, 2005, p. 110 i s.
- (8) LLEBARIA SAMPER, Sergio, a *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», a *La Notaria*, núm. 3, 2000, p. 120.
- (10) LLEBARIA SAMPER, Sergio, a *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) Resolució-Circular de la Direcció General dels Registres i del Notariat de 29 de juliol de 2005, sobre matrimonis civils entre persones del mateix sexe: «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 Instrucció de 31 de gener de 2006 de la Direcció General dels Registres i del Notariat, sobre els matrimonis de complacència (ADGRN, 2006, p. 6031-6048, esp. p. 6044-6048).
- 14 LONGO MARTÍNEZ, Antonio, «La parella estable i les relacions convivencials d'ajuda mútua», a *La Notaria*, núm. 3, 2000, p. 124.
- 15 GONZÁLEZ BOU, Emilio, «La convivencia estable en pareja: Constitución, extinción y exclusión», a *El nuevo Derecho de la persona y de la familia*, Ed. Bosch, Barcelona, 2011, p. 513, després de citar GARRIDO MELERO, per a qui sembla que la solució més adequada és l'aplicació de la llei del lloc de residència, i la d'INMACULADA ESPÍÑEIRA, que parteix de la base d'aplicar, com a primer punt de connexió, la llei establerta pels membres que formen la parella, 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, a *Libro Segundo del Código Civil de Cataluña*, Ed. Sepin, Madrid, 2011, p. 938.
- 17 LLEBARIA SAMPER, Sergio, a *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», a *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», a *RJC*, núm. 3, 1999, p. 650.
- 20 Una enunciació i sistematització de les principals sentències es por veure a LLEBARIA SAMPER, Sergio, a *Libro Segundo del Código Civil de Cataluña*, Ed. Sepin, Madrid, 2011, p. 950-951.
- 21 *RJC*, núm. 7, 2007, p. 1494. Creiem interessant de reproduir aquests raonaments de la Sentència: «Y la verdad es que la Sentencia impugnada (Fundamento jurídico I) 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», a *La Notaria*, núm. 3, 2000, p. 125.
- (24) GONZÁLEZ BOU, Emilio, «La convivencia estable en pareja: Constitución, extinción y exclusión», a *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, clarament assenyalava que la intervenció del Notari aconsellant per separat és necessària només si es fa el pacte en escriptura separada, no quan es fa en capítols, basant-se en el text literal, al qual es pot afegir que els capítols ja porten per si mateixos un assessorament general.

EL PODER PREVENTIU: TUTELA PRIVADA, UN REpte PER AL NOTARIAT

Josep M. Valls Xufré
Notari de Barcelona

SUMARIO

- I. UN NOU PLANTEJAMENT TUTELAR
- II. L'ARTICLE 1732 CC (LLEI 41/2003)
- III. L'ARTICLE 222-2 CCCAT (LLEI 25/2010)
- IV. COEXISTÈNCIA DELS ARTICLES 1732 CC I 222 CCCAT
- V. RÈGIM JURÍDIC DEL PODER PREVENTIU A CATALUNYA
- VI. CLASSES DE PODERS PREVENTIUS
- VII. Subjectes: el poderdant i l'apoderat
- VIII. OBJECTE: FACULTATS I MESURES DE CONTROL
- IX. FORMA: ESCRIPTURA PÚBLICA I INSCRIPCIÓ
- X. EXTINCIÓ
- XI. CONCLUSIÓ
- XII. BIBLIOGRAFIA

I. UN NOU PLANTEJAMENT TUTELAR

Josep Pla creia molt en el Notariat i en la seva proximitat a la realitat social. És cèlebre aquella conversa entre un Notari i



un pagès. Quan el Notari reconeix que els de la seva professió saben tantes coses de les persones com els confessors, el pagès li contesta que «els notaris n'han de saber moltes més, perquè a vostès els hem de dir la veritat...».⁽¹⁾

Ara que es parla tant de traspasar una part de la jurisdicció voluntària al Notariat, és el moment de demostrar a la

societat que la nostra vocació de servei és més ferma que mai i que sabrem utilitzar les eines que se'ns lliurin de forma eficaç. La societat civil pot confiar, com fins ara, que desenvoluparem totes les tasques amb la professionalitat i la fidelitat que són les divises del nostre cos.

Però abans que s'aprovi una Llei General de Seguretat Preventiva, o bé una



lleï en què el Notariat assumeixi una part de la jurisdicció voluntària actual, el legislador ens posa a prova mitjançant els poders preventius.

El llibre segon del Codi civil de Catalunya, relatiu a la persona i la família, en l'article 222-2, regula el poder en previsió de pèrdua sobrevinguda de capacitat dient que: «**No cal posar en tutela les persones majors d'edat que, per causa d'una malaltia o deficiència persistent de caràcter físic o psíquic, no es poden governar per si mateixes, si a aquest efecte han nomenat un apoderat en escriptura pública perquè tingui cura de llurs interessos**».

Continua dient el precepte: «**El poderdant pot ordenar que el poder produeixi efectes des de l'atorgament, o bé establir les circumstàncies que han de determinar l'inici de l'eficàcia del poder. En el primer cas, la pèrdua sobrevinguda de capacitat del poderdant no comporta l'extinció del poder. El poderdant també pot fixar les mesures de control i les causes per les quals s'extingeix el poder**».

I acaba dient en el tercer paràgraf: «**Si en interès de la persona protegida s'arriba a constituir la tutela, l'autoritat judicial, en aquell moment o amb posterioritat, a instància del tutor, pot acordar l'extinció del poder**».

Aquest precepte se situa en la **línia dels ordenaments jurídics més actuals, que donen preferència a l'autonomia de la voluntat** i que ofereixen la possibilitat de suplir amb solucions familiars la intervenció judicial per constituir la tutela a les persones que perden la capacitat. També s'ha tingut en compte la realitat social, segons la qual, **en la majoria dels casos, la incapacitació només se sol·licita per resoldre problemes concrets, com ara la venda o el lloguer d'un pis per fer front a les despeses de manteniment de la persona incapac.**

Cal destacar la situació del precepte citat dins el llibre segon del Codi civil de Catalunya, relatiu a la persona i la família, en concret, les **disposicions generals del capítol II, dedicat a la tutela**.

D'entrada, avancem que això dóna al poder en previsió de pèrdua sobrevinguda de capacitat un caire d'institució **quasiutelar, o tutela privada**, que, tal com veurem al llarg de l'exposició, modifica el

FITXA TÈCNICA

Resum: L'article 222-2 CCCat suposa un repte per al Notariat, perquè en cada cas concret hem d'ajudar el poderdant a configurar un projecte vital tan important com és el disseny de la seva tutela privada, destinada a perdurar fins a la mort, sense la possibilitat de ser modificada pel mateix interessat. La llei conté una regulació completa entorn de la tutela i, en canvi, una de molt simple entorn del poder preventiu. El legislador no vol que el tema es resolgui amb una simple clàusula d'estil, més o menys afortunada, per a tots els poders que autoritzem. Als notaris se'ns demana, en aquest sentit, una immersió en la realitat i en les expectatives del poderdant per poder aconsellar el més convenient per una persona i el seu patrimoni.

Paraules clau: Tutela privada, Notariat, regulació.

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.

caràcter purament contractual del mandat, base de la representació atorgada mitjançant el poder.

A la tradicional representació del tutor (legal), s'hi afegeix una altra possibilitat, que és la representació de l'apoderat preventiu (voluntària), per configurar un sistema d'institucions de protecció de la persona més complet i també més d'acord amb la realitat social actual

O, si volem, podem dir-ho de forma més global: **s'introdueix el poder preventiu dins la regulació de la tutela no perquè es consideri que és un supòsit de representació legal, o tutelar, sinó perquè a la tradicional representació del tutor (legal), s'hi afegeix una altra possibilitat, que és la representació de l'apoderat preventiu (voluntària), per configurar un sistema d'institucions de protecció de la persona més complet i també més d'acord amb la realitat social actual.**

Aquesta postura és la que preval tant en l'àmbit internacional com en les lleis més avançades que recull la **Convenció**

sobre els Drets de les Persones amb Discapacitat de les Nacions Unides (Nova York, 13 de desembre de 2006), la qual proclama el principi de l'autonomia personal, que considera la incapacitació com una mesura extraordinària, i reconeix la importància que per a les persones amb discapacitat tenen l'autonomia i la independència individuals, inclosa la llibertat de prendre decisions pròpies. L'article 12, apartat quart, disposa que els estats part asseguraran que en totes les mesures relatives a l'exercici de la capacitat jurídica es proporcionaran salvaguardes adequades i efectives per impedir els abusos, de conformitat amb el Dret internacional en matèria de drets humans.

Com explica **Sergio Nasarre⁽²⁾** en comentar les novetats del llibre segon del Codi civil de Catalunya, en els treballs preparatoris es va prendre en consideració la possible supressió de la incapacitació de la persona pel seu deficient funcionament en la realitat sociojurídica, tal com ha passat en països tan pròxims i d'ordenaments tan prestigiosos com Alemanya, on s'han substituït la tutela i la curatela per institucions més flexibles i adaptades al món actual, com són ara la figura de **l'assistència** —novetat també de la Llei catalana 25/2010, en l'ordenament jurídic



espanyol— i la del **poder preventiu**, objecte de la present exposició.

El poder en previsió de pèrdua de la capacitat és una prova de foc per al Notari, i hem de donar el do de pit. El legislador sap que estem en contacte directe amb la realitat, que podem apropar-nos més que ningú al cas concret i aconsellar segons les circumstàncies. Hi haurà casos en què el poder preventiu s'imposarà de forma molt clara perquè les premisses seran molt simples. Per exemple, en cas que el poderdant tingui un pis i vulgui facultar els seus fills perquè en disposin, si arriba a incapacitar-se, per poder fer front a les despeses del mateix discapacitat, no sent necessari recórrer a un procés d'incapacitació judicial.

En altres casos, el Notari haurà de denegar la seva intervenció o desaconsellar-la a falta de garanties afegides, si veu que el poder preventiu es pot arribar a convertir en una arma d'espoliació en mans de persones sense escrúpols. Seria el cas d'una persona sense familiars que apoderés un empleat del servei domèstic pel sol fet que en el moment actual té molta cura del poderdant.

Entre un extrem i l'altre, hi haurà una infinitat de supòsits que el Notari haurà d'esbrinar per arribar a la realitat actual i poder preveure l'esdevenidor. La llibertat que el legislador ha donat al poderdant és una llibertat basada en la necessitat que el poder preventiu s'atorgui en escriptura pública i que, per tant, l'autoritzi un funcionari de la categoria professional i personal del Notari.⁽³⁾

II. L'ARTICLE 1732 CC (LLEI 41/2003)

El cert és que, quan s'atorga el poder, el Notari vetlla per la plena capacitat d'obrar del poderdant, però després, lògicament, en augmentar l'edat, tal capacitat va disminuint. I en disminuir aquesta capacitat, disminueix també la possibilitat que té el poderdant de controlar l'activitat de l'apoderat, d'exigir-li una rendició de comptes i, en definitiva, de revocar-lo.

I és que el poder és un acte unilateral, però es fonamenta en el contracte bilateral del mandat. Com diu **León Alonso**, en la regulació del mandat, els ordenaments jurídics moderns han tingut, des

d'un principi, com a pressupòsit essencial per a la perdurabilitat del mandat, l'anomenada **perseverantia consensus**.

⁽⁴⁾ **Víctor Garrido de Palma** hi afegeix que el mandat és el prototipus de contracte de gestió de caràcter bilateral, però durant la seva execució una de les parts pot esdevenir incapaç, i —valgui la redundància— incapaç per fer front als abusos de l'apoderat mitjançant **la seva principal arma, que és la revocació i l'acció d'exigir responsabilitats**.⁽⁵⁾

Per això, en l'àmbit estatal, fins a la reforma del Codi civil comú per la Llei de Protecció Patrimonial de les Persones amb Discapacitat (Llei 41/2003, de 18 de novembre), **la incapacitat del poderdant provocava inexorablement l'extinció del poder**. Així havia estat sempre, malgrat les diferents redaccions de l'article 1732 des de la publicació del Codi civil comú. La redacció actual, en virtut de l'esmentada reforma, reconeix que en el mateix mandat «*se hubiera dispuesto su continuación o el mandato se hubiera dado para el caso de incapacidad del mandante, apreciada conforme a lo dispuesto por este. En estos casos, el mandato podrá terminar por resolución judicial dictada al constituirse el organismo tutelar o, posteriormente, a instancia del tutor*».

Aquest precepte reconeixia i regulava una realitat ancestral, i és que el típic poder general atorgat per persones d'una certa edat, en la major part dels casos, obeeix a la voluntat dels particulars d'evitar la intervenció judicial i tot el que suposa una incapacitació judicial, quant a temps, despeses, obligacions posteriors, etc.

La reforma del 2003 va ser acollida amb satisfacció per tots els professionals del Dret, però també amb una certa desil·lusió pel fet de ser massa minimalista, com diu **Montserrat Pereña Vicente**.⁽⁶⁾ Segons l'autora, amb independència del judici que puguem fer quant a la tècnica legislativa de regular, dins el contracte de mandat, una matèria que pertany a la protecció dels discapacitats psíquics, el cert és que, **si s'afegeix tan sols un incís final a l'article 1732, es deixen enlaire massa aspectes; en realitat, tots**.

Per la nostra part, podem afegir que amb aquesta fórmula del Codi civil comú consistent a regular el poder preventiu

com una simple excepció a l'extinció del mandat per incapacitat del poderdant, les normes generals del contracte de mandat seran les que serviran de marc per a la configuració i la interpretació del poder en previsió de pèrdua de la capacitat.

Ara bé, com posa en relleu **Garrido de Palma**,⁽⁷⁾ la regulació legal del contracte de mandat no s'ajusta **in toto** a la natura del mandat preventiu. Així, doncs, no és admissible que el menor emancipat pugui tenir aquest càrrec, ni que l'apoderat pugui nomenar un substitut —com podria fer en l'àmbit normal del mandat—, si no és que, en el poder preventiu, el poderdant ho hagi previst i permès.

El caràcter personalíssim de l'actuació de l'apoderat en el poder preventiu feia necessari regular alguna forma, encara que fos per la via de la imposició al poderdant, **d'explicitar en els poders temes tan importants com la possible substitució dels poders, la rendició de comptes, la provisió de fons al mandatari o la remuneració, la possible renúncia del mandatari o la revocació del poder per part d'un òrgan de control designat a l'efecte, etc.**

Tots aquests aspectes hauran de ser assumits pels juristes, advocats i notaris en aconsellar els seus clients; el legislador carrega, d'aquesta manera, tota la responsabilitat del bon funcionament de la institució en els professionals del Dret.

El cert és que l'article 1732 no es planteja el poder preventiu com un substitutiu de la tutela, sinó com un complement. Com diu **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 este 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 este no pueda coexistir con el apoderado y que el Juez tenga necesariamente que extinguir el poder. La subsistencia del apoderado con el*



tutor resulta del propio tenor del art. 1732».
(8)

En la mateixa línia conceptual, la Llei 13/2006, de dret de la persona d'Aragó, recull també en l'article 95 el poder preventiu: «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. L'ARTICLE 222-2 CCCAT (LLEI 25/2010)

A la Llei 25/2010, el legislador català ha volgut anar un pas més enllà i dotar d'una regulació pròpia els poders preventius, tot situant-los dins el llibre segon, relatiu a la persona i la família, i en el capítol II, que regula la tutela.

Això mateix s'ha fet a **França**, on s'ha regulat l'anomenat *mandat de protecció futura* entre les institucions tutelars donant un règim específic i afrontant tots els aspectes problemàtics que els poders d'aquest tipus poden generar, sens perjudici que, com diu l'article 478 del Codi civil francès, **seran aplicables supletòriament les normes del mandat**, sempre que no siguin incompatibles amb la regulació pròpia del mandat de protecció futura.⁽⁹⁾

Les legislacions actuals sobre discapacitat procuren recollir aquest tipus d'apoderamentament substitutiu de la incapacitació judicial. Al respecte podem citar el treball d'**Ignacio Serrano**, que dedica un capítol a l'estudi de les diverses modalitats que ofereixen les lleis més recents, com a Alemanya, el Quebec, Itàlia, Suïssa i França.
(10)

És la línia seguida també pel Codi civil de Catalunya: **regulació pròpia dins la tutela, que ens apropa a la representació legal, però com a excepció a la tutela, en nom de l'autonomia de la voluntat, que és la base de la institució com a supòsit de representació voluntària.**



El legislador català, en el pròleg de la Llei 25/2010, diu que la Llei manté les institucions de protecció tradicionals vinculades a la incapacitació, però que també en regula d'altres que operen o poden operar al marge d'aquesta, atenent la constatació que, en molts casos, la persona amb discapacitat o els seus familiars prefereixen no promoure-la. Acaba expressant que aquesta diversitat de règims de protecció sintonitza amb el deure de respectar els drets, la voluntat i les preferències de la persona, tal com preconitza la Convenció sobre els Drets de les Persones amb Discapacitat de les Nacions Unides, aprovada el 13 de desembre de 2006 a Nova York i ratificada per l'Estat espanyol l'any següent.

La diferent concepció dels poders preventius entre l'article 1732 CC i el 222-2 CCCat és essencial, perquè el poder preventiu de l'article 1732 es troba dins la regulació del contracte de mandat, que és el paradigma de la representació voluntària, mentre que el del 222-2 és dins la tutela.

En l'article 1732 no hi ha més regulació que la del mandat, i amb les normes del mandat haurem de construir el poder preventiu omplint les llacunes del poder amb la mateixa regulació. A més, com que el poder preventiu no és obstacle per a la constitució de la tutela, els possibles buits en les facultats de l'apoderat seran assumits pel tutor.



En canvi, al meu parer, l'article 222-2 preveu un supòsit de **representació voluntària quasitutelar, o tutela privada**, basat en una fórmula —el poder— que té per essència l'autonomia de la voluntat. Autonomia de la voluntat sí, però modulada, ja que està enquadrada en les institucions de protecció de la persona i seran les seves normes, i no les del mandat, les que presidiran l'atorgament i, després, la interpretació del poder.

Es parteix de la base que, en principi, no caldrà constituir la tutela; és a dir, que el poder preventiu suplirà la tutela. Si el poder està ben configurat i l'apoderat respon tal com és d'esperar, el Jutge no intervindrà mai.

Aquesta concepció diferent del poder preventiu, **representació quasitutelar basada en l'autonomia de la voluntat**, presideix tota la regulació continguda en el Codi civil de Catalunya i ens ha de servir per interpretar aquestes normes, i les seves llacunes, sens perjudici de no deixar mai de respectar la voluntat del poderdant, si aquesta és clara i ferma, encara que no s'hagi expressat de forma literal.

La concepció quasitutelar del poder preventiu explica que el Codi civil de Catalunya, en regular la matèria, exigeixi l'autorització judicial per als mateixos casos en què el tutor la necessita, llevat que el poderdant l'hagi exclòs expressament. Es tracta de l'article 222-44.3 CCCat,⁽¹¹⁾ amb relació als actes d'administració extraordinària i de disposició previstos en l'article 222-43.

Per tant, si el poderdant no fa cap menció sobre aquest punt, l'apoderat necessitarà una autorització judicial, per exemple, per disposar de béns immobles. Abans, sota l'imperi de l'article 1732 CC, si els poders s'havien atorgat sense cap limitació expressa, els apoderats no necessitaven autorització judicial. Ara, amb el Codi civil català, la regla canvia i és la contrària: **l'autorització judicial s'imposa a menys que l'hagi exclòs el poderdant.**

Això implica un règim completament diferent per als poders atorgats anteriorment, conforme a l'article 1732 CC, i els atorgats a partir de l'entrada en vigor de l'article 222-2 CCCat.

Però a més, una molt poc meditada disposició transitòria de la llei, establia

que "els poders en previsió d'una situació d'incapacitat atorgats, en aplicació del dret estatal supletori, abans de l'entrada en vigor de la present llei queden subjectes, quant a la seva eficàcia i règim d'exercici, a allò establert pel Codi civil". Aquesta norma provocava una situació absolutament insòlita i contradictòria; veiem el següent exemple:

Fins al 31 de desembre de 2010, l'apoderat podia, per si sol, vendre un immoble del poderdant incapacitat, però a partir de l'endemà, el mateix apoderat, amb els mateixos poders, no podia fer-ho sense autorització judicial.

És una qüestió que ja vaig plantejar a la meua conferència del 28 d'octubre de 2010, dins el curs sobre les principals novetats del llibre segon del Codi civil de Catalunya en matèria d'institucions de la persona, la qual va donar lloc a un ampli debat doctrinal posterior.

La inseguretat provocada per la problemàtica esmentada va fer que el Col·legi de Notaris promogués davant la Conselleria de Justícia una solució lògica i simple. Així, **la Llei 10/2011 de la Generalitat de Catalunya, de 29 de desembre, de simplificació i millorament de la regulació normativa**, en l'article 45, va modificar l'apartat 2 de la disposició transitòria primera de la Llei 25/2010, fent-ne una nova redacció, que és l'actual: «*Els poders en previsió d'una situació d'incapacitat atorgats abans de l'entrada en vigor d'aquesta llei resten subjectes, quant a llur eficàcia i llur règim d'exercici, al que estableix el Codi civil, llevat del que exigeix l'article 222-44.3*».

És a dir, els poders anteriors al dia 1 de gener de 2011, atorgats conforme a l'article 1732 CC, passen a regir-se pel nou article 222 CCCat, llevat de l'autorització judicial que l'article 222-44.3 exigeix als apoderats nomenats d'acord amb la nova regulació. En canvi, en el cas dels poders posteriors a aquella data, si el poderdant vol excloure la intervenció judicial, ho haurà de fer constar en l'atorgament de forma expressa.

Una solució tan senzilla, fàcil i lògica és la que vaig proposar a fi de preservar els poders atorgats amb anterioritat, que ja s'estaven utilitzant i que no es podien modificar, atès que el poderdant ja havia

esdevingut incapaç i, per tant, no podia fer-ne de nous.⁽¹²⁾

IV. COEXISTÈNCIA DELS ARTICLES 1732 CC I 222 CCCAT

La coexistència dels articles 1732 CC i 222 CCCat ens fa plantejar la qüestió del criteri a l'hora de determinar la subjecció a un precepte o l'altre. Hi ha tres possibilitats: el veïnatge civil del poderdant, la residència del poderdant i el lloc d'atorgament.

Aquí faré un petit resum de la meua ponència a les XVII Jornades de Dret Català a Tossa de Mar, la qual inclou un capítol dedicat al Dret Internacional Privat i al Dret interregional en matèria de poders preventius.⁽¹³⁾

La regulació continguda en el Codi civil de Catalunya **és aplicable únicament als poders atorgats a Catalunya per persones que tenen veïnatge civil català? O és suficient que el poderdant sigui resident a Catalunya? Potser seria més adient un criteri territorialista per a tots els poders atorgats a casa nostra?**

Qui tingui veïnatge civil comú, **en atorgar un poder preventiu a Catalunya, ho podrà fer d'acord amb l'article 1732 CC o quedarà sotmès al 222-2 CCCat? I si és aragonès, ho haurà de fer d'acord amb l'article 95 de la Llei aragonesa 13/2006?**

Què passarà amb els **canvis de veïnatge civil dins el nostre país**, com per exemple la persona que, en atorgar el poder, tenia un veïnatge civil comú i residia fora de Catalunya, però després, en perdre la capacitat, ja tenia el veïnatge català?

La necessitat d'autorització judicial per als actes de disposició d'immobles serà aplicable a tots els poders que s'exerceixin a Catalunya?

Considerant que el poder preventiu és admès a tot l'Estat espanyol, el més important és que el contingut que s'hi doni s'adapti tant a l'article 1732 CC, com al 222-2 CCCat, com al 95 de la Llei 13/2006 d'Aragó. I per a això només hi ha una norma: **CLAREDAT**.



Si el poderdant és català o resident a Catalunya, li farem saber el contingut de la nostra Llei. Així, li explicarem que si en el poder només hi ha el nomenament de l'apoderat, aquest quedarà subjecte a les limitacions dels tutors. Aleshores, **amb criteri informat, el poderdant decidirà si vol exonerar l'apoderat de les limitacions del tutor o si vol que l'afectin aquestes limitacions en l'exercici del poder.** Però, en tot cas, val la pena fer-ho constar expressament, tant si decideix una cosa com l'altra. Pensem que aquests poders es poden arribar a utilitzar fora de Catalunya, i val més que quedi ben expressada la voluntat del poderdant per evitar conflictes d'interpretació.

Ara pensem el cas contrari: que estem aconsellant un poderdant de veïnatge civil comú o resident fora de Catalunya, el qual, per tant, quedarà subjecte a l'article 1732 CC. En aquest cas, també serà preferible que quedi clar allò que el poderdant vol realment. L'article 1732 CC no impedeix al poderdant de posar les limitacions que consideri convenients, com per exemple sotmetre a l'autorització judicial —o d'un tercer— els mateixos actes per als quals el tutor la necessita.

Si el poder expressa clarament les limitacions de l'apoderat o la seva llibertat absoluta d'actuació, no tindrà cap mena d'importància el lloc on es faci valer el poder o el veïnatge civil del poderdant en el moment d'actuació de l'apoderat.

Pel que fa al possible **canvi de veïnatge civil del poderdant**, queda clar que en l'atorgament del poder s'ha de tenir en compte el veïnatge civil del poderdant. Ara bé, una vegada atorgat, el canvi de veïnatge del poderdant **no s'ha de tenir en compte**, sobretot si pensem que el poderdant es pot haver **incapacitat gradualment** en el decurs del temps de residència necessari per guanyar el nou veïnatge civil.

Pensar d'una altra forma seria absurd. Una vegada atorgat el poder, el seu contingut ha de ser **interpretat i executat conforme a la llei en què es va emparar el seu atorgament**, encara que canviï el veïnatge civil del poderdant. Aquest, en el moment que el va fer, va haver de considerar la regulació sota la qual es redactava el poder, i també va haver de pronunciar-se d'una forma o una altra en

tots els aspectes, sobretot el relatiu a la necessitat d'autorització judicial imposada per llei, llevat que el poderdant l'exclougui expressament.

V. RÈGIM JURÍDIC DEL PODER PREVENTIU A CATALUNYA

Es pot parlar d'una veritable regulació legal del poder preventiu? Quins preceptes la conformen?

A part de l'esmentat article 222-2 CCCat, que configura la regulació fonamental del poder preventiu, el Codi civil de Catalunya hi dedica altres preceptes específics:

1. Article 222-40, que imposa a l'apoderat —també al tutor o administrador patrimonial— el deure d'actuar amb la diligència d'un bon administrador, **responent dels danys causats amb la seva actuació** i assenyalant un termini de prescripció de tres anys des de la rendició final de comptes.
2. Article 222-44.3, que, com hem vist, estableix la **necessitat d'autorització judicial** per als mateixos actes que el tutor, llevat que el poderdant l'hagi exclosa.
3. Article 222-46.2, que estableix l'**anul·labilitat dels actes fets sense autorització judicial** i determina les persones i el termini en què es pot demanar.

A part d'aquestes disposicions específiques, **l'article 221 CCCat conté les disposicions comunes a les institucions de protecció de les persones** i, per tant, aplicables al poder preventiu de l'article 222-2 CCCat.

En el decurs de l'exposició, citarem els cinc números que el componen, però ara, a tall de resum, valgui el següent:

- L'article 221-1 proclama el **principi de primacia de l'interès personal del discapacitat**.
- L'article 221-2 estableix el **principi del caràcter personalíssim del càrrec** i la seva indelegabilitat, amb les excepcions que veurem.

- L'article 221-3 imposa el **principi de gratuïtat**, sens perjudici de disposició en contrari.

- L'article 221-4 conté el **principi d'informació** a la persona protegida.

- L'article 221-5 atribueix a l'autoritat judicial el **principi de control**.

Aquests principis, dels quals veurem el desenvolupament pel que fa als poders preventius, són aplicables a totes les institucions de protecció de la persona, però, així com en la tutela tots ells tenen un caire imperatiu, en els poders preventius els preceptes que els desenvolupen accentuen el caràcter dispositiu del seu règim jurídic, com per exemple els actes de disposició per als quals l'article 222-43, ja esmentat, exigeix autorització judicial, a menys que s'hagi exclòs expressament.⁽¹⁴⁾

A més, seran aplicables als poders preventius, quan siguin adaptables, els preceptes de la tutela, com per exemple els relatius al conflicte d'interessos i el defensor judicial, si no hi ha previsió al respecte. També ens podem ajudar en configurar el poder preventiu mitjançant remissions a aspectes concrets de la Llei, o per inspirar els dictats del poderdant en matèries com ara la remuneració, la caució, l'inventari, la rendició de comptes, etc.

És aquí on el legislador li està demanant al Notari que s'apropi a la realitat de l'apoderat per aconsellar-lo i ajudar-lo a regular un règim de tutela privat en funció de les seves previsibles necessitats. No podem conformar-nos amb una clàusula d'estil que s'apliqui a tots els casos. Cada poder preventiu ha de ser únic i exclusiu per a cada poderdant. Pensem que estem autoritzant un poder en què el poderdant no tindrà control directe sobre l'apoderat per revocar-l'hi i exigir-li responsabilitats. **Estem construint una tutela privada** que ha de regular els aspectes més essencials d'una institució de protecció de l'incapaç, **ara que encara és capaç**. Malgrat que només sigui per remissió als preceptes de la tutela, punts tan importants com el control de l'apoderat i la rendició de comptes haurien de ser regulats. Com diu **José Alberto Marín Sánchez**, en la facultat d'establir mesures de control és on aquesta tutela privada arriba a la màxima intensitat.⁽¹⁵⁾

La Llei dedica a la tutela una regulació extensa i completa, i no podem pretendre substituir-la per una clàusula més o menys complexa de tipus: **«El poder tindrà vigència encara que el poderdant esdevingui incapaç en qualsevol de les seves modalitats, rellevant l'apoderat de les obligacions i limitacions que la Llei estableix per al tutor o curador»**.

Per a això ja n'hi havia prou amb l'article 1732 CC, però el legislador català ens està exigint una immersió més profunda en les expectatives i necessitats futures del poderdant per poder-li aconsellar el que és més convenient per a ell, tant per a la seva persona com per al seu patrimoni.

Els poders preventius han de dir el que s'espera d'ells, la regulació d'una tutela privada i completa, feta a la mida del poderdant, que expressi amb claredat quines són les facultats de l'apoderat i quines són les seves limitacions i obligacions, així com la persona o entitat a qui s'hagin de sol·licitar autoritzacions complementàries i retre comptes.

Podrem definir el poder preventiu de l'article 222-2 com la institució de protecció de la persona que supleix la tutela i que té com a base el principi de l'autonomia de la voluntat, i en virtut del qual es faculta una o diverses persones físiques o jurídiques per tenir cura de la persona i del patrimoni del poderdant, en previsió que esdevingui incapaç, amb les limitacions i mesures de control que el mateix poderdant imposi

D'aquesta manera, podrem arribar a definir el poder preventiu de l'article 222-2 com la institució de protecció de la persona que supleix la tutela i que té com a base el principi de l'autonomia de la voluntat, i en virtut del qual es faculta una o diverses persones físiques o jurídiques per tenir cura de la persona i del patrimoni del poderdant, en previsió que esdevingui incapaç, amb les limitacions i mesures de control que el mateix poderdant imposi.

El cert és que el legislador ha dipositat en nosaltres, els notaris, una gran confiança, fet que comporta a la vegada una greu responsabilitat.

A continuació veurem les diferents formes d'organitzar la tutela privada. Segur que entre les diferents classes de poders preventius i mesures de control que tot seguir s'exposen trobarem la combinació més adequada per a cada cas concret.

VI. CLASSES DE PODERS PREVENTIUS

1. Poders amb clàusula de continuïtat i poders per al cas d'incapacitat

Com dèiem, la finalitat del poder en previsió de pèrdua de la capacitat és, principalment, evitar la constitució de la tutela mitjançant el nomenament d'un apoderat.

Això es pot aconseguir de dues formes, com diu l'article 222-2.2: **«El poderdant pot ordenar que el poder produeixi efectes des de l'atorgament, o bé establir les circumstàncies que han de determinar l'inici de l'eficàcia del poder»**.

- El primer cas, és l'apoderament amb clàusula de continuïtat. És a dir, el poder desplega tota la seva eficàcia des de l'atorgament i no es veu alterat per la pèrdua de capacitat del poderdant. La seva vigència no planteja problemes; l'apoderat no haurà d'acreditar ni manifestar-se sobre la capacitat del poderdant quan exerceixi les seves facultats. **A la pràctica, els poders amb clàusula de continuïtat són la gran majoria.**
- En el segon cas, que és el pròpiament dit *poder preventiu* o, com l'anomenen molts autors, **«poder ad cautelam»**, és un poder la vigència del qual està sotmesa a la condició suspensiva de la pèrdua de capacitat del poderdant. En aquest cas sí que es planteja el problema de la vigència del poder, ja que, com diu el Codi, el poderdant pot establir les circumstàncies que han de determinar l'inici de l'eficàcia del poder.

Se li dona, per tant, plena llibertat al poderdant, que **pot determinar el moment a quo del poder ad cautelam**. Pot

ser un certificat mèdic, que, evidentment, haurà d'acompanyar el poder, com en el cas del Dret francès, molt formalista en aquest aspecte, que regula detalladament. O bé pot ser l'altre extrem, el del Dret anglès, en el qual és el mateix judici de l'apoderat el que determina l'inici de la seva activitat representativa.

Entre un extrem i l'altre, el nostre Codi permet que el poderdant reguli les circumstàncies que determinaran l'inici de la vigència del poder, donant-li total llibertat. Per exemple, jo proposo una solució intermèdia, que seria cedir la decisió a un consell de família, la qual es faria constar en acta notarial, que acompanyaria el poder. I aquest consell de família ens pot servir, com veurem al llarg de l'exposició, per a moltes altres finalitats.⁽¹⁶⁾

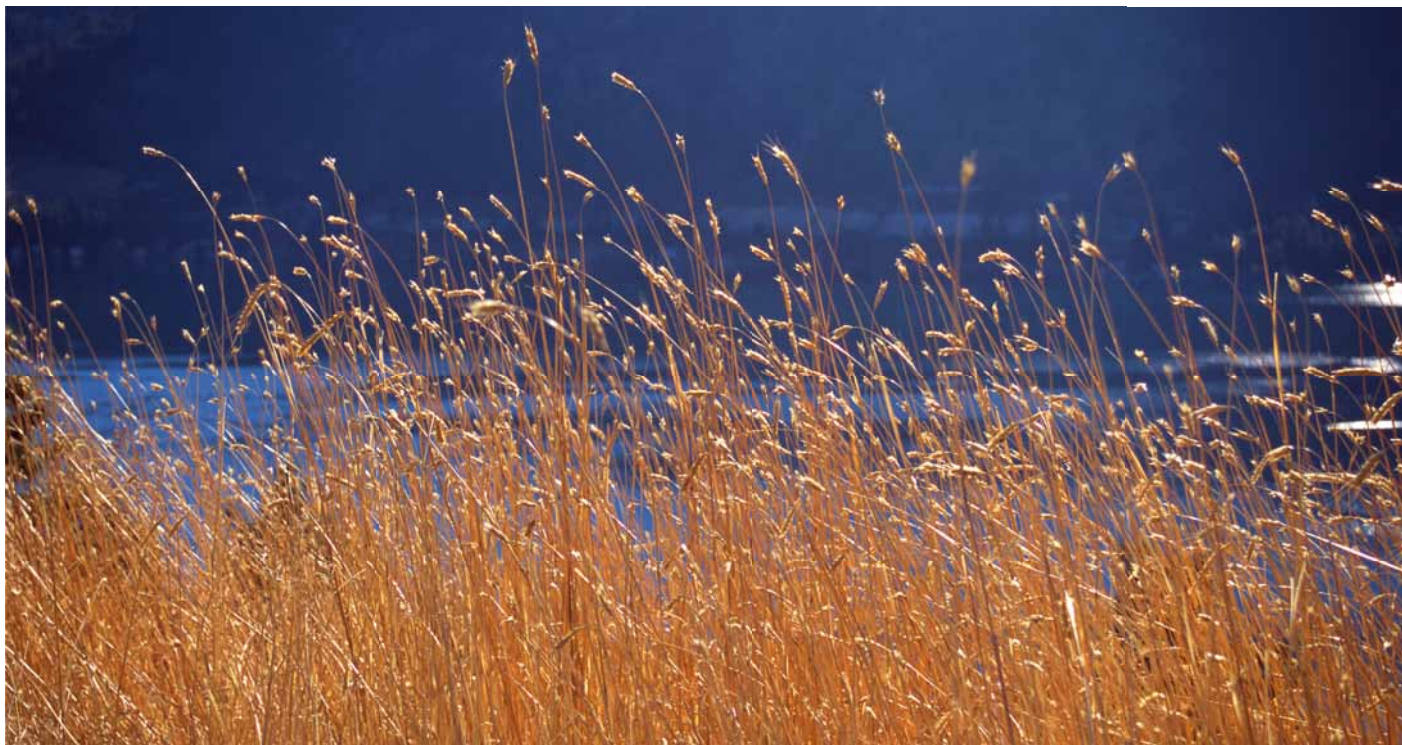
Garrido de Palma⁽¹⁷⁾ manifesta que seria convenient d'incloure una clàusula en el poder en la qual es requereix al Notari que no lliuri la còpia autèntica del poder al mandatari sense un certificat mèdic en el qual consti la pèrdua de capacitat real del poderdant. Afegim que el certificat podria estar subscrit per dos facultatius, en la línia de l'article 421 CCCat, que regula el testament atorgat en interval de lucidesa, tot i que, en aquest cas, certificarien el contrari, això és, la pèrdua de capacitat.

El problema se'n planteja quan en un poder ad cautelam no hi hagi cap previsió del poderdant respecte de l'inici de la vigència del poder, que és un cas molt excepcional, ja que aconsellarem de no deixar aquest punt sense regular. Si no s'ha previst res, no quedarà cap altre remei que recórrer al Jutge per tal que declari la incapacitat del poderdant, encara que sense la necessitat de nomenar tutor, als únics efectes que l'apoderat pugui iniciar la seva activitat representativa.

És un supòsit que cal evitar, perquè, si no, la institució perd la seva finalitat primordial, que és evitar la intervenció judicial. Però si és el cas, el poder s'haurà d'acompanyar de la sentència d'incapacitació, de la qual es deduirà que no el modifica ni l'anul·la.

2. Poders amb mandat i poders sense mandat exprés

En els poders amb mandat, normalment, el poderdant haurà comentat amb



els possibles apoderats els diferents aspectes i limitacions de les seves facultats, així com els controls als quals seran sotmesos. Més que mai, és important que tot plegat figuri en el mateix text dels poders. En molts poders, el mandat és verbal o sols queda plasmat en un document privat. En els poders preventius, és molt important que el mandat estigui també reflectit en el mateix text. Si les instruccions consten en el poder, afectaran tercers en tant que no podran al·legar desconeixement o bona fe. Per contra, si s'han donat de paraula o en un document apart, ni el Notari ni els tercers podran conèixer-les i, per tant, no en resultaran afectats, sens perjudici de la responsabilitat de l'apoderat pel seu incompliment, la qual cosa haurà d'instar qui pugui demanar la constitució de la tutela.

També és important que el mandat consti en el mateix poder en cas que el poderdant l'hagi atorgat sense que l'apoderat ho sàpiga. És el cas dels poders atorgats a favor d'entitats tutelars o inclús a favor de fills, però que el poderdant decideix guardar dins d'un sobre per obrir-lo en el moment que calgui. El poderdant hi ha determinat els drets i les obligacions de l'apoderat, les seves facultats i limita-

cions, però de forma unilateral, sense acceptació del mandatari.

En tot cas, el mandat queda ratificat i el contracte es perfecciona tàcitament pel sol fet que l'apoderat faci ús del poder exercint alguna de les facultats conferides.

Finalment, en alguns casos, pot ser que no hi hagi mandat, formalment parlant, però, malgrat tot, hi haurà contingut, que serà el determinat per la llei: en les normes específiques del poder preventiu, les de la tutela, si es poden adoptar, i les del contracte de mandat en general.

3. *Poders generals, excloents de tutela o curatela, i poders específics*

L'autotutela privada que implica el poder preventiu només es pot aconseguir amb un poder general.

Si el poderdant atorga un poder preventiu específic per a una determinada actuació —o per a diverses d'un mateix àmbit—, acabarà havent de constituir la tutela o la curatela. Pot ser una elecció meditada i, per tant, volguda pel poderdant. I això plantejarà el problema de la

coexistència del poder preventiu i altres institucions de protecció de l'incapaç.

En el cas dels poders específics, és evident la possible coexistència del poder amb la tutela, fent-se càrrec tutor i apoderat de les respectives competències.

Si els poders són generals, això sembla més problemàtic, però si tenim en compte el que diu l'article 222-2, en el punt 3, veurem que tal coexistència serà possible: «**L'autoritat judicial, en aquell moment (en constituir-se la tutela) o amb posterioritat, a instància del tutor, pot acordar l'extinció del poder.**»

De la mateixa lletra del precepte es dedueix que l'existència del poder en previsió d'incapacitat no vol dir que s'exclouï la possibilitat de nomenament de tutor. Si l'apoderat no exerceix l'encàrrec amb la fidelitat o la dedicació necessàries, en interès de la persona protegida es pot constituir la tutela, i en aquest moment o amb posterioritat, a instància del tutor, el Jutge pot acordar l'extinció del poder.⁽¹⁸⁾

Penso que el Jutge, atenent les circumstàncies del cas, pot acordar simplement de limitar el poder. La coexistència d'un apoderat i un tutor és del tot defensible, sobre la base que el Codi mateix



preveu el supòsit dels béns subjectes a administració especial, és a dir, els béns adquirits per donació o títol successori, si el donant o el causant ha nomenat la persona que ha d'exercir-la (article 222-41 CCCat).

Així mateix, conforme a l'article 222-12 CCCat, «en constituir la tutela, l'autoritat judicial pot separar la tutela de la persona i la de l'administració dels béns, designar els titulars d'ambdós càrrecs i fixar-ne l'àmbit de competència». Segons el mateix article, això també es pot produir amb posterioritat.

Per tant, com que el Jutge pot nomenar un tutor personal i un altre de patrimonial, es pot pensar també en la coexistència d'un tutor i un apoderat: el primer, per tenir cura de l'esfera personal de l'incapaç, i el segon, de la patrimonial, en l'àmbit de les facultats concedides en els mateixos poders i limitades per decisió judicial, si fos el cas.

Pot donar-se el cas que el poderdant hagi fet també una delació tutelar —autotutela—, sigui perquè el poder sigui específic i no general, sigui preveient la renúncia o la impossibilitat de l'apoderat. Només cal que quedi clar com vol que funcioni un nomenament i l'altre.

Un cas ben normal seria el dels poders preventius atorgats a una persona de confiança perquè s'encarregui dels temes patrimonials i un tutor per a la resta dels temes no previstos en els poders, encara que això es pot aconseguir també amb dos apoderats de diferents àmbits, com veurem després.

En tots aquests casos, pot haver-hi **COEXISTÈNCIA DE TUTOR I APODERAT**, i correspon al Jutge delimitar l'àmbit d'actuació de cadascun d'ells en el moment de nomenar el tutor, basant-se en la voluntat manifestada per l'incapaç i sens perjudici de possibles modificacions posteriors, en cas de conflicte entre ells o canvi essencial de circumstàncies.

4. Poders d'atenció personal i poders de gestió patrimonial

Normalment, el poder preventiu inclourà ambdós aspectes: personal i patrimonial. Si algun d'ells queda fora del poder, ja hem vist que es pot esmenar

per mitjà del tutor o curador nomenat pel Jutge, sobre la base o no d'una delació autotutelar. Però ara ens plantejem la possibilitat de dos poders —o dos apoderats— amb àmbits de facultats diferents.

Solament les persones que puguin nomenar-se un tutor, l'autotutela, podran nomenar un apoderat que faci innecessari el nomenament d'un tutor en el futur

El que interessa destacar aquí és que un aspecte pot ser atribuït a un apoderat i l'altre, a un apoderat diferent. Per exemple, l'atenció personal pot ser atribuïda a un familiar i la gestió patrimonial, a un persona tècnica o a una entitat professional, com podrien ser les entitats tutelars per a gent gran i discapacitats, de les quals tenim moltes a casa nostra, de tipus associació i de tipus fundació. Són les entitats a les quals recorre el Jutge quan la tutela o la curatela es considera que s'ha d'atribuir a una entitat professional.

Des del punt de vista pràctic, seria més aconsellable que hi hagués només un poder preventiu, encara que en un sol document es nomenessin diversos apoderats, cadascun d'ells amb facultats diferents, unes de caire personal i d'altres d'índole patrimonial. A cada apoderat se li donaria la seva còpia per poder actuar amb la necessària independència. Però el cert és que no veig inconvenient en el fet que hi hagi més d'un poder preventiu, cadascun amb la seva pròpia documentació d'instruccions i condicions, sempre que es vagi amb compte de no generar contradiccions entre un poder i l'altre.

5. Poders civils i poders mercantils

El Codi de comerç, com a Dret Mercantil comú a tot l'Estat, conceptua la comissió mercantil com el mandat que té per objecte un acte o una operació de comerç (article 244 CCom), establint que, per mort o inhabilitació del comitent, no es rescindirà el contracte, encara que poden revocar-lo els seus representants (article 280 CCom).

Per tant, en l'àmbit mercantil, no té aplicació l'article 1732 CC, ni l'article 222-2 CCCat, perquè no cal. Podríem pensar en uns poders mercantils de caràcter preventiu, en el sentit que l'empresari podria atorgar-los per al cas d'incapacitar-se, a fi que l'apoderat es fes càrrec del negoci a partir d'aquell moment. Però en tal cas, les normes aplicables continuarien sent les del Codi de comerç.

En l'àmbit civil de la mateixa persona, hi regiran els preceptes que imposen l'extinció del poder per mort o incapacitació del poderdant i els correlatius de continuïtat en cas d'incapacitació, si s'han atorgat els corresponents poders preventius.

Una mateixa persona i dos règims: el mercantil, per al seu negoci o empresa individual, i el civil, per a la resta.

En el règim mercantil, amb la mort o la incapacitació del poderdant no s'extingeixen els poders. L'extinció es produirà per revocació, atorgada pel tutor de l'incapaç o els hereus del causant, si no els interessa que el factor continuï al capdavant del negoci.

També podria revocar el poder mercantil l'apoderat civil amb facultats suficients d'acord amb el poder preventiu atorgat pel qual ha esdevingut incapaç, però mentre això no tingui lloc, coexistiran els dos apoderats: el civil i el mercantil.

A la mort del comerciant, el poder preventiu civil s'extingirà sense més i seran els hereus de l'empresari individual els qui hauran de decidir la continuïtat dels poders mercantils.

Una altra diferència entre l'àmbit civil i el mercantil, important en aquest treball, és la facultat de substitució dels poders.

La regla mercantil sempre ha estat la de «no substitució dels poders», excepte si hi ha autorització (article 261 CCom). En canvi, la civil és la contrària: «substitució de facultats, excepte si hi ha prohibició» (article 1721 CC).

En Dret Civil comú ho proclama l'article 1721, encara que fent responsable el mandatari de la gestió del substitut, si no se l'havia facultat per nomenar-lo. També el mandatari és responsable si se l'havia facultat però sense designar persona i el



substitut fos notòriament insolvent o incapaç.

Aquests preceptes no són aplicables en matèria de poders preventius a Catalunya, ja que, a partir de l'entrada en vigor del llibre segon del Codi civil català, s'imposa al poder preventiu l'apartat 2 de l'article 221-2 CCCat, en el qual es limiten les facultats de substitució de l'apoderat preventiu: «*Les persones titulars de les funcions de protecció només poden atorgar poders especials per a actes concrets*». Penso que la possibilitat de substitució més genèrica haurà de ser permesa expressament pel poderdant i, a més, paga la pena de fer constar en el mateix poder els possibles substituïts, per evitar controvèrsies.

VII. SUBJECTES: EL PODERDANT I L'APODERAT

1. El poderdant

Els autors, en comentar l'article 1732 CC, defensen que els poders preventius, d'acord amb la doctrina general del mandat, els poden atorgar no solament les persones amb plena capacitat d'obrar, sinó també, amb el corresponent complement de capacitat, les persones amb capacitat restringida.

Per tant, el poderdant podria ser, per exemple, un **menor emancipat**, però no podria conferir facultats de disposició de béns immobles, ni aquelles altres per a les quals necessita un complement de capacitat.

Per als sotmesos a curatela, **Montserrat Pereña** defensa que si en el poder s'inclouen només actes que el sotmès a curatela pot fer per si sol, no hi haurà cap problema, però si és general o per fer actes per als quals necessitaria l'assistència del curador, aquest també haurà de complementar la capacitat del poderdant.⁽¹⁹⁾

No estic d'acord amb aquesta posició doctrinal, tant per als menors emancipats com per als sotmesos a curatela. L'especialitat del poder preventiu i la seva transcendència futura em fan pensar en un criteri restrictiu. Com a argument legal, podem recórrer a la natura de tutela privada del poder preventiu, i hem de dir que solament les persones que

puguin nomenar-se un tutor, l'autotutela, podran nomenar un apoderat que faci innecessari el nomenament d'un tutor en el futur.

Així, d'acord amb l'article 222-4, que regula les delacions tutelars fetes per un mateix, **el poderdant serà una persona amb plena capacitat d'obrar**. Per tant, pot ser qualsevol persona física major d'edat, amb plena capacitat d'obrar, circumstància que el Notari haurà d'apreciar.

En definitiva, si del que es tracta és de decidir si es vol tenir tutor o no, és a dir, substituir un organisme imposat legalment a l'incapaç per un de triat voluntàriament, el mateix li hem d'exigir al poderdant: la mateixa capacitat que per nomenar tutor. La congruència s'imposa i, per tant, podran atorgar poders preventius les mateixes persones que puguin nomenar-se un tutor per a elles mateixes. En conseqüència, s'imposa **la plena capacitat d'obrar**.

Recorrerem a la doctrina general del mandat per resoldre el cas d'una persona amb discapacitat o malaltia mental però que no estigui incapacitada judicialment i vulgui atorgar els poders en un interval de lucidesa, aplicant el que la legislació disposa per al testament sobre aquest supòsit. L'article 421-9.1 diu: «*Si el testador no està incapacitat judicialment, el Notari [...], si ho considera pertinent, pot demanar la intervenció de dos facultatius [...], que han de certificar que el testador té en el moment de testar prou capacitat i lucidesa per fer-ho*».

Si la persona ja ha estat incapacitada, no podem plantejar l'atorgament de poders en interval de lucidesa, ja que l'article 222 tan sols preveu el supòsit d'atorgament amb anterioritat a la incapacitació legal

En canvi, si la persona ja ha estat incapacitada, no podem plantejar l'atorgament de poders en interval de lucidesa, ja que **l'article 222 tan sols preveu el supòsit d'atorgament amb anterioritat a la incapacitació legal**.

2. L'apoderat

Pot ser una persona física o jurídica o, si són diversos apoderats, una combinació de les dues. Pensem que existeixen entitats especialitzades en la protecció de persones discapacitades. També es poden dividir les facultats entre diverses persones físiques o jurídiques, atorgant-los facultats solidàries o mancomunades amb el mateix àmbit d'actuació o amb àmbits d'actuació diferents.

Al Departament de Benestar Social i Família de la Generalitat de Catalunya, en concret, a l'Institut Català d'Assistència i Serveis Socials (ICAS), hi ha adscrites nombroses entitats tutelars, la major part fundacions, que són designades pels jutges com a tutores de persones sense familiars que puguin fer-se càrrec de la seva tutela. El poderdant pot donar poders a aquestes entitats segons la seva especialitat o preferència personal.

Per donar plena utilitat als poders preventius, s'hauran de preveure les **possibles substitucions** en cas d'impossibilitat de l'apoderat per exercir el càrrec. L'apoderat pot faltar, pot quedar incapacitat o, senzillament, pot quedar impossibilitat o fer-se-li massa oneros l'encàrrec. Pot renunciar, evidentment, però això, si no s'ha previst, en quina situació deixa el poderdant que ha esdevingut incapaç? Aplicant els criteris que per al tutor imposa el Codi mateix, podríem defensar la solució del Codi civil francès, que no admet una renúncia purament abdicativa: l'apoderat que renuncia ho ha de fer promovent la tutela, de forma que està obligat a continuar en l'exercici del càrrec fins que l'autoritat judicial nomeni tutor. Així, en cas de renúncia de l'apoderat o extinció del poder per una altra causa, serà aplicable l'article 222-48.2, que imposa al tutor l'obligació de comunicar-ho al Jutge.⁽²⁰⁾

En cas que el poder prevegi **l'autcontractació** o en cas **d'interessos contraposats**, és convenient determinar o especificar els supòsits d'acord amb la doctrina i la jurisprudència que neguen la possibilitat de fer-ho genèricament, o bé nomenar un substitut per salvar-la. Si no s'ha fet així, i per aplicació de les normes de la tutela, l'apode-



rat podrà sol·licitar al Jutge el nomenament d'un defensor judicial, d'acord amb el que disposa per al tutor l'article 224-1, lletra a), CCCat.

Així mateix, **considero aplicable als apoderats l'exclusió que el Codi mateix fa (article 222-17) respecte dels tutors de les persones físiques o jurídiques privades que, en virtut d'una relació contractual, prestin serveis assistencials, residencials o de naturalesa anàloga a la que rep la persona protegida.**

La qüestió és si això pot salvar-ho una disposició expressa del poderdant, com en el cas de la relativa a exonerar d'autorització judicial certs actes de disposició.

Per exemple, una persona que s'està en una residència d'avis i que té plena capacitat per obrar pot atorgar un poder preventiu a favor del director de la residència? La resposta dependrà de la consciència del poderdant en relació amb el fet que la persona a qui apodera ocupa tal càrrec, i que així ho manifesti expressament en el poder. És a dir, s'imposa altre cop l'autonomia de la voluntat informada.

Finalment, quant als drets i les obligacions de l'apoderat, en primer lloc, tindrem els expressats pel poderdant en el mandat. També seran aplicables les normes que el Codi imposa com a disposicions comunes a les institucions de protecció de l'incapaç i les específiques del poder preventiu —i, com hem dit anteriorment, els preceptes de la tutela, sempre que siguin adaptables al poder—, així com les disposicions generals del contracte de mandat.

Així, doncs, seran aplicables a l'apoderat, com a obligacions pròpies del càrrec, i amb les adaptacions necessàries, les normes de la tutela relatives a les seves relacions amb la persona discapacitada, en l'article 222-35, que regula el deure i procura d'aliments; el 222-37 i el 222-38, relatius a l'obligació d'assegurar el benestar moral i material de l'incapaç, etc.

VIII. OBJECTE: FACULTATS I MESURES DE CONTROL

1. Facultats

El poder en previsió de pèrdua de la capacitat, normalment, tindrà un contingut general, que englobarà tant l'esfera personal com la patrimonial del poderdant. Les facultats concedides a l'apoderat poden ser **tan àmplies com les d'un poder general, i fins i tot poden anar més enllà.**

El poder preventiu pot contenir també aquelles disposicions pròpies d'altres institucions de protecció de la persona, com per exemple les declaracions típiques dels testaments vitals o voluntats anticipades, els internaments o el consentiment a certs actes mèdics, encara que estiguin regulats per unes altres normes legals.⁽²¹⁾

De la mateixa manera que els altres poders i les facultats dels tutors, **el poder preventiu no es podrà estendre a les facultats personalíssimes indelegables**, com per exemple el matrimoni, el testament, el dret de vot, el reconeixement de fills, etc., a menys que la llei, en determinats casos excepcionals, permeti tal delegació.⁽²²⁾

Les facultats de l'apoderat també poden estar limitades per imposició del poderdant, sigui per quantia o per natura, exigint a l'apoderat per a certs actes una autorització complementària, una taxació oficial per fixar un preu mínim de venda, etc.

Entre les previsions del poderdant, pot haver-hi també la possibilitat de donar poders a alguns parents o **un consell de família perquè, en cas que no considerin adequada la gestió de l'apoderat, li revoquin els poders.** Fins i tot si el poderdant no ha previst una substitució, en tal cas, penso que podria facultar les persones esmentades per al nomenament d'un substitut que actuï com a nou apoderat.

Com diu **Garrido de Palma**,⁽²³⁾ en el nostre Dret el poder s'integra sempre dins un mandat, i el fet que aquest poder se separi documentalment només té la finalitat de desvincular-lo del mandat per aconseguir que la seva eficàcia respecte als tercers de bona fe sigui independent

de les vicissituds del mandat. Això suposa una abstracció, però *inter partes* no es trenca la unitat de mandat i poder. Tanmateix, aquest no és el cas del poder preventiu, en el qual **s'ha de pretendre la màxima vinculació de l'actuació de l'apoderat a les instruccions del poderdant.** El poder ha de procurar recollir tot allò que vincula el mandatari amb instruccions, i no limitar-se a ser un simple recull de facultats.

2. Mesures de control

A) El control judicial

El poderdant pot fixar les mesures de control de l'apoderat que cregui convenients, però l'autoritat judicial sempre podrà intervenir sobre la base del que s'estableix en l'article 221-5 CCCat, aplicable a totes les institucions de protecció. D'ofici o bé a instància del Ministeri Fiscal, o encara del cònjuge o convivent en parella estable, o dels descendents o ascendents, o dels germans o, en general, de la persona o l'entitat guardadora de fet de l'incapaç (article 222-10 CCCat), que són les persones cridades a l'exercici de la tutela, l'autoritat judicial pot acordar les mesures que estimi necessàries per controlar i fer un seguiment tant de les condicions de vida de l'incapaç com de la gestió patrimonial, requerint fins i tot la intervenció d'especialistes sota la consideració d'auxiliars dels tribunals.

Com ja hem dit anteriorment, es pot arribar a nomenar un tutor tot revocant-li el poder a l'apoderat. I això no solament per aplicació de l'article 222-2.3 CCCat. Entre les mesures que la **Llei d'Enjudiciament Civil (article 762)** preveu per protegir el discapacitat, sempre s'ha defensat la possibilitat d'incloure-hi la revocació de poders. Per tant, durant el procés d'incapacitació, el Jutge determinarà el que correspongui respecte dels poders atorgats pel presumpte incapaç. Si no hi ha motius, el Jutge no té per què revocar els poders i l'apoderat seguirà actuant com a tal fins a la sentència. Si l'apoderat no ha actuat fidelment o amb la diligència deguda, el Jutge li revocarà els poders fins i tot abans de la sentència d'incapacitació, **i una vegada nomenat un tutor, aquest li podrà exigir les responsabilitats corresponents (articles 1719 i 1727 CC).**



Des del punt de vista notarial, les mesures de control que ens interessa examinar són les que pot establir el mateix poderdant en l'exercici de l'autonomia de la voluntat, que li permetrà configurar una tutela privada a mida, en funció de les seves circumstàncies personals, el seu patrimoni i els familiars i amics que l'envolten.

B) La remissió a les normes de la tutela

Com a primera qüestió, ens plantejem si el poderdant pot fer una remissió genèrica a les normes de la tutela relatives al control de l'activitat del tutor per aplicar-les a l'apoderat: caució, inventari, comptes anuals, informe sobre la situació personal, actes d'administració extraordinària i de disposició, rendició final de comptes, etc.

La resposta ha de ser afirmativa, tant pel que fa al concepte com al desenvolupament, amb l'avantatge que el poderdant podrà modificar la formulació legal per adaptar-la a les seves circumstàncies concretes, per exemple, substituint la intervenció de l'autoritat judicial per una persona o una entitat privada.

Potser no caldrà imposar a l'apoderat una caució ni un inventari, però sí unes limitacions a determinades actuacions, per a les quals haurà de comptar amb una aprovació complementària. Penso que hi ha dos punts que no poden faltar en les mesures de control dels poders preventius: els actes de disposició d'immobles i la rendició de comptes.

El poder haurà de fer referència als actes de disposició d'immobles i altres actes per als quals el tutor necessita autorització judicial (article 222-43 CCCat), i no sols per la seva importància, sinó perquè l'article 222-44.3 CCCat ho imposa també per a l'apoderat, llevat que el poderdant l'hagi exclòs expressament. Com hem dit anteriorment, si no es diu res, l'apoderat quedarà subjecte a l'autorització judicial, perquè a Catalunya entendrem que la voluntat del poderdant és limitar judicialment les facultats de l'apoderat, tot i que fora de Catalunya l'article 1732 CC pot donar peu a confusions; per tant, hem de demanar al poderdant que es pronunciï al respecte i redactar de forma clara la clàusula adient.

Pot ser que se solucioni el problema establint que per als actes de disposició d'immobles els apoderats nomenats —en principi, de forma indistinta— hagin d'actuar mancomunadament. Aquesta és una fórmula en la qual queda implícita l'exclusió de l'autorització judicial, però paga la pena de fer-ho constar també expressament perquè no hi hagi dubtes que l'actuació mancomunada exclou la intervenció judicial.

En cas que es demani com a complement el consentiment d'una persona o entitat determinada que no sigui un dels apoderats, sí que queda clara l'exclusió judicial i la seva substitució per la figura que tractarem a continuació.

C) El control extrajudicial

En un poder preventiu que pretén obviar la problemàtica, sobretot de caire temporal, de la intervenció judicial, el més adient és instrumentar un complement privat a la intervenció de l'apoderat en els actes de gestió patrimonial més delicats. Pot anar des d'una simple taxació oficial per establir un preu mínim de venda fins a la més complexa intervenció d'altres persones o entitats, amb caràcter previ o posterior. En definitiva, la voluntat del poderdant imposarà els límits, els condicionaments, els complements i els termes de l'actuació de l'apoderat.

Hi ha una fórmula que per afinitat legal m'agrada més que d'altres, amb l'avantatge que, pel que fa al seu contingut i la seva interpretació, el poderdant es pot inspirar o pot remetre als preceptes que la regulen: és el consell de família

Hi ha una fórmula que per afinitat legal m'agrada més que d'altres, amb l'avantatge que, pel que fa al seu contingut i la seva interpretació, el poderdant es pot inspirar o pot remetre als preceptes que la regulen: és el consell de família.

D) El consell de família

Per a les tuteles deferides per un mateix o els titulars de la potestat parental,

la supervisió de l'exercici de la tutela pot ser encomanada a un consell de tutela, que s'ha de constituir d'acord amb les regles de l'article 222-54 CCCat.

Mutatis mutandi, podem configurar un consell per vetllar pel bon desenvolupament de l'activitat de l'apoderat. Per exemple, per a la tutela, diu l'esmentat precepte que els membres del consell han de mantenir una relació regular amb el tutor —aquí seria l'apoderat. El consell s'ha de reunir, com a mínim, una vegada l'any per ser informat sobre la situació de l'incapaç i perquè li siguin retuts els comptes anuals. Així mateix, es poden atribuir al consell, si ho estableix l'acte de delació, la funció de resoldre conflictes entre els tutors —aquí, apoderats— i la d'autoritzar els actes a què fa referència l'article 222-43 CCCat.

E) La rendició de comptes

A diferència dels actes d'administració extraordinària o de disposició d'immobles, en el Codi no hi ha cap precepte dedicat a la rendició de comptes.

El poderdant la pot imposar tot designant una persona o entitat o un consell de família a qui retre comptes, però també podria fer, al meu entendre, una remissió a la regulació de la tutela i, per tant, a la intervenció judicial. Si el poderdant no fa cap previsió al respecte, l'apoderat quedarà sotmès al règim general de responsabilitat del mandatari, però no haurà de retre anualment comptes a ningú.

Si el poderdant fa una remissió a les normes de la tutela per a la rendició de comptes, l'apoderat haurà de retre comptes anualment dins els sis primers mesos de l'exercici següent (article 222-31 CCCat), així com en acabar haurà de retre comptes finals en el termini de sis mesos a partir de l'extinció del poder (article 222-49 CCCat), sempre davant l'autoritat judicial del domicili del poderdant i amb la intervenció del Ministeri Fiscal. No en sóc partidari, perquè el bloqueig per aglomeració dels jutjats impedeix un efectiu control dels comptes.

Però el poderdant pot configurar el seu propi sistema, des del més simple fins al més sofisticat, designant, per exemple, un auditor de comptes que porti el con-



trol constant de l'activitat de l'apoderat. Pot imposar també una rendició de comptes periòdica a una entitat tutelar, al consell de família, als dos més pròxims parents... i no té per què ser anual.

Un poderdant capaç pot demanar quan vulgui a l'apoderat una rendició de comptes (article 1720 CC). **A partir de la seva incapacitat, podran fer-ho les persones cridades a l'exercici de la tutela (article 221-5, amb relació al 222-10 CCCat) o el mateix tutor, com a representant legal de l'incapaç, en cas de coexistència de poder preventiu i tutela.**

I en qualsevol moment, l'autoritat judicial pot acordar les mesures que estimi necessàries per controlar el bon funcionament de la institució de protecció (article 221-5 CCCat) i, per tant, pot exigir que l'apoderat reti comptes.

En tot cas, en morir el poderdant, l'apoderat haurà de retre comptes als hereus, de conformitat amb les normes generals del mandat (articles 1718 i s. CC). Si el poder s'acaba per mort de l'apoderat, són els hereus d'aquest els que han de respondre de la gestió, en els termes de l'article 222-50 CCCat, que aplicarem per analogia.

IX. FORMA: ESCRIPTURA PÚBLICA I INSCRIPCIÓ

L'article 222-2 CCCat exigeix que el poder s'atorgui en escriptura pública, i l'article 222-8.3 CCCat, que s'inscriu en el Registre de Nomenaments Tutelars no Testamentaris.

El Decret 30/2012, de 13 de març (DOGC de 15/3/2012), dona una nova regulació a aquest Registre, al qual li canvia el nom pel de **REGISTRE DE NOMENAMENTS TUTELARS NO TESTAMENTARIS I DE PODERS ATORGATS EN PREVISIÓ D'INCAPACITAT**.

L'escriptura pot ser específicament un poder, o bé l'apoderament pot estar inclòs en una altra escriptura, com ara uns capítols, un pacte successori, etc., i podem plantejar-nos la qüestió de la seva revocabilitat, si estan continguts en un negoci jurídic irrevocable, com és el cas dels exemples esmentats. Al meu entendre, preval el caràcter personalíssim i qua-

sitular d'aquest tipus de poder, i no val admetre cap excepció a la revocabilitat.

Quant a la inscripció, l'esmentat Decret 30/2012, en l'article 3, apartat b), diu que seran inscripibles: **«L'atorgament i la revocació total o parcial dels poders atorgats en escriptura pública en previsió d'una situació d'incapacitat i, si escau, l'extinció judicial d'aquests poders. Les modificacions dels poders seran inscripibles sempre que estiguin inscrits els poders el règim jurídic dels quals es pretén modificar».**

Com a dades inscripibles, es demanen totes les del poderdant i també les del document notarial de què es tracta, encara que en cap cas s'hi ha d'inscriure la identitat de les persones apoderades en previsió d'una situació d'incapacitat.⁽²⁴⁾

Aquestes dades han de constar en la comunicació que imperativament ha de fer el Notari que ha autoritzat l'escriptura corresponent, segons l'article 7 del Decret: **«Aquesta comunicació s'ha de trametre dins el tercer dia, comptat des de la data de l'autorització del document corresponent, al Col·legi de Notaris de Catalunya. El Col·legi [...] ha de lliurar setmanalment, via telemàtica, al Registre [...] la informació de totes les comunicacions rebudes. Els notaris d'altres col·legis, els òrgans judicials i els agents diplomàtics o consulars d'Espanya a l'estranger PODEN trametre a la Direcció General a la qual s'adscriuen el Registre [...] la comunicació que s'expressa a l'apartat precedent».**

El Col·legi de Notaris de Catalunya té subscrit un conveni amb la Conselleria de Justícia en virtut del qual el Notari que ha autoritzat un poder preventiu a Catalunya ha de comunicar-lo telemàticament al Col·legi en el termini de tres dies hàbils, i el Col·legi el comunicarà a la Conselleria.

Se'ns planteja també la qüestió dels poders atorgats amb anterioritat. Que di clar que la inscripció no té caràcter constitutiu, i el Registre solament té funcions informatives.

La finalitat primera del Registre és informar el Jutge de l'existència d'un poder atorgat en previsió d'incapacitat.

Es tracta d'evitar que es constitueixi una tutela, si ja existeix el poder. El Jutge, en iniciar el procés d'incapacitació,

ha de consultar el Registre, i, mitjançant la seva certificació, serà informat del Notari autoritzant i d'altres dades necessàries perquè pugui sol·licitar una còpia del poder. Si, malgrat el poder, s'arriba a constituir la tutela perquè el Jutge revoca o modifica el poder, la lògica jurídica dicta que l'autoritat judicial oficiali el Registre —i també el Notari autoritzant— per a la seva constància en la matriu.

Pensant en aquest sistema de lògica jurídica i traslladant-lo a la pràctica notarial, no quedava cap altre remei que defensar la necessitat de procurar la inscripció dels poders anteriors, i així ho vaig fer en la conferència al Col·legi de Notaris que abans he esmentat, encara que reconeixent que només es pot demanar amb caràcter purament voluntari.

La disposició transitòria del Decret 30/2012, recollint aquell parer, estableix que **«els actes inscripibles atorgats amb anterioritat a l'entrada en vigor d'aquest Decret PODEN inscriure's en el Registre [...] mitjançant una comunicació realitzada pel Notari o Notària titular del protocol en què figuri el document públic [...], sempre que no hi consti la seva revocació».**

Ara només quedaria demanar que en una propera reforma poguéssim tenir accés telemàtic al contingut del Registre per comprovar la subsistència del poder o la seva revocació. De la mateixa manera que podem comprovar, accedint telemàticament al Registre Mercantil, la subsistència dels poders atorgats per una societat, també hauríem de poder comprovar que uns poders preventius continuen vigents perquè ni el poderdant ni el Jutge no els han revocat o modificat.

El problema és que caldrà habilitar un sistema d'accés telemàtic que de moment no existeix perquè la informació sigui instantània. Mentrestant, **haurem de conformar-nos amb l'asseveració del mateix apoderat, com fins ara, en què manifesti que, malgrat la incapacitat del poderdant, el Jutge no ha dictat cap mesura que els alteri.**

Finalment, a més de la inscripció en aquell Registre, els poders atorgats en previsió d'incapacitat **s'hauran d'inscriure també en el Registre Civil**, tal com s'exigeix per als poders atorgats d'acord amb l'article 1732 CC. La Llei es-



tatal 41/2003, de 18 de novembre, sobre **protecció patrimonial de la persona amb discapacitat i de modificació del Codi civil, de la Llei d'Enjudiciament Civil i de la normativa tributària**, amb aquesta finalitat, va donar una nova redacció a l'article 223 CC, conforme al qual **els documents públics atorgats** pels pares per tal de nomenar tutor o **per qualsevol persona amb capacitat suficient en previsió de ser incapacitada judicialment en el futur** es comunicaran d'ofici pel Notari autoritzant al Registre Civil, per a la seva corresponent indicació en la inscripció del naixement de l'interessat.

Un temps després, la **Llei estatal 1/2009, de 25 de març, de reforma de la Llei del Registre Civil** i de l'esmentada Llei 41/2003, va introduir un nou article a la primera, el 46 ter, que diu: «*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. EXTINCIÓ

En aquest punt són aplicables la doctrina general i les normes legals sobre les causes per les quals l'apoderament deixa de tenir efecte —excepte la incapacitat del poderdant, que és l'especialitat del poder preventiu. Entre les causes generals, a més de les del 1732 CC, per exemple, hi ha la separació o divorci entre poderdant i apoderat, com diu l'article 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*».

A més, hem d'afegir-hi les causes específiques d'extinció del poder preventiu, és a dir, la revocació judicial a instància del tutor i les determinades pel poderdant en atorgar el poder.

De la revocació judicial, en tenim un exemple molt recent en la **Sentència de l'Audiència Provincial de Barcelona de 16 de juliol de 2012** (núm. recurs 306/2012), en la qual es deixa sense efecte el poder atorgat per la demandada, a la qual s'incapacita, a favor d'una neboda



a qui no es considera oportú de designar com a tutora. El més interessant d'aquest cas és que es considera ineficax el poder per aplicació de l'article 222-4.3, ja que el Ministeri Fiscal havia obert diligències arran d'una denúncia presentada pels Serveis Socials. L'esmentat precepte estableix que són ineficaces les delacions fetes per un mateix atorgades des que s'insta el procés sobre la capacitat o el Ministeri Fiscal n'inicia les diligències preparatòries. Com podem apreciar, la norma està donada per l'autotutela, la delació voluntària feta per un mateix, però el Tribunal l'aplica al poder preventiu per analogia, ja que considera aplicables les normes de la tutela, sempre que no resultin contràries a la natura del poder.

L'Audiència Provincial demostra així la voluntat de configurar el poder preventiu com una fórmula de tutela privada, en la qual les normes de la tutela judicial inspiraran la falta d'una regulació sistemàtica del poder en previsió de pèrdua sobrevinguda de la capacitat

El Tribunal no té en compte l'anteriorment esmentat article 762 LEC, sinó que prefereix integrar el poder preventiu dins la tutela, quan les seves normes s'hi puguin adaptar. L'Audiència Provincial

demostra així la voluntat de configurar el poder preventiu com una fórmula de tutela privada, en la qual les normes de la tutela judicial inspiraran la falta d'una regulació sistemàtica del poder en previsió de pèrdua sobrevinguda de la capacitat.

A continuació ens centrarem en les causes determinades pel mateix poderdant en el poder. Hom pot pensar en una multitud de causes: el decurs d'un termini determinat, el compliment per part de l'apoderat d'una edat concreta o **la revocació efectuada per una tercera persona designada pel poderdant**.

Aquesta última és l'única que mereix la nostra atenció: realment és com si el poderdant hagués fet un poder preventiu específic a favor d'un tercer per instar la revocació del poder preventiu general vigent. En aquest sentit ho hem d'entendre i admetre. Aquest tercer pot ser una persona determinada, un consell de família, una institució encarregada de vetllar per l'actuació de l'apoderat, etc.

El problema pot aparèixer quan el poderdant ha expressat els motius o les causes de revocació, com per exemple el fet de no obtenir uns rendiments o no resultar aprovats els comptes presentats a la persona que ha de decidir la revocació.



Ens podem preguntar si en aquests casos l'apoderat es pot oposar a la revocació dirigint-se al Jutge. Penso que sí, però també és veritat que el tercer s'haurà de dirigir al Jutge instant la incapacitació del poderdant, i en el procés es podrà dilucidar la procedència de la revocació decidida pel tercer.

Una excepció a la necessitat de portar a terme la revocació de forma conjunta amb el procés d'incapacitació i nomenament seria el cas en què l'apoderat, preveient tal revocació, hagués nomenat expressament un substitut.

Indirectament, podríem plantejar la qüestió de si **el poderdant pot facultar el tercer per nomenar substitut a la seva elecció en cas de revocació**. El caràcter personalíssim del càrrec d'apoderat d'un incapaç fa que no puguem defensar aquesta possibilitat. Fins i tot en el cas de l'autotutela no es preveu la designació d'un tutor o de substituïts per part de tercers, sinó solament per part dels pares, com a excepció que confirma la regla (art. 222-5) i que no podem estendre al poder preventiu.

XI. CONCLUSIÓ

L'article 222-2 CCCat suposa un repte per al Notariat, perquè en cada cas concret hem d'ajudar el poderdant a configurar un projecte vital tan important com és el disseny de la seva tutela privada, destinada a perdurar fins a la seva mort, sense la possibilitat de ser modificada pel mateix interessat.

La llei conté una regulació completa entorn de la tutela i, en canvi, una de molt simple entorn del poder preventiu.

El legislador no vol que el tema es resolgui amb una simple clàusula d'estil, més o menys afortunada, per a tots els poders que autoritzem. Als notaris se'ns demana, en aquest sentit, una immersió en la realitat i en les expectatives del poderdant per poder aconsellar el més convenient per a la seva persona i el seu patrimoni.

Com dèiem en començar citant Josep Pla, hem de ser confessors, ens hem de posar a la pell del poderdant i esbrinar les veritables circumstàncies que fan aconsellable prescindir de la tutela judicial

i fer-ne una de privada a mida. Per això comprovarem:

- Que el poderdant tingui plena capacitat d'obrar conforme al mateix criteri que la llei imposa per a la delació tutelar voluntària, demanant-li que ell mateix es reconegui amb plenitud de facultats i manifesti que no ha iniciat cap procediment sobre la seva capacitat (article 222-4).
- Pel que fa a l'apoderat, procurarem que tots els fill tinguin part en el poder, amb facultats mancomunades per als actes més transcendents o per prestar un consentiment complementari. Defugirem apoderats d'incerta fiabilitat, com ara cuidadors i persones amb vinculació contractual (article 222-17). Si no hi ha familiars, podem aconsellar entitats tutelars especialitzades en gent gran, que també podem designar com a substituïts en cas que falli l'apoderat inicialment designat, o bé per resoldre conflictes d'interessos (article 222-29).
- Pel que fa a les mesures de control, i com que l'incapaç no podrà utilitzar les dues principals defenses del poderdant davant de l'apoderat, això és, la revocació i la rendició de comptes, procurarem configurar un sistema de supervisió encomanat a un consell de família similar al consell de tutela (article 222.54), a una persona determinada, una entitat tutelar, una empresa, etc., fins i tot confiant-los la facultat de revocar el poder. És important tenir designat un substitut per evitar que s'hagi de constituir la tutela.
- Si és el cas, farem referència a la remuneració i les despeses de l'apoderat. Si no hi ha cap previsió al respecte, l'article 221-3 estableix la gratuïtat com a principi en els càrrecs tutelars, però també reconeix el dret de reembossament per les despeses ocasionades i d'indemnització pels perjudicis causats.
- Finalment, paga la pena de fer referència a la possibilitat d'obtenir segones còpies per part de l'apoderat, facultat que es pot atorgar a l'apoderat o condicionar-la a l'autorització d'una persona de confiança.

Una vegada tinguem clara la situació personal, familiar i patrimonial del poderdant, podrem aconsellar-lo sobre tots els punts esmentats. Com diu el Notari **Manuel A. Seda Hermosín**, la Convenció de Nova York del 2006 esmentada més amunt proposa el canvi d'un sistema de substitució de la voluntat del discapacitat per la implantació d'un sistema d'integració i ajuda al discapacitat. Aquest canvi és fonamental i serveix clarament i rotunda a la defensa del poder preventiu.⁽²⁵⁾

El legislador ho ha fet prou bé. Podria haver estat millor, si per exemple hagués imposat al poderdant la necessitat de fer constar en els poders els punts essencials que acabem de comentar. No ho ha fet, però tenim, tal com hem vist, els mitjans per fer-ho nosaltres, els notaris.

XII. BIBLIOGRAFIA

Llibre segon del Codi civil de Catalunya

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 edició, València, 2011, 343 p.

Ginés Castellet, Núria [coord.]; Barrajó 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 a] Sección 1.ª y 2.ª. Capítulo II: La tutela», a 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», a 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.

Codi 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», a *La encrucijada de la incapacidad y la discapacidad*, Ed. La Ley, Las Rozas, 2011.

Anguita Ríos, Rosa María, «Discapacidad y medidas legales: Un acercamiento a la realidad española», a *La encrucijada de la incapacidad 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» i «Ejercicio de la tutela», a *Instituciones de Derecho Civil Común y Foral*, vol. 3: *Derecho de familia*, 2a edició, Ed. Bosch, Barcelona, 2010, p. 2575-2597 i 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», a Albaladejo, Manuel [dir.], *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*, tom XXI, vol. 2, 1996, p. 467-494.

Luna Cubero, Víctor Manuel, «Los poderes preventivos», a *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», a *Protección jurídica del discapacitado: II Congreso Regional*, Ed. Tirant lo Blanch, València, 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», a *La encrucijada de la incapacidad y la discapacidad*, Ed. La Ley, Las Rozas, 2011.

Serrano García, Ignacio, «La extinción del mandato: Modificación del artículo 1732 del Código Civil», a *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», a

Anales de la Academia Matritense del Notariado, vol. II, 2009, p. [63]-86.

Pereña Vicente, Montserrat, «La autotutela: ¿Desjudicialización de la tutela?», a *Diario La Ley*, núm. 6665, 6 Març 2007.

Pereña Vicente, Montserrat, «La Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad: ¿El inicio del fin de la incapacitación?», a *Diario La Ley*, núm. 7691, 9 Set. 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) És molt interessant la Reial Ordre de 14 de març de 1924, que recull la doctrina de la tutela fiduciària de Diego María Crehuet. Vegeu 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*, tom XXI, vol. 2, 1996.
- (5) Garrido de Palma, Víctor M., «La protección de los discapaces: La autotutela y el poder preventivo de protección», a *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, vol. II, 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», a *Protección jurídica del discapacitado: II Congreso Regional*, Ed. Tirant lo Blanch, València, 2007, p. 164. Aquest autor en cita també d'altres que defensen la tesi exposada: Ignacio Serrano García, Rafael Leña Fernández, etc.
- (9) El Codi civil francès possibilita l'atorgament d'aquest mandat davant de Notari tot fent constar l'acceptació del mandatari. En aquest cas, s'entrega el mandat al Secretari Judicial, amb una certificació mèdica acreditativa de l'existència de la causa d'incapacitat; una vegada homologat el mandat judicialment, ja no es pot obrir el procediment de tutela. La novetat del Dret francès, en relació amb d'altres, va consistir en el fet que el mandat preventiu podia servir no sola-



ment per als actes de gestió patrimonial, sinó també per als actes relatius a la protecció de la persona, ja que l'article 479 del Codi civil francès estableix que el mandatari queda sotmès a les obligacions establertes per als tutors i els curadors en relació amb la protecció personal de l'incapaç. A més, cal fer constar les mesures de control de l'apoderat, i si aquest és una persona jurídica, ha d'estar inscrit en un registre judicial de mandataris.

- (10) Serrano García, Ignacio, *Protección patrimonial de las personas con discapacidad: Tratamiento sistemático de la Ley 41/2003*, Ed. Iustel, Madrid, 2008, p. 278 i s.
- (11) Com explica Campa i de Ferrer, Xavier, *Dret civil català*, vol. II, Ed. Bosch, Barcelona, 2012, p. 183, la redacció de l'avantprojecte subjectava, en tot cas, l'apoderat preventiu a un règim d'autorització judicial prèvia per als mateixos actes que al tutor, sense la possibilitat que el poderdant pogués excloure'l.
- (12) Alguns autors, com ara Santos Urbaneja, Fernando [dir.], *Discapacitado, patrimonio separado y legítima*, Ed. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2006, p. 81, han defensat que abans de la Llei 41/2003 alguns poders es van atorgar en previsió de la incapacitat de fet del poderdant, però sense cap disposició expressa en aquest sentit. Diu que aquesta disposició sobre la continuïtat del poder no té per què ser expressa i que es podrà provar tal pretensió de continuïtat per altres mitjans, com ara la prova documental, el mandat previ al poder, per exemple, i fins i tot la prova testifical.
- (13) XVII Jornades de Dret Català a Tossa: *Els poders en previsió de pèrdua sobrevinguda de capacitat*, 2013 (en premsa).
- (14) AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, Cristina de, «Los poderes preventivos en el Derecho español: Luces y sombras», a *La encrucijada de la incapacitación y la discapacidad*, Ed. La Ley, Las Rozas, 2011, alaba la regulació catalana, però la critica dient que «se echa en falta una ordenación algo más sistemática y cuidada».
- (15) Marín Sánchez, José Alberto, «[Comentarios a] Sección 1.ª y 2.ª. Capítulo II: La tutela», a 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 mateix sentit, SEGURA URBANO, José M., «Discapacitado, patrimonio separado y legítima», a *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, defensa que, en l'article 1732 CC, la incapacitació implica la revocació del poder, en substituir-se el sistema de representació voluntària (poder preventiu) pel sistema de representació legal (tutela). L'autora defensa, però, la conveniència d'una norma legal que obligués a un pronunciament judicial concret sobre la subsistència o extinció dels poders en els supòsits d'incapacitació graduada.
- (19) PEREÑA VICENTE, Montserrat, «Los poderes preventivos», *VLEX* 228210461, p. 7.
- (20) En aquest sentit, també JIMÉNEZ CLAR, Antonio J., *La autotutela los apoderamientos preventivos*, Ed. Colegio Notarial de Valencia, València, 2005, p. 153.
- (21) Luna Cubero, Víctor Manuel, «Los poderes preventivos», a *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. Vegeu també la Sentència del Tribunal Suprem de 27 de febrer de 1999, en la qual, referint-se a un cas d'interposició de demanda de divorci per part d'un tutor, el Tribunal Suprem diu 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) Article 4.2, [...] dades següents: nom, cognoms, domicili i document d'identitat de l'atorgant; lloc i data de l'autorització de l'escriptura, número de protocol corresponent, nom i cognoms del Notari autoritzant, el col·legi notarial al qual pertany i la classe d'acte de què es tracta, entre d'altres, l'atorgament, la revocació total o parcial i l'extinció judicial...
- 25 Seda Hermosín, Manuel Antonio, «El Notario como actor fundamental en la protección de las personas vulnerables», a *La encrucijada de la incapacitación y la discapacidad*, Ed. La Ley, Las Rozas, 2011, p. 10-14.

La publicitat enganyosa a la xarxa: valoracions des de l'ordenament jurídic europeu i espanyol

David López Jiménez

Doctor (amb menció europea) per la Universitat de Sevilla

Doctor per la Universitat Rey Juan Carlos

Professor investigador de la Universitat Autònoma de Xile

dlopezjimenez@gmail.com

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓ
- II. RELLEVÀNCIA DEL FENOMEN COMERCIAL EN L'ESCENARI VIRTUAL
- III. LA PUBLICITAT ENGANYOSA O FRAUDULENTA DIFOSA A LA XARXA

I. INTRODUCCIÓ

S'han formulat nombroses definicions amb relació a la publicitat. Sense limitar-nos a un concepte estrictament legal, del qual, dit sigui de passada, ens ocuparem posteriorment, podem manifestar que aquest fenomen es pot definir bàsicament com un procés que se serveix dels mitjans de comunicació massiva amb la finalitat de donar a conèixer un bé i/o un servei amb diversos objectius. Així, entre altres, cal referir-se al fet d'atraure l'atenció o augmentar el desig i/o la voluntat de la persona a la qual es dirigeix per tal que aquesta contracti el producte anunciat. Un d'aquests caràcters més rellevants rau en què el missatge que transmeti sigui cert. *A contrario sensu*, no s'ha d'incórrer en accions o omissions

que puguin determinar que pugui ser reputada enganyosa. Aquest últim terme —enganyar— deriva del llatí *ingannare*, que es podria traduir com —burlar—. En conseqüència, podríem determinar que es tracta de donar aparença de veritat a

l'anunci que, en certa mesura, persegueix una finalitat perversa.

Actualment, la força vinculant de la publicitat no constitueix una mera sanció civil per publicitat enganyosa, sinó que és conseqüència del principi de la bona fe



FITXA TÈCNICA



Resum: La importància de la publicitat, en l'actualitat, és molt significativa. Tot i que pot ser objecte de difusió en nombrosos canals, n'hi ha un que, pels seus caràcters inherents, despunta davant dels altres. Ens referim a Internet. La promoció interactiva ha de ser veraç, honesta i lleial. Ara bé, hi ha supòsits en què la publicitat no compleix aquests caràcters. En aquests casos, es pot reputar enganyosa. Aquesta última modalitat promocional indueix o pot induir a error i modificar el comportament econòmic del consumidor. Podem discernir tres grans blocs de publicitat digital: llocs web que es poden considerar íntegrament enganyosos; bàners, parcialment o completament fraudulents, i, finalment, la publicitat encoberta —una figura que cal distingir de la publicitat subliminar.

Paraules clau: Competència lleial, condicions contractuals, enganyosa, integració, Internet, publicitat.

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 subliminar advertising.

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

que, com sabem, és un principi general del dret de contractes. Aplicat al supòsit concret de la publicitat interactiva, aquesta previsió suposa que el contingut de la publicitat és exigible si la normativa de l'Estat de destí reconeix aquest extrem, tot i que en l'estat d'origen de l'anunciant no es reconegui la integració publicitària del contracte.

La publicitat ha de gaudir d'un alt nivell de confiança per part del consumidor i/o usuari, amb caràcter general, per la qual cosa ha de ser veraç, legal, honesta i lleial

Per complir les funcions que li són inherents, la publicitat ha de gaudir d'un alt nivell de confiança per part del consumidor i/o usuari, amb caràcter general. Per a aquest fi, cal que aquesta sigui fonamentalment veraç, legal, honesta i lleial. La mala publicitat —la que no compleixi tots o algun dels caràcters esmentats—, encara que representi una porció minúscula respecte del conjunt total, anirà soscavant la confiança del consumidor i tota la publicitat n'anirà, d'una manera o d'altra, patint les desfavorables conseqüències. Per això, en benefici de

tota la societat, per tal que no succeeixi aquest últim extrem, cal que la publicitat, en general, estigui regulada. Hi ha dues opcions, que no són excloents, sinó complementàries, i que són les següents: la regulació normativa —o heteroregulació— i l'autoregulació —o disciplina de la mateixa indústria.

En aquest article estudiarem, en primer lloc, el fenomen de la publicitat, amb caràcter general, si bé veurem les particularitats que prevalen en el cas de la promoció efectuada a la xarxa. Tot i la profunda crisi econòmica imperant, sobretot en l'escenari europeu, aquesta constitueix un fenomen que, davant d'altres mitjans, no para de créixer. Seguidament, en segon lloc, des de la perspectiva europea i espanyola, ens centrarem en l'examen de la publicitat enganyosa o fraudulenta. A més d'analitzar-ne la delimitació conceptual, ens ocuparem de les diverses modalitats que existeixen sobre aquest cas.

II. RELLEVÀNCIA DEL FENOMEN COMERCIAL EN L'ESCENARI VIRTUAL

La publicitat a Internet, tot i la profunda crisi econòmica imperant, està protagonitzant un creixement molt significatiu.⁽¹⁾ Així mateix, Internet és un dels

mitjans més consumits en l'actualitat, cosa que, naturalment, és extensible a la publicitat. El desenvolupament d'aquest últim com a nou mitjà de difusió massiva de continguts s'erigeix com una realitat incontestable, amb tots els números de continuar experimentant un increment exponencial en els pròxims anys.

1. Delimitació positiva i negativa

La publicitat és un instrument competitiu,⁽²⁾ dels més significatius de la societat contemporània,⁽³⁾ que els operadors econòmics utilitzen en el trànsit per promoure la contractació sobre els béns i/o serveis que ofereixen en el mercat.⁽⁴⁾ És un clar exemple d'informació asimètrica.⁽⁵⁾ També cal observar que la publicitat no només exposa els caràcters dels productes i/o serveis, sinó que va més enllà. En efecte, es configura com un mitjà que transmet, inculca i exalta determinats valors i pautes de conducta estimats com la base comuna de la consciència col·lectiva.⁽⁶⁾

Aquesta activitat no només és informació⁽⁷⁾ —ni tan sols avui té el màxim protagonisme—, sinó que prima la persuasió. A través d'aquesta última, el fenomen publicitari presenta connotacions d'agressivitat, atès que, actualment, la competència econòmica dels empresaris es realitza a través de la publicitat.⁽⁸⁾ La finalitat persuasiva, pròpia de l'anomenat *mode publicitari*, com a modalitat formal típica dels missatges publicitaris, deteriora l'objectivitat, que és característica de la informació, per bé que el predomini d'una dimensió o l'altra depèn de l'expressió publicitària concreta. En aquesta línia, un cert sector de la doctrina apunta que, davant dels missatges purament informatius, la comunicació publicitària actual va unida a una intensa activitat creativa.⁽⁹⁾

La remissió de comunicacions comercials a través dels mitjans electrònics s'ha de considerar publicitat. És visible, en conseqüència, el desplaçament del terme *publicitat* pel de *comunicació comercial*, però aquest es dota d'un significat molt pròxim al tradicional de *publicitat*.⁽¹⁰⁾ En aquest sentit, es podria considerar que el recurs al terme *comunicació comercial* obeeix al desig del legislador d'ampliar el concepte de referència i propiciar, així, la regulació i el control de nous fenòmens



promocionals que podien trobar en el nou escenari de la publicitat interactiva un àmbit de desenvolupament particularment favorable. En qualsevol cas, encara que el terme *publicitat* s'esmenta a l'apartat 2, lletra i), de l'annex de la Llei espanyola 34/2002, d'11 de juliol, de serveis de la societat de la informació i comerç electrònic (en endavant, LSSI-CE), el que es defineix és el de *comunicació comercial*⁽¹¹⁾ —igual que en la Directiva europea de comerç electrònic.

És comunicació comercial electrònica la comunicació dirigida a la promoció, directa o indirecta, de la imatge o dels béns o serveis d'una empresa, organització o persona que realitzi una activitat comercial, industrial, artesanal o professional

En aquest sentit, segons l'annex f) de la LSSI-CE, podem definir *comunicació comercial electrònica* com «tota forma de comunicació⁽¹²⁾ dirigida a la promoció, directa o indirecta, de la imatge o dels béns o serveis d'una empresa, organització o persona que realitzi una activitat comercial, industrial, artesanal o professional.⁽¹³⁾ A l'efecte d'aquesta llei, no es consideren *comunicació comercial* les dades que permeten accedir directament a l'activitat d'una persona, empresa o organització, com ara el nom del domini o l'adreça de correu electrònic, ni les comunicacions relatives als béns, els serveis o la imatge que s'ofereixi quan siguin elaborades per un tercer i sense contraprestació econòmica».⁽¹⁴⁾ Com es pot deduir, l'esmentada norma preveu una accepció positiva i una de negativa de *comunicació comercial*.

Pel que fa a la primera —de caràcter positiu—, cal assenyalar que incideix en la labor de promoció que l'anunciant opera, respecte d'alguns productes o serveis, en l'exercici de la seva activitat comercial virtual, cosa que suposa una comunicació entre l'anunciant i el receptor de la publicitat —el destinatari, que pot ser individual o col·lectiu, atès que la definició no exigeix que el missatge necessàriament es dirigeixi a una pluralitat de persones. Cal notar que aquestes actuacions han de respectar no només les previsions establertes a la LSSI-CE, sinó

també les normes imperants en matèria publicitària i comercial.⁽¹⁵⁾ Interessa posar de manifest que el precepte que analitzem porta causa de l'article 2, lletra f), de la Directiva comunitària de comerç electrònic, que, alhora, coincideix de manera substancial, amb la del llibre verd de la Comissió Europea sobre les comunicacions comercials al mercat interior.

Es tracta d'una delimitació enormement àmplia, atès que inclou tota modalitat de publicitat virtual, independentment del format del missatge comercial —audiovisual, gràfic i/o sonor. Igualment, en la definició que analitzem, hi tindrien cabuda tant les activitats publicitàries electròniques de caràcter col·lectiu —per exemple, el bàner— com les activitats de màrqueting directe⁽¹⁶⁾ —com un correu electrònic. En tot cas, la finalitat del missatge ha de ser la promoció de béns i/o serveis i la imatge de l'empresa —aquesta última constitueix l'anomenada *publicitat corporativa*. Aquest supòsit determina que exclouem del caràcter de *comunicació comercial* almenys tres modalitats de missatges. En primer lloc, els missatges difosos a Internet amb una finalitat purament informativa. En segon lloc, la publicitat institucional⁽¹⁷⁾ que tingui com a finalitat fomentar certes conductes solidàries —pensem, per exemple, en la donació d'òrgans. I en tercer i últim lloc, la propaganda política o religiosa que persegueixi l'adhesió de la població a una determinada creença política o religiosa.

Es troba molt relacionada amb la peculiar finalitat de la publicitat a Internet —a la qual ens hem referit—, l'exigència que aquesta es desenvolupi en l'exercici d'una activitat comercial, industrial, artesanal o professional. Aquesta previsió representa una qüestió significativa, ja que, com sabem, tant en el món físic com en el virtual, es poden realitzar campanyes comercials que no tinguin com a finalitat fomentar el consum de béns i/o serveis atès que, a títol d'exemple, poden promoure la moderació en el consum o algunes finalitats de caràcter social general.

Ara bé, tot i l'amplitud de la definició que estudiem, existeixen, a més de la restricció negativa —que seguidament explicarem—, algunes limitacions, perquè és preceptiu que els missatges comercials es realitzin en benefici d'una empresa, or-

ganització o persona que dugui a terme una activitat comercial, industrial, artesanal o professional. A l'efecte de la normativa que examinem, únicament aquests últims poden ser reputats anunciant. Aquest extrem determina que els missatges de compravenda entre particulars difosos a la xarxa no estiguin sotmesos a la LSSI-CE, sinó al Codi civil espanyol.

Pel que fa a l'accepció de caràcter negatiu, cal indicar que al·ludeix a l'activitat en l'entorn telemàtic que, tot i tenir per finalitat tant la promoció de productes i/o serveis com la potenciació de la imatge de l'empresa, no mereix la consideració de *publicitat* perquè no es realitza en el context d'una comunicació entre l'anunciant i el públic destinatari. En aquest sentit, no haurien de ser reputats com a comunicació comercial, a títol d'exemple, els llocs web en què es recullen comunicacions comercials sobre una determinada empresa, els seus productes i/o serveis, sempre que la informació tingui l'origen en un tercer. La normativa legal imperant, com hem vist, demana que aquesta informació s'hagi elaborat de manera independent de l'empresa. Aquesta exigència sembla raonable perquè, en cas contrari, ens trobaríem davant d'un supòsit de publicitat encoberta i, per tant, il·lícita. Aquesta modalitat passaria quan el missatge publicitari no es presentés com a tal, sinó amb caràcter informatiu.

En qualsevol cas, la norma que comentem exclou de la consideració de *comunicacions comercials electròniques* els noms de domini. Són adreces que ens permeten accedir al lloc web d'una determinada empresa, organització o persona i que tenen la funció d'identificació de l'empresa a la xarxa, així com dels béns i/o serveis d'aquesta. Atès que els noms de domini, *a priori*, no promocien la contractació dels productes que ofereix una empresa, no es poden considerar *comunicació comercial*. Ara bé, cal que ens referim a dues situacions en què l'exclusió del concepte *comunicació comercial* podria resultar discutible. D'una banda, la presència del nom de domini en un determinat lloc web contribueix —no n'hi ha cap dubte— a la promoció de la imatge de l'empresa titular d'aquest. Aquest hiperenllaç es pot destinar a informació sobre l'empresa, però també a la difusió de comunicacions comercials. D'aquesta manera, el nom de domini serviria d'en-



llaç envers un espai purament publicitari de la xarxa. D'altra banda, en el patrocini electrònic s'inclou, en un determinat lloc web, el nom de domini d'una empresa, aliena a aquesta pàgina, a canvi d'una contraprestació econòmica o d'una altra mena. En qualsevol cas, el legislador ha optat per excloure els noms de domini del concepte *comunicació comercial*, per bé que determinats supòsits hi podrien encaixar. La raó d'aquesta exclusió probablement es deu al fet que la funció publicitària no és pròpia i inherent als noms de domini, sinó que és de caràcter indirecte i ocasional.

2. Caràcters

La publicitat a Internet presenta nombrosos avantatges⁽¹⁸⁾ davant de la difusió de publicitat en els mitjans de comunicació físics o de caràcter tradicional. Així, des d'una perspectiva econòmica, cal referir-se al fet que es tracta d'una publicitat més barata. No obstant això, hi poden haver supòsits en què, per raons culturals o d'una altra mena, resulti aconsellable un tractament diferenciats dels missatges publicitaris electrònics en funció del país receptor d'aquests. En altres paraules, els anunciantes es poden veure obligats a desenvolupar diversos llocs web, segons el país destinatari, per adaptar els continguts a les peculiaritats nacionals o, si escau, regionals.⁽¹⁹⁾

A més, la publicitat a Internet pot ser sensiblement més eficaç que la difosa en altres canals. Un dels avantatges que presenta Internet, a diferència d'altres mitjans tradicionals és, sobre la base dels mecanismes susceptibles de monitorització del comportament del potencial consumidor i/o usuari, la possibilitat d'aconseguir el perfil del destinatari de la publicitat, en què es tindran en consideració les seves preferències. D'aquesta manera, podríem manifestar, sense encórrer en cap mena d'exageració, que ens trobem davant del paradigma de l'anomenat *màrqueting directe*, ja que la publicitat virtual se sol caracteritzar per una elevada personalització, mostra una gran capacitat d'entreteniment, està més ben dirigida i és més eficaç. En nombrosos supòsits, a més, aquesta publicitat, per la prestació favorable del consentiment, serà menys intrusiva que la difosa en al-

tres mitjans, sense perjudici que, des de fa anys, està proliferant l'anomenat *spam*.

Internet permet establir una comunicació interactiva amb el potencial consumidor i/o usuari i recollir nombroses dades a temps real, cosa que, alhora, possibilita que s'ofereixi un servei personalitzat

En línia amb les consideracions que s'han realitzat recentment, cal precisar que, com se sap, Internet permet establir una comunicació interactiva amb el potencial consumidor i/o usuari i recollir nombroses dades a temps real, cosa que, alhora, possibilita que s'ofereixi un servei personalitzat. En aquest sentit, cal advertir una diferència observable entre la publicitat que analitzem i la realitzada en altres mitjans, com la premsa, la ràdio i la televisió. Aquesta última, com sabem, es caracteritza per recolzar-se en un diàleg mecanitzat, caracteritzat pel fet que les comunicacions informatives i persuasives de l'empresa sobre la qual versen no es dirigeixen a un determinat consumidor i/o usuari, sinó que ho fan a una gran massa indeterminada de consumidors potencials. En altres paraules: el paper del consumidor en els mitjans de caràcter tradicional és fonamentalment passiu, ja que no interactua amb l'empresari i només visualitza les comunicacions comercials que li dirigeixen les empreses. Ja hem assenyalat que en la publicitat *on-line* el consumidor realitza una labor activa.

Un últim avantatge en què cal incidir és l'extraordinari creixement que mundialment estan experimentant els usuaris d'Internet. Així, l'octubre del 2010, s'estimava que la xarxa de xarxes tenia una xifra molt propera als 2.000 milions d'usuaris a tot el món, i que havia multiplicat exponencialment les xifres en deu anys, ja que l'any 2000 hi havia 381 milions d'internautes. Pel que fa a Espanya, cal subratllar que té una taxa mitjana de penetració del 62,6 %, i que actualment arriba a 29 milions d'usuaris. En definitiva, podem afirmar que avui no hi ha cap altre mitjà de comunicació que estigui experimentant un creixement tan significatiu.

3. La imparable projecció de futur en el pla mundial

Una de les manifestacions més significatives que les tecnologies de la informació i de la comunicació han suposat en l'àmbit empresarial s'observa en la publicitat virtual. Per tal que aquesta sigui més eficaç i més eficient, s'han posat en pràctica innovadores tècniques —caracteritzades, bàsicament, pel baix cost, la rapidesa i la capacitat d'arribar a un alt nombre d'usuaris— que tenen com a finalitat captar l'atenció integral dels receptors. Es pot afirmar, doncs, que el sistema de promoció tradicional ha perdut valor en benefici del virtual. Tot plegat es fa més patent en el cas dels menors d'edat. Aquest col·lectiu ha estat anomenat *natiu virtual* per la singular desimboltura i des-tresa amb què, des de l'origen, es mouen amb aquestes tecnologies.

Tota empresa que pretengui actualment perdurar en el mercat competitiu global ha d'incorporar les noves tecnologies a la seva activitat quotidiana, per estar així permanentment adequada a les tendències de venda a través dels nous mitjans tecnològics i poder dissenyar estratègies de *màrqueting* electrònic. La necessitat de les empreses de mantenir els clients i d'estrènyer relacions amb aquests —*màrqueting* relacional⁽²⁰⁾— determina que busquin maneres d'arribar directament al consumidor individual, personalitzant l'oferta i constituint, així, innovadors tipus de venda que permetin que les empreses estableixin relacions continuades i directes amb aquest, es trobi on es trobi.

En línia amb el que hem estat posant de manifest, cal indicar que un dels aspectes més interessants que presenten els contractes signats amb consumidors és, precisament, el relatiu al període precontractual, és a dir, totes les activitats que es desenvolupen entre les parts abans que s'atorgui el consentiment per a la perfecció del contracte. En aquest instant és relativament habitual que el consumidor i/o usuari tingui coneixement de les característiques essencials del bé i/o servei que li pugui interessar, del qual, a més, pot estar informat en virtut de la publicitat rebuda —tant a través de canals tradicionals com virtuals.



A final del segle XX, alguns autors⁽²¹⁾ van determinar que la publicitat a Internet, l'origen de la qual se situa a principis dels anys noranta, constituïa una transformació radical del paradigma de *màrqueting*, que va evolucionar des d'un model predominant unidimensional a un altre de totalment interactiu —amb relacions u a u personalitzades— que progressivament està tenint més protagonisme. Els efectes, com veurem, no deixen indiferent el destinatari.

La publicitat difosa a Internet constitueix una activitat en auge. Tot i la gran crisi econòmica, la inversió publicitària a Internet no ha deixat de créixer i les previsions de futur per a aquesta són molt optimistes

La publicitat difosa a Internet, tal com subratllen les estadístiques dels últims anys, constitueix una activitat en auge. Tot i la gran crisi econòmica que patim des de fa uns quants anys, la inversió publicitària a Internet no ha deixat de créixer i les previsions de futur per a aquesta són molt optimistes.

La inversió real estimada en mitjans convencionals va arribar als 5.621,30 milions d'euros l'any 2009, una xifra que suposa un decreixement del 20,9 % respecte de la registrada l'any anterior. Per segon any consecutiu, tots els mitjans presenten caigudes en la facturació, on l'única excepció és Internet, que ha tingut un augment interanual del 7,2 % i ha arribat a un volum d'inversió publicitària de 654,10 milions d'euros, davant dels 610 milions de l'any 2008. El percentatge que Internet suposa sobre el total de la inversió l'any 2009 és de l'11,6 %. Tal com hem anticipat, hi ha diversos estudis realitzats per entitats de renom en la matèria —Arcomedia, Mediascope i PWC— que preveuen un increment significatiu de la publicitat a Internet en els pròxims anys. En aquest sentit, entre els instruments que contribueixin a l'important creixement de la publicitat interactiva, hi ocuparan un lloc destacat els *smartphones*.

III. LA PUBLICITAT ENGANYOSA O FRAUDULENTA DIFOSA A LA XARXA

1. Concepte

Un dels principis generals més rellevants del dret de la publicitat és l'anomenat *principi de veracitat*, la finalitat del qual és eliminar l'error del públic respecte del contingut dels missatges publicitaris.⁽²²⁾ En altres paraules: prohibeix la publicitat enganyosa o fal·laç. Aquest principi és present, sobretot, a l'article 3 de la Llei general de publicitat (LGP) espanyola, així com en els articles 5 i 7 de la Llei espanyola 3/1991, de 10 de gener, de competència deslleial (LCD), després de la modificació de la Llei espanyola 29/2009, de 30 de desembre. Des de la primera decisió⁽²³⁾ sobre la Directiva europea 84/450, el Tribunal de Justícia de la Comunitat Europea (TJCE) va posar de manifest que el concepte *publicitat enganyosa* és de caràcter autònom i que la interpretació última correspon a aquest, i que per tant els tribunals estatals queden obligats a interpretar la legislació nacional segons el significat que es dona a aquesta categoria en dret comunitari.

Així, té com a element principal de la regulació la inducció a error —ja sigui per

acció o per omisió— dels destinataris. La inducció a error es verifica a través de la interpretació per part dels consumidors, sobretot en virtut de la figura del consumidor mitjà que, segons la STJCE⁽²⁴⁾ de 16 de juliol del 1998 (assumpte C-210/96, «Gut Springenheide»⁽²⁵⁾), és tota persona normalment informada i raonablement atenta i perspicax. Aquesta noció es diferencia de la que ha imperat tradicionalment en la legislació alemanya de competència deslleial, que prenia com a referència un consumidor irreflexiu i susceptible d'engany amb certa facilitat. Aquest criteri contrastava, sigui dit de passada, amb el que instauraven la majoria dels estats membres de l'espai comunitari, que proporcionaven un nivell de protecció menor, perquè prenen com a referència un consumidor mitjà i escèptic.

El criteri que finalment acull el TJCE, així com determinada normativa comunitària, en certa mesura coincideix amb aquest en la pràctica de la Federal Trade Commission dels Estats Units, que, des de la Policy Statement on Deception del 1983, considera que la valoració del caràcter enganyós dels actes i pràctiques s'ha d'emprendre des del prisma del consumidor raonable o mitjà —i quan es dirigeixen a un determinat grup de l'audi-





ència, des de la perspectiva d'un membre raonable del grup.

Amb el recurs, per part de la Directiva europea de pràctiques comercials deslleials i de la LCD, a aquesta configuració —la figura del consumidor mitjà—, es pot advertir que les possibilitats d'engany o inducció a error es redueixen, atès que el consumidor no pot ser fàcilment enganyat. Si extrapolem aquest paràmetre valoratiu a la publicitat difosa a la xarxa, cal considerar que el consumidor que recorre a Internet té, com a norma general, un nivell superior a la mitjana.⁽²⁶⁾ De fet, en algunes modalitats publicitàries, com els grups de notícies o els fòrums, els usuaris estan, si és possible, encara més qualificats. Conseqüentment, si es tenen en compte aquestes premisses, per valorar si una comunicació comercial difosa a la xarxa es pot considerar enganyosa, caldria suposar que el consumidor mitjà d'Internet, ateses les seves qualitats, té una cultura i una formació superiors a la mitjana, per la qual cosa presenta una capacitat més elevada per interpretar i assimilar els missatges que veu.

La Directiva comunitària de pràctiques comercials deslleials va afegir una nova categoria, la del consumidor mitjà del grup, per reforçar la protecció de determinats grups de persones especialment vulnerables i més necessitades de tutela jurídica

Ara bé, per reforçar la protecció de determinats grups de persones especialment vulnerables, en què hi concorren baixos nivells d'informació i atenció, més necessitats de tutela jurídica, la Directiva comunitària de pràctiques comercials deslleials —així com l'article 4.3 LCD— va afegir una nova categoria de consumidor mitjà: el consumidor mitjà del grup. D'aquesta manera, es pretén rebaixar el nivell general del consumidor mitjà i situar-lo en un punt mig més adequat al grup de persones afectades, amb el resultat final que, en aquests casos, les possibilitats d'engany són sensiblement més elevades.⁽²⁷⁾ Aquesta última decisió adoptada a la norma permet prescindir del conjunt del públic destinatari d'una

determinada pràctica i enjudiciar-la, segons els seus efectes, sobre un grup específic de consumidors, sempre que aquests presentin una especial vulnerabilitat, siguin clarament identificables i l'efecte de la pràctica sobre aquest grup resulti previsible per al comerciant.⁽²⁸⁾ Aquesta previsió suposa per a l'empresari la càrrega d'adoptar les mesures oportunes i raonables que siguin necessàries per evitar que les seves pràctiques comercials dirigides a un públic en general —i que no puguin ser reputades enganyoses sota aquest prisma— puguin afectar un determinat grup de consumidors als quals, d'acord amb llur especial vulnerabilitat o credulitat, pugui induir a error.⁽²⁹⁾

Abans d'analitzar, de manera sucinta, alguns dels comportaments enganyosos que es susciten a Internet,⁽³⁰⁾ cal incidir en el fet que aquests mateixos no han de ser confosos amb les simples exageracions publicitàries. Aquestes últimes són les al·legacions comercials, de caràcter grandiloqüent, que el públic, normalment, no es pren seriosament. En aquest cas, no es pot parlar d'*inducció a error*, ja que són considerats supòsits de *dolus bonus*.⁽³¹⁾ Quant a aquesta qüestió, la LCD impedeix qualificar aquestes exageracions —sempre que siguin percebudes com a tal pels consumidors— com a *pràctiques deslleials*, perquè atès que el públic consumidor en coneix el veritable abast, no poden tenir incidència rellevant en el comportament econòmic d'aquest. Igualment, i en certa manera relacionat amb el que comentem, es manifesta la possibilitat de considerar il·lícit un cert nivell d'engany, i s'ha de delimitar, davant d'un supòsit concret, la frontera de l'«engany tolerable».⁽³²⁾ Juntament amb les exageracions publicitàries, es troba el que es podria anomenar *judicis estimatius*. Aquests es podrien concebre com les al·legacions publicitàries que, a la xarxa, expressen simples valoracions personals, sense cap fonamentació objectiva, relativa a determinats béns i/o serveis. Un dels caràcters més destacables és que giren al voltant de punts plenament opinables, sense paràmetres objectius sobre els quals determinar-ne l'exactitud o la inexactitud, com per exemple, el cas de l'aparença externa d'un producte i/o servei. Hem de notar que els judicis

estimatius realitzats amb relació a béns i/o serveis difosos a la xarxa no poden donar lloc a un supòsit de publicitat enganyosa. La raó d'aquesta asseveració obeeix al fet que no es concep com el públic dels consumidors, com l'al·legació d'un fet objectiu i/o verificable, sinó com l'expressió d'una mera opinió, que serà vista com a tal.

2. Modalitats

A continuació ens referirem a algunes de les pràctiques més freqüents de publicitat enganyosa a la xarxa, que hem considerat pertinent classificar en tres blocs. En primer terme, analitzarem els llocs web íntegrament enganyosos i n'analitzarem dues pràctiques que recentment s'estan generalitzant: el *phishing* i el *pharming*. Posteriorment, ens ocuparem de les diverses modalitats bàners enganyosos i, finalment, ens detindrem en l'examen de la publicitat encoberta —que s'ha de distingir de la subliminar.

2.1. Llocs web íntegrament enganyosos: entre la infracció civil i l'il·lícit penal

Una pràctica il·lícita que està tenint lloc a la xarxa és la creació fraudulenta de llocs web corporatius, bàners — presents, a vegades, en les xarxes socials— o enllaços electrònics —accessibles a través de correus electrònics no sol·licitats⁽³³⁾— que emulen o enllacen a pàgines de bancs i/o caixes d'estalvi, o bé d'empreses que ofereixen béns i/o serveis que, per les condicions avantatjoses, poden ser especialment atractius per al consumidor i/o usuari. Lluny de ser un fenomen aïllat, la realitat posa de manifest un augment alarmant d'aquestes pràctiques il·lícites.⁽³⁴⁾ De fet, cal cridar l'atenció sobre el fet que Espanya estigui entre els primers països del món on s'ubiquen els servidors que allotgen aquestes adreces electròniques fraudulentes. Per bé que constitueixen tècniques il·lícites molt similars i, en certa manera, relacionades, hem d'advertir que aquestes s'han de diferenciar de les que analitzarem a l'apartat següent. En aquest últim, ens referirem als bàners enganyosos que ometen alguna dada rellevant per al consumidor i/o usuari



o que contradiuen la informació de la pàgina web amb què enllacen.

Entre les pràctiques enganyoses cal referir-se, entre altres, al *phishing* i al *pharming* —que, en realitat és una variant del primer. Ambdues pràctiques pretenen aconseguir fraudulentament les claus personals d'ús preceptiu en la banca electrònica

Entre les pràctiques enganyoses cal referir-se, entre altres, al *phishing* i al *pharming* —que, en realitat és una variant del primer. Ambdues pràctiques pretenen aconseguir fraudulentament les claus personals d'ús preceptiu en la banca electrònica.⁽³⁵⁾

El *phishing* és la suplantació de determinats llocs d'Internet. Es tracta de correus electrònics enganyosos, així com llocs web fraudulents que, amb diversos arguments,⁽³⁶⁾ sembla que procedeixin d'institucions de certa confiança per al destinatari —bancs, caixes d'estalvi, etc.—, si bé en realitat no és així, ja que la seva única finalitat és aconseguir les claus personals de l'usuari, amb les quals es podran apropiari dels seus diners.⁽³⁷⁾ En els últims temps, en vista de la incessant proliferació d'aquestes pràctiques fraudulentes, nombroses entitats de crèdit que han patit atacs semblants estan avisant els seus clients de la necessitat d'identificar aquesta mena d'accions. Aquesta conducta ha estat elogiada pel Banc d'Espanya i, per tant, se'n pot col·legir que representen bones pràctiques bancàries indicatives, en tot cas, d'una conducta diligent del banc.

El *pharming* —una modalitat també coneguda com a *phishing* «sense esquer»— és una tècnica encara més peril·losa, si això és possible, que l'anterior. Es fonamenta en la manipulació de les adreces *domain name server* —habitualment conegudes per DNS— que tecleja l'usuari per accedir a un lloc web. D'aquesta manera, les pàgines que l'usuari visita no són les veritables, encara que aparentment siguin molt similars. La finalitat és la mateixa que en el *phishing*. Per entendre més clarament en què consisteix aquesta

pràctica enganyosa, convé indicar com funciona la manipulació de les DNS. Hem de precisar que, quan es tecleja una determinada adreça electrònica al navegador, per poder-hi accedir s'ha de convertir a l'adreça IP⁽³⁸⁾ real de la pàgina que es vol visitar. Normalment, el navegador no pot realitzar aquesta conversió, i per això cal un servidor DNS perquè l'efectui.⁽³⁹⁾ Recordem que el *pharming* dirigeix l'atac als servidors DNS, on modifica la correspondència numèrica a tots els usuaris que hi vulguin accedir. D'aquesta manera, quan en el navegador es tecleja la direcció de l'entitat financera, en virtut del *pharming*, el DNS atorga una altra adreça numèrica diferent de la real i redirecciona l'usuari a un lloc web aparentment igual que l'original, però que té caràcter fraudulent.⁽⁴⁰⁾

Sense perjudici de la normativa civil⁽⁴¹⁾ que sanciona la publicitat il·lícita —així, entre altres la LGP, la LCD i el Reial decret legislatiu 1/2007, de 16 de novembre, que aprova el text refós de la Llei general per a la defensa dels consumidors i usuaris (TRLGDCU) i altres lleis complementàries—, aquesta també és objecte de repressió a través de les lleis penals. En aquest últim sentit, determinades actuacions comeses a la xarxa podrien ser castigades a través del delictes de publicitat enganyosa —article 282 del Codi penal espanyol (CP)—, que pot incórrer juntament amb altres tipus penals, com ara el delictes d'estafa —articles 248.2 i 248.3 CP. Naturalment, cal valorar la possibilitat que s'imposin sancions administratives.⁽⁴²⁾

2.2. Banners enganyosos

A) Concepte i amplitud del fenomen: entorn de la diversitat d'espais digitals

La promoció comercial que es realitza Internet, que és un dels pilars del comerç electrònic, pot tenir lloc a través de diferents tècniques publicitàries, que representen un element important d'informació al consumidor. S'ha avançat molt des que es considera el primer missatge comercial difós a la xarxa —data del 1994, en el lloc web *Hotwired.com*. En aquell moment, els anuncis eren marcadament estàtics, si bé avui en dia inclouen so, àudio, vídeo o altres efectes no menys significatius.

Pel que fa a les actuacions publicitàries que en el món digital poden ocórrer, cal referir-se, entre altres, a les pàgines web en què, com a norma general, es difon la imatge d'una determinada empresa i/o organització, així com alguns productes i/o serveis. Ara bé, dins dels formats publicitaris, ocupen un lloc destacat els bàners⁽⁴³⁾—sense perjudici que n'hi hagi d'altres. Aquests últims, que en català es podrien traduir com a —banderoles—, constitueixen una imatge gràfica que inclou text, i si es clica activa un enllaç que condueix l'usuari al lloc web de l'anunciant. Es tracta d'una figura que, bàsicament, es crea amb imatges —que poden adoptar els formats GIF o JPEG— o amb animacions ideades a partir d'animacions com Flash, Java o Adobe.

En una immensa majoria dels casos, la figura que analitzem busca atraure el trànsit cap al lloc web de l'anunciant que abona una quantitat pecuniària perquè s'inclougi. Per això, en nombrosos casos, els bàners adopten dissenys llampanants i molt avantguardistes. Tenen l'objectiu, com es pot deduir del que ja hem avançat, de comunicar el missatge que inclou el màxim nombre possible d'eventuals destinataris.

Qualsevol lloc present a la web és susceptible d'incloure aquesta mena de figures, tot i que en un elevat percentatge de casos són més atractius els continguts amb més interès per a alguns col·lectius amb grans volums de trànsit.

B) Regulació legal

Un dels formats publicitaris més utilitzats a Internet és, precisament, el bàner. Hi pot haver informació o bé sobre el lloc web on enllaça, o bé sobre els productes i/o serveis que s'hi ofereixen. També pot ser que, d'una banda, el lloc web contingui informació que contradigui la del bàner —actes d'engany—, i, d'altra banda, que silencii dades fonamentals l'omissió de les quals pugui induir a error els destinataris —engany per omissió. Ens trobaríem davant de supòsits de publicitat enganyosa⁽⁴⁴⁾ i, per tant, il·lícita. La il·licitud seria determinada per la qualificació de publicitat enganyosa, tant per la informació proporcionada com per l'omissió de dades significatives. En aquestes hipòtesis, l'usuari, en veure el bàner, es pot sentir impulsat a fer-hi clic i accedir aleshores



al lloc web on enllaça i, així, les seves expectatives queden defraudades.

Es considera deslleial perquè és enganyosa qualsevol conducta que contingui informació falsa o informació que, tot i que sigui veraç, a causa del contingut o de la presentació, indueixi o pugui induir a error els destinataris i que és susceptible d'alterar llur comportament econòmic

Respecte als actes d'engany en què puguin incórrer els bàners, hem de tenir en compte l'article 5.1 LCD, que apunta que es considera deslleial per enganyosa qualsevol conducta que contingui informació falsa o informació que, tot i que sigui veraç, a causa del contingut o de la presentació indueixi o pugui induir a error els destinataris,⁽⁴⁵⁾ i que és susceptible d'alterar llur comportament econòmic.⁽⁴⁶⁾

Abans d'ocupar-nos de l'anàlisi d'aquesta última norma, hem de fer un incís d'interès en la qüestió que comentem. Ens referim al fet que, com a conseqüència de l'abast global d'Internet, els missatges comercials difosos a la xarxa poden ser vistos per individus de múltiples estats. Tot i que, a escala europea, resulta aplicable el principi de control en origen, complementat amb el fenomen de l'autoregulació, és cert que segons el país comunitari hi poden haver interpretacions diverses per a alguns missatges. En altres paraules: determinades asseveracions sobre un bé i/o servei, segons la interpretació que se'n faci, es poden reputar enganyoses en un país, però no en un altre o altres. Sobre això, cal advertir que aquesta deficient i equívoca comprensió del missatge pot obeir al fet que aquest estigui redactat en un idioma diferent de l'habitual del consumidor que en aquell moment el vegi. Si bé aquesta afirmació és relativament freqüent a Internet, no sembla gaire racional exigir per llei que els anunciant hagin de tenir cura d'aquestes eventuais dificultats per dues raons. D'una banda, en virtut del principi del control en origen, les empreses que difonen a la xarxa missatges comercials únicament estan obligades a controlar que el contingut de la comu-

nicació publicitària sigui veraç i que no determini equívocs en el país d'origen. D'altra banda, exigir a un anunciant la necessitat de valorar totes les possibles interpretacions d'un determinat missatge a Internet seria una obligació de molt difícil, o fins i tot impossible, compliment. Per tant, tret que s'opti per limitar l'accés dels llocs web, sobre la base de l'adreça IP, als usuaris d'un determinat estat, cal que s'incentivin dues mesures. En primer lloc, l'anunciant ha d'extremar la diligència a l'hora de confeccionar el missatge i evitar recórrer a expressions que puguin resultar equívokes en alguns llocs. Per fer-ho podria resultar convenient obrir llocs web específicament adaptats per a les regions en què es podrà visualitzar. I, en segon terme, el mateix usuari d'Internet ha d'interpretar amb extrema cautela els missatges de la xarxa.

Tornant a l'examen del precepte, com ja sabem, la informació falsa és la que no es correspon amb la realitat. En aquest sentit, els mitjans tècnics als quals es recorre a la xarxa no s'han de fer servir per crear falses impressions en els usuaris. Per la seva banda, la informació veraç, susceptible d'induir a error, és la que, tot i que pugui ser exacta en un pla abstracte perquè es correspon amb la realitat, pot generar una incorrecta interpretació d'aquesta. Així mateix, per determinar la susceptibilitat del missatge per induir a error o generar falses expectatives, cal que es descarti, primer, els criteris de caràcter gramatical i/o literal⁽⁴⁷⁾ i, segon, la intencionalitat de l'anunciant. Dit en altres paraules: només s'ha d'atendre a la interpretació que de l'anunci faci el cercle de destinataris —consumidor mitjà.

Un supòsit que resulta susceptible d'induir a error els consumidors —i, per tant, que cal reputar enganyós— és el que l'anunciant destaca una determinada característica dels béns i/o serveis que ofereix a Internet i la presenta, implícitament o explícita, com a singular quan, en realitat, es tracta d'un tret comú del gènere de mercaderies al qual pertany el bé i/o servei en qüestió. Referent a això, es podria arribar a pensar, per part del públic destinatari, de manera inadequada —i, així, induir a error—, que aquesta característica no és present, com a norma general, entre els productes que pertanyen al mateix gènere. Aquesta mena de missatges, tradicionalment, s'han englo-

bat sota la denominació *al·legació d'allò obvi*.⁽⁴⁸⁾

L'expressió «comportament econòmic», s'ha d'interpretar en sentit ampli. D'aquesta manera, aquest no inclouria només la fase d'adopció de la decisió de compra, sinó també l'etapa prèvia de cerca d'informació necessària per adoptar la decisió, així com la posició respecte de l'exercici i compliment dels drets que emanen del contracte un cop aquest s'ha formalitzat. Aquesta consideració gaudeix d'una certa aprovació legal, sobretot si es valora la llista de pràctiques que es reputen enganyoses en l'annex de la LCD, ja que se n'inclouen algunes que influeixen en el procés de formació de preferències del consumidor que té una actitud que resulta dubtosa per determinar una compra. D'aquest raonament es pot inferir que repercuteix en el comportament econòmic del consumidor la publicitat que incideix en el procés de cerca d'informació i que determina que, gràcies a enganyos, el consumidor i/o usuari accedeixi al lloc web on el bàner remet.

Quant a la figura de l'engany per omisió que, a més, cal reputar deslleial, és objecte de regulació a l'article 7.1 LCD —amb caràcter precedent, ja ho era a l'article 4.2 LGP—, que preceptua que «es considera deslleial l'omissió o ocultació de la informació per tal que el destinatari adopti o pugui adoptar una decisió relativa al seu comportament econòmic amb el degut coneixement de causa. També és deslleial si la informació que s'ofereix és poc clara, inintel·ligible, ambigua o no s'ofereix en el moment adequat, o no es dóna a conèixer el propòsit comercial d'aquesta pràctica, quan no resulti evident pel context». Del precepte que acabem de reproduir, juntament amb les omissions en sentit estricte,⁽⁴⁹⁾ es poden distingir quatre casos diferents d'engany per omisió.

En primer lloc, hi ha omisió d'informació quan aquesta s'oculta, extrem que podria passar si s'inclou de manera que sigui imperceptible per a un consumidor mitjà.

En segon lloc, hi ha omisió d'informació⁽⁵⁰⁾ quan, encara que s'inclougui de manera visible, resulta inintel·ligible o ambigua⁽⁵¹⁾ per al consumidor mitjà —per exemple s'utilitzen excessius tecnicismes, abreviatures d'ús no comú, termes generalment desconeguts, etc. Dit d'una



altra manera: es facilita al destinatari la informació exigible, però de manera tan confusa i desordenada que és difícilment comprensible.

En tercer lloc, hi ha omissió enganyosa quan la informació se subministra en un moment que no és l'adequat —en resum, pot ser reputada inoportuna. Aquest últim supòsit pretén sancionar els casos en què, tot i ésser certa i suficient la informació subministrada, no pot de cap manera ser reputada com a tal ja que en el període de la recepció el destinatari no està en condicions d'assimilar-la.

Hi ha omissió enganyosa quan se silencia el propòsit comercial de la pràctica, si no és evident pel context. Aquesta última modalitat representa una actitud enganyosa que ha proliferat extraordinàriament a Internet

Finalment, també hi ha omissió enganyosa quan se silencia el propòsit comercial de la pràctica, si no és evident pel context. Cal advertir, en tot cas, que aquesta última modalitat representa una actitud enganyosa que ha proliferat extraordinàriament a Internet. De fet, una de les fórmules més efectives per promoure la contractació de béns i/o serveis rau en què el potencial destinatari de la comunicació comercial electrònica no percebi la finalitat publicitària, sinó que la concebi com una informació desinteressada i objectiva —es tracta de la publicitat encoberta i subliminar, de la qual ens ocuparem en el subapartat següent.

Així mateix, cal considerar que la LCD limita l'àmbit d'aplicació a les omissions enganyoses —ja n'hem vist les modalitats—, entenent per aquestes omissions les d'informació substancial que siguin susceptibles de desencadenar falses expectatives entre el públic dels consumidors o una impressió falsa o incorrecta sobre els corresponents productes i/o serveis.

Sobre això últim, és interessant observar que, el 2007, la Direcció de Consum i Seguretat Industrial del Govern basc va sancionar tres companyies aèries —Ryanair, Lufthansa i Air Lingus— per publi-

citar de manera enganyosa a la xarxa els preus dels seus bitllets. La sanció que es va imposar a Ryanair va ascendir a 12.000 euros, mentre que per a les altres dues companyies va ser de 6.000 euros. El Govern basc va adoptar aquesta decisió després de verificar que, tot i que aquestes companyies havien estat expedientades recentment per anunciar bitllets d'avió amb un preu que no es corresponia amb llur cost final, no havien corregit la situació o només l'havien corregit parcialment. El Govern basc va considerar que anunciar una tarifa de bitllets a la xarxa que no es corresponia amb el preu real que finalment s'havia d'abonar induïa a error els consumidors i usuaris, cosa que, en conseqüència, s'havia de sancionar com a infracció greu.

L'article 7.2 LCD afegeix que «per a la determinació del caràcter enganyós dels actes a què es refereix l'apartat anterior, cal atendre al context fàctic en què es produeixen i tenir en compte totes les característiques i circumstàncies i les limitacions del mitjà de comunicació utilitzat». En efecte, la capacitat d'una omissió per induir a error els consumidors depèn de les circumstàncies que hi hagi.⁽⁵²⁾ Cal valorar, en primer lloc, la importància de la informació que s'ometi —cal que sigui de caràcter substancial o necessari.⁽⁵³⁾ Així mateix, com que pràcticament tots els mitjans imposen limitacions espaciotemporals, només resulta lícit escurçar la informació quan hi hagi justificacions de temps i/o d'espai —per exemple televisió, ràdio i premsa escrita—, però no quan es tracti d'Internet, opuscles o altres mitjans. En aquests últims, en què no hi ha necessitat d'efectuar sacrificis especials de temps i/o d'espai, l'omissió no estaria justificada, per la qual cosa, si també tinguessin lloc els altres pressupòsits necessaris, es podria reputar deslleial.

Alguns bàners que, amb relativa habitualitat, poden resultar enganyosos a la xarxa són els que al·ludeixen a concursos i/o jocs promocionals.⁽⁵⁴⁾ Atès que el legislador és conscient de l'enorme atractiu que aquestes pràctiques poden arribar a despertar en el receptor, que pot baixar la guàrdia, estableix algunes cauteles. D'acord amb l'article 20 LSSI-CE, en primer lloc, han de ser fàcilment identificables com a tals —i, per tant, ser susceptibles de ser distingits de continguts informatius—, i en segon

lloc, cal assegurar-se que les condicions d'accés i, si escau, de participació, siguin fàcilment accessibles i que s'expressin de manera clara i inequívoca. Per evitar que l'usuari pugui incórrer en error sobre les veritables condicions d'aquests serveis d'entreteniment —que, a vegades poden resultar, pel cost, especialment oneroses—, seria recomanable que el prestador de servei, abans de participar en el concurs o joc posés a disposició de l'usuari les condicions i que aquest pogués, així, prendre la decisió oportuna. En aquest últim sentit, tal com avançàvem, l'article 20 LSSI-CE només exigeix que les condicions d'accés i participació resultin fàcilment accessibles.

Així mateix hi ha un supòsit que seria susceptible de ser reputat bàner enganyós per omissió. Ens referim als bàners que ofereixen als usuaris la possibilitat d'accedir al llocs web de contingut per a adults —eròtic—, descàrrega de melodies per a mòbils, serveis de joc *on-line*, etc. Si es clica sobre aquests bàners, s'instal·la un *dialer* que connecta l'usuari a un número de tarificació addicional⁽⁵⁵⁾. Els marcadors telefònics solen descarregar-se mitjançant un arxiu executable —extensió *.exe*—, o fins i tot a través d'un control ActiveX. Les particularitats del servei —i, per tant, els elevats costos que representaven— són completament omesos per a l'usuari. En qualsevol cas, cal matisar que ens trobem davant d'una tècnica en gran mesura ja superada gràcies a la progressiva substitució de les connexions telefòniques a través de mòdem per les de cable.

2.3. Publicitat encoberta en llocs web

a) Concepte i delimitació conceptual: la necessària diferenciació de la publicitat subliminar

Ens trobem davant d'un supòsit de publicitat encoberta en un determinat lloc web quan els missatges comercials d'una empresa es presenten sota l'aparença d'una informació objectiva —i per tant no són identificables com a tals— a càrrec d'un tercer independent. Així, es presenta com a informació allò que, en realitat, és publicitat. En realitat, es podria afirmar que no es tracta d'un supòsit enganyós com a tal, perquè el contingut del missatge publicitari no ho és, sinó que ho



és la manera mitjançant la qual es difon la publicitat —un missatge publicitari es presenta com un missatge informatiu—, i per això els destinataris poden arribar a ser més vulnerables.⁽⁵⁶⁾ En efecte, atribuiran al missatge comercial un nivell de credibilitat i d'objectivitat diferent del que li atorgarien si en coneguessin la veritable finalitat. D'aquesta manera, el consumidor i/o usuari podria donar al contingut del missatge el mateix valor que a les informacions no publicitàries que es difonen en el mitjà de què es tracti, per la qual cosa s'estaria distorsionant la informació que podria servir de base al consumidor i/o usuari per adoptar la seva decisió de compra.⁽⁵⁷⁾

Cal distingir la publicitat encoberta de la publicitat subliminar. En virtut d'aquesta última, a través de l'ús de tècniques de producció d'estímuls d'intensitats frontereres amb els llindars dels sentits o anàlogues, s'actua sobre el públic destinatari sense ser conscientment percebuda

Cal distingir la publicitat encoberta de la publicitat subliminar. En virtut d'aquesta última, segons estableix l'article 4 LGP, a través de l'ús de tècniques de producció d'estímuls d'intensitats frontereres amb els llindars dels sentits o anàlogues, s'actua sobre el públic destinatari sense ser conscientment percebuda.⁽⁵⁸⁾ Ens trobem davant d'una pràctica que se sol fer servir en les comunicacions que, tot i que no són necessàriament publicitàries, recorren a mitjans audiovisuals en virtut dels quals resulta més fàcil d'influir en els estímuls dels subjectes que la reben, sense que en siguin conscients, i s'anul·la en certa mesura la llibertat de decisió del consumidor. Cal insistir en què tant la publicitat encoberta com la subliminar són extraordinàriament difícils de provar. Tot i això, pel que fa a la publicitat subliminar, poden existir supòsits susceptibles de ser considerats com a tals. En aquest sentit, a Internet és freqüent que alguns llocs web, per poder dur a terme l'exercici publicitari, permetin, de manera automàtica, l'ús de determinats programes informàtics. Cal considerar aquesta pràctica com una tècnica utilitzada pels subjectes anunciants que té com a finalitat influir

en les decisions, actituds i fins i tot actuacions dels usuaris, sense que aquests en siguin conscients. En aquests supòsits, segons aquesta opinió, s'estaria utilitzant el subconscient dels usuaris d'aquests llocs web per tal que adoptin una determinada decisió, sense que posseeixin una informació de caràcter suficient —atès que el missatge promocional no es percep de manera conscient.

B) Regulació legal

En aquest últim sentit, cal notar que per tal que la publicitat encoberta pugui ser reputada deslleial, a més de passar desapercibuda pel receptor, ha de ser susceptible d'induir-lo a error.

A la LCD, que, com sabem, transposa a l'ordenament espanyol la Directiva europea de pràctiques comercials deslleials, la publicitat encoberta pot ser qualificada com un acte d'engany o com un acte d'engany per omissió. L'engany sobre la naturalesa i el valor del missatge procedeix de la combinació de dos pressupòsits. D'una banda, la manera de presentar el missatge —acció enganyosa—, i, de l'altra, l'absència d'indicació de la finalitat comercial —omissió enganyosa.

Precisament per posar de relleu que un determinat missatge presenta caràcter comercial i, d'aquesta manera, evitar que pugui ser considerat informació per part del receptor en lloc de publicitat, caldria fomentar, a través de l'autoregulació, certes pràctiques dirigides a aquest fi.⁽⁵⁹⁾ Segons l'article 20.1 LSSI-CE⁽⁶⁰⁾, que disposa que les comunicacions comercials electròniques han de ser identificables, sembla recomanable que els codis de conducta preveïssin als seus articles la necessitat que, quan en espais informatius s'inclouguin missatges comercials, aquests fossin fàcilment identificables a través de tècniques òptiques i/o acústiques. Així mateix, sembla oportú establir mecanismes que permetin delimitar-los.⁽⁶¹⁾

En la publicitat encoberta, el visitant de l'esmentat lloc web —que freqüentment es pot tractar de diaris digitals—, no és conscient que està rebent un missatge publicitari i creu, erròniament, que constitueix informació neutral a càrrec d'un tercer.⁽⁶²⁾ Cal incidir en què aquests missatges es difonen a canvi d'una contraprestació econòmica,⁽⁶³⁾ que caldrà

entendre en un sentit ampli. Així, dins d'aquest concepte, haurien de tenir-hi cabuda no només les hipòtesis en què el tercer percep una remuneració dinerària per la difusió del missatge, sinó també aquelles en què el tercer rep qualsevol altra modalitat de contrapartida no dinerària —com seria el cas dels elements tècnics necessaris per al manteniment del lloc web de què es tracti. Així mateix, també es podria apreciar l'existència d'una contraprestació econòmica quan existissin vincles, jurídics o econòmics, entre el tercer independent i l'empresa anunciant. En qualsevol cas, cal prendre consciència que l'existència d'una contraprestació econòmica únicament pot ser acreditada comptades vegades. Per això, a la pràctica s'admet que un missatge publicitari encobert pugui ser acreditat a través d'indicis com, entre altres, l'especial lloança de determinats productes i/o serveis, l'absència de cap mena de referència a productes competidors i les desqualificacions a productes alternatius.

Hi ha una modalitat de publicitat encoberta que, per les particularitats que té, queda fora de l'àmbit d'aplicació de la Directiva europea 2005/29, d'11 de maig, sobre pràctiques comercials deslleials⁽⁶⁴⁾ —transposada per la Llei espanyola 29/2009, de 30 de desembre, que modifica el règim legal i de la publicitat per a la millora de la protecció dels consumidors i usuaris. Ens referim a la difusió de comentaris elogiosos o perniciosos que puguin resultar no veraces, efectuats per consumidors sobre determinats béns, serveis i/o empreses, en xarxes socials, fòrums i blocs, que, a vegades, difícilment es distingeixen d'una simple opinió.⁽⁶⁵⁾ Aquests últims es poden englobar en l'anomenada *web 2.0*.

En efecte, la Directiva comunitària sobre pràctiques comercials deslleials únicament seria aplicable a la publicitat virtual difosa en el marc de les relacions entre empreses —declarades com a tals o que es fan passar per consumidors⁽⁶⁶⁾— i consumidors, llevat de, tal com hem anticipat, les relacions entre consumidors. Encara que, insistim, d'una banda, sigui difícil, en molts supòsits, distingir la publicitat d'un comentari, resultat d'una experiència personal, i que, de l'altra, l'anonimat dels intercanvis dificulti els controls, aquesta forma de publicitat enganyosa és susceptible d'afectar tant els consumi-



dors com les empreses. A més, diguem-ho de passada, el desenvolupament de llocs web de subhastes a Internet ha donat lloc a una nova forma de publicitat entre consumidors que no està coberta per la Directiva europea sobre pràctiques comercials deslleials.

Per procedir davant d'aquestes actuacions, seria desitjable, en virtut de l'autoregulació, fomentar, en escenaris com aquests, observadors i/o moderadors amb formació suficient sobre, entre altres extrems, els riscos que la publicitat encoberta pot suposar, com a distorsió, en el comportament del potencial consumidor i/o usuari.⁽⁶⁷⁾ En qualsevol cas, caldria buscar un equilibri, la qual cosa no sembla senzilla, entre la protecció del consumidor a Internet i la llibertat d'expressió.

Mitjançant el *product placement*, la publicitat es col·loca durant l'emissió de determinades pel·lícules, sèries o programes. A través de campanyes educatives derivades de l'autoregulació, caldria emprendre operacions d'informació que advertissin sobre la proliferació d'aquesta mena de pràctiques encobertes

D'altra banda, també, a través de les campanyes educatives derivades de l'autoregulació —que realitzen una lloable labor en aquest sentit—, s'haurien d'emprendre operacions d'informació que precisament advertissin els consumidors i/o usuaris sobre la proliferació d'aquestes pràctiques encobertes de publicitat. Una modalitat de publicitat encoberta que ha arribat a un auge més gran en els últims temps s'anomena *emplaçament de producte* o *product placement*. Consisteix en la col·locació, amb finalitat promocional, de productes amb la marca visible i clarament perceptible durant l'emissió de determinades pel·lícules, sèries o programes que, naturalment, es poden emetre a través d'Internet. No en va, cada cop més, nombroses emissions es fan, exclusivament o complementàriament, en virtut de la xarxa. El *product placement* interactiu precisament sorgeix de la fusió de la tècnica del *product placement* amb la interactivitat pròpia d'Internet, i consis-

teix en la creació de continguts, per part dels mateixos consumidors, mitjançant la inclusió d'enllaços de publicitat en els vídeos que pugen a Internet, a canvi d'una compensació econòmica. Ofereix l'avantatge que permet accedir directament als llocs web en què es comercialitza el producte emplaçat. Tot i que l'article 10 de la Directiva europea sobre serveis de comunicació audiovisual qualifica l'emplaçament de producte com a publicitat encoberta, l'article 3 permet que els estats membres autoritzin aquesta modalitat publicitària.

En qualsevol cas, les accions que el legislador i/o els sistemes d'autoregulació posen en pràctica, davant d'aquests comportaments realitzats a la xarxa tenen una gran rellevància en termes de sanejament del mercat i de reforç de la confiança dels consumidors, ja que poden constituir un mitjà, a disposició d'alguns prestadors de serveis, per esbiaixar les normes de la competència, a través d'una sobrevaloració artificial i gratuïta de la seva pròpia empresa, o fins i tot —no n'hi ha cap dubte— denigrar deslleialment un competidor.

- (1) La inversió publicitària en mitjans digitals s'ha situat en segona posició en el primer semestre del 2012, amb un 18,3 % del total, a una certa distància de la televisió (43 %), però per davant dels diaris (15,6 %), la ràdio (8,3 %), les revistes (7,1 %), la publicitat exterior (6,7 %), els dominicals (1,1 %) i el cinema (0,3 %).
- (2) ROMERO GIMÉNEZ, Manuel, «Publicidad engañosa», en *Propiedad industrial y competencia desleal*, Ed. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1995, p. 163 i s.
- (3) ALPA, Guido, *Diritto privato dei consumi*, Ed. Il Mulino, Bolonya, 1986, p. 123.
- (4) FERNÁNDEZ NOVOA, Carlos, «La interpretación jurídica de las expresiones publicitarias», a *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, p. 32 i s.
- (5) L'exigència que la informació sigui veraç permet reprimir les expressions publicitàries que inclouen al·legacions falses, suposant, així, un abús de l'asimetria en la informació entre anunciant i receptor del missatge comercial. Sobre aquesta qüestió, MORALES MORENO, Antonio Manuel, «Información publicitaria y protección del consumidor: Reflexiones

sobre el art. 8 de la LGCU», a *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», a *Derecho de los Negocios*, núm. 44, 1994, p. 13-17.
- (7) Cal que es reconegui la parcel·la informativa de la publicitat, encara que sigui mínima.
- (8) BEATER, Axel, «Zum Verhältnis von europäischen und nationalen Wettbewerbsrecht (Überlegungen am Beispiel des schutzes vor irreführender werbung und des verbraucherbegriffs)», a *GRUR Int.*, s/n, 2000, p. 965-966; SPANG, Kurt, *Persuasión: Fundamentos de retórica*, Ed. Eunsá, Pamplona, 2005, p. 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», a *GRUR Int.*, 2000, p. 476, considera que es tracta d'una aportació de dubtosa eficàcia.
- (11) Aquest concepte de *comunicació comercial* és objecte de reiteració, en allò substancial, a l'article 2, lletra a), de la Proposta de reglament europeu, de 4 d'octubre del 2001, relatiu a les promocions de vendes en el mercat interior.
- (12) El recurs a l'expressió «tota forma de comunicació» constitueix un clar encert. Efectivament, les noves tècniques de comunicació —que, en l'espai digital, avancen a un ritme imparable—, donen lloc a nous formats publicitaris.
- (13) Cal advertir que el concepte *comunicació comercial* que hi ha a la normativa esmentada coincideix substancialment amb l'article 2 de la Directiva europea 2000/31/CE, de 8 de juny, relativa a determinats aspectes jurídics dels serveis de la societat de la informació, particularment, el comerç electrònic en el mercat interior, així com amb la definició que n'ofereix el llibre verd de la Comissió Europea sobre les comunicacions comercials en el mercat interior.
- (14) La primera norma espanyola que va delimitar aquesta mena de publicitat presentava un caràcter autonòmic. Es tracta de l'article 1.3, lletra e), de la Llei espanyola 5/1997, de 8 de juliol, que regula la publicitat dinàmica a les Illes Balears, que la va definir com l'activitat que consisteix en «l'enviament de missatges publicitaris mitjançant comunicació telefònica, per fax o a través de l'anomenat correu electrònic».



- (15) Entre moltes altres, cal destacar la Llei espanyola 34/1988, d'11 de novembre, general de publicitat; la Llei espanyola 3/1991, de 10 de gener, de competència deslleial; la Llei espanyola 7/1996, de 15 de gener, d'ordenació del comerç minorista; el Reial decret legislatiu espanyol 1/2007, de 16 de novembre, que aprova el text refós de la Llei general per a la defensa dels consumidors i usuaris i altres lleis complementàries —especialment significatiu, al nostre efecte, resulta l'article 19.1—, i per últim, la Llei espanyola 7/2010, de 31 de març, general de la comunicació audiovisual.
- (16) El màrqueting directe representa una de les activitats de comunicació de l'empresa que més creixement ha experimentat en els últims anys.
- (17) Algunes normes, atesa l'enorme amplitud del concepte *publicitat*, faciliten l'aplicació de l'articulat a aquesta modalitat publicitària. Així, per exemple, l'article 2, lletra f), del Conveni europeu sobre televisió transfronterera, de 5 de maig del 1989, i l'article 3, lletra c), de la Llei espanyola 25/1994, de 12 de juliol, que incorpora la Directiva de televisió sense fronteres. D'altra banda, hem d'assenyalar que la publicitat institucional està regulada per la Llei espanyola 29/2005, de 29 de desembre, de publicitat i comunicació institucional, que estableix el marc normatiu en què s'han de desenvolupar les campanyes institucionals promogudes o contractades per l'Administració General de l'Estat i per la resta d'entitats integrants del sector públic estatal. També cal esmentar la Llei espanyola 7/2003, de 20 de març, de publicitat institucional de la Comunitat Valenciana; la Llei espanyola 16/2003, de 24 de març, de publicitat institucional d'Aragó; la Llei espanyola 6/2006, de 20 de juny, de comunicació i publicitat institucionals d'Astúries, i la Llei espanyola 18/2000, de 29 de desembre, de publicitat institucional de Catalunya.
- (18) Pel que fa a aquesta qüestió, l'exposició de motius de la LSSI-CE al·ludeix a diversos avantatges, com la millora de l'eficiència de les empreses, l'augment de les possibilitats d'elecció dels usuaris i —no n'hi ha cap dubte— l'aparició de noves fonts d'ocupació.
- (19) Ens trobem davant d'una manifestació de l'anomenada *glocalització* —pensar globalment, actuar localment. Constitueix una espècie de variant més complexa de la globalització, perquè uneix els termes *globalització* i *localització*.
- (20) El *màrqueting* relacional —que constitueix una interacció entre el *màrqueting* tradicional i les relacions públiques— es fonamenta a aconseguir la fidelització del client. Tot això en virtut del coneixement de la persona, tractant cada client com si fos l'únic i pretenent, sempre, que aquest es vegi, a la pràctica, així. Aquest extrem determina que les empreses es vegin obligades a obtenir una quantitat com més gran millor d'informació de caràcter personal.
- (21) PEPPERS, Don; ROGERS, Martha, *The one to one manager*, Ed. Doubleday, Nova York, 1999, p. 22.
- (22) El propassat 8 de juny del 2011 es va aprovar, en sessió plenària del Senat espanyol, una iniciativa del Partit Popular que insta el Govern espanyol a promoure mesures que garanteixin la veracitat en la informació publicitària, tal com recull la Directiva del Parlament Europeu relativa a les pràctiques comercials deslleials de les empreses en les relacions amb els consumidors. Cal destacar que una senadora del grup parlamentari socialista espanyol, Maestre Martín de Almagro, va fer, en el transcurs dels debats, una referència als sistemes d'autoregulació, i els va qualificar de mecanismes útils, eficaços i necessaris que complementen els instruments legals i va citar, com a exemple paradigmàtic, l'acord signat el 2007 per al foment de l'autoregulació de l'activitat publicitària de l'Institut Nacional de Consum i Autocontrol.
- (23) STJCE de 16 de gener del 1992 (Nissan, assumpte C-373/90).
- (24) La noció de *consumidor mitjà* que utilitza el TJCE ha tingut una gran acollida en la jurisprudència espanyola.
- (25) També es recomana la lectura de la STJCE de 13 de gener del 2000 (Estée Lauder, assumpte C-220/98).
- (26) Les SSTJCE sobre Google —assumpes acumulats C-236/08 a C-238/08, STJCE de 23 de març del 2010— i BergSprechte —assumpte C-278/08, STJCE de 25 de març del 2010— defineixen l'«usuari d'Internet normalment informat i raonablement atent» com el consumidor d'Internet estàndard.
- (27) No obstant això, es mostra crític amb aquesta decisió RUIZ PERIS, Juan Ignacio, «La reforma de la clàusula general de la Ley de Competencia Desleal», a 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, València, 2010, p. 59. Aquest autor determina que l'escassa tècnica legislativa de la Directiva i de la LCD implica l'absurditat que es limitin les possibilitats de protecció del grup que es pretén protegir en més gran mesura. És a dir, quan es canvia l'estàndard de consumidor mitjà pel de membre mitjà d'un grup de consumidors especialment vulnerables es protegeixen, en més gran mesura, aquests. Ara bé, en establir que la distorsió sigui previsible per a l'empresari o professional autor del comportament —cosa que, en certa manera, equivaldria a una mena de dol eventual—, es reduiria substancialment la protecció.
- (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) Així, per exemple, en el cas dels menors d'edat, atesa l'especial credulitat d'aquests mateixos, l'anunciant ha de descriure amb claredat i fidelitat les característiques i prestacions dels béns i/o serveis. Amb caràcter addicional, per no distorsionar els veritables extrems del producte anunciat, cal oferir informació complementària.
- (30) Un grup de casos, dels quals se'n pot afirmar el caràcter enganyós, que no analitzarem en profunditat però que cal esmentar, és el de les ofertes buides a la xarxa. Podem afirmar que ens trobem davant d'aquestes ofertes quan en la publicitat virtual es promou un bé i/o servei que no està al mercat o quan es difon electrònicament una determinada oferta a la qual els consumidors i/o usuaris no poden accedir. En aquests supòsits, el risc d'inducció a error és obvi. De fet, es generen expectatives raonables en un consumidor mitjà, normalment informat i raonablement atent i perspicaç, de poder accedir al mercat a aquest bé i/o servei que s'ofereix a la xarxa. D'aquesta manera, atès que aquests productes no estan en absolut disponibles en el mercat, les expectatives generades per la publicitat virtual es podrien veure sensiblement afectades.
- (31) Quant a la jurisprudència espanyola que existeix sobre l'exageració publicitària, cal esmentar, entre altres, la STS de 24 de febrer del 1997 i la SAP de Madrid de 14 de desembre del 2001.
- (32) De fet, podríem manifestar que, en qualsevol missatge promocional, sempre hi ha un cert engany, perquè la finalitat és induir la demanda d'un producte i/o servei.
- (33) Aquests supòsits han estat objecte de valoració per part del Jurat d'Autocon-



trol, un organisme de control exemplar en el si dels sistemes d'autoregulació que existeixen a Espanya. Així, la resolució de 27 de maig del 2004, en què l'Associació d'usuaris de la Comunicació va presentar una reclamació davant d'un correu electrònic que, en principi, es considerava enviat per Banesto. Posteriorment, es va subratllar que ens trobàvem davant d'un intent fraudulent de conèixer les claus bancàries dels destinataris.

- (34) Hi ha nombroses resolucions que versen sobre aquestes pràctiques. Entre altres, les SSAP de Burgos de 14 de desembre del 2007 (JUR 2008/82074); l'AAP de Guipúscoa de 17 de juny del 2008 (JUR 2009/17663); l'AAP de Guipúscoa de 23 de juny del 2008 (JUR 2009/17222); la sentència del jutjat de primera instància de Castelló de la Plana de 25 de juny del 2008 (AC 2008/1621); l'AAP de Madrid de 24 de juliol del 2008 (JUR 2009/82572); la SAN de 18 de febrer del 2009 (JUR 2009/109414); la SAP de Valladolid de 10 de març del 2009 (JUR 2009/141860); la SAP de Madrid de 7 de juliol del 2009 (JUR 2009/363847); la SAP de Madrid de 8 de setembre del 2009 (JUR 2009/429381); l'AAP de Madrid de 29 de setembre del 2009 (JUR 2010/11289); la SAP de Barcelona de 23 d'octubre del 2009 (ARP 2010/160); l'AAP de Las Palmas de 22 de desembre del 2009 (JUR 2010/170431); l'AAP de Barcelona de 2 de març del 2010 (JUR 2010/166196); la SAP de Valladolid de 10 de març del 2010 (AC 2010/368); l'AAP de Madrid de 10 de maig del 2010 (JUR 2010/252644); l'AAP de Madrid de 19 d'abril del 2010 (JUR 2010/233349); la SAP de Valladolid de 21 de juny del 2010 (ARP 2010/766); la SAP de Madrid de 29 de juliol del 2010 (ARP 2010/1105), i l'ATS de 28 de setembre del 2010 (JUR 2010/348003).
- (35) La banca electrònica es desenvolupa en el marc del comerç electrònic. Es tracta d'un comerç electrònic directe, en allò essencial, perquè les entitats de crèdit presten els serveis directament a través de la xarxa: assumeixen obligacions dineràries, realitzen pagaments i cobraments que es puguin liquidar electrònicament mitjançant la compensació de saldos amb clients d'altres entitats de crèdit. Per fer-ho, utilitzen xarxes tancades per assumir compromisos en ferm davant de tercers en forma de garanties, crèdits documentaris o transferències —sistemes SWIFT—, en un volum de negoci que arriba a quantitats astronòmiques. Però també comercialitzen, de manera creixent, servei bancari en obert, a

través d'Internet, tant amb consumidors com amb altres menes de clients.

- (36) Normalment, els correus electrònics fraudulents justifiquen la petició de les claus electròniques per motius de seguretat, manteniment, millora en el servei i confirmació d'identitat. Així mateix, solen incentivar la introducció de les claus dels seus destinataris amb missatges que indiquen que, si no es fa, el compte del titular serà suspès.
- (37) Es tracta d'una tècnica que se serveix de l'enginyeria social, i per això té un èxit limitat. Aquesta última consisteix en la manipulació de les persones perquè realitzin actes que, en altres circumstàncies, no farien. En el cas que sotmetem a examen: claus personals necessàries per a l'ús de la banca electrònica.
- (38) L'adreça IP consta de números i no de lletres. El format és del tipus: 000.000.000.000. Està formada per quatre xifres decimals —de 0 a 255— separades per punts. Ara bé, atès que aquestes seqüències de números resulten difícils de recordar, l'usuari introdueix una adreça integrada per lletres i, si escau, números.
- (39) Així, per exemple, quan es tecleja l'adreça electrònica d'una determinada entitat financera, s'envia el nom teclejat a un servidor DNS. Aquest disposa d'un registre que administra aquests noms i els atorga la seqüència numèrica per poder conduir l'usuari al lloc web desitjat.
- (40) Hi ha diverses modalitats de *pharming*. N'hi ha una de particularment efectiva, que és la que es realitza a escala local, és a dir, individualment o en cada equip. Per fer-ho, només cal modificar un arxiu anomenat HOSTS, que inclou qualsevol ordinador que funcioni amb el sistema operatiu Windows i que, a més, faci ús del navegador Internet Explorer. L'esmentat arxiu actua de manera que no cal accedir al servidor DNS per veure el lloc web desitjat, ja que emmagatzema una taula amb les adreces de servidors IP que més utilitza l'usuari. Aquest arxiu es pot modificar remotament o a través de virus. Els atacs mitjançant virus, com els cavalls de Troia, es difonen a través de codis, com JavaScript o VisualScript, Actives, HTML o PHP, entre altres, des de pàgines web, programes d'intercanvi, de missatgeria instantània, correus electrònics i altres mitjans que modifiquen la configuració de l'ordinador de la víctima per captar la informació —com les operacions bancària en línia—, romanen de manera oculta en els ordinadors que aconsegueixen «infectar» i s'activen quan l'usuari visita determinats llocs

web de bancs, tot capturant les claus d'accés i fins i tot les pantalles per conèixer l'estat dels comptes corrents.

- (41) Quan la publicitat té transcendència contractual, el caràcter fraudulent pot conduir a la formalització d'un contracte viciat per part del consumidor. Segons la rellevància, el consumidor pot entaular una acció de compliment i demandar les prestacions i/o condicions presents a la publicitat. Així mateix, pot donar lloc a la resolució del contracte quan es tracti d'un incompliment de caràcter greu, juntament amb l'acció de rescabament de danys i perjudicis que hagués causat la falta de compliment. Igualment, si la publicitat hagués tingut lloc a l'inici de tractes preliminars sense arribar a la conclusió del contracte, el perjudicat podria exercitar una acció per responsabilitat contractual, o *culpa in contrahendo*, que permet que el consumidor pugui demandar les despeses ocasionades per la no-formalització del contracte. D'altra banda, la LGP permet que s'exercitin les accions de cessació o rectificació per salvaguardar el principi de veracitat dels consumidors davant d'una informació distorsionada o inexacta.
- (42) Pel que fa a aquesta qüestió, cal tenir en compte els articles del 48 al 52 del TRLG-DCU.
- (43) Els bàners representen la publicitat exterior del veïnatge universal. A més de comunicar un missatge, possibiliten l'accés directe de l'usuari a ulterior informació sobre el producte o l'empresa que es promou.
- (44) Qualificar un missatge d'enganyós demana una delicada tasca interpretativa. Així, cal indagar quin és el significat precís que el públic atribueix al missatge o pràctica comercial i, posteriorment, verificar si aquest missatge, tal com ha estat identificat pels destinataris, es correspon amb la realitat.
- (45) Notem que la Directiva europea de pràctiques comercials deslleials es refereix a la inducció a error als consumidors. Amb tot, atès que la LCD opta per una tipificació única dels actes d'engany, al·ludeix els destinataris i, consegüentment, no només els consumidors.
- (46) Aquesta influència en el comportament econòmic dels consumidors genera, de manera indirecta, una lesió en els interessos dels competidors els productes dels quals no són escollits pels seus destinataris com a conseqüència de l'engany, amb la distorsió de les més elementals normes de joc concurrencial en el mercat, en tant

que escenari econòmic en què aquests subjectes es desenvolupen.

- (47) Sobre aquest tema, la resolució del Jurat d'Autocontrol de la Publicitat de 30 de setembre del 2010 —òrgan de control modèlic en l'àmbit de l'autoregulació promocional a Espanya—, *cas Jazz Telecom, SAU vs. Vodafone España, SA, «Amb Vodafone, casa teva és més casa»*. Es tracta d'una reclamació que va presentar Jazz Telecom, SAU contra una publicitat de la qual és responsable Vodafone España, SA. La publicitat objecte de controvèrsia a Internet prové de <http://www.vodafone.es>, en què consta el següent bàner: «Vodafone ADSL. 4,90 €/mes per sempre amb la teva Tarifa Plana de Veu Mòbil. Descobreix-ho». Aquest bàner redirigeix l'usuari a una altra pantalla on consta el següent bàner: «Amb Vodafone ADSL, casa teva és més casa. Emporta't Vodafone ADSL per 4,90 €/mes per sempre amb la teva Tarifa plana de Veu». Al marge inferior esquerre, apareix la següent indicació: «Tarifa Plana en ADSL + trucades a fixes + trucades a mòbils. Contracta-ho ara». El Jurat va considerar que l'expressió «Vodafone ADSL 4,90 €/mes per sempre amb la teva Tarifa Plana de Veu Mòbil» infringia la norma 14 del Codi de conducta, així com l'article 3.1 del Codi ètic de confiança *on-line* —que són dues manifestacions de l'autoregulació que han tingut lloc a Espanya—, en la mesura que era susceptible de generar falses expectatives entre el públic dels consumidors. El Jurat es va pronunciar en el sentit que, si el que es pretenia transmetre era el missatge segons el qual l'aplicació del preu promocionat quedava condicionat a la contractació (prèvia o simultània) d'una tarifa plana de veu, l'anunciant hauria d'haver optat per una expressió publicitària que transmetés aquest missatge de manera més inequívoca i sense possibles ambigüitats.
- (48) Així mateix, cal fer notar que alguns codis de conducta publicitaris tipifiquen expressament aquesta manera. En aquest sentit, l'article 26 del Codi de conducta publicitària d'autocontrol de la publicitat disposa que «ningú pot suggerir, en la publicitat, que el seu producte o servei té característiques particulars si aquestes són comunes entre els productes o serveis similars». Aquesta norma va ser objecte d'invocació en diverses resolucions del jurat d'autocontrol. Així, entre altres les següents: resolució de 23 de febrer del 2000, *cas Simón Life «sense cafeïna»*; resolució de 14 de desembre del 2006, *cas Panrico SLU vs. Bimbo SAU. «Hi-*

dratos de carbono graduales»; resolució de 31 d'agost del 2009, *cas Lo Monaco Hogar, SL vs. Centros Comerciales Carrefour, SA. «Pikolín viscolátex»*.

- (49) Resulta interessant la STJCE de 12 de maig del 2011, corresponent a la qüestió prejudicial plantejada pel Marknadsdomstolen (Suècia) (assumpte C-122/10). Aquest va presentar aquesta qüestió en el marc d'un litigi entre el Konsumentombudsmannen —defensor del consumidor— i Ving Sverige AB, una agència de viatges combinats, venda de bitllets d'avió i reserves d'hotel. El Tribunal comunitari determina que les pràctiques comercials incloses a l'article 7, apartat 4, de la Directiva europea 2005/29 requereixen una apreciació casuística. Per això n'hi pot haver prou amb indicar determinades característiques del producte, si el comerciant remet al seu lloc d'Internet, sempre que aquest contingui informació essencial. I afegeix que la mera indicació d'un preu de partida en una invitació a comprar no es pot considerar *per se* constitutiva d'una omisió enganyosa, sempre que tots dos extrems permetin que el consumidor prengui una decisió amb coneixement de causa, qüestió que correspon examinar a l'òrgan jurisdiccional remitent. A més, cal que es consideri si el comerciant ha adoptat mesures per tal que les informacions estiguin a disposició del consumidor.
- (50) Fixem-nos, en qualsevol cas, que no ens trobarem davant d'aquest supòsit quan les empreses automobilístiques que efectuin certs anuncis a la xarxa no incloguin dades sobre les emissions —a diferència del que passa en altres mitjans, en què sí que seria preceptiu. En efecte, el Reial decret espanyol 837/2002, de 2 d'agost, que regula la informació relativa al consum de combustible i a les emissions de CO₂ dels turismes nous que es posin a la venda o s'ofereixin en arrendament financer en territori espanyol, disposa que els impresos de promoció han d'incloure les dades del consum oficial de combustible i de les emissions específiques oficials de CO₂ dels vehicles als quals es refereixin i que aquesta informació, com a mínim, ha de ser fàcil de llegir i, almenys, tan visible com la informació principal que es recull en els impresos de promoció, a més de ser fàcilment comprensible. La norma precisa què s'entén per «*impresos de promoció*»: els manuals tècnics, els opuscles, els anuncis a diaris, les revistes la premsa especialitzada i els cartells. De l'esmentat Reial decret, es desprèn que

l'obligació de deixar clares les emissions d'un vehicle en la publicitat no és aplicable a Internet.

- (51) L'ús d'expressions publicitàries ambigües pot —no n'hi ha cap dubte— induir a error els destinataris. Quan una expressió presenta diversos significats i en algun d'aquests l'expressió publicitària no és veraç, l'anunci pot ser reputat enganyós. En efecte, hi ha el risc que el consumidor i/o usuari interpreti el missatge en un sentit que no es correspongui amb la realitat.
- (52) Així, per exemple, entenem que l'omissió podria donar lloc a error quan existís un vincle comercial permanent i estable entre les parts i, sense adonar-se'n, hi hagués un canvi rellevant respecte de la situació immediatament anterior. El consumidor i/o usuari pot considerar que les condicions del producte i/o servei continuen igual que en el passat, perquè potser no li ha estat comunicat ni té elements de judici, i per això l'omissió de dades rellevants, que són les que motiven la decisió de la compra, es pot considerar, com diem, un acte d'engany.
- (53) Per trobar-nos davant d'una omisió enganyosa, cal que s'ometin dades sobre extrems tan rellevants que determinin que el consumidor tingui una imatge distorsionada de la realitat.
- (54) És el supòsit que es va plantejar en la resolució del Jurat d'Autocontrol de la Publicitat de 20 d'abril del 2010, *cas particular vs. Interactive 3G SL «MYBYP.NET»*. Es va dictaminar la reclamació presentada per un particular contra una publicitat difosa a través d'Internet —concretament, en un bàner lateral de la xarxa social Facebook— de la qual era responsable Interactive 3G, SL. L'anunci comprenia la frase «Aconsegueix el nou iPhone 3GS. Només has d'escol·lir-ne el color!». Mitjançant un enllaç, s'accedia al lloc web <http://www.mybip.net>, en què s'inseria la imatge d'un iPhone 3GS i, al costat, l'al·legació «Juga, subscriu-t'hi i podràs guanyar un iPhone 3GS» —en lletres destacades—, més la informació «iPhone 3GS. 3 Megapíxels». L'anunci, per l'específica configuració, establia una clara, directa i inequívoca vinculació entre la participació en el sorteig i la subscripció dels serveis promocionats —«Juga, subscriu-t'hi i podràs guanyar un iPhone 3GS»—, de la qual cosa un consumidor mitjà normalment informat i raonablement atent i perspicaç comprèn sense cap mena de dificultat que la participació en el sorteig del terminal promocionat està supeditada a la



contractació d'un servei de subscripció de pagament —durant almenys trenta dies—, l'activació definitiva del qual comportaria, en qualsevol cas, la prèvia acceptació dels termes i condicions que s'indiquen en la publicitat.

- (55) Quant a la utilització de números de telèfon de tarificació addicional, aquest mitjà de pagament està regulat a l'article 10.3 LSSI-CE. El procediment consisteix en què l'usuari es descarrega un determinat programa que s'ha d'executar cada cop que s'accedeixi al servei i durant el lapse de temps que duri l'accés a aquest. El programa que comentem s'encarrega d'establir una connexió a Internet en virtut d'un número de telèfon de tarificació addicional, amb la qual cosa es produeix el càrrec addicional. La LSSI-CE disposa que la descàrrega de programes que serveixin per a aquests fins s'ha d'efectuar amb el previ consentiment informat i exprés de l'usuari. En aquest sentit, l'empresari com a mínim ha de prestar la següent informació: *«Les característiques del servei que es proporcionarà; les funcions que efectuaran els programes informàtics que es descarreguin, incloent-hi el número telefònic que es marcarà; el procediment per donar per acabada la connexió de tarificació addicional, incloent-hi una explicació del moment concret en què es produirà aquest acabament, i el procediment necessari per restablir el número de connexió previ a la connexió de tarificació addicional»*.
- (56) Ens trobem davant d'una matèria extraordinàriament relacionada amb el principi d'autenticitat. Amb la implantació d'aquest principi, precisament, es pretén evitar l'error del públic sobre la configuració externa amb què es revesteixen les expressions publicitàries. En qualsevol cas, està molt vinculat amb el principi de veracitat, que lluita contra l'engany.
- (57) Tal com subratlla la resolució del Jurat de la Publicitat d'11 de febrer del 2010, *cas Boehringer Ingelheim, SA vs. Labos. Almirall, SA «Eklira»*, per tal que la informació, aparentment informativa, pugui encaixar en l'àmbit de la publicitat encoberta, caldria que es poguessin detectar indicis que permetessin afirmar que amb la publicació de l'article es perseguia una finalitat promocional.
- (58) Encara que sembli obvi, cal fixar-se que la simple possibilitat que el missatge es percebi de manera conscient a través dels sentits exclou que es pugui qualificar de *publicitat subliminar*.
- (59) Fixem-nos que els sistemes d'autoregulació ideats en matèria publicitària a

Espanya han tingut ocasió de pronunciar-se sobre aquesta interessant qüestió. Així, el Jurat de la Publicitat s'ha ocupat sobre aquesta modalitat, entre altres, en la resolució de 9 de febrer del 2005, *cas Pfizer vs. Lilly «Cialis»*. Es tractava d'un missatge publicitari que, com que vulnerava el principi d'autenticitat, es presentava sota l'aparença d'una notícia periodística.

- (60) Aquest precepte, com que exigeix la identificabilitat de la publicitat, no imposa un nou deure per a aquest nou mitjà de difusió de la publicitat —Internet—, ja que reitera la prohibició de la publicitat encoberta.
- (61) De fet, la resolució del Jurat de la publicitat de 17 de desembre del 1996, *cas FACUA-CECU vs. Merck Farma y Química, SA «Biomán, especial fibra»*, es va posicionar a favor del caràcter inequívocament publicitari del material analitzat per l'esment dels termes *publiinformació* o *publireportatge*, que, utilitzats en el context adequat, dilueixen la impressió de ser una notícia real. *A contrario sensu*, si en la difusió del publireportatge no se n'hagués produït la identificació, com que no s'haurien adoptat les mesures suficients, ens trobaríem davant d'una publicitat encoberta.
- (62) A aquesta mena de publicitat, en el dret italià s'anomena *publicitat redaccional*, ja que el missatge publicitari es presenta exteriorment com un article o una notícia que, aparentment, procedeix de la iniciativa d'un determinat periodista.
- (63) En qualsevol cas, cal precisar que la manca de remuneració no pugui excloure el caràcter intencional d'una publicitat encoberta. La STJUE de 9 de juny del 2011 porta causa en una qüestió prejudicial plantejada pel Symvoulio tis Epikrateias —Consell d'Estat de Grècia—, que tenia com a objectiu la interpretació de l'article 1 de la Directiva 89/552, relativa a la coordinació de determinades disposicions legals, reglamentàries i administratives dels estats membres sobre l'exercici d'activitats de radiodifusió televisiva, i havia estat plantejada en el marc d'un liti-gi contra un canal de televisió que va presentar un tractament dental estètic durant una emissió el 2003. Doncs bé, en la sentència, el TJUE ha assenyalat que de l'apartat d) de l'article 1 de la Directiva europea 89/552 del Consell, de 3 d'octubre del 1989, sobre la coordinació de determinades disposicions legals, reglamentàries i administratives dels estats membres relatives a l'exercici d'activitats de radiodifusió televisiva,

en la versió modificada per l'article 1, lletra c), de la Directiva 97/36/CE del Parlament Europeu i del Consell, es desprèn que la publicitat encoberta és la que es fa de manera intencionada, per part d'un organisme de radiodifusió televisiva, amb un propòsit publicitari. Això no obstant, assenyalant el tribunal, aquesta disposició no pot ser objecte d'una interpretació estricta, segons la qual la presentació només es pot considerar intencionada si es fa a canvi d'una remuneració o d'un pagament similar. Així, conclou i assenyalant que l'esmentat article s'ha d'interpretar en el sentit que l'existència d'una remuneració o d'un pagament similar no constitueix un element necessari per poder determinar el caràcter intencional d'una publicitat encoberta.

- (64) Interessa ressenyar que la persecució de les conductes que atempten contra els interessos dels consumidors, que disciplina la norma comunitària que examinem, es va efectuar molt abans als Estats Units.
- (65) No obstant això, el comentari interessat d'un bloqueig a favor d'un producte pot ser considerat publicitat, especialment si el fabricant té el control sobre el missatge i aquest indueix els lectors a l'adquisició del producte.
- 66 En aquest sentit, disposa l'article 27.5 LCD que *«es consideren deslleials perquè són enganyoses les pràctiques que afirmen de manera fraudulenta o que creïn la impressió falsa que un empresari o professional no actua en el marc de la seva activitat empresarial o professional, o presentar-se de manera fraudulenta com un consumidor o usuari»*. Pel que ens afecta, resulta especialment significativa la segona conducta. En aquest supòsit, l'empresari oculta la seva veritable naturalesa i fa creure al consumidor i/o usuari, sense que sigui veritat, que posseeix la seva mateixa condició. Actualment estan proliferant els casos en què certs operadors d'empreses financen, directament o indirecta, accions que afavoreixen la difusió de missatges o comentaris realitzats de manera electrònica sobre productes i serveis que sembla que emanin dels mateixos consumidors.
- (67) Ens trobem davant d'un extrem sobre el qual, en l'espai nord-americà, el desembre del 2009, es va pronunciar la Federal Trade Commission. A aquest efecte es va elaborar una mena de guia que duu per rúbrica *Guides concerning the use of endorsements and testimonials in advertising*, en què s'aborda amb profusió l'assumpte que examinem.

A PROPÒSIT DE LA SENTÈNCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTÍCIA DE LA UNIÓ EUROPEA DE 14 DE MARÇ DE 2013

José-Javier Cuevas Castaño
Notari jubilat

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓ
- II. PRIMERA DE LES QÜESTIONS
- III. SEGONA DE LES QÜESTIONS
- IV. QUARTA I CINQUENA QÜESTIONS
- V. CONCLUSIÓ

I. INTRODUCCIÓ

La Sentència es refereix al mateix cas (Assumpte C-415/11) plantejat pel Jutjat Mercantil núm. 3 de Barcelona en el qual l'Advocada General, Sra. Juliane Kokott, va formular unes conclusions que ara són seguides substancialment pel Tribunal, la doctrina del qual podria resumir-se dient que s'acullen les pretensions del consumidor-deutor hipotecari respecte a les facultats del Jutge per determinar, fins i tot d'ofici, el caràcter abusiu de clàusules utilitzades en la contractació amb consumidors, a les quals resultaria plenament aplicable la Directiva 93/13.

Amb aquesta Sentència, el Tribunal segueix la pauta que ja havia marcat en una altra anterior, de 14 de juny de 2012, en la qual ja s'afirmava amb tota rotunditat que «les clàusules abusives no vincula-





ran el consumidor» i que «el Jutge nacional ha d'apreciar d'ofici el caràcter abusiu d'una clàusula contractual i, d'aquesta manera, esmenar el desequilibri que existeix entre el consumidor i el professional».

El Jutge nacional ha d'apreciar d'ofici el caràcter abusiu d'una clàusula contractual i, d'aquesta manera, esmenar el desequilibri que existeix entre el consumidor i el professional

II. PRIMERA DE LES QÜESTIONS

La nova Sentència resol, en primer lloc, la situació que es planteja en el sistema processal espanyol, on es *prohibeix al Jutge* que coneix d'un procés declaratiu vinculat al procediment d'execució hipotecària *adoptar mesures cautelars que garanteixin la plena eficàcia de la seva decisió final*, i no només quan aprecii el caràcter abusiu, d'acord amb l'article 6 de la Directiva, d'una clàusula continguda en un contracte celebrat entre un professional i un consumidor, sinó també quan comprovi que aquesta clàusula resulta contrària a les normes nacionals, *fet que li correspon a ell verificar*.

Sobre aquest punt, el Tribunal declara que **un règim processal d'aquest tipus pot menyscar l'efectivitat de la protecció que pretén garantir la Directiva**; per això tal règim és oposat a la Directiva 93/13 del Consell, de 5 d'abril de 1993, la qual cosa, sens dubte, obligarà a un replantejament radical dels procediments executius del nostre sistema processal, amb la ineludible conseqüència d'haver de prescindir del *numerus clausus* de les causes d'oposició, fet que significarà una modificació substancial dels articles 695 i s. LEC, reguladors de l'oposició a l'execució sobre béns hipotecats o pignorat. La Sentència ha fet saltar per l'aire el que constituïa l'essència i raó de ser del procediment executiu, que ara com ara es condensa en el paràgraf primer de l'article 698, segons el qual «*qualsevol reclamació que el deutor, el tercer posseïdor i qualsevol interessat puguin formular i que no es trobi compresa en els articles anteriors, fins i tot les que versin sobre nul·litat del títol o sobre el venciment, certesa, extinció*

FITXA TÈCNICA

Resum: Comentari sobre la important Sentència del Tribunal de Justícia de la Unió Europea de 14 de març de 2013, sobre l'acolliment de les pretensions del consumidor-deutor hipotecari respecte a les facultats del Jutge per determinar, fins i tot d'ofici, el caràcter abusiu de clàusules utilitzades en la contractació amb consumidors, a les quals resultaria plenament aplicable la Directiva 93/13. Amb aquesta Sentència, el Tribunal segueix la pauta que ja havia marcat en una altra anterior, de 14 de juny de 2012, en la qual ja s'afirmava amb tota rotunditat que «les clàusules abusives no vincularan el consumidor» i que «el Jutge nacional ha d'apreciar d'ofici el caràcter abusiu d'una clàusula contractual i, d'aquesta manera, esmenar el desequilibri que existeix entre el consumidor i el professional».

Paraules clau: Deutor hipotecari, facultats del Jutge, consumidors, Tribunal de Justícia de la Unió Europea, Tribunal Suprem.

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.

o quantia del deute, es ventilaran en el judici que correspongui, sense produir mai l'efecte de suspendre ni entorpir el procediment que s'estableix en el present capítol».

El Tribunal, en pronunciar-se sobre la primera de les qüestions plantejades, possibilita que un Jutge, tot i conèixer un procediment declaratiu per alguna de les causes enumerades en el transcrit paràgraf de l'article 698, pugui adoptar mesures que evitin que l'executiu segueixi el seu curs inexorable i produeixi efectes que serien inamovibles encara que prosperés la reclamació del deutor, el tercer posseïdor o un altre interessat deduïda en el judici declaratiu que correspongui.

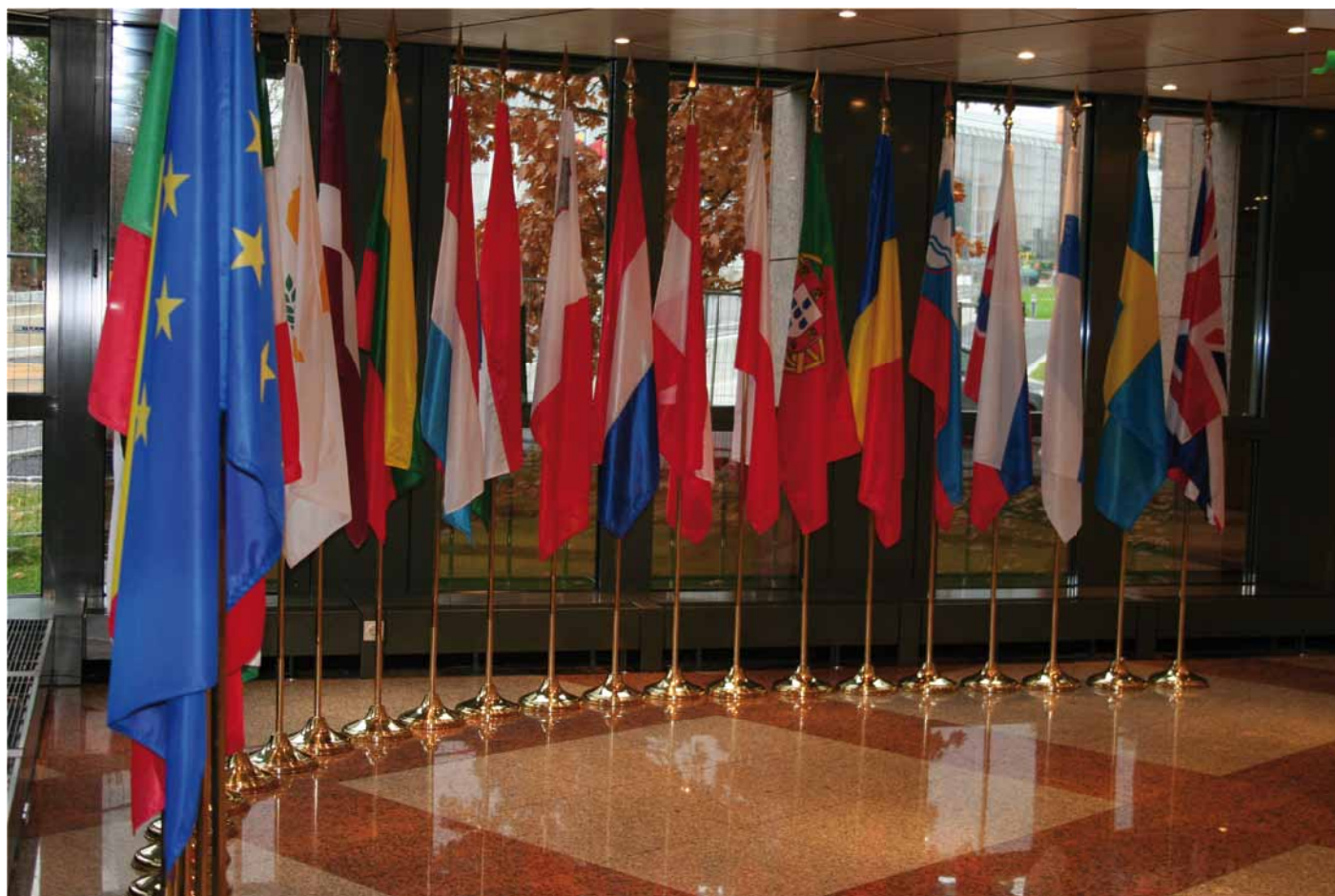
III. SEGONA DE LES QÜESTIONS

A continuació, i com segona de les qüestions plantejades, s'ocupa el Tribunal de la clàusula de venciment anticipat dels contractes per l'incompliment d'algun dels pagaments previstos.

Es tracta, en definitiva, de determinar si és o no contrària a la invocada Directiva la clàusula de venciment anticipat del

préstec per impagament d'alguna de les quotes periòdiques. A propòsit d'aquesta matèria, hem de recordar que, si bé en la Sentència del Tribunal Suprem de 27 de març de 1999 (anterior a la vigent LEC), es va declarar nul·la la clàusula de venciment anticipat del préstec per impagament d'alguna quota, tal doctrina va ser reiterada i rebutjada radicalment en sentències del propi Tribunal Suprem de 9 de març de 2001, de 4 de juny de 2008, de 12 de desembre de 2008 (acció de cessació instada per una associació de consumidors) i de 17 de febrer de 2011.

Convé també recordar que aquesta possibilitat està avui expressament admesa (article 693.2) en la LEC, encara que, en la realitat, aquest venciment total anticipat és *més aparent que real*, doncs el mateix article 693 contempla la «resurrecció» del préstec vençut i la recuperació per part del deutor del benefici del termini en els supòsits d'enervació de l'acció hipotecària, en els quals es consignen les quantitats vençudes i les que *vagin vencent*, però no el total del préstec (que és el que, amb l'expressió «*íntegrament*», contempla, per a supòsits diferents dels del 693, l'article 650.5). És precisament aquest caràcter re-



latiu o merament aparent del venciment total anticipat un valuós argument que ha estat utilitzat, i que nosaltres compartim, per postular que els interessos de demora no haurien d'aplicar-se sobre el total degut, sinó únicament sobre la quota impagada i les que vagin vencent i vagin quedant també impagades.

És el caràcter aparent del venciment total anticipat un valuós argument per postular que els interessos de demora no haurien d'aplicar-se sobre el total degut, sinó únicament sobre la quota impagada i les que vagin vencent i vagin quedant també impagades

En l'informe de l'Advocada General del Tribunal de Justícia de la Unió Europea es va declarar vàlida la clàusula de

venciment anticipat per impagament d'una de les 396 quotes previstes en el cas plantejat (C-415/11), dient que «*no és possible exigir al prestador que segueixi complint el contracte*», encara que això no va ser obstacle per reconèixer a continuació que això *no impedeix que el possible caràcter abusiu sigui apreciat en cada cas concret pel Jutge nacional*.

En la Sentència que ens ocupa es diu (punt 73), pel que fa a aquesta clàusula de venciment anticipat en contractes de llarga durada, que «*correspon al Jutge remitent comprovar especialment [...] si la facultat del professional de donar per vençuda anticipadament la totalitat del préstec depèn que el consumidor hagi incomplert una obligació que revesteixi caràcter essencial en el marc de la relació contractual que es tracti, si aquesta facultat està prevista per als casos en els quals l'incompliment té caràcter suficientment greu pel que fa a la durada i a la quantia del préstec, si aquesta facultat constitueix una excep-*

ció pel que fa a les normes aplicables en la matèria i si el Dret nacional preveu mitjans adequats i eficaços que permetin al consumidor subjecte a l'aplicació d'aquesta clàusula posar remei a l'efecte del venciment anticipat del préstec».

IV. QUARTA I CINQUENA QÜESTIONS

Quant al possible caràcter abusiu dels interessos de demora, el citat informe de l'Advocada General del Tribunal de Justícia de la Unió Europea admetia que el Jutge nacional pogués entrar a enjudiciar el caràcter abusiu de qualsevol clàusula i abordava el tema dels possibles interessos de demora excessius o abusius (en el cas plantejat, eren del 18,75 %), declarant que ha d'enjudiciar-se el tema a partir de quina sigui en cada sistema jurídic la finalitat dels interessos de demora, ponderant si són merament indemnitzatoris o compensatoris o si també són dissuasius.



Sobre aquesta finalitat, o aquestes finalitats, i el que les diferencia dels interessos remuneratoris, es pot veure la Sentència del Tribunal Suprem d'1 de març de 2007.

A més, deia l'Advocada General que *«l'òrgan jurisdiccional ha d'examinar en particular en quina mesura el tipus d'interès s'aparta del tipus d'interès legal que a falta de pacte seria aplicable, i si no està en proporció amb l'objectiu de l'interès de demora»*.

Seguint aquestes pautes, la Sentència del Tribunal de Justícia de la Unió Europea de 14 de març de 2013 (punt 74) diu que el Jutge remitent haurà de comprovar, en particular, d'una banda, les normes nacionals aplicables entre les parts, en el cas que no s'hagués estipulat cap acord en el contracte controvertit o en diferents contractes d'aquest tipus celebrats amb els consumidors, i d'altra banda, el tipus d'interès de demora fixat pel que fa al tipus d'interès legal, amb la finalitat de verificar que és adequat per garantir la realització dels objectius que aquest persegueix en l'Estat Membre que es tracti i que no va més enllà del necessari per aconseguir-los.

Recordem pel que fa a aquest tema que ja en la Sentència del Tribunal de Justícia de la Unió Europea de 14 de juny

de 2012, es reconeixia al jutge nacional la facultat d'enjudiciar d'ofici el caràcter abusiu de clàusules i, entre elles la d'interessos moratoris, però sense que li sigui donat el poder d'integrar el contracte mitjançant la modificació de la clàusula abusiva (ja que el que procedeix és la seva nul·litat, la seva ineficàcia jurídica). El dubte consistirà a saber si, declarada la nul·litat de la clàusula per abusiva, podria aplicar-se l'article 1108 del Codi Civil (interès legal).

Per a bé o per a mal, el procediment executiu, com a procediment abreujat i contundent basat en la qualitat del títol i en una cognició extremadament limitada, ha quedat absolutament en dubte, amb ferides mortals de necessitat

I en darrer lloc, aborda la Sentència el tema de la **liquidació unilateral pel prestador de l'import del deute impagat**, qüestió que també trasllada a l'àmbit competencial del Jutge remitent, qui haurà de determinar si tal clàusula suposa una excepció a les normes aplicables a falta d'acord entre les parts, de manera

que, a la vista dels mitjans processals de què disposa, dificulta l'accés del consumidor a la Justícia i l'exercici del seu dret de defensa.

V. CONCLUSIÓ

En resum, el Tribunal de Justícia de la Unió Europea, com era previsible, posa en dubte, almenys pel que fa a consumidors, la viabilitat del nostre sistema processal en matèria de judicis executius (no només en els d'execució hipotecària), ampliant gairebé il·limitadament les facultats del Jutge fins a convertir tals judicis en veritables *judicis declaratius*, en els quals les causes d'oposició ja no constituïran *numerus clausus*, sinó que seran admissibles i produiran els seus efectes retardadors mentre tinguin cobertura (o la hi busquin!) en pretesos o reals desequilibris o abusos per part del professional que contracti amb el consumidor. Per a bé o per a mal, entenem que el procediment executiu, com a procediment abreujat i contundent basat en la qualitat del títol i en una cognició extremadament limitada, ha quedat absolutament en dubte, amb ferides mortals de necessitat.

Decret 141/2012, de 30 d'octubre, pel qual es regulen les condicions mínimes d'habitabilitat dels habitatges i la cèdula d'habitabilitat

Antonio ANGEL Longo MARTÍNEZ
Notario de Barcelona

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓ
- II. TIPUS DE CÈDULA
- III. PROCEDIMENT

I. INTRODUCCIÓ

D'acord amb el que es preveu a la seva Disposició Final Segona, en data 3 de novembre passat, és a dir, l'endemà de la seva publicació al *Diari Oficial de la Generalitat*, va entrar en vigor el Decret 141/2012, de 30 d'octubre, pel qual es regulen les condicions mínimes d'habitabilitat dels habitatges i la cèdula d'habitabilitat.

L'Exposició de Motius del Decret assenyalava com a **OBJECTE I JUSTIFICACIÓ** d'aquest l'establiment de les condicions que han de reunir els habitatges amb caràcter de mínims d'habitabilitat, a fi de permetre, així, flexibilitzar les exigències reglamentàries i adequar les disposicions al context actual. Aquestes exigències reglamentàries estaven contingudes en el Decret 55/2009, de 7 d'abril, que ara es deroga, el qual va fixar, diu el nou Decret, uns elevats nivells de qualitat que cal res-



pectar, si bé les mesures per a la consecució de qualsevol altre nivell superior de qualitat al que ara es regula amb aquest caràcter de mínims es deixa per a una regulació específica. En definitiva, per tant, no es tracta d'un verdader respecte jurídic, perquè l'anterior Decret es deroga i en el nou es rebaixa el nivell mínim legal de qualitat dels habitatges en termes d'habitabilitat.

Així, comparant l'art. 4, que estableix l'estàndard de superfície per persona i el lílindar màxim d'ocupació dels habitatges, amb el seu anàleg del Decret de 2009, s'observa una modificació dels paràmetres presos en consideració, que ara es refereixen als metres quadrats útils per habitació, mentre que abans ho feien per la superfície total de l'habitatge, amb un resultat —almenys, en general— de re-



ducció en el mínim de superfície a partir del qual s'entén que hi ha sobreocupació, o dit d'una altra manera, del nombre de metres quadrats per ocupant que es considera admissible. Així, si amb l'anterior Decret, en 40 m² d'habitatge, hi podia viure un màxim de quatre persones, ara n'hi podrien viure sis: dues a cada una de les tres habitacions de 8 m², i quedarien fins a 16 m² de serveis i elements comuns.

El Decret s'**ESTRUCTURA** en dos capítols de vint articles. El primer capítol conté les disposicions generals, i en el segon es regula i es defineix la cèdula d'habitabilitat.

La cèdula d'habitabilitat està **DEFINIDA** a l'art. 8.1 del Decret en termes similars a com ho feia l'art. 7 del Decret 55/2009, és a dir, com «l'acte administratiu en virtut del qual s'acredita que un habitatge compleix les condicions mínimes d'habitabilitat que preveuen la Llei 18/2007, de 28 de desembre, del dret a l'habitatge, i aquest Decret, i que, per tant, és apte per ser destinat a residència humana, sense perjudici que s'hi desenvolupin altres activitats degudament autoritzades». Aquest últim incís fa referència a la possibilitat d'una destinació diferent, una novetat del Decret que cal posar en relació amb l'obligatorietat de la cèdula; mentre que només si aquesta destinació alternativa és compartida amb l'ús com a habitatge s'haurà d'entendre exigible aquesta obligació, però no si no es dona a l'immoble cap ús com a habitatge.

L'art. 12 del Decret amplia el **CONTINGUT DE LA CÈDULA** previst a l'art. 11 del seu precedent reglamentari, que només es referia a les estances i els espais de l'habitatge i a la seva superfície útil total. Ara, la cèdula haurà d'expressar, a més a més, la superfície útil de les habitacions, el llindar màxim d'ocupació i la identificació i titulació de la persona tècnica que certifica l'habitabilitat.

Quant a la **COMPETÈNCIA PER A L'ATORGAMENT** de la cèdula, es manté —art. 13— l'esquema consistent en l'atribució d'aquesta a la Generalitat, ara a través de l'Agència de l'Habitatge de Catalunya, amb possibilitat de delegació als ens locals interessats.

FITXA TÈCNICA

Resum: Mitjançant aquest treball, s'analitza detalladament el contingut normatiu del Decret 141/2012, de 30 d'octubre: objecte i justificació, estructura de la norma, concepte de *cèdula*, tipus i procediment per al seu atorgament.

Paraules clau: Cèdula d'habitabilitat, habitatge.

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

Keywords: Certificate of occupancy, dwelling.

II. TIPUS DE CÈDULA

El Decret 55/2009 distingia, a l'hora de regular els diferents **TIPUS DE CÈDULA D'HABITABILITAT**, entre habitatges de nova construcció i habitatges usats o preexistents, als quals corresponien, respectivament, la «cèdula d'habitabilitat de primera ocupació» i la «cèdula d'habitabilitat de segona i successives ocupacions». El nou Decret, en canvi, estableix una classificació més extensa i distingeix:

1. **Habitatges de nova construcció:** acreditant que compleixen les condicions d'habitabilitat previstes a l'annex I —art. 1.1, lletra a)—, obtenen l'anomenada «cèdula de primera ocupació» —art. 8.2—, que té una vigència de vint-i-cinc anys —art. 9.
2. **Habitatges preexistents, construïts amb anterioritat a l'11 d'agost de 1984:** hauran de complir les condicions de l'annex II —art. 1.1, lletra b), i Disposició Transitòria Primera, núm. 2—; se'ls atorga la cèdula de segona ocupació —art. 8—, que tindrà una durada de quinze anys —art. 9.
3. **Habitatges preexistents, de construcció posterior a l'11 d'agost de 1984:** en relació amb aquests, cal tenir en compte el que es disposa a l'art. 1.1, lletra c); l'art. 15.4, i la Disposició Transitòria Primera, i es distingeixen diverses possibilitats:

- Que l'habitatge compleixi les condicions previstes a l'annex I per als de nova construcció; en aquest cas, la Disposició Transitòria Primera, núm. 3, permet que obtingui o renovi la cèdu-

la d'habitabilitat, tot i que no n'estableix el procediment.

- Que, en cas que no compleixi aquestes condicions, sí que reuneixi els requisits tècnics d'habitabilitat següents:

- a) Si es tracta d'obtenir la primera cèdula, la Disposició Transitòria Primera, núm. 3, es refereix als requisits que resultessin exigibles per a l'obtenció d'aquesta primera cèdula en la data de la llicència d'obres o de conclusió d'aquestes, i així s'acrediti per qualsevol mitjà probatori admès en Dret.

No obstant això, al mateix temps es remet al procediment previst a l'art. 15, el núm. 4 del qual, d'una banda, només pren en consideració una data, la de finalització de la construcció —en sintonia amb el que es preveu a la Disposició Transitòria Tercera, núm. 1, amb caràcter general per a qualsevol cas d'habitatge preexistent—, i d'altra banda, afegeix que s'acrediti que es compleixen les condicions de solidesa i seguretat actuals.

- b) Si es tracta d'obtenir ara la renovació de la cèdula, els que resultessin exigibles en la data d'obtenció de la primera cèdula.

En tot cas, la cèdula a obtenir serà la de segona ocupació, prevista com a pròpia de tot habitatge preexistent en l'art. 8.2, que tindrà una durada de quinze anys, d'acord amb l'art. 9.

4. Habitatges dotacionals públics: han de reunir les condicions de l'annex III —art. 1.1, lletra d)—; se'ls atorga —art. 8— la cèdula de primera o de segona ocupació, en funció del fet que siguin de nova construcció o preexistents, la qual tindrà una durada de vint-i-cinc anys o de quinze, respectivament —art. 9.

5. Habitatges resultants de rehabilitació o de gran rehabilitació: són conceptes que recull l'art. 3 de la Llei, que defineix *rehabilitació* com «el conjunt d'obres de caràcter general que, sense modificar la configuració arquitectònica global d'un edifici d'habitatges o un habitatge, en milloren la seva qualitat pel que fa a les condicions de seguretat, funcionalitat, accessibilitat i eficiència energètica», i *gran rehabilitació* com «el conjunt d'obres que consisteixen en l'enderrocament d'un edifici, conservant-ne únicament les façanes, o constitueixen una actuació global que afecta l'estructura o l'ús general de l'edifici o habitatge rehabilitats».

L'annex IV del Decret amplia, als afectes d'aquest, el concepte de *rehabilitació*, i indica, dins d'aquest i del de *gran rehabilitació*, un àmbit d'actuacions concretes per a cada una de les quals remet als requisits o les condicions d'habilitat assenyalats a l'annex I o a l'annex II, tot indicant, si escau, determinades excepcions o modificacions.

D'altra banda, cal tenir en compte que l'art. 6 permet, en aquests casos, que l'ens que ha d'atorgar la llicència d'obres pugui rebaixar les condicions d'habilitat, d'acord amb els principis de flexibilitat que aquest article recull, i que ho posi en coneixement de l'Agència de l'Habitatge de Catalunya. Aquesta possibilitat apareix limitada a l'apt. 3 de

l'annex IV, quan afegeix que, en aquests casos, no es podrà «sobrepassar el llindar mínim d'habilitat que s'estableix a l'annex 2, excepte aquelles en què l'apartat anterior —apt. 2 d'aquest annex IV— fixi un nivell superior».

A aquests habitatges se'ls atorga —art. 8— la cèdula de primera ocupació de rehabilitació, que tindrà una durada de quinze anys —art. 9.

Un cop acreditat el nivell d'exigibilitat en les condicions d'habilitat, deixa clar l'art. 5 del Decret que aquest nivell s'haurà de mantenir per obtenir les successives cèdules que se sol·licitin, i s'estendrà aquesta previsió no només als habitatges de nova construcció —com feia l'art. 5 del Decret 55/2009—, sinó a tots.

En tot cas, del núm. 1 de la mateixa Disposició Transitòria Primera en resulta, en relació amb les cèdules d'habilitat vàlidament **OBTINGUDES AMB ANTERIORITAT** a l'entrada en vigor d'aquest Decret, que aquestes mantenen la seva eficàcia durant el termini previst a la normativa vigent en el moment en què van ser concedides.

No obstant això:

- a) No produeixen efectes respecte al nombre màxim d'ocupants que s'indica a la cèdula atorgada.
- b) El llindar màxim d'ocupació dels habitatges es determina, en qualsevol cas, amb els paràmetres que es regulen a l'art. 4.
- c) Per a les successives renovacions de la cèdula, s'han d'aplicar les disposicions que preveu aquest Decret.

L'art. 9 del Decret confirma l'OBLIGATORIETAT DE LA CÈDULA D'HABITABILITAT. Aquesta obligatorietat deriva del que es preveu a la Llei i cal posar-la en relació amb els següents articles d'aquesta:

- **Art. 26.1:** «La cèdula d'habilitat i, en el cas dels habitatges amb protecció oficial, la qualificació definitiva són els documents específics que acrediten que un habitatge compleix les condicions de qualitat que estableix l'article 22 i que, en conseqüència, és apte per a ésser destinat a residència. **Per a ocupar un**

habitatge, cal haver-ne obtingut prèviament aquesta acreditació».

- **Art. 26.2:** «En qualsevol **transmissió, per venda, lloguer o cessió d'ús**, incloses les derivades de segones i successives transmissions, cal acreditar que l'habitatge compleix les condicions de qualitat, mitjançant el lliurament o la disposició de la cèdula d'habilitat vigent, de la qual presentació es pot exonerar en els supòsits i amb les condicions que estableix l'article 132.a».

- En el mateix sentit es manifesta l'**art. 62.2:** «La transmissió i l'arrendament d'habitatges només es pot portar a terme quan s'assoleixin o es puguin assolir els requeriments exigits pel capítol I del títol III. El compliment d'aquesta prescripció s'ha de documentar mitjançant la cèdula d'habilitat o la qualificació definitiva, en el cas d'habitatges amb protecció oficial. En el supòsit de transmissions d'habitatges que no siguin de nova construcció, es pot prescindir de la presentació de la cèdula d'habilitat en els termes indicats per l'article 132.a».

Per tant, l'exigència de la cèdula està legalment prevista tant per ocupar l'habitatge com per disposar d'aquest. D'aquí que la **translació reglamentària** d'aquesta obligació continuï pecant, a parer nostre, de falta de claredat, en assenyalar l'art. 9 del Decret en termes similars als que utilitzava l'art. 8 del Decret anterior:

- 9.1. Tots els habitatges han de disposar de cèdula d'habilitat, de conformitat amb aquest Decret. Aquesta cèdula té una vigència de 25 anys per als habitatges de nova construcció i de 15 anys per a les cèdules de segones ocupacions i de primera ocupació de rehabilitació.
- 9.2. Els habitatges de nova construcció, els que hagin patit modificacions en la superfície o s'alterin les condicions d'habilitat i els que hagin estat sotmesos a algun dels processos d'intervenció de rehabilitació o gran rehabilitació com a conseqüència d'haver sofert danys derivats de riscos col·lectius amb afectació catastròfica han de disposar de cèdula prèviament a la seva ocupació.



En la resta de supòsits, i a fi que les persones transmissents puguin lliurar la cèdula als adquirents, de conformitat amb el que preveu l'article 26.2 de la Llei 18/2007, de 28 de desembre, del dret a l'habitatge, és necessari que els habitatges disposin de cèdula d'habitabilitat en el moment en què es produeixi la seva transmissió entre vius, lloguer o cessió d'ús, incloses les derivades de segones i posteriors transmissions.

Amb aquesta redacció, el Decret sembla limitar la necessitat de la cèdula com a prèvia a l'ocupació de l'habitatge per als de primera construcció o els que hagin vist modificades la superfície, les condicions d'habitabilitat o hagin estat sotmesos a rehabilitació. «En la resta de supòsits», segueix dient la norma, només caldria disposar de cèdula «en el moment en què es produeixi la seva transmissió entre vius, lloguer o cessió d'ús».

No és això el que diu la Llei, i no crec, per tant, que sigui el que s'ha d'entendre. Per contra, d'acord amb els preceptes legals esmentats, els principis serien:

- a) Que tot habitatge ha de disposar de cèdula d'habitabilitat **per ser ocupat**.
- b) Que l'**exigibilitat de la cèdula en cas de transmissió** no es limita a aquesta resta de supòsits que esmenta el Decret, i que deixaria fora els anteriors —simplificant: a les primeres transmissions—, sinó que s'estén també a aquests. Tot això, sense perjudici dels cada cop més grans supòsits d'excepció a la necessitat d'acreditació, tal com veurem.

A part d'això, en cas d'habitatges promoguts sota qualsevol règim de protecció pública, diu l'art. 9.3 que «la qualificació definitiva substitueix la cèdula d'habitabilitat de primera ocupació durant el mateix període de 25 anys. Un cop transcorregut aquest període des de l'expedició de la qualificació definitiva, les segones i posteriors transmissions requeriran l'obtenció de la cèdula d'habitabilitat».

Les **EXCEPCIONS** a aquestes regles o principis serien, seguint un esquema ja utilitzat en altres ocasions, en estudiar la normativa precedent⁽¹⁾:

- A) Com a excepció a l'**obligatorietat d'existència** de la cèdula, el cas de



l'immoble que no és un habitatge perquè no reuneix les condicions que per a ser-ho estableix l'art. 3 de la Llei⁽²⁾.

Tot i que sembla una obvietat, no ho és tant, perquè hi ha supòsits discutibles, com demostra que la Llei parlés inicialment, en el seu art. 26.7, de conceptes com l'«establiment d'allotjament turístic», respecte del qual no exigia la cèdula, o les «cases rurals», a las quals, per excepció, sí que se'ls exigia.

La reforma realitzada per la Llei 9/2011, de 29 de desembre, va fer desaparèixer qualsevol referència a aquests conceptes en el text actual, que, en canvi, defineix ara els «*habitatges amb activitats econòmiques*» —art. 3.I— per dir —art. 26.7— que aquests «*es consideren habitatges a efectes de l'exigència de la cèdula d'habitabilitat*»⁽³⁾.

En tot cas, s'ha de destacar ja que el supòsit és diferent del que veurem després, i que permet exonerar de l'acreditació de la cèdula en raó de la destinació de l'immoble diferent al seu ús com a habitatge, destinació que, no obstant això, és compatible amb el fet que aquest immoble reuneixi les condicions que permetrien la seva consideració com a habitatge.

- B) Els supòsits d'**excepció a l'acreditació** del lliurament de la cèdula estan recollits:

- B.1) A l'**art. 10 del Decret**, que adapta la seva redacció a la de l'art. 132, lletra a), de la Llei de l'Habitatge, després de la modificació introduïda en aquest per la Llei 9/2011. Al mateix temps, introdueix, en desenvolupament de la previsió continguda en aquest precepte, un supòsit d'exoneració nou.

L'esquema actualitzat, referint-nos sempre a una segona o ulterior transmissió, inclouria la possibilitat d'exoneració per part de l'adquirent en els supòsits i amb els requisits següents:

- B.1.1) Transmissió d'habitatge a rehabilitar o enderrocar:
 - 1. Presentació al Notari —en el supòsit de rehabilitació— d'un **informe de tècnic competent** que acrediti que l'habitatge pot obtenir la cèdula d'habitabilitat «un cop executades les obres de rehabilitació necessàries per complir la normativa tècnica d'habitabilitat».

La redacció canvia respecte de la continguda a l'art. 9.2 del Decret 55/2009, que exigia que l'informe acredités que l'habitatge

podria obtenir la cèdula d'habitabilitat, «quant al compliment de les condicions d'habitabilitat previstes en aquest Decret, després de l'execució de les obres de rehabilitació». A parer nostre, l'anterior redacció era més rigorosa i coherent amb el sentit de la norma, la qual, com a desenvolupament del supòsit previst a l'art. 132, lletra a), de la Llei, s'havia d'entendre referida a aquell habitatge que efectivament es rehabilitarà: si s'acredita que les obres projectades són adequades per complir la normativa, l'habitatge podrà obtenir la cèdula. Si aquesta segueix sent la interpretació correcta, la literalitat de la norma, tal com ha quedat redactada, sembla absurda, ja que és obvi que, un cop fetes les obres necessàries per complir la normativa corresponent, l'habitatge podrà obtenir la cèdula. Així doncs, cal preguntar-se si el fonament de la modificació és un altre: potser cal aclarir que no és necessari que existeixi cap projecte de rehabilitació i, per tant, només cal que l'immoble que es transmeti sigui objectivament susceptible d'obtenir la llicència quan es facin les obres necessàries i si es fan; això sí, aquestes obres haurien d'encaixar en el concepte legal de *rehabilitació*, cosa que deixaria fora qualsevol altre supòsit d'actuació i seguiria acotant, així, l'espectre d'immobles al qual és aplicable aquesta excepció.

Fora d'això, se simplifiquen els requisits aplicables al supòsit **en suprimir**:

D'una banda, la necessitat d'aportar el «certificat mu-

nicipal vigent que acrediti l'autorització de l'ús com a habitatge i la inexistència d'expedient de protecció de la legalitat urbanística» a què es referia l'art. 9 del Decret 55/2009.

— De l'altra, les obligacions que aquest Decret imposava expressament a l'adquirent, i que es referien:

a) En el supòsit de rehabilitació: finalitzar les obres i sol·licitar la cèdula en el termini de tres anys, i sempre abans de tornar a transmetre-la mitjançant títol que comporti la necessitat de lliurar la cèdula.

b) En el supòsit d'enderrocament: efectuar l'enderrocament en el termini màxim d'un any.

— Per acabar, l'obligació de remissió mensual per part dels notaris a la Generalitat dels supòsits d'exoneració per aquestes causes que s'hagin formalitzat.

2. Constància registral. La constància d'aquests supòsits en el Registre de la Propietat ja no fa referència a les obligacions de rehabilitació o enderrocament —que, com a tals, no existeixen—, sinó simplement —seguint així els termes del reformat art. 132, lletra a), de la Llei— a «que l'habitatge transmès queda subjecte a l'execució de les obres de rehabilitació o d'enderrocament».

No obstant això, s'introdueix una redacció confusa respecte a la manera com s'ha de cancel·lar aquesta nota en el supòsit d'enderrocament: «Aquesta nota es cancel·la amb la presentació de la cèdula d'habitabilitat un cop finalitzades les obres de rehabilitació o, en cas d'enderro-

cament, amb la certificació municipal acreditativa de l'enderrocament realitzat **amb un informe emès per una persona tècnica competent que confirmi l'enderrocament**». Sembla que es tracta d'una errata, per omissió de la conjunció o abans de la frase en negreta, de manera que el que s'ha d'entendre és que es pot cancel·lar tant amb la certificació municipal com amb una certificació tècnica.

B.1.2) Immoble amb destinació diferent del seu ús com a habitatge:

Es tracta del supòsit introduït a l'art. 132, lletra a), de la Llei, en virtut de la reforma realitzada en aquesta per la Llei 9/2011. Transcrivim, amb breus addicions, el comentari que es va fer en un número anterior d'aquesta revista:

Es tracta d'aquells casos en què, malgrat que el títol i/o el registre publiquin una descripció de la finca com a habitatge, el transmissor i l'adquirent facin constar de manera expressa en l'escriptura que la destinació d'aquest no és la del seu ús com a habitatge.

Sembla important observar que el reconeixement exprés ha de ser fet pel transmissor i per l'adquirent, i no només per l'adquirent. Això exclouria, en principi, els supòsits en què l'adquirent pretengués donar a l'immoble un ús diferent, si fins aleshores el que se li havia donat era el d'habitatge; altrament, resultaria absurd vincular el transmissor a una declaració expressa d'allò que no serien sinó meres intencions de la part adquirent. Però la qüestió pot resultar, de vegades, problemàtica. Pensem en algú que ven el seu habitatge habitual —amb intenció d'aplicar-se demà els beneficis fiscals per reinversió— i un comprador adquireix l'immoble per destinar-lo a despatx, i a aquest, per tant, no li importa la no presentació de la cèdula: que el transmissor faci constar de manera expressa en l'escriptura que «la destinació



de l'immoble no és el seu ús com a habitatge» podria comprometre potser la pretesa futura exempció d'impostos.

En canvi, el que sí que es podria esperar és el supòsit invers: si el que es ven és un despatx, per molt que estigui descrit com a habitatge, i totes dues parts ho reconeixin, es podria autoritzar l'escriptura, amb independència del fet que l'adquirent pretengui després donar-li una destinació com a habitatge, i dels requisits que per a fer-ho hagi de complir.

B.1.3) Acord sobre la base de causes excepcionals:

Diu el núm. 3 de l'art. 10 del Decret, literalment, tot i que esquematitzant el contingut:

Quan:

a) per causes excepcionals i degudament motivades

b) les persones transmissors i adquirents acordin,

c) davant de fedatari públic,

d) el lliurament de la cèdula d'habitabilitat en un moment posterior a la data en què es produeixi l'acte de transmissió de l'habitatge,

e) sempre que presentin al fedatari la sol·licitud de cèdula d'habitabilitat registrada, amb el certificat d'habitabilitat emès per una persona tècnica competent que acrediti que l'habitatge reuneix les condicions necessàries per obtenir la cèdula d'habitabilitat de segona ocupació.

Malgrat la crida de la norma a l'excepcionalitat de les causes i a la seva necessària motivació, no es donen criteris que permetin apreciar ni l'una ni l'altra, és a dir que, en última instància, només la falta d'acord —normalment, per la negativa de l'adquirent a formalitzar la transmissió sense el lliurament de la cèdula— suposarà un fre a la utilització d'aquest supòsit.

Noteu, en qualsevol cas, que aquesta possibilitat d'acord de les parts —al-

guna cosa més que una exoneració de l'adquirent, d'altra banda—, com que suposa una excepció a l'obligació legal de lliurament de la cèdula, ha de ser interpretada restrictivament, i això faria que aquesta possibilitat només pugui ser admesa en cas de transmissió formalitzada en escriptura pública. No seria possible si s'atorga un document privat de compravenda, a no ser que l'acord de postergar el lliurament de la cèdula es reculli en escriptura notarial independent, en el moment de l'autorització de la qual el Notari pugui comprovar que es compleix el requisit d'acreditar les condicions d'habitabilitat de l'habitatge en els termes previstos a la norma.

Fora d'això, la introducció del supòsit és ara com ara lògica, si partim del fet que la concessió de la cèdula és, com veurem, un acte degut, si s'ha acreditat davant l'Administració l'habitabilitat de l'habitatge, per tant, un cop feta aquesta acreditació, no sembla haver-hi cap justificació per frenar la llibertat de contractació de les parts tot esperant allò que no deixarà de ser un reconeixement formal administratiu.

Però, sent així, per què es limita l'excepció a les segones i successives transmissions? El fonament d'excepció és, a parer meu, el mateix. Potser l'única raó rau en la inèrcia derivada que el primer i únic supòsit d'excepció previst en el redactat inicial de l'art. 132, lletra a), de la Llei és el que es referia als habitatges a rehabilitar, que forçosament han de ser segones transmissions.

B.2) Juntament amb aquests supòsits legalment previstos d'exoneració en cas de segones i ulteriors transmissions, recordem que la Direcció General de Dret i Entitats Jurídiques, en la seva **Resolució de 31 de març de 2009**, ja va fer referència a aquells altres en què «no es donen els pressupòsits del doble objectiu de la Llei, protecció de la persona adquirent i control de la vigència de la cèdula, sinó només el segon»:

a) Aquelles «transmissions no voluntàries per al transmissent»:

1. Adjudicacions en procediments d'execució de qualsevol tipus.

2. Expropiacions.

3. Transmissions per causa de mort —supòsit que resulta avui ja també, a *contrario sensu*, del que es disposa a l'art. 9.2 del Decret.

b) Aquelles que no comporten contraprestació al seu favor (donacions).

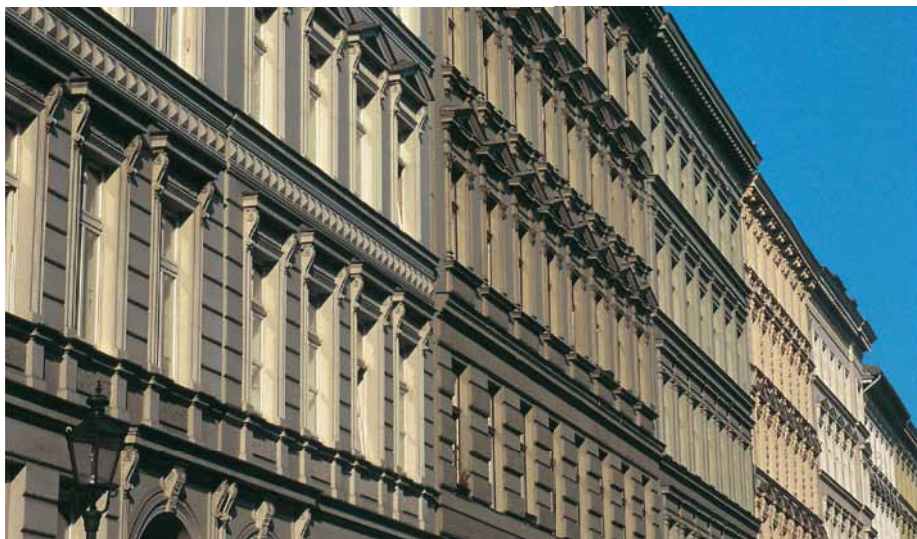
c) Negocis entre copropietaris quan l'adquirent ja tenia, encara parcialment, l'ús de l'habitatge:

1. Dissolució de condomini ordinari.

2. Compra per part d'un copropietari a un altre copropietari.

3. Liquidació del règim matrimonial de comunitat de béns.

B.3) A part d'això, el lliurament de la cèdula com a tal **es pot posposar** si se n'ha acreditat l'existència, per exemple, a través de certificat del Registre a càrrec de l'Agència de l'Habitatge, que regula l'art. 19 del Decret; això, sense perjudici de la pos-



sibilitat d'obtenció des de les notaries d'una còpia per mitjans telemàtics, tal com es pot fer actualment, si bé no respecte de tots els habitatges —unes limitacions que seria desitjable que quedessin superades al més aviat possible.

III. PROCEDIMENT

Quant al **PROCEDIMENT PER A L'OB-TENCIÓ DE LA CÈDULA**, el sistema previst al Decret 55/2009 exigia, pel que fa a la **cèdula de primera ocupació**, requisits diferents segons es disposés o no de llicència de primera ocupació. La desaparició d'aquesta, en virtut del que es preveu al nou apt. 5 de l'art. 187 del Text Refós de la Llei d'Urbanisme, que la substitueix per una mera comunicació, fa que el Decret —art. 14— modifiqui i unifiqui aquesta regulació, assenyalant que ara n'hi ha prou amb justificar haver fet aquesta comunicació —tret d'aquells supòsits de processos de rehabilitació o d'intervenció que no comporten modificacions de les condicions d'habilitat i que no exigeixen aquest tràmit— i presentar el certificat de final d'obra i habilitat. Per tant, ja no s'exigeix, com abans, quan no hi havia llicència de primera ocupació, la llicència d'obres i el certificat de compliment del programa de control de qualitat —l'anterior regulació del qual és, a més a més, objecte de derogació en els núm. 2 i 3 de la Disposició Derogatòria. Aquest mateix procediment és aplicable, segons assenyalava l'art. 14, per a habitatges

nous procedents d'intervenció de rehabilitació o gran rehabilitació d'edificis existents.

Pel que fa a la **cèdula per a segona i posteriors ocupacions**, el sistema és el mateix que en el Decret 55/2009, i s'exigeix simplement un certificat tècnic que acrediti que l'habitatge reuneix les condicions d'habilitat previstes en aquest Decret. Però es regula específicament el supòsit d'habitatges construïts posteriorment al 1984 que no hagin obtingut anteriorment la cèdula d'habilitat de primera ocupació, tot dient, tal com s'indica més amunt, que s'ha d'aportar un certificat d'idoneïtat acreditatiu de les condicions d'habilitat vigents en la data de finalització de la construcció i de les condicions de solidesa i seguretat actuals.

Al marge, per tant, d'aquesta «comunicació d'ocupació», en el cas de les cèdules de primera ocupació, l'únic que es requereix per a la concessió de la cèdula d'habilitat és el certificat tècnic acreditatiu que l'habitatge reuneix les condicions d'habilitat legalment previstes. Sintetitzant: amb l'anterior Decret, hi havia diferències entre la cèdula de primera ocupació, que és la que s'ha d'atorgar al promotor, i la de segona i posteriors ocupacions, ja que la de primera ocupació requeria una intervenció municipal fiscalitzadora en el tràmit de concessió de la llicència de primera ocupació. Un cop aquesta desapareguda, la regulació ja no estableix diferències, per tant, tal com avançàvem més amunt, tampoc no s'aprecien, segons la nostra opinió, raons que justifiquin la paralització de qualsevol transmissió, primera o posterior, fins a l'obtenció de la cèdula.

A parer meu, hi ha altres arguments que donarien suport a aquesta conclusió:

1. Que la consideració de l'atorgament de la cèdula com un acte degut apareix avui reforçada amb l'actual regulació de les **causes de denegació** de la cèdula, en la qual hi ha una diferència important respecte de l'anterior Decret, ja que mentre l'antic art. 17 preveia que «la cèdula també s'ha de denegar en el cas d'edificis l'ocupació dels quals com a habitatge no compleixi els requeriments urbanístics o d'habitatge exigits legalment», l'actual assenyalava que «la no-adequació als requeriments urbanístics no és causa de denegació de la cèdula d'habilitat. Només en el cas que l'Administració atorgant tingui coneixement d'aquesta circumstància, es farà constar la no-adequació en el document d'atorgament de la cèdula, sense perjudici d'iniciar el procediment que habiliti la legislació urbanística a l'efecte de restaurar, si s'escau, la legalitat infringida».

Se segueix, així, el criteri de la recent modificació realitzada per la Llei 9/2011 a la Llei de l'Habitatge, en introduir un nou núm. 5 bis a l'art. 26, segons el qual: «L'atorgament de la cèdula d'habilitat implica exclusivament que l'habitatge compleixi els requisits tècnics d'habilitat de la normativa vigent, i no suposa la legalització de les construccions pel que fa referència a l'adequació de l'ús de l'habitatge a la legalitat urbanística. Per a protegir els drets dels adquirents, quan en la tramitació de la sol·licitud de la cèdula d'habilitat es posi de manifest que l'ús d'un immoble com a habitatge pot no adequar-se a la legalitat urbanística, s'ha de fer constar aquesta circumstància en el document d'atorgament de la cèdula, i el fedatari publica ho ha de posar en coneixement de l'adquirent en el moment d'autoritzar el document de transmissió».

2. Que, en assenyalant el **termini per a la concessió de la llicència**, l'art. 16 del Decret estableix que aquest és de trenta dies hàbils, i un cop aquest transcorregut sense que s'hagi notificat resolució expressa «les persones



interessades poden entendre estimada la sol·licitud d'obtenció de la cèdula d'habitabilitat per silenci administratiu positiu, circumstància que es pot acreditar de conformitat amb el que preveu l'article 43.4 de la Llei 30/1992, de 26 de novembre, de règim jurídic de les administracions públiques i del procediment administratiu comú».

Es podria qüestionar, no obstant això, si el contingut d'aquesta norma és contrari a l'art. 23 del Reial Decret-Llei 8/2011, d'1 de juliol, segons el qual «requeriran de l'acte exprés de conformitat, aprovació o autorització administrativa que sigui preceptiu segons la legislació d'ordenació territorial i urbanística» una sèrie d'actes, entre els quals esmenta «la primera ocupació de les edificacions de nova planta». Aquest precepte específica, en relació amb aquests actes, la prevalença de la norma general de l'art. 8.1, lletra b), de la Llei del Sòl de 2008 —«en cap cas no es podran entendre adquirits per silenci administratiu les facultats o els drets que contravinguin l'ordenació territorial o urbanística»—, per sobre de la continguda a l'art. 43.2 de la Llei 30/1992, de 26 de novembre, de règim jurídic de les administracions públiques i procediment administratiu comú, d'acord amb la doctrina establerta pel Tribunal Suprem en la Sentència de la Sala 3a de 28 de gener de 2009.

És cert que la cèdula d'habitabilitat, com a tal, no apareix entre els actes expressament esmentats a l'art. 23 del Reial Decret-Llei 8/2011, però també ho és que la concessió de la cèdula és un acte administratiu que és necessari per a l'ocupació de l'habitatge, d'acord amb l'art. 26.2 de la Llei, i això el faria caure en l'àmbit d'aquest. Com a mínim, i atès que aquest parla de «la primera ocupació de les edificacions de nova planta», així es podria entendre respecte de les cèdules de primera ocupació.

Val a dir, per acabar, que les disposicions transitòries Segona i Tercera del Decret regulen els criteris a seguir en relació amb la concessió de cèdules

sol·licitades anteriorment a la vigència d'aquest Decret i amb les condicions d'habitabilitat aplicables a edificacions iniciades amb anterioritat.

- (1) «Tota edificació fixa destinada a residir-hi persones físiques o emprada amb aquest fi, inclosos els espais i els serveis comuns de l'immoble en què està situat i els annexos que hi són vinculats, si té acreditat el compliment de les condicions d'habitabilitat que fixa aquesta Llei i la normativa que la desplegui i compleix la funció social d'aportar a les persones que hi resideixen l'espai, les instal·lacions i els mitjans materials necessaris per a satisfer llurs necessitats personals ordinàries d'habitació».
- (2) Efectivament, l'art. 26.7 de la Llei incloïa una excepció, en determinar que «els establiments d'allotjament turístic no es consideren habitatges als efectes de l'exigència de la cèdula d'habitabilitat, llevat dels establiments de turisme rural». Es tractava d'un supòsit que, relacionat amb la definició d'«habitatge d'ús turístic» que incloïa l'art. 3, 1 de la Llei, suscitava dubtes d'interpretació. En virtut de la Llei 9/2011, de 29 de desembre, es va modificar el contingut d'aquest art. 3, 1, que ara fa referència a l'«habitatge amb activitats econòmiques», que serà aquell «que no és domicili habitual i permanent i que s'utilitza per a l'obtenció de rendiments d'activitats econòmiques regulats per la normativa sectorial aplicable». Paral·lelament, l'art. 26.7 diu ara, també en virtut de la modificació introduïda en la mateixa Llei 9/2011, que «els habitatges amb activitats econòmiques es consideren habitatges als efectes de l'exigència de la cèdula d'habitabilitat».

Cal dir, tanmateix, que el concepte d'habitatge d'ús turístic subsisteix com a concepte legal i apareix recollit a l'art. 50 bis de la Llei 13/2002, de 21 de juny, de turisme de Catalunya, i en el Decret 164/2010, de 9 de novembre, de regulació dels habitatges d'ús turístic.

En comentar en un número anterior d'aquesta revista les reformes introduïdes a la Llei de l'Habitatge per l'esmentada Llei 9/2011, fèiem unes consideracions que considerem oportú reproduir aquí:

«Dèiem, doncs, que el que abans era una excepció d'obligació d'exigència de la cèdula —excepció que afectava els establiments d'allotjament turístic, llevat dels de turisme rural— ara és una confirmació de l'exigibilitat de llicència per als habitatges amb activitats econòmiques.

Tenim, per tant, tres conceptes semblants, però no idèntics, el règim dels quals en aquesta matèria seria:

- a) El de l'**habitatge amb activitats econòmiques** és l'únic supòsit que ara la Llei de l'Habitatge preveu, tant per definir-lo —art. 3, lletra l)— com per confirmar que requereix la cèdula d'habitabilitat —art. 26.7.
- b) L'**habitatge d'ús turístic** ja no és objecte d'atenció per la Llei, però, com que és, tal com hem dit, un concepte legal vigent, cal entendre'l en tot cas i a aquests efectes subsumit en l'anterior i, per tant, cal considerar que, com a habitatge que és, ha de disposar de cèdula d'habitabilitat.
- c) Per acabar, l'**establiment d'allotjament turístic** no apareix definit a la Llei de l'Habitatge, ni tampoc ara ressenyat, ni tan sols per excloure'l —com es feia abans a l'art. 26.7— de l'obligació de disposar de cèdula d'habitabilitat. La seva definició cal buscar-la a la Llei 13/2002, de 21 de juny, de turisme de Catalunya, l'art. 32.1 del qual diu que: «Tenen la consideració d'establiment d'allotjament turístic els que, d'una manera habitual i amb caràcter professional, ofereixen als usuaris turístics, mitjançant preu, allotjament temporal que no constitueixi un canvi de residència per a la persona allotjada, d'acord amb les condicions i les característiques establertes per reglament». L'art. 39.1 d'aquesta Llei diu que: «Els establiments d'allotjament turístic es classifiquen en les modalitats següents:
a) Establiments hotelers.
b) Apartaments turístics.
c) Càmpings.
d) Establiments de turisme rural.
e) Qualsevol altra que s'estableixi per reglament».

Ja hem dit abans que l'anterior art. 26.7 de la Llei de l'Habitatge preveia que «els establiments d'allotjament turístic no es consideren habitatges als efectes de l'exigència de la cèdula d'habitabilitat, llevat dels establiments de turisme rural». Aquesta norma ha desaparegut, però la introducció en lloc d'aquesta de la que exigeix disposar de cèdula d'habitabilitat als habitatges amb activitats econòmiques, i l'esquema configurat a la Llei 13/2001 en relació amb els establiments d'allotjament turístic, sembla que permeten deduir la subsistència de la necessitat de cèdula per a les denominades cases rurals, quan aquestes reuneixin les característiques que, amb independència de la seva destinació econòmica, permetrien qualificar-les objectivament d'habitatge, d'acord amb l'art. 3 de la Llei 18/2007».

Les parelles a Europa

Elisabeth García Cueto

Notària de Santa Coloma de Queralt

Amb motiu de la posada en funcionament a la fi de l'any passat del lloc web relatiu a les parelles als Països Membres de la major part de la Unió Europea (<http://www.coupleseurope.eu>), crec que és interessant endinsar-nos en el seu contingut, a l'efecte de la nostra pràctica diària. En aquest lloc web es fa una anàlisi completa dels règims existents en les regulacions dels diferents països allà citats. El lloc web, traduït a vint-i-un idiomes, estableix la regulació de vint-i-set Països Membres de la

Unió Europea (Alemanya, Àustria, Bèlgica, Bulgària, Xipre, Dinamarca, Eslovàquia, Eslovènia, Espanya, Estònia, Finlàndia, França, Grècia, Hongria, Irlanda, Itàlia, Letònia, Lituània, Luxemburg, Malta, Països Baixos, Polònia, Portugal, Regne Unit, República Txeca, Romania, Suècia), destacant i resolent els punts potser més controvertits o que en certs moments generen, en el dia a dia de la parella, majors controvèrsies o rellevància a efectes pràctics.

El concepte de *parella* amb el qual es mou la major part de la pàgina web es relaciona íntimament amb la idea de *matri-moni*. Culturalment, el concepte d'aquest no és similar, no podent destacar diferències ressenyables d'un país a un altre, ja que fins i tot no es deté en cap cas a des- triar entre aquelles parelles de diferent o del mateix sexe. On sí se centra l'anàlisi, no obstant això, és en el seu règim jurídic

i en les seves conseqüències. En aquest sentit, procediré a realitzar una anàlisi dels principals punts de referència.

El tema del Dret aplicable s'aborda des d'un punt de vista intern i internacional, i especialment es fa esment a la regulació i elecció dels punts de connexió del Dret Internacional Privat de cada Estat, per al supòsit de parelles de diferent nacionalitat

a) Qüestions de Dret Internacional Privat: llei aplicable

La primera qüestió que atén la pàgina és la relativa al Dret aplicable. El



tema s'aborda des d'un punt de vista intern i internacional, i especialment es fa esment a la regulació i elecció dels punts de connexió del Dret Internacional Privat de cada Estat, per al supòsit de parelles de diferent nacionalitat. En aquest sentit, i a títol d'exemple, el Dret alemany preveu la possibilitat que entri en joc l'autonomia de la voluntat a l'hora de pactar la llei aplicable a la parella, i que, sense perjudici d'això, s'estableixin certs punts de connexió subsidiaris, idèntics als previstos al nostre article 9.2 CC.

No obstant això, també en certs supòsits es fa referència a l'entrada en joc de determinats convenis o tractats internacionals. Així, i a efectes exemplificatius, el règim francès preveu que, mentre que els matrimonis celebrats amb anterioritat al dia 1 de setembre de 1992 es troben subjectes al Dret comú, els contractes després d'aquesta data es regeixen pel Conveni de l'Haia de 14 de març de 1978 en matèria de legislació aplicable als règims econòmics matrimonials.

Finalment, seguint el sistema *common law*, el Dret anglès recorda la importància de la *lex fori* i del punt de connexió diferent pel qual s'opta, segons sigui un bé moble o immoble del que estiguem parlant o l'assumpte a tractar.

En tot cas, es fa especial referència a la normativa vigent en tots els supòsits i se cita l'articulat aplicable al supòsit o relatiu a la matèria en qüestió, sistemàtica que se segueix en tota la pàgina web.

b) Règim matrimonial aplicable: llibertat d'elecció i règim legal subsidiari

Tot matrimoni té dues cares, jurídicament parlant: les relacions personals i les relacions patrimonials entre cònjuges. Les segones suposen necessàriament parlar de la regulació que regeix en les seves relacions patrimonials, o el que es coneix com el règim econòmic matrimonial dels membres que conformen la parella.

La major part dels països, entre els quals es troba Espanya, permet el règim d'elecció a través de capitulacions ma-

trimonials o d'algun tipus de contracte matrimonial, ja sigui anterior o posterior a l'acte. Ara bé, se sol restringir la possibilitat de regulació a certs règims predefinits i fixats, en nombre i contingut, per la llei prèviament.

D'altra banda, hi ha algun país, entre els quals trobem Hongria, que no permet l'elecció del règim aplicable, o el Dret anglès, que aplica automàticament la *lex fori*.

En gran part dels països europeus no es té un registre dels béns conjugals, els contractes matrimonials o semblants. Com a excepció, tenim Alemanya

c) Règim matrimonial: inscripció?

El règim econòmic matrimonial és importantíssim per a tots els actes duts a terme per la parella durant la seva vida. I moltes vegades ens hem trobat en la nostra vida professional amb el fet que la falta de determinació i de publicitat d'aquest règim ha comportat problemes. Doncs bé, una cosa semblant succeeix en gran part dels països europeus, que no tenen un registre de béns conjugals, de contractes matrimonials o semblants. Com a excepció, tenim Alemanya, on sí existeix un registre de règims econòmics matrimonials, administrat pels tribunals regionals, i Bèlgica, amb un registre de contractes matrimonials operatiu des del dia 1 de setembre de 2011, de forma semblant al que passa a Espanya, Itàlia o Portugal amb el Registre Civil i la inscripció de les capitulacions matrimonials.

d) La ruptura: conseqüències de la separació o divorci

La ruptura de qualsevol parella implica necessàriament la determinació de com es repartirà tot el que els seus membres han «creat» i «aportat» durant la seva vida en comú. En aquest sentit, s'ha de procedir a la dissolució dels règims matrimonials aplicables, l'atribució dels béns a un cònjuge o a un altre, les

compensacions econòmiques i, si escau, l'assumpció de deutes.

És evident que, segons el règim sigui de separació de béns o divisió de patrimoni, comunitat o participació, les conseqüències seran unes o altres. I tot això sense oblidar el reconeixement de certes pensions compensatòries o periòdiques en funció de l'existència de fills o descendents comuns.

e) La mort: cas singular de ruptura

A més de la dissolució del règim matrimonial, entren en joc, com a conseqüència de la mort, les disposicions reguladores del Dret de Successions. La regulació varia molt d'un país a un altre, doncs la consideració del cònjuge vidu és molt diferent: des de tenir dret a les atribucions legítimes fins a només atribuir-li la part corresponent a la dissolució del règim matrimonial.

f) Esment especial: les parelles de fet

Encara que, com he comentat al principi, la pàgina web es refereix principalment a les parelles enteses com a *matrimoni*, també fa especial esment a les parelles de fet, estiguin registrades o no. A la pàgina es fa referència tant a l'existència o no de regulació com, en cas d'haver-hi, a la regulació del règim jurídic entre els membres de la parella, tant a nivell personal com a patrimonial. Cal recordar, no obstant això, que encara hi ha una quantitat important de països que no reconeixen aquestes situacions de fet, sense perjudici del reconeixement de l'existència d'aquelles relatives a parelles del mateix sexe.

g) Conflictes en cas de disputes

Cal recordar aquí l'aplicació del Reglament (CE) núm. 2201/2003 –Reglament Brussel·les II bis– per als conflictes existents en el supòsit de divorci. En temes relatius al règim matrimonial en si, sol ser la llei de l'Estat Membre en qüestió l'aplicable, i tot això sobre la base de la residència habitual on s'estableix la parella o la nacionalitat d'un dels membres d'aquesta.



ELS ALIMENTS, SOTA CONTROL

S'ha creat una gran polèmica derivada de la informació subministrada per diversos mitjans en relació amb l'ús de carn de cavall en certs productes, alguns d'ells prefabricats. I no és que aquest aliment d'origen animal no sigui comestible, sinó que l'ús de certs medicaments veterinaris (el més habitual, la fenilbutazona) solament està permès en els èquids que no seran destinats a producció d'aliments. Davant aquest incompliment i el risc per a la salut que pot comportar el fet de deixar que la carn del citat animal entri, en aquestes condicions, en la cadena alimentària, la Unió Europea ha reaccionat mitjançant la promulgació de la Recomanació de 19 de febrer de 2013, sobre un pla coordinat de control per establir la prevalença de pràctiques fraudulentas en la comercialització de determinats aliments.

Mitjançant la promulgació de la Recomanació de 19 de febrer de 2013, la Unió Europea reacciona amb un pla coordinat de control per establir la prevalença de pràctiques fraudulentas en la comercialització de determinats aliments

Aquesta Recomanació complementa el ja existent Reglament (CE) núm. 882/2004, del Parlament Europeu i del Consell, de 29 d'abril de 2004, sobre els controls oficials efectuats per garantir la verificació del compliment de la legislació en matèria de pinsos i aliments i la normativa sobre salut animal i benestar dels animals, i el Reglament 178/2002, del Parlament Europeu i del Consell, de 28 de gener de 2002, pel qual s'estableix

en els principis i requisits generals de la legislació alimentària i pel qual es crea l'Autoritat Europea de Seguretat Alimentària. I és que el que s'intenta evitar des d'Europa és que no s'esmenti l'existència d'un risc en pinsos, en aliments o en un animal. Per evitar-ho, es presenta una regulació, més rigorosa, si fos possible, en relació amb l'etiquetatge, la presentació i la publicitat dels productes alimentosos –especialment, aquells que arriben al consumidor final. Es busca d'aquesta forma que tots ells expressin, a través de la corresponent etiqueta, la seva veritable naturalesa, la seva identitat, i que en cap moment no indueixi a error, fent referència a tots i cadascun dels ingredients que els componen –en particular, la carn, com a ingredient, té un especial esment, quant a les normes específiques d'higiene que ha de tenir a fi de passar el control oportú.

Complementant tota aquesta regulació, a més, s'ha establert, durant un mes –prorrogable per altres dos més–, la recomanació de controlar la prevalença de pràctiques fraudulentas en la comercialització de determinats aliments. Això es realitzarà, primer, mitjançant controls en el comerç al detall de productes alimentosos destinats al consumidor final o a col·lectivitats i que constin etiquetats com a carn de boví, la qual cosa té com a finalitat acarar si el contingut del producte en relació amb el seu etiquetatge és correcte i no hi ha, com s'ha publicat en diferents mitjans, carn de cavall, quan en realitat sí que n'hi ha. I segon, mitjançant la realització de controls en els establiments que manipulen carn de cavall destinada al consum humà, inclosos productes alimentosos procedents de tercers països, a fi de detectar residus de certs medicaments.

Ressenya de les principals sentències del Tribunal Suprem

Datades des del novembre de 2012 al març de 2013

Redacció de LA LLEI

ACCIÓ DECLARATIVA DE DOMINI

Imprescriptibilitat de l'acció declarativa de domini

Sentència Tribunal Suprem, Sala Primera, núm. 540/2012, de 19 de novembre (Ponent: José Ramón Ferrándiz Gabriel) LA LLEI 208752/2012

ITER PROCESSAL: Les sentències d'instància van desestimar l'acció declarativa de domini formulada pels demandants. El Tribunal Suprem declara que no pertoca el recurs de cassació.

Els actors que van exercitar demanda van pretendre la declaració judicial de la seva cotitularitat dominical sobre diverses finques. La pretensió va ser desestimada a les dues instàncies, si bé per arguments diferents en cadascuna. El Jutjat va entendre que els demandats havien adquirit el domini de les finques per usucapió. Raó per la qual no era procedent declarar que els demandants eren els propietaris. El Tribunal d'apel·lació va considerar que l'acció declarativa de domini exercitada pels demandants havia prescrit pel transcurs del termini de trenta anys establert a l'art. 1663, en relació amb el 1669, tots dos del CC. El Tribunal Suprem desestima el recurs de cassació formulat pels demandants. Comença l'Alt Tribunal declarant la imprescriptibilitat de l'acció declarativa de la propietat. Així, mentre el demandant sigui portador d'un interès legítim i resulti ser el propietari, estarà legitimat per a reclamar la declaració judicial del seu dret. És més, l'acció declarativa d'un dret constitueix la projecció processal de la facultat del seu titular de defensar-lo, dotant-li de certesa, de manera que segueix la seva sort. L'exposat hauria de conduir a l'estimació del recurs de cassació. No obstant això, l'aplicació de

la doctrina sobre l'equivalència de resultats porta el Tribunal a desestimar el recurs ja que la decisió recorreguda ha de ser mantinguda encara que amb altres arguments. En efecte, les dades fàctiques evidencien la realitat d'una adquisició dominical per part dels comuns demandats sobre tota la finca litigiosa, per mitjà de la usucapió, a partir d'un supòsit evident d'ntervisió del concepte possessor, ja que apareix provat que, des de l'any 1964 i a partir d'un acte de conciliació, els demandats van posseir la finca tractada com si fossin els únics amos, d'una manera pacífica, pública i ininterrompuda durant el temps exigint a l'art. 1959 CC. A la vista d'això, el Tribunal conclou afirmant que el que va succeir no va ser que l'acció declarativa exercitada en la demanda hagués prescrit, sinó que la usucapió guanyada pels demandats sobre tota la finca litigiosa va determinar l'extinció per als demandants del seu afirmat dret i la improcedència de declarar el contrari.

Mala fe processal del demandat que després d'assentir a la demanda i obtenir del tribunal d'apel·lació un pronunciament desestimatori, es desdiu de la seva postura inicial

Sentència Tribunal Suprem, Sala Primera, núm. 55/2013, de 22 de febrer (Ponent: Francisco Marín Castán) LA LLEI 16508/2013

ITER PROCESSAL: El Jutjat de Primera Instància va estimar íntegrament l'acció declarativa de domini formulada respecte a 15 finques. L'AP de la Corunya va revocar parcialment la sentència del Jutjat i va estimar la demanda solament respecte a una de les finques, tenint per desistida la part actora de les restants pretensions. El Tribunal Suprem estima el recurs extraordinari per in-



Sentències

fracció processal interposat pels demandants, deixa sense efecte la sentència recorreguda i confirma la de primera instància.

Reconeixement pel demandat, en la contestació a la demanda, de la propietat dels seus germans demandants sobre 14 de les 15 finques referides en la demanda, negant al mateix temps que estiguessin necessitats de tutela judicial perquè ell no havia discutit mai la seva propietat sobre aquestes finques. Aplanament, desistiment i renúncia. Estimada íntegrament la demanda en primera instància, la sentència d'apel·lació va desestimar les pretensions relatives a aquestes 14 finques en apreciar, indubidament, un desistiment dels demandants sobre aquestes finques amb base en una part de l'acta del judici desmentida pel desenvolupament íntegre de l'audiència prèvia i del judici. Improcedent confusió d'un aplanament del demandat, àdhuc ambigüament expressat, amb un desistiment dels demandants, equiparant-ho fins i tot, en els fonaments jurídics, a una renúncia a l'acció. Mala fe processal. Doble joc del demandat, que en el seu escrit d'oposició al recurs per infracció processal, i des de la posició d'avantatge assolit gràcies a la improcedent apreciació del desistiment, es desdiu del seu inequívoc reconeixement inicial del dret de propietat dels seus germans. Revocació de la sentència d'apel·lació i confirmació de la de primera instància.

ARRENDAMENTS URBANS

Aplicació analògica de les normes de l'usdefruit per fixar la durada de l'arrendament

Sentència Tribunal Suprem, Sala Primera, núm. 703/2012, de 14 de novembre (Ponent: Román García Varela) LA LLEI 169726 /2012

ITER PROCESSAL: Les sentències d'instància van desestimar la demanda de resolució d'arrendament de local per expiració del termini. El Tribunal Suprem va declarar que no pertocava el recurs de cassació interposat pels demandants.

Arrendament de local de negoci. Demanda de resolució del contracte per expiració del termini. Desestimació. Contracte celebrat sota la vigència de la LAU 1994. Clàusula contractual en la qual es va establir un termini de durada d'un any prorrogable indefinidament per terminis iguals per la sola voluntat de l'arrendatari. Pacte contrari a l'exigència de durada limitada en el contracte d'arrendament. Integració analògica del pacte mitjançant l'aplicació de les normes de l'usdefruit. Doctrina jurisprudencial. La durada màxima que cal imposar a l'arrendador és la de 30 anys que l'art. 515 CC estableix com a límit temporal per a l'usdefruit.

Extensió als hereus del primitiu arrendador de la renúncia d'aquest als motius d'excepció a la pròrroga

Sentència Tribunal Suprem, Sala Primera, núm. 139/2013, de 8 de març (Ponent: Francisco Javier Arroyo Fiestas) LA LLEI 16841/2013

ITER PROCESSAL: El Jutjat de Primera Instància va estimar l'acció d'extinció de contracte d'arrendament d'habitatge per causa de necessitat. L'AP de Madrid va revocar la sentència del Jutjat i va desestimar la demanda. El Tribunal Suprem desestima el recurs de cassació interposat pels demandants.

Denegació de la pròrroga per causa de necessitat. Desestimació de la demanda. Extensió als hereus del primitiu arrendador (demandants) de la renúncia d'aquest als motius d'excepció a la

pròrroga. De la interpretació del contracte es conclou que quan el primitiu arrendador va renunciar a la possibilitat que tenia de denegació de la pròrroga, ho va fer no només a títol personal, sinó amb caràcter vinculant per aquells que li succeïssin, atès que es tractava de protegir la posició de la seva mare arrendatària.

ASSOCIACIONS

Obligació de constituir aval, imposada als membres de la Junta Directiva d'un club de futbol

Sentència Tribunal Suprem, Sala Primera, núm. 764/2012, de 12 de desembre (Ponent: Rafael Gimeno-Bayón Cobos) LA LLEI 220683 /2012

ITER PROCESSAL: El Jutjat de Primera Instància va desestimar la demanda en què se sol·licitava la nul·litat de l'acte de presa de possessió de la Junta Directiva d'un club de futbol per no haver constituït els avals exigits per la Llei de l'Esport i el cessament dels seus membres, o subsidiàriament, la condemna als directius a prestar el corresponent aval. L'AP de Barcelona va revocar la sentència del Jutjat i va estimar parcialment la demanda condemnant les persones físiques demandades que seguissin sent membres de la citada Junta Directiva a aportar l'aval bancari en la quantia que resulta dels càlculs que s'indiquen a la pròpia sentència. El Tribunal Suprem desestima el recurs de cassació interposat pels demandats.

Demanda formulada per un soci d'un club de futbol sol·licitant la nul·litat de l'acte de presa de possessió de la Junta Directiva per no haver constituït els avals exigits per la Llei de l'Esport i el cessament dels seus membres, o subsidiàriament, la condemna als directius a prestar el corresponent aval. Estimació parcial d'aquesta segona pretensió ja que la gestió de la Junta Directiva és responsable de part de les pèrdues del club durant l'exercici 2002/2003. Competència per decidir l'exigibilitat de l'aval. La Lliga de Futbol Professional va autoritzar la cancel·lació de l'aval prestat i va rellevar de la prestació d'aval en atenció als beneficis obtinguts pel club en els exercicis 2003/2006. No obstant això, aquest organisme manca de potestat per eximir contra llei del compliment de l'obligació de prestar els avals. Legitimació del soci per exigir davant els tribunals civils que els òrgans del club compleixin el deure de constituir aval. Inaplicació del termini de caducitat que regeix per impugnar infraccions estatutàries ja que l'acció se sustentava en una infracció legal. Obligació d'avaluar d'aquells que s'incorporen a la Junta durant un mandat. Moment d'aportació dels avals. Encara que aquests han de prestar-se abans de començar cada exercici, no pot equiparar-se l'incompliment de l'obligació en el termini fixat per la norma a la impossibilitat de complir com a forma d'extinció de l'obligació que, en conseqüència, no podria exigir-se posteriorment, eliminant la possibilitat de compliment retardat.

COMPRAVENDA D'IMMOBLES

La nul·litat de la venda per constituir un delictes impeleix a les parts demandar-se entre si

Sentència Tribunal Suprem, Sala Primera, núm. 21/2013, de 25 de gener (Ponent: Francisco Javier Arroyo Fiestas) LA LLEI 1072/2013

ITER PROCESSAL: Declarada en judici penal la nul·litat de la venda d'unes finques per la comissió d'un delictes d'aixec de



béns, la compradora va formular acció sol·licitant la declaració del dret a la subrogació en la hipoteca que gravava les finques i el reintegrament de les despeses i pagaments realitzats. Les sentències d'instància van desestimar la demanda. El Tribunal Suprem desestima el recurs extraordinari per infracció processal i el de cassació interposats per la demandant.

Subrogació de la compradora en les hipoteques que gravaven les finques. Nul·litat del contracte declarada en procés penal per la comissió d'un delictes d'aixec de béns. Exercici per la compradora d'acció declarativa del dret a la subrogació en la garantia hipotecària i de reintegrament de les despeses i pagaments realitzats. Desestimació. Quan la nul·litat radical del contracte es funda en causa il·lícita, per ser el fet que la sustenta un delictes comú a tots dos contractants, la reprotxable conducta dels contractants és sancionada per l'art. 1305 CC amb la impossibilitat d'exercir qualsevol acció entre si. El legislador no deixa marge a la benevolència o al restabliment de l'equilibri prestacional, malgrat que aquest pogués provocar l'enriquiment d'una de les parts, i això perquè ambdues parts van incórrer en delictes.

COMPRAVENDA D'HABITATGES

Caràcter receptici del requeriment notarial de resolució extrajudicial de la compravenda previst a l'art. 1504 CC

Sentència Tribunal Suprem, Sala Primera, núm. 639/2012, de 7 de novembre (Ponent: Francisco Javier Orduña Moreno) LA LLEI 215238/2012

ITER PROCESSAL: El Jutjat de Primera Instància va estimar la demanda de resolució del contracte formulada pels compradors i va desestimar la reconvençió de la venedora sol·licitant-ne el compliment. L'AP de Màlaga va revocar la sentència del Jutjat, va desestimar la demanda i va estimar la reconvençió. El Tribunal Suprem declara que no són procedents el recurs extraordinari per infracció processal i el recurs de cassació interposats pels compradors.

Compravenda d'habitatges. Demanda de resolució del contracte formulada pels compradors, i reconvençió de la venedora sol·licitant-ne el compliment. Desestimació de la primera i estimació de la segona. Manca de legitimació per sol·licitar la resolució del contracte la part incomplidora d'aquest. Els compradors van decidir injustificadament no procedir a la signatura de l'escriptura pública de la compravenda prèviament acordada, segons les condicions estipulades, ni procedir al pagament de les quantitats acordades, és a dir, van incomplir el contracte, per la qual cosa tenen vedat l'exercici de la facultat resolutòria. Caràcter receptici del requeriment notarial de resolució extrajudicial previst a l'art. 1504 CC. No produeix efectes el requeriment que no arriba a ser conegut per la part requerida. En el cas, la venedora, mitjançant requeriment notarial, va sol·licitar la resolució del contracte, però aquesta acta no va arribar a coneixement dels compradors de forma autònoma, sinó a través de la contestació a la demanda realitzada per la venedora tot resultant, prèvia sol·licitud d'aquesta, renunciada i separat de les actuacions el suport documental d'aquesta acta, d'acord amb la pretensió de compliment continguda en la demanda reconvençional.

Resolució de compravenda d'habitatge per canvi d'ubicació dels condensadors d'aire condicionat

Sentència Tribunal Suprem, Sala Primera, núm. 679/2012, de 16 de novembre (Ponent: Francisco Javier Arroyo Fiestas) LA LLEI 176810/2012

ITER PROCESSAL: Les sentències d'instància van estimar la demanda de resolució de compravenda d'habitatge per incompliment de la venedora. El Tribunal Suprem desestima el recurs de cassació.

Compravenda d'habitatge sobre plànol. Resolució del contracte pels compradors per incompliment de la venedora. Estimació de la demanda. Variació de la ubicació dels dotze condensadors o unitats exteriors de climatització. Aquests anaven a situar-se al terrat però finalment van ser col·locats a la façana posterior de l'immoble afectant el dormitori principal de l'habitatge dels actors. No es tracta d'una mera molèstia sinó d'una alteració substancial de l'objecte del contracte. El canvi d'ubicació entorpeix la necessària tranquil·litat i calma que s'espera d'un habitatge.

COMUNITAT DE BÉNS

Els acords dels comuners sobre la forma d'alienació del bé comú han de ser adoptats per unanimitat

Sentència Tribunal Suprem, Sala Primera, núm. 88/2013, de 22 de febrer (Ponent: Antonio Salas Carceller) LA LLEI 10204/2013

ITER PROCESSAL: El Jutjat de Primera Instància va estimar parcialment la demanda i va declarar que era procedent la divisió material de l'immoble comú dels litigants en la forma establerta per l'informe pericial aportat pel demandat. L'AP d'Àvila va revocar en part la sentència del Jutjat, va considerar que l'immoble resultava jurídicament indivisible i va condemnar el demandat a estar i passar per la divisió i liquidació del condomini i, si escau, l'alienació de l'immoble en pública subhasta amb admissió de licitadors estranys, aprovant certes condicions pactades pels demandants (sense intervenció del demandat) per tal de dur a terme la venda. El Tribunal Suprem declara que és procedent en part el recurs de cassació interposat pel demandat i casa parcialment la sentència recorreguda deixant sense efecte el pronunciament referit a l'aprovació dels acords celebrats entre els demandants amb vista a la forma d'alienació del bé litigiós.

Acció de divisió de cosa comuna. Estimació parcial. Declarada la indivisibilitat de l'immoble i la necessitat de la venda en pública subhasta amb admissió de tercers licitadors, no poden admetre's condicionaments per a la subhasta acordats d'una banda dels condominis sense presència dels restants, i particularment la fixació d'un preu de venda que, en cas de ser cobert per qualsevol d'ells, exclouria la celebració de la subhasta, donat que tal fixació pot ser perjudicial per a la comunitat en impedir l'eventual obtenció d'un preu superior. Despeses de conservació de la cosa comuna realitzades per un comuner. El termini de prescripció de l'acció per exigir-ne el pagament no comença a córrer fins a la liquidació de la comunitat ja que fins aleshores el deute no és exigible.



Sentències

CONTRACTE DE PERMUTA FINANCERA

El Tribunal Suprem declara vàlid un contracte de permuta financera per inexistència d'error en el consentiment

Sentència Tribunal Suprem, Sala Primera, núm. 683/2012, de 21 de novembre (Ponent: José Ramón Ferrándiz Gabriel) LA LLEI 180631/2012

ITER PROCESSAL: El Jutjat de Primera Instància va desestimar la demanda de nul·litat dels contractes de permuta financera celebrats entre els litigants. L'AP d'Astúries va revocar la sentència del Jutjat i va estimar parcialment la demanda declarant la nul·litat d'aquests contractes amb els conseqüents efectes restitutoris. El Tribunal Suprem declara que és procedent el recurs de cassació interposat pel banc demandat, casa i anul·la la sentència recorreguda i confirma la de primera instància.

Acció de nul·litat per error en el consentiment. Desestimació. L'operació financera va tenir un caràcter purament especulatiu i d'aquesta naturalesa de l'operació va tenir coneixement la demandant perquè va ser expressament informada per l'entitat de crèdit en l'essencial dels riscos, faltant elements de prova que permetin imputar al banc una ocultació maliciosa de la informació referida a la fluctuació a l'alça de l'Euríbor més d'un any després de celebrats els contractes litigiosos. Si els motius o mòbils que determinen la celebració d'un contracte no passen de merament individuals, en el sentit de propis d'un només dels contractants, és a dir, si no s'objectiven i eleven a la categoria de causa concreta d'aquell, l'error sobre ells resulta irrellevant com a vici del consentiment. S'entén que qui contracta suporta un risc que siguin encertades o no les seves representacions sobre les circumstàncies segons les quals va contractar. La incertesa respecte a una futura mutació de les condicions existents en contractar implica l'assumpció pels contractants d'un risc de pèrdua, correlatiu a l'esperança d'un guany.

CONTRACTES BANCARIS

Interpretació en contra del banc d'un contracte de substitució de tipus d'interès

Sentència Tribunal Suprem, Sala Primera, núm. 665/2012, de 15 de novembre (Ponent: José Ramón Ferrándiz Gabriel) LA LLEI 180630/2012

ITER PROCESSAL: El Jutjat de Primera Instància va desestimar la demanda en la qual se sol·licitava que es declarés que no havia existit cap contracte d'intercanvi de tipus/quotes entre les parts i, subsidiàriament, que l'entitat bancària demandada no estava legitimada a cobrar cap quantitat als demandants per la cancel·lació del contracte. L'AP de Lugo va revocar en part la sentència del Jutjat i va estimar la pretensió subsidiària. El Tribunal Suprem declara que no pertoca el recurs de cassació interposat per la demandada.

Contracte de substitució de l'interès variable d'un préstec per una quantitat periòdica fixa. Resolució del contracte pels prestataris. Inexistència de dret de l'entitat bancària prestadora al cobrament de cap quantitat com a càrrec de cancel·lació. Interpretació literal del contracte. No permet afirmar, clarament, que els prestataris haguessin acceptat en signar el document quedar obligats al pagament d'un càrrec específic en el supòsit de cancel·lar anticipadament el vincle. Cànon «contra proferentem». La clàusula

fosca va ser redactada per l'entitat bancària, per la qual cosa ha d'interpretar-se en contra d'aquesta.

CONTRACTES D'INVERSIÓ FINANCERA

Validesa de contractes d'inversió financera de venciment posterior als crèdits concedits per efectuar les inversions

Sentència Tribunal Suprem, Sala Primera, núm. 660/2012, de 15 de novembre (Ponent: José Ramón Ferrándiz Gabriel) LA LLEI 180629/2012

ITER PROCESSAL: Les sentències d'instància van desestimar la demanda de nul·litat dels contractes d'inversió financera celebrats entre els litigants. El Tribunal Suprem declara que no pertoca el recurs de cassació interposat pels demandants.

Acció de nul·litat per error en el consentiment. Desestimació. Els demandants van recórrer al crèdit concedit per l'entitat bancària demandada per efectuar les inversions, però, en substituir els contractes que, per regular-les, havien celebrat inicialment pels litigiosos, no van cancel·lar ni van prorrogar els de crèdit, de manera que aquests vencien abans. És cert que els contractes de crèdit van quedar connectats funcionalment als contractes d'adquisició d'actius al finançament dels quals servien les quantitats prestades. No obstant això, aquesta connexió va desaparèixer quan les parts, en exercici vàlid de la seva autonomia de voluntat, van pactar uns altres d'adquisició d'actius, en substitució dels primers, sense cancel·lar, modificar ni substituir els de crèdit. En tot cas, l'error, d'existir, seria inexcusable, per la senzilla raó de ser òbvies les conseqüències de no sotmetre uns contractes i uns altres al mateix règim de venciment i de suposar-se raonablement que els demandants eren o havien de ser conscients que, en complir-se els terminis dels crèdits, haurien de suportar les reclamacions de la insatisfeta creditora.

DIVORCI

Manteniment de la guarda de la mare sobre el fill mal·lurat impedir durant anys que es relacionés amb el pare

Sentència Tribunal Suprem, Sala Primera, núm. 823/2012, de 31 de gener de 2013 (Ponent: José Antonio Seijas Quintana) LA LLEI 2328/2013

ITER PROCESSAL: Les sentències d'instància van estimar parcialment la demanda de modificació de mesures adoptades en sentència de divorci i van canviar el règim de guarda i custòdia del menor atribuint-la-hi al pare. El Tribunal Suprem estima el recurs de cassació interposat per la mare, casa la sentència recorreguda i, en el seu lloc, estima el recurs d'apel·lació interposat per ella contra la sentència del Jutjat, desestimant la demanda de modificació de mesures interposada pel pare.

El Tribunal Suprem estima el recurs de cassació formulat per una mare a qui les sentències d'instància van retirar la custòdia del seu fill per haver impedit durant diversos anys el compliment del règim de visites fixat en favor del pare.

La guarda i custòdia del fill es va atribuir inicialment a la mare i se li va permetre el canvi de residència als Estats Units d'Amèrica, incomplint des de llavors els compromisos assumits amb vista



a facilitar les comunicacions del fill amb el pare, malgrat les múltiples actuacions judicials que es van realitzar amb tal finalitat des de l'any 2006. Segons el Tribunal Suprem, amb independència del retret que es pogués realitzar del comportament de la mare, el que ha de prevaler és l'interès del menor. I en aquest cas no s'ha justificat el benefici que per al menor representa el canvi de custòdia sol·licitat pel pare. El menor té en l'actualitat 10 anys, sis dels quals ha romàs amb la seva mare als Estats Units, país on està integrat en tots els aspectes (alimentació, hàbits socials i cercle d'amics), amb un fort vincle afectiu cap a la seva mare. Segons el parer de la Sala, el període intermedi de transició cap al sistema de custòdia patern, fixat pel tribunal d'instància, no ofereix cap garantia que pugui materialitzar-se en una nova relació, fins ara pràcticament inexistent del pare amb el seu fill. El rellevant, conclou, és que per al menor, tal com diu el vot particular de la sentència d'apel·lació, el canvi «suposarà un autèntic trauma el fet de veure's sotmès al canvi de custòdia, amb la qual cosa comporta a més el trasllat del seu lloc de residència a un altre país molt distant de l'anterior i d'imposició de convivència amb una persona (el seu pare) a la qual, per les circumstàncies que fossin, pràcticament desconeix». En conseqüència, l'Alt Tribunal revoca la sentència d'apel·lació i desestima la demanda de modificació de mesures formulada pel pare.

MESURES CAUTELARS

No existeix prèvia i ferma declaració de nul·litat de ple dret respecte de les Resolucions que van assimilar els notaris-lletrats amb els registradors de la propietat

Sentència Tribunal Suprem, Sala Tercera, Contenciosa Administrativa, de 18 de desembre de 2012 (Ponent: Luís María Díez-Picazo Giménez) LA LLEI 216127/2012

ITER PROCESSAL: El Tribunal Suprem desestima el recurs de cassació interposat contra actuacions que acordaven no accedir a la mesura cautelar interessada en relació amb la suspensió de la Resolució de la DGRN, que desestimava l'interposat enfront de les resolucions d'adjudicació de places de registradors a diversos notaris a qui s'havia reconegut prèviament el dret d'assimilació.

Confirmació de la denegació de la suspensió de la Resolució de la DGRN desestimatoria del recurs interposat enfront de les resolucions per les quals es van adjudicar determinats Registres de la Propietat a diversos notaris a qui s'havia reconegut anys enrere el dret d'assimilació que la Llei Hipotecària establia per als membres de l'extint Cos Especial Facultatiu de Lletrats del citat Centre Directiu. Improcedència d'aplicar al cas la doctrina del «*fumus boni iuris*». No existeix prèvia i ferma declaració de nul·litat de ple dret respecte de les Resolucions que van assimilar els notaris-lletrats amb els registradors de la propietat. Falta de claredat del fet que mitjançant la impugnació directa i tempestiva de les resolucions que decideixen un concurs de trasllat de registradors de la propietat puguin qüestionar-se resolucions anteriors amb la justificació que incorren en vicis de nul·litat de ple dret. No s'aporta la contundència necessària i indubtable per considerar que els vicis en què hagin pogut incorrer els actes previs declaratius del dret d'assimilació es traslladin amb la seva mateixa intensitat anul·lativa als actes posteriors fins al punt de fer imprescindible la suspensió cautelar. No

s'aprecien danys que no puguin ser reparats si la pretensió de la part actora triomfa, doncs sempre podrà ser anul·lada l'adscripció guanyada a una determinada plaça de registrador de la propietat per qui no hi tenia dret i, conseqüentment, també serà possible proporcionar-la a qui la mereixia per millor dret.

NOTARIS

Denegació de la sol·licitud al Ministeri de Justícia que es procedís a dictar una Ordre Ministerial relativa a l'organització interna i el funcionament de la Mutuallitat Notarial

Sentència Tribunal Suprem, Sala Tercera, Contenciosa Administrativa, de 27 de novembre de 2012 (Ponent: Wenceslao Francisco Olea Godoy) LA LLEI 191408/2012

ITER PROCESSAL: El Tribunal Suprem desestima el recurs de cassació interposat contra la sentència de l'Audiència Nacional que va confirmar la denegació de la sol·licitud al Ministeri de Justícia que es procedís a dictar una Ordre Ministerial relativa a l'organització interna i el funcionament de la Mutuallitat Notarial.

Es confirma la denegació de la sol·licitud al Ministeri de Justícia que es procedís a dictar una Ordre Ministerial per la qual s'ordenés que l'organització interna i el funcionament de la Mutuallitat Notarial haurien de ser democràtics, corresponent-ne la gestió a l'Assemblea General i a l'òrgan de representació designat per aquesta última; ordenant la convocatòria i constitució d'aquesta Assemblea General i la designació del corresponent òrgan de representació perquè aquests adoptessin els acords que estimessin adequats a l'interès dels mutualistes en relació amb la destinació de la Mutuallitat; tot això sense perjudici de les competències del Ministeri de Justícia. La mutuallitat notarial complementària del RETA. L'assemblea general de mutualistes. No aplicació al cas de la Llei Orgànica reguladora del Dret d'Associació. Situació en què ha quedat la Mutuallitat Notarial després de la integració dels membres del Cos Únic de Notaris en el RETA i la consegüent transmissió d'actius i passius a la Tresoreria General de la Seguretat Social. Destinació del patrimoni romanent. Cosa jutjada.

OPCIÓ DE COMPRA

Aplicació de l'astricció prevista en un precontracte d'opció de compra exercitada fora de termini

Sentència Tribunal Suprem, Sala Primera, núm. 755/2012, de 30 de novembre (Ponent: Xavier O'Callaghan Muñoz) LA LLEI 185309/2012

ITER PROCESSAL: El Jutjat de Primera Instància va estimar parcialment la demanda de reclamació d'indemnització en aplicació de l'astricció inclosa en el contracte d'opció de compra subscrit entre els litigants. L'AP de Granada va revocar la sentència del Jutjat i va desestimar la demanda. El Tribunal Suprem declara que no pertoca el recurs de cassació interposat per la demandant, casa la sentència recorreguda i estima totalment la demanda.



Sentències

Aplicació de l'astricció l'objecte de la qual era, primer, sancionar el concedent de l'opció si, dins del període de vigència de l'opció no complia l'obligació pactada d'atorgar l'escriptura pública del dret d'opció i, segon, sancionar el concedent si, exercitat el dret d'opció, no formalitzava les escriptures de compravenda. El dret d'opció va caducar en ser exercitat fora del termini acordat; no obstant això, sí va ser incomplida l'obligació d'escripturar el propi precontracte d'opció, per poder inscriure'l al Registre de la Propietat i romandre assegurat. La caducitat del dret d'opció no provoca la nul·litat de l'astricció reclamada per l'incompliment no del dret d'opció, sinó de la falta d'atorgament de l'escriptura pública del precontracte d'opció.

L'opció de compra concedida per un dels propietaris és vàlida però ineficax respecte a l'altre propietari

Sentència Tribunal Suprem, Sala Primera, núm. 802/2012, de 26 de desembre (Ponent: Xavier O'Callaghan Muñoz) LA LLEI 215416/2012

ITER PROCESSAL: Les sentències d'instància van desestimar la demanda en la qual se sol·licitava que es declarés exercitada una opció de compra respecte a una finca, i van estimar la reconvenció d'un dels demandats declarant nul el precontracte d'opció. El Tribunal Suprem declara que és procedent el recurs de cassació interposat per la demandant, casa la sentència recorreguda i, en el seu lloc, mantenint la resta de pronunciaments, declara la ineficàcia del precontracte d'opció respecte al codemandat i demandant reconvençional.

Opció de compra sobre finca pertanyent per meitat i pro indivís a dos copropietaris. Opció concedida únicament per un dels propietaris. És vàlida però ineficax respecte del propietari que no va intervenir en el precontracte d'opció. L'optant no podia exigir l'exercici de l'opció quan un dels propietaris no havia prestat el seu consentiment contractual. La concedent respondrà, si escau, enfront de l'optant, però és evident que la persona que no va intervenir no pot quedar gens afectada pel precontracte d'opció i no li pot afectar gens un dret nascut d'un acord de voluntats en què no va prestar el seu consentiment.

PENSIÓ DE VIDUITAT

Repartiment de pensió de viduitat entre vídua i excònjuge divorciada

Sentència Tribunal Suprem, Sala Quarta, Social, de 5 de desembre de 2012 (Ponent: Manuel Ramón Alarcón Caracuel) LA LLEI 209161/2012

ITER PROCESSAL: El Tribunal Suprem desestima, per falta de contradicció, el recurs de cassació per a la unificació de doctrina interposat contra la sentència dictada pel TSJ d'Andalusia, sobre prestacions de viduitat, confirmant el dret a percebre la pensió completa a la vídua del causant.

Pensió de viduitat. Repartiment entre la vídua i excònjuge divorciada, sense pensió compensatòria. Dret de la vídua a percebre la totalitat de la pensió. L'excònjuge compleix tots els requisits exigits per la Disp. Trans. 18a LGSS per quedar exempta del compliment de l'exigència de ser beneficiària de la pensió compensatòria, excepte el relatiu al transcurs de menys de 10

anys des de la separació fins a la defunció del causant. Havent-hi data de separació i posterior de divorci, es va prendre la de la separació com a *dies a quo* per al requisit que estableix que no hagin transcorregut més de 10 anys fins a la defunció. Recurs de cassació per a la unificació de doctrina. Falta de contradicció. En la sentència de contrast no hi ha una segona esposa i, a més, la divorciada sí tenia dret a la pensió compensatòria, per la qual cosa davant aquesta diferència en els fets, també la hi ha en les pretensions i en l'anàlisi duta a terme.

Denegació de la prestació de viduitat sol·licitada

Sentència Tribunal Suprem, Sala Quarta, Social, de 18 de febrer de 2013 (Ponent: Aurelio Desdentado Bonete) LA LLEI 13726/2013

ITER PROCESSAL: El Tribunal Suprem desestima, per falta de contradicció entre les sentències comparades, el recurs de cassació per a la unificació de doctrina interposat contra la sentència del TSJ d'Andalusia, que va desestimar al seu torn el recurs de suplicació enfront de la sentència dictada pel Jutjat social núm. 10 de Màlaga, sobre Seguretat Social, i confirma la denegació de la prestació de viduitat sol·licitada.

Pensió de viduitat. Parelles de fet. Inexistència de fills comuns. Els requisits de la Disp. Addic. 3a L 40/2007, per a defuncions anteriors a l'any 2008, tenen caràcter acumulatiu. La vídua va sol·licitar la corresponent pensió per la defunció l'any 2000 de la seva parella de fet, amb el qual convivia des del 1993 i amb el qual va formalitzar la seva unió l'any 1999, però li va ser denegada per l'INSS per no existir fills comuns. Malgrat l'al·legació d'una eventual discriminació de les dones sense possibilitat de tenir fills en el moment de la constitució de la parella –ella comptava amb 43 anys en aquest moment– es va considerar que l'establiment d'aquests requisits està dins de la llibertat del legislador per configurar els requisits d'accés a la protecció. Falta de contradicció entre les sentències comparades en el recurs de cassació per a la unificació de doctrina.

PERMUTA

Atorgament d'escriptura pública del contracte de permuta

Sentència Tribunal Suprem, Sala Primera, núm. 32/2013, de 6 de febrer (Ponent: Antonio Salas Carceller) LA LLEI 5536/2013

ITER PROCESSAL: El Jutjat de Primera Instància va estimar substancialment la demanda i va condemnar la demandada a atorgar escriptura pública del contracte de permuta celebrat amb els demandants i a indemnitzar-los els perjudicis ocasionats. L'AP de Màlaga va revocar en part la sentència del Jutjat en el sentit de reduir la quantia de la indemnització. El Tribunal Suprem declara que no pertoca els recursos de cassació interposats per ambdues parts.

Permuta de solar per edificació. Es condemna el permutant constructor a atorgar escriptura pública del contracte i a indemnitzar els perjudicis ocasionats a l'altra part, consistents en la diferència de preu de l'arrendament dels locals a construir (que els demandants podrien haver obtingut des que la demandada va incórrer en mora), en relació amb el menor preu percebut per les instal·lacions provisionals que es van posar a la seva disposició



mentre es duia a terme la construcció. Mora de la demandada. Ha de computar-se, no des del moment en què l'obligació de lliurament va haver de ser complerta, sinó des del requeriment efectuat pels demandants en tal sentit.

PROCEDIMENT CONCURSAL

Admissió de l'oposició de l'excepció de contracte no complert o complert defectuosament en ocasió d'un incident d'impugnació de crèdits

Sentència Tribunal Suprem, Sala Primera, núm. 760/2012, de 18 de desembre (Ponent: Ignacio Sancho Gargallo) LA LLEI 215418/2012

ITER PROCESSAL: Les sentències d'instància van estimar parcialment la demanda incidental d'impugnació de l'informe de l'administració concursal i van declarar que la demandant ostentava al seu favor un crèdit ordinari per l'import que el perit judicial va proposar en el seu informe. El Tribunal Suprem desestima el recurs de cassació formulat per la concursada.

Impugnació de la llista de creditors. Crèdit derivat dels serveis de consultoria prestats a la concursada. Qualificació del crèdit com a concursal ordinari i per l'import pendent de cobrament. Admissió de l'oposició de l'excepció de contracte no complert o complert defectuosament (*exceptio non adimpleti contractus* o *non rite adimpleti contractus*) en ocasió d'un incident d'impugnació de crèdits. No obstant això, no és possible oposar l'*exceptio non adimpleti contractus* enfront de la pretensió d'inclusió d'un crèdit concursal generat per un contracte amb obligacions recíproques, perquè la seva invocació pressuposa que el contracte està pendent de compliment per ambdues parts i per això el crèdit reclamat seria un crèdit contra la massa (art. 61.2 LC). La pretensió d'inclusió d'un crèdit concursal derivat d'un contracte bilateral amb reciprocitat de prestacions pressuposa que estigui pendent de compliment per una sola de les parts, en concret pel concursat. Aquest fet pot ser compatible o bé amb un incompliment de la prestació que ja no sigui susceptible de compliment, això és, que sigui resolutori, la qual cosa equival a una inexistència del crèdit reclamat; o bé amb un compliment defectuós que, resolta la relació contractual, justifiqui la reducció del preu estipulat.

Qualificació com a ordinari del crèdit derivat dels contractes de permuta financera (swap)

Sentència Tribunal Suprem, Sala Primera, núm. 797/2012, de 9 de gener de 2013 (Ponent: Rafael Gimeno-Bayón Cobos) LA LLEI 477/2013

ITER PROCESSAL: Les sentències d'instància van desestimar la demanda d'impugnació de la llista de creditors en el sentit d'excloure'n el crèdit derivat de permuta financera i la seva inclusió com a crèdit contra la massa, admetent la inclusió del crèdit en els termes proposats per l'Administració concursal, és a dir, com a crèdit ordinari. El Tribunal Suprem desestima el recurs extraordinari per infracció processal i el de cassació interposats pel demandant.

Qualificació com a ordinari del crèdit derivat d'un contracte de permuta financera (swap) desvinculat de qualsevol altra operació. D'acord amb l'art. 61.2 LC, la declaració de concurs no afectarà la vigència dels contractes amb obligacions recíproques pendents de compliment, realitzant-se amb càrrec a la massa les prestacions

a les quals estigui obligat el concursat. No obstant això, al swap desvinculat no hi ha obligacions funcionalment recíproques atès que només sorgeixen obligacions per a una de les parts.

PROPIETAT HORITZONTAL

Mala fe de la comunitat de propietaris que primer autoritza el tancament de les terrasses i després sol·licita la demolició del tancament

Sentència Tribunal Suprem, Sala Primera, núm. 104/2013, de 27 de febrer (Ponent: Francisco Javier Arroyo Fiestas) LA LLEI 10203/2013

ITER PROCESSAL: Les sentències d'instància van estimar l'acció de demolició de les obres de tancament realitzades pels demandats a la terrassa del seu habitatge. El Tribunal Suprem estima el recurs extraordinari d'infracció processal i el de cassació interposats pels demandats, casa la sentència recorreguda i desestima íntegrament la demanda.

Acció de demolició de tancament de terrassa per haver-se realitzat sense autorització unànime de la comunitat. Desestimació. Els acords comunitaris sobre l'alteració d'elements comuns que s'hagin adoptat per majoria, malgrat requerir la unanimitat, queden convalidats si no es recorren en el termini legalment establert. En el cas, l'acció exercitada per la comunitat havia caducat pel transcurs del citat termini des de l'adopció de l'acord en què es va autoritzar per majoria el tancament de les terrasses. A això cal afegir que la demandant va actuar contra els seus propis actes i en contra de la bona fe, ja que primer va autoritzar el tancament de les terrasses, i quatre anys després va acordar que presentaria l'actual demanda, en oberta contradicció amb el seu plantejament inicial, la qual cosa no pot perjudicar qui ja havia tancat la seva terrassa, doncs un canvi d'opinió tan arbitrari solament pot afectar les modificacions futures, però no les consolidades. Recurs extraordinari per infracció processal. Infracció del principi dispositiu i del principi de justícia que s'ha de sol·licitar. La comunitat va basar la seva demanda en què l'acord no era vàlid per no haver-se adoptat per unanimitat. No obstant això, l'Audiència Provincial, introduint per sorpresa una qüestió sobre la qual no havia sorgit pas debat, va estimar la demanda per considerar que no havia existit tal acord sinó un mer intercanvi d'opinions.

Validesa de l'acord per iniciar accions judicials contra diversos comuners encara que no figurés a l'ordre del dia

Sentència Tribunal Suprem, Sala Primera, núm. 219/2013, de 15 de març (Ponent: José Antonio Seijas Quintana) LA LLEI 16504/2013

ITER PROCESSAL: Les sentències d'instància van desestimar l'acció d'impugnació d'un acord comunitari. El Tribunal Suprem desestima el recurs de cassació formulat pels demandants.

Validesa de l'acord per iniciar accions judicials contra diversos comuners encara que no figurés a l'ordre del dia. En aquest ordre del dia sí constava la sol·licitud d'informació als comuners respecte a les obres realitzades als seus habitatges. I va ser d'aquest informe que se sotmet a la consideració de la Junta del qual la comunitat de propietaris va deduir la il·legalitat de les obres que va motivar l'acord d'exercitar accions judicials. Aquest acord no és més que l'expressió del dret de la comunitat a la tutela judicial



Sentències

efectiva davant el que considera una actuació contrària als estatuts per part d'uns comuns.

PROPIETAT INTEL·LECTUAL

El Tribunal Suprem ratifica la condemna a la Sexta per utilitzar als seus programes imatges prèviament emeses per Telecinco

Sentència Tribunal Suprem, Sala Primera, núm. 809/2012, de 14 de gener de 2013 (Ponent: José Ramón Ferrándiz Gabriel) LA LLEI 1983/2013

ITER PROCESSAL: Les sentències d'instància van estimar parcialment la demanda interposada per Telecinco i van declarar que La Sexta havia infringit els drets de propietat intel·lectual de la demandant en utilitzar als seus programes imatges produïdes per Telecinco o emeses per Telecinco i sent-ne aquesta titular de tots els drets. A més, van condemnar la demandada al pagament d'una indemnització de danys i perjudicis a determinar en un posterior procediment declaratiu. El Tribunal Suprem declara que no són procedents el recurs extraordinari per infracció processal i el recurs de cassació interposats per la demandada.

Utilització en programes de televisió de la cadena demandada, d'imatges que havien estat emeses per la cadena demandant i de les quals aquesta era titular de tots els drets. Condemna la demandada a cessar en l'activitat infractora i al pagament de la indemnització que es determini en un posterior procediment. Inaplicació del dret de cita com a límit al dret d'autor. Segons l'art. 32.1 LPI 1996, la cita afecta les «recopilacions periòdiques efectuades en forma de ressenyes o revista de premsa». No obstant això, en aquest cas, la recopilació no es va exterioritzar en forma de ressenya, atès que aquesta, encara que pugui tenir per objecte obres audiovisuals, es caracteritza per consistir en una síntesi o resum i no comprèn la reproducció d'imatges alienes amb un abast tan ampli com el realitzat per la demandada. També cal excloure la recopilació en forma de revista de premsa, malgrat ser també admissible en l'àmbit audiovisual, ja que la finalitat de la incorporació s'ha de prendre en consideració per justificar-ne la mesura, i aquesta finalitat (que no pot ser una altra, tractant-se de revistes de premsa, que la d'informar) s'ha vist superada amb escreix donat que les imatges s'utilitzaven amb finalitats d'entreteniment o diversió. Recurs extraordinari per infracció processal. No és contrari a l'art. 219.3 LEC l'exercici d'una pretensió declarativa del dret a ser indemnitzat en una mesura a determinar en un altre procés, pel fet de no ser l'única deduïda a la demanda, en haver-se-li acumulat d'altres (entre elles, la fonamental i prèvia que es qualifiqui la conducta de la demandada com a il·lícita i, per tal, com a font de l'obligació d'indemnitzar).

RÈGIM ECONÒMIC MATRIMONIAL

Demanda formulada per l'espòs, després de la ruptura matrimonial, sol·licitant la nul·litat de capitulacions matrimonials

Sentència Tribunal Suprem, Sala Primera, núm. 80/2013, de 7 de març (Ponent: José Antonio Seijas Quintana) LA LLEI 13547/2013

ITER PROCESSAL: El Jutjat de Primera Instància va estimar la demanda de nul·litat de les capitulacions matrimonials en les quals es va liquidar la societat a guanys i es va convenir el règim de separació de béns entre els litigants. L'AP de Granada va revocar la sentència del Jutjat i va estimar parcialment la demanda, tot declarant que la totalitat de les participacions socials d'una determinada mercantil pertanyien per meitat a ambdues parts. El Tribunal Suprem desestima els recursos formulats per ambdues parts.

Demanda formulada per l'espòs, després de la ruptura matrimonial, sol·licitant la nul·litat de capitulacions matrimonials en què es va liquidar els béns de guanys i es va convenir un règim de separació de béns amb base en una pretesa simulació de la liquidació dels guanys i l'existència d'una *fiducia cum amico* respecte als béns que figuraven a nom de l'esposa. Falta de prova que el règim de separació de béns establert fos simulat ni que hi hagués una *fiducia cum amico* amb la finalitat de protegir el patrimoni familiar enfront de tercers. Totes dues parts litigants van atorgar capitulacions sobre la base o pressupost essencial que tots els béns que es repartien tenien la consideració de guanys. Recurs de cassació. No és possible fer supòsit de la qüestió en el sentit de partir de fets que no han estat declarats provats o prescindir dels provats. Tampoc no està permesa la denúncia acumulada de diversos preceptes quan no poden ser objecte d'infracció conjunta ni d'una resposta unitària. Recurs extraordinari per infracció processal. Denegació de prova pericial. Falta d'acreditació de la impossibilitat d'obtenir l'informe pericial per aportar-lo amb la demanda. L'actor no va oferir ni va adjuntar documentació complementària que acredités que la defensa del seu dret no li permetia interposar la demanda fins a l'emissió dels dictàmens que va presentar gairebé set mesos després i tres dies abans de l'audiència prèvia. Error en la valoració de la prova. No és possible proposar que el Tribunal faci una nova valoració conjunta de la prova en el sentit que interessa al recurrent.

SOCIETAT ANÒNIMA

Litigi entre El Corte Inglés i diversos accionistes que pretenien vendre els seus títols

Sentència Tribunal Suprem, Sala Primera, núm. 635/2012, de 2 de novembre (Ponent: Rafael Gimeno-Bayón Cobos) LA LLEI 176781/2012

ITER PROCESSAL: El Jutjat Mercantil núm. 7 de Madrid va desestimar la demanda formulada per diversos accionistes d'El Corte Inglés sol·licitant que se'n declarés la lliure transmissibilitat de les accions o, subsidiàriament, l'incompliment del procediment de transmissió *inter vivos* establert en els estatuts socials i, en conseqüència, es condemnés la societat al compliment forçós d'aquest procediment adquirint les accions o oferint-ne l'adquisició als socis que ho desitgessin pel preu fixat a la pròpia demanda. D'altra banda, va estimar parcialment la reconvenió de la societat ordenant la formalització de les compravendes de les respectives accions dels demandants reconvinguts pel preu fixat per l'auditor designat pel Consell d'Administració. L'AP de Madrid va revocar en part la sentència del Jutjat i va deixar sense efecte el pronunciament que havia estimat la reconvenió. El Tribunal Suprem desestima el recurs extraordinari per infracció processal i el de cassació interposats per ambdues parts.



Transmissió de les seves accions per diversos socis. Exercici per la societat (El Corte Inglés) del dret d'adquisició preferent. Regularitat del procés per a l'exercici de tal dret. Possibilitat que el Consell d'Administració decidís adquirir les accions. Encara que els estatuts socials atribueixen a la Junta general la decisió d'adquirir, també permetien a aquest òrgan «autoritzar al Consell d'Administració l'adquisició de les seves pròpies accions», sense que hi hagi base per sostenir que la Junta no podia delegar una competència que la llei no li atribueix i que els estatuts no ho fan amb caràcter indelegable. Regularitat de la designació pel Consell d'Administració de l'auditor encarregat de valorar les accions. Fixació per l'auditor d'un valor no raonable. Possibilitat de control judicial de la valoració realitzada per l'auditor substituïnt el valor fixat per aquest pel «valor raonable» determinat pel tribunal. Inexistència en el cas d'actuacions de dades suficients per realitzar aquesta valoració i impossibilitat de remetre a execució de sentència la seva determinació, per excedir dels límits fixats a l'art. 219 LEC.

Transmissió d'un deute de la societat escindida a la societat beneficiària de l'escissió, encara que aquest deute no s'inclogués en el passiu transmès

Sentència Tribunal Suprem, Sala Primera, núm. 796/2012, de 3 de gener de 2013 (Ponent: Ignacio Sancho Gargallo) LA LLEI 5540/2013

ITER PROCESSAL: Les sentències d'instància van desestimar la demanda de reclamació d'un crèdit formulada pel cessionari d'aquest enfront d'un grup de societats derivades de la societat deutora originària. El Tribunal Suprem estima el recurs de cassació interposat pel demandant, deixa sense efecte la fallada de la sentència recorreguda i dicta una altra per la qual condemna les societats demandades a pagar solidàriament el deute reclamat a l'actor.

Escissió parcial. Reclamació a la societat beneficiària de l'escissió d'un deute generat per la societat escindida abans de l'escissió. Estimació de la demanda. Inclusió d'aquest deute dins de l'actiu i passiu traspassat a la societat beneficiària. El fet que el deute no s'inclogués en el repartiment dels elements de l'actiu i del passiu que s'anaven a transmetre a la societat beneficiària no significa necessàriament que quedés fora de l'efecte de la successió universal. Cal entendre que aquest deute estava afectat al negoci internacional de la societat escindida, en què consisteix la unitat econòmica transmesa a la societat beneficiària, raó per la qual va ser també transmesa a aquesta última, formant part de les relacions jurídiques traspassades en bloc, segons l'art. 252.1 b) LSA 1989, i és en virtut d'aquesta successió que la societat beneficiària resulta responsable del seu compliment. Aixecament del vel de l'entramat societari generat amb posterioritat a la reclamació del deute per dificultar al creditor la identificació del deutor i distreure els actius que haurien de servir per satisfer aquest deute. Condemna solidària de totes les societats codeemandades.

SUCCESSION HEREDITÀRIA

Legitimació de l'hereu per exercitar l'acció de nul·litat de venda feta per la causant

Sentència Tribunal Suprem, Sala Primera, núm. 704/2012, de 5 de novembre (Ponent: Xavier O'Callaghan Muñoz) LA LLEI 176781/2012

ITER PROCESSAL: Les sentències d'instància van estimar l'acció de declaració d'hereus de la germana morta del demandant i van desestimar la de nul·litat de la partició de l'herència dels pares. El Tribunal Suprem declara que són procedents els recursos de cassació formulats i anul·la la desestimació de l'extrem de la demanda relatiu a petició de nul·litat d'una compravenda realitzada per la germana dels demandants, morts aquests en el curs del procés i substituïts pels seus hereus, ara recurrents, retornant les actuacions a l'Audiència Provincial perquè resolgui amb llibertat de criteri sobre aquest extrem, declarant expressament la legitimació activa dels recurrents.

Acció de nul·litat per simulació absoluta de compravendes dutes a terme per la causant. Legitimació activa dels hereus sense que calgui, en absolut, que tals hereus siguin, a més, legitimaris del causant.

TÍTOLS NOBILIARIS

Acció de declaració del millor dret a posseir un títol nobiliari

Sentència Tribunal Suprem, Sala Primera, núm. 63/2013, de 5 de febrer (Ponent: Juan Antonio Xiol Ríos) LA LLEI 7033/2013

ITER PROCESSAL: Les sentències d'instància van desestimar l'acció de declaració del millor dret a posseir un títol nobiliari. El Tribunal Suprem estima el recurs de cassació interposat pel demandant, casa la sentència recorreguda i estima en el substancial la demanda.

Acció de declaració del millor dret a posseir un títol nobiliari secundari distribuït pel pare dels litigants en favor del demandant, el seu quart fill, saltant-se a dos altres fills de major edat, sent els demandats el fill primogènit del distribuïdor (a qui es va atribuir el títol principal i va obtenir Carta de Successió del títol secundari per successió per causa de mort) i el seu fill, posseïdor actual del títol litigiós en virtut de la cessió realitzada pel seu pare. Estimació de la demanda. En la distribució de títols nobiliaris (excepte en els suposats títols nobiliaris les cartes de concessió dels quals estableixin un ordre irregular de succeir que hagi de ser respectat, diferent al tradicional) no s'exigeix que, una vegada reservat el títol principal a l'immediat successor, hagi de respectar-se l'ordre regular de successió per dur a terme la distribució dels títols secundaris entre els altres fills o descendents de qui distribueix.

Ressenya de les principals sentències del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya^(*)

Publicades durant el tercer trimestre del 2012

Víctor Esquirol Jiménez

Notari del Masnou

CAPÍTOLS MATRIMONIALS

Els pactes en previsió d'una ruptura matrimonial atorgats abans de l'entrada en vigor de la Llei 25/2010 també s'han d'atorgar en escriptura pública

Sentència núm. 46/2012, de 12 de juliol (ponent: Carlos Ramos Rubio)

Resum: Un matrimoni va atorgar el 2001 uns pactes en previsió d'una ruptura matrimonial, en document privat i en presència de dos testimonis, en què l'esposa renunciava a qualsevol dret que li pogués arribar a correspondre respecte dels béns mobles i immobles del marit. En el moment de la ruptura, sis anys després, queda provat que l'esposa, que s'havia dedicat durant el matrimoni gairebé de manera exclusiva a la criança, cura i atenció a la família, no tenia cap mena de patrimoni propi, mentre que el marit tenia un important patrimoni.

La sentència de l'Audiència reconeix la validesa del document subscrit per les parts, per la qual cosa nega a l'esposa el dret de la compensació econòmica per raó de feina, i es basa en una pretesa doctrina del TSJC (sentència 34/2010, de 10 de setembre) de la qual es desprèn la validesa i l'eficàcia de tots els pactes atorgats pels cònjuges en l'exercici de la seva autonomia negocial, encara que fos privadament i sense cap ratificació judicial posterior, en virtut dels quals es renunciés, en previsió de crisi matrimonial, a

la compensació per raó de feina regulada en el derogat article 41 CF, sense que per això sigui exigible «cap formalitat».

Amb tot, el TSJC nega la validesa del pacte d'aquest cas, perquè en l'esmentada sentència es tenia en compte un cas de pactes relatius a una crisi matrimonial ja produïda; en canvi, diu que no s'ha pronunciat sobre els requisits de validesa dels pactes atorgats pels cònjuges en previsió d'una ruptura matrimonial que encara no s'ha produït, supòsits que no considera equiparables. De manera que, en aquest últim supòsit estima que, en el context normatiu anterior a la promulgació del Llibre II del Codi civil de Catalunya, «només era possible l'atorgament vàlid i eficaç en capítols matrimonials (article 15.1 CF), i, per tant, en escriptura pública amb virtualitat constitutiva (article 17.1 CF), perquè, al marge de l'eventual accés als registres oficials (RDGRN 4/2003, de 19 de juny), aquesta forma era la més apropiada per garantir la lliure formació de la voluntat dels cònjuges atorgants, especialment en una matèria (article 41 CF) que afecta el règim econòmic matrimonial primari».

Comentari: En l'actualitat, l'article 231.30 CCCat regula aquesta qüestió en el mateix sentit que la sentència anterior, és a dir, no només exigeix l'atorgament d'escriptura pública, sinó que també imposa al notari l'obligació d'informar per separat els atorgants i exigeix que els pactes tinguin certa reciprocitat, per la qual cosa, en un supòsit com aquest, també serien ineficaços per aquest últim motiu. La qüestió, això no obstant, té interès també en l'actualitat, ja que la disposició transitòria segona, punt 2, de la Llei 25/2010, que aprova el Llibre II del Codi civil de Catalunya, reconeix validesa als pactes atorgats en previsió de ruptura matrimonial adoptats abans de l'entrada en vigor d'aquesta de Llei,

(*) El text íntegre de les sentències es pot consultar a <http://www-poderjudicial.es>.



sempre que es complissin els requisits que establia la legislació vigent en el moment d'atorgar-los, amb la qual cosa queda clar que els que s'han formalitzat abans de la crisi matrimonial també requereixen escriptura pública. Quant als que es formalitzen durant la ruptura, a la vista del nivell d'exigència de l'article 231.30 CCCat, m'inclino per exigir el mateix requisit o, almenys, la ratificació personal davant del jutge corresponent.

DRET DE TRANSMISSIÓ

Els béns que el transmissari hereta del causant no queden subjectes a les càrregues que els transmissari hagi imposat sobre la seva pròpia herència

Sentència núm. 47/2012, de 12 de juliol (ponent: Núria Bassols i Muntada)

Resum: Van morir, per aquest ordre: A, B i C, i tots sota la vigència del Codi de successions. La causant A va nomenar hereu lliure la causant B, que va morir sense acceptar ni repudiar l'herència d'A. B havia nomenat hereu el seu espòs C amb un fideïcomís de residu a favor dels parents de B. C va acceptar l'herència de B i, per dret de transmissió, també la d'A, i els béns de totes dues herències van quedar subjectes al fideïcomís de residu. En morir C, els seus hereus, que no són parents de B, s'adjudiquen els béns procedents de l'herència d'A, perquè els consideren lliures del fideïcomís, mentre que l'únic parent de B havia inscrit aquests béns al seu favor, perquè els considerava subjectes al fideïcomís. Es planteja, per tant, si la càrrega fideïcomissària que recau sobre el cabal hereditari de B es fa extensiva als béns que provenen de l'herència d'A. En primera instància, es decideix a favor de l'extensió; en segona, en contra.

El TSJC desestima el recurs i confirma el criteri de l'Audiència. La sentència recull les posicions doctrinals sobre la qüestió: l'anomenada *teoria clàssica*, o de la *dobla transmissió*, que considera que l'herència del causant (A) ingressa en el patrimoni del transmissari (B) i es transmet com a herència del transmissari (B) al transmissari (C), i l'anomenada *teoria moderna*, o de l'*adquisició directa*, o de la *dobla capacitat*, o de la *dobla adquisició*, que entén que l'herència del causant (A) es transmet directament al transmissari (C), sense ingressar en el patrimoni del transmissari (B). Totes dues teories tenen arguments sòlids a favor i en contra, però ni el TS ni el TSJC han tingut fins avui ocasió de pronunciar-se sobre aquesta qüestió. Arribat el moment de fer-ho, el TSJC es decanta a favor de la teoria moderna sobre la base dels següents arguments:

- En la teoria clàssica, el transmissari rep una única herència, la del transmissari (de la qual forma part el causant), mentre que, en la teoria moderna, el transmissari rep dues herències, cosa que s'ajusta més bé a l'article 29 CS, que presumeix l'existència de dues herències, tal com ho demostra que l'apartat 2n estableixi la possibilitat que el transmissari accepti l'herència del transmissari i que repudii la del causant.
- De l'article 205 CS es deriva que la Llei vol limitar els efectes de l'herència fideïcomissària a les persones que hagi determinat el testador o fideïcomitent, de manera que el gravamen no es pot fer extensiu a altres persones que no va tenir en compte el fideïcomitent quan va ordenar la càrrega, com per

exemple el successor de l'hereu fiduciari per dret de transmissió, que podria ser fins i tot una persona desconeguda pel fideïcomitent.

- En el dret de transmissió, l'objecte de transmissió és l'herència del causant i no únicament l'*ius delationis*, o dret d'acceptar o repudiar l'herència.
- No hi ha cap justificació per gravar amb un fideïcomís una herència si el causant no va voler gravar els seus béns.
- El caràcter retroactiu de l'acceptació d'herència encaixa millor amb la teoria moderna.
- Si s'adoptés la teoria moderna, s'impediria que alguna persona que es trobi en una causa d'incapacitat relativa o d'indignitat amb relació al causant pogués adquirir l'herència d'aquest.
- La teoria moderna s'adapta més bé al que estableix el paràgraf final de l'article 110 CS, això és, que en cas de dubte, la interpretació es fa en sentit favorable a l'afavorit i les disposicions que li imposen qualsevol càrrega s'interpreten restrictivament.

Comentari: Interessant sentència en què el TSJC aborda, per primer cop, la qüestió de si el transmissari succeeix o no el primer causant, un tema que fa les delícies dels civilistes empedreïts. I és que es tracta d'un problema que entronca no només amb la naturalesa jurídica del dret de transmissió, sinó també amb la teoria general de l'adquisició del dret hereditari. Així, tenim que en dret romà no existia, en principi, el dret de transmissió, atès el caràcter personalíssim de la condició d'hereu, que atribuïa una qualitat personal més que un dret patrimonial. Tot i així, amb el temps es va accentuar el caràcter patrimonial de l'herència, i en el mateix dret romà es van admetre nombroses excepcions a aquell principi, un procés que culmina en el nostre dret actual, en què la norma és l'aplicació del dret de transmissió (fins i tot els articles 461.13-1 CCCat i 29 CS diuen que *sempre té lloc el dret de transmissió*). Hi ha un cert paral·lelisme entre la dualitat dret personal/patrimonial i teoria clàssica/moderna, de manera que si accentuem l'element personal, hauríem de decantar-nos per la teoria moderna, o de la doble capacitat, que considera que el transmissari hereta del causant, mentre que hauríem d'adoptar la teoria clàssica, que estima que el transmissari hereta del transmissari, si accentuem l'aspecte patrimonial. Actualment, la preponderància de l'aspecte patrimonial ens hauria de fer decantar per la teoria clàssica.

La doctrina, tal com reconeix la mateixa sentència, es troba dividida pel que fa a aquesta qüestió. El TSJC decideix inclinar-se pel fet que l'herència del primer causant no queda afectada per les càrregues que el transmissari imposa en la seva herència, cosa que sembla ser la conseqüència de l'aplicació de la teoria de la doble capacitat. Tanmateix, el raonament de la sentència no és del tot clar, ja que disposa que «en el dret de transmissió successora, l'objecte de la transmissió, o sigui, el que el transmissari transmet al transmissari, és l'herència del primer causant, i no únicament l'*ius delationis*, o dret d'acceptar o repudiar l'herència» (la negreta és de la sentència). Sembla ser que aquest seria un argument a favor de la teoria clàssica, ja que si el transmissari transmetés l'herència, seria perquè l'ha adquirit, per



Sentències

la qual cosa s'hauria d'integrar a la massa hereditària d'aquest i quedar afectada al fideïcomís establert. D'altra banda, diu que hi ha una pluralitat d'herència, però que no es pot parlar de «*dues herències absolutament independents*». Aquests arguments creen, segons la meua opinió, una confusió innecessària, perquè si en alguna cosa coincideix la doctrina és en el fet que l'objecte de la transmissió és l'*ius delationis*, és a dir, el dret a acceptar o repudiar.

Quant a la qüestió de si en dret català s'adopta la teoria clàssica o la de l'adquisició directa, em sembla que no és aquest el lloc per fer un examen exhaustiu del tema. Indicaré només que personalment jo preferiria la teoria clàssica, per una qüestió pràctica observada durant la meua experiència professional: l'hereu es considera com a tal independentment de si accepta o no, sempre que no renunciï i, en molts casos, accepta de manera tàcita. De la mateixa manera que el legislador prefereix el dret de transmissió abans que l'aplicació de la substitució vulgar, em sembla que aniria més en línia amb la realitat social entendre que el transmissari hereta del transmissor (i, com a molt, que la transmissió de l'herència hauria de tenir lloc sense necessitat de l'acceptació). Es podria oposar a aquest criteri l'article 412.8-3 CCCat, que, parlant de dignitat, disposa que la indignitat del transmissari respecte del causant determina la ineficàcia del dret de transmissió. Però també es podria al·legar que és l'excepció que confirma la regla contrària, que cal establir-la perquè la llei segueix la teoria clàssica, cosa que confirma que el legislador no estableixi una norma similar pel que fa a la incapacitat relativa (en contra, vegeu José Antonio GARCIA VILA, *Breves notas sobre la transmisión del ius delationis en el Derecho catalán*, a <http://www.notariosregistradores.com>, 14 de novembre del 2009).

En qualsevol cas, cal que quedi clar que el TSJC no es limita a establir que l'herència del causant no queda gravada amb el fideïcomís ordenat pel transmissor, sinó que, a més, abraça la teoria moderna, o de l'adquisició directa, que considera que encaixa millor amb el caràcter retroactiu de l'acceptació de l'herència (que no seria necessari si l'herència s'adquirís sense necessitat de l'acceptació).

PROPIETAT HORITZONTAL

1. Per tal que els vots dels propietaris absents de la junta es puguin computar favorables a l'acord, es requereix que aquest hagi estat adoptat amb el vot favorable dels socis i de les quotes presents a la junta

2. En els litigis entre la comunitat de propietaris i alguns dels propietaris, cal excloure aquests del pagament de les despeses judicials d'aquesta

Sentència núm. 49/2012, de 26 de juliol (ponent: José Francisco Valls Gumbau)

Resum: Se sotmet a votació en una junta general celebrada en primera convocatòria una derrama extraordinària, amb el següent resultat: 20 vots a favor, que representen el 36,84 % de les quotes, i 9 vots en contra, que representen el 41,50 % de les quotes. Posteriorment, en certificat emès per l'administrador, es computen com a vots a favor els dels propietaris absents que no s'han oposat a l'acord en el termini legal, per la qual cosa l'administrador declara

aprovada la proposta per 26 vots a favor, que representen el 48,57 % de les quotes, i 10 vots en contra, que representen el 42,94 % de les quotes. Els propietaris que van votar en contra impugnen l'acord, i el perden tant en primera com en segona instància.

El TSJC, al contrari, considera que l'acord no va ser aprovat, ja que l'article 553.25-5 CCCat estableix que, per a l'aprovació de l'acord impugnat, es reuneixi el vot favorable de la majoria dels propietaris que representi la majoria de les quotes de participació, mentre que, en aquest cas, no es va aconseguir aquesta última majoria; per tant, diu el TSJC que «*el vot favorable dels absents se suma a l'acord majoritari de la junta, ja sigui en sentit positiu o negatiu del punt sotmès a votació, sense que aquests vots favorables per silenci es puguin afegir a una posició minoritària*». La dicció de l'article 553.26-2 «*es computen favorablement*» no es pot interpretar literalment (com a vots favorables a l'acord), sinó que s'han d'entendre com a vots que se sumen a la majoria que, en el cas que examinem, no s'havia produït. El TSJC dedueix que el còmput dels vots dels propietaris absents que no s'hagin oposat a l'acord només seria exigible quan l'acord necessiti unanimitat, una majoria qualificada o una majoria simple de quotes i propietaris, però no per als acords, com els que s'estableixen per a la segona convocatòria a l'article 553.25-5, en què només es requereix la majoria de quotes dels presents i representats.

En definitiva, per computar aquests vots com a favorables a l'acord, es requereix que hi hagi acord i, en aquest cas, no n'hi va haver. També en dedueix:

- a) Que el termini d'impugnació no caduca, sinó que l'acord és nul de ple dret, sense que es pugui convalidar per caducitat de l'acció d'impugnació.
- b) Que els propietaris que no van satisfer la derrama proposada en aquest acord no poden quedar exclosos de les votacions de les juntes posteriors.

Per últim, declara que les despeses judicials que hagi tingut la comunitat no es poden repercutir a tots els propietaris, sinó que se n'han d'excloure els propietaris que van litigar en contra de la comunitat, perquè cada part litigant ha de satisfer les seves pròpies despeses judicials.

Comentari: Comparteixo totalment la interpretació del TSJC, encara que reconec que la regulació legal de la matèria no és tan clara com caldria. Si analitzem acuradament l'article 552.25-5 CCCat, resulta que si la junta se celebra en primera convocatòria (com en el cas que ens ocupa), l'adopció d'un acord requereix el vot favorable de la majoria dels propietaris, que han de representar la majoria de les quotes de participació. Compte: no la majoria dels propietaris presents i representats, sinó la majoria dels propietaris de la comunitat, que, alhora, han de representar la majoria de les quotes de la comunitat. Així es dedueix per comparació amb la regulació en el mateix precepte de la majoria dels acords que s'adopten en segona convocatòria, que només exigeix la majoria de les quotes dels propietaris *presentes i representats*. No entenc que, pel fet que la junta se celebri en primera o segona convocatòria (és a dir, una mica més tard), hi hagi d'haver tanta diferència en els quòrums necessaris per a l'adopció d'acords. El precepte porta a estratagemes que si no s'arriba a aquests quòrums, la majoria dels assistents a la junta declari que aquesta s'ha



celebrat en segona convocatòria, tot i que posseïa els requisits de constitució en primera convocatòria.

En tot cas, si la junta se celebra en primera convocatòria, es requereix una majoria qualificada que molt possiblement no es pugui aconseguir; per això, per facilitar l'adopció d'acords, l'article 553.26-2 computa com a vots a favor (de l'acord adoptat en la junta) els dels propietaris absents que no s'oposin a l'acord. Per aquest motiu, un cop finalitzada la junta, hi pot haver casos en què no se sàpiga si els acords adoptats han arribat a la majoria necessària per validar-los, fet que es pot considerar apropiat per a aquells que, per llur transcendència, com la modificació del títol constitutiu, requereixin realment un gran consens, però no per als que n'hi hauria d'haver prou amb una majoria simple.

PRETERICIÓ INTENCIONAL O ERRÒNIA. SEPARACIÓ DE FET

Sentència núm. 53/2012, de 10 de setembre (ponent: Carlos Ramos Rubio)

Resum: El causant havia tingut un fill després d'atorgar un testament en què nomenava hereu el seu altre fill i, quan va morir el 2004, estava separat de fet. Les qüestions que es plantegen són si la preterició és intencional o errònia i si la vídua té dret a l'usdefruit universal.

El TSJC declara la nul·litat del testament per preterició errònia, sense entrar a fons en la qüestió de si la preterició podria ser intencional (basada en la hipotètica voluntat del testador de mantenir el testament, tot i el naixement d'un nou legitimari), ja que l'Audiència Provincial ja ho havia considerat ineficax basant-se en els fets que declarava provats (en particular, no apreciava que el causant tingués la intenció de preterir la seva filla nascuda després d'atorgar el testament). En la STSJC 18/1992, de 21 de de-

sembre, el TSJC havia declarat que la preterició errònia podia ser objecte de prova en contrari, si s'apreciava voluntat del causant, explícitament o implícita, de preterir el legitimari; en aquest cas, tanmateix, no assumeix aquesta doctrina com a jurisprudencial, ja que afirma que només existeix una sentència en aquest sentit. De totes maneres, al·lega la sentència de l'Audiència que declara provat que el causant no havia expressat aquesta voluntat i com que no pot entrar a revisar la prova, dóna per tancat el tema.

L'altra qüestió que es planteja consisteix a determinar si, conformement al Codi de successions, la separació de fet exclou el dret a l'usdefruit viual. En aquest cas, els cònjuges feia vuit mesos que estaven separats de fet i la vídua no havia atès el causant en la seva malaltia. L'article 334-2.º CS estableix que el cònjuge supervivent no té dret a succeir si està separat de fet, amb ruptura de la unitat familiar, per consentiment mutu expressat formalment (que no és el cas) o per alguna de les causes que permetin la separació judicial o el divorci. L'article 81 CC recollia com a causa «*qualsevol violació greu o reiterada dels deures conjugals*», entre els quals considera inclosos els deures de convivència i ajuda i auxili mutus, l'incompliment dels quals «*revela una greu desafecció conjugal que hagués donat inequívocament a la corresponent declaració judicial, en el cas que qualsevol dels dos l'hagués demandat*».

Comentari: La sentència, aparentment, no aporta gaire amb relació a la doctrina de la preterició, però en realitat la considero interessant perquè no se suma a la doctrina de la STSJC 18/1992, de 21 de desembre, que va adoptar un criteri subjectiu que qualificava com a intencional la preterició si el testador coneixia el naixement del legitimari i de la seva voluntat se'n desprenia la voluntat de no modificar el testament, voluntat que, segons aquesta sentència, «*pot constar de manera explícita sense necessitat d'acte formal, o implícita, i revelar-se al jutgador per mitjans de prova directes o indirectes*».

Resolucions de la Direcció General dels Registres i del Notariat contra qualificacions de la propietat i mercantils

PublicadEs el primer trimestre de 2013

Notari de Calatayud

Fernando Agustín Bonaga

ANOTACIÓ PREVENTIVA

Resolució de 30 d'octubre de 2012 (BOE 292, 5-XII-12: 14827)

Admet l'anotació d'un embargament judicialment, tot i que no hi ha coincidència exacta entre el nom de la societat titular (Agrocampillo de Gergal, SLU) i la societat embargada (Agrocampillo de Gergal, SLU). Havent aportat en el recurs un certificat del Registre Mercantil del qual en resulta que la societat inscrita i la societat embargada tenen el mateix CIF, i havent afegit aquesta dada a les coincidències restants en la denominació, hi ha base suficient per concloure la identitat de totes dues societats. El principi de rogació registral és compatible amb el reconeixement al Registrador d'un principi d'aportació de prova, la qual cosa l'obliga a proveir-se de la que estigui al seu abast.

Resolució de 23 de novembre de 2012 (BOE 310, 26-XII-12: 15585)

Reitera doctrina consolidada sobre la vigència de les anotacions preventives prorrogades en virtut del manament presentat abans de l'entrada en vigor de la LEC 2000. A aquestes es refereix la Instrucció de la DGRN de 12 de desembre de 2000, que les aplica transitòriament l'article 199.2 RH (tàcitament derogat després de la nova LEC): no és procedent la cancel·lació per mera sol·licitud privada, sinó que aquestes anotacions queden indefinidament prorrogades fins a la fermesa de la resolució judicial que posi fi al procediment. A més a més, l'anotació no caduca automàticament en el moment de la fermesa, sinó que només es pot demanar la cancel·lació al cap de sis mesos des de l'emissió de la resolució (per analogia amb l'article 157 LH), per donar

temps a l'anotant de presentar-la abans que l'anotat pugui realitzar alienacions a tercers.

Resolució de 17 de desembre de 2012 (BOE 22, 25-I-13: 723)

Denega la cancel·lació, pretesa mitjançant instància privada, d'una anotació d'embargament cautelar a favor de l'Estat realitzada el 2008, tot i que prorrogada per quatre anys més el 2009. El termini de la pròrroga encara no ha transcorregut i no és possible la cancel·lació per caducitat.

Resolució de 13 de febrer de 2013 (BOE 60, 11-III-13: 2655)

Denega una anotació preventiva d'embargament, ordenada en procediment seguit contra una societat civil, sobre béns inscrits a nom de qui es diu que és soci d'aquesta, per tant, s'infringeix el principi de tracte successiu. Certament, els socis de la societat civil responen subsidiàriament dels deutes socials, però, per a això, han de concórrer diversos requisits: inexistència de béns de la societat demandada, acreditació que el titular dels béns és soci, precisió de la part del soci en la societat (per tal que només s'embargui la seva part proporcional) i intervenció en el procediment del titular registral.

Resolució de 19 de febrer de 2013 (BOE 67, 19-III-13: 3006)

Denega l'anotació d'un embargament sobre una participació de guanys de finca, en primera presentació, pel fet de no constar-li la notificació de l'embargament al cònjuge no deutor (article 144.1 RH). Posteriorment, s'acredita al Registre aquesta notificació, però fent constar que se li realitza «a l'excònjuge»; això implica que la societat de guanys està ja dissolta i que ja no n'hi ha



prou amb la mera notificació al cònjuge no deutor, sinó que cal haver dirigit la demanda a tots dos (article 144.4 RH).

Resolució de 28 de febrer de 2013 (BOE 69, 21-III-13: 3111)

Denega la realització d'una anotació preventiva de demanda (de reclamació de quantitat) al full del Registre Mercantil relatiu a una societat, pretesa amb l'objectiu d'impedir l'extinció de la deutora. La finalitat d'aquest tipus d'anotacions és donar a conèixer una demanda l'estimació de la qual podria alterar el contingut registral, i enervar, així, la presumpció de bona fe de possibles tercers. Però només serà necessari destruir aquesta presumpció quan hi hagi possibilitat d'obtenir un acte inscrivible en què es podria basar la bona fe del tercer. Les anotacions provisionals hauran de versar sobre actes susceptibles d'inscripció (i el Registre Mercantil és de persones). El nostre sistema d'anotacions preventives és de *numerus clausus*.

CAUSA DELS CONTRACTES

Resolució de 16 de gener de 2013 (BOE 42, 18-II-13: 1741)

Al seu dia es va inscriure una escriptura de venda per preu cert i agrupació de diverses finques, aleshores rústiques, en què es va pactar, amb caràcter d'obligació personal (que, per tant, no es va inscriure), que el comprador hauria de transmetre al venedor la porció de finca que es determinés en un futur com a urbana. Ara la Direcció rebutja, per falta d'expressió de causa suficient, la inscripció d'una escriptura en què els mateixos intervinents concreten l'objecte de l'anterior compravenda, segregen la porció que avui és urbana i la restitueixen a la part al seu dia venedora.

En el nostre sistema hipotecari regeix el principi de consentiment causal: per inscriure qualsevol desplaçament patrimonial, ha d'existir causa lícita correctament expressada en el títol, sense imprecisions, contradiccions ni ambigüitats. En el cas resolt, la compravenda inicial va produir la transmissió dominical via tradició instrumental (article 1462.2 CC), sense que es reflectís el pacte de restitució per ser purament obligacional i sense que es pactés cap condició suspensiva ni resolutòria, i havent quedat l'objecte de la venda perfectament determinat (ja que, si no, no s'hagués pogut inscriure). D'altra banda, en l'escriptura qualificada no s'especifica quina és la causa de la «*resolució parcial convinguda*», que no es pot considerar un supòsit de desistiment mutu, ja que això requeriria formulació expressa. L'únic punt en què s'ha de revocar la qualificació registral és en l'exigència que necessàriament hagi d'existir un preu addicional o una altra de les causes (gratuïta o remuneratòria) de l'article 1274 CC, ja que poden existir altres causes, com per exemple, dins dels negocis onerosos, la pròpia dels aleatoris. Però tampoc el negoci objecte de qualificació s'ha configurat com a contracte aleatori amb transcendència real.

CONCURS I INSOLVÈNCIA

Resolució de 19 de novembre de 2012 (BOE 310, 26-XII-12: 15583)

Resolució de 6 de novembre de 2012 (BOE 297, 11-XII-12: 15005)

Confirmen la doctrina consolidada sobre l'aplicació de l'article 56 LC, en virtut del qual només queden fora de la jurisdicció

del Jutge del concurs les execucions hipotecàries que compleixin cumulativament dos requisits: d'una banda, haver estat iniciades abans de la declaració concursal, i de l'altra, no recaure sobre béns destinats a l'activitat professional o empresarial del concursat, però correspon al Jutge del concurs la competència exclusiva per apreciar o no aquesta afecció. Així, la declaració de concurs suposa la paralització de qualsevol procediment d'execució hipotecària en curs, i per això, és doctrina consolidada de la Direcció denegar la pràctica de les operacions registrals derivades d'aquest (en el cas resolt, la inscripció d'un decret d'adjudicació i manament de cancel·lació de càrregues), amb independència de la fase en què es trobi el procediment d'execució (encara que ja hi hagués anunci de subhasta), fins que no s'acrediti el pronunciament del Jutge del concurs sobre la no afecció del bé executat.

Resolució de 17 de desembre de 2012 (BOE 22, 25-I-13: 721)

Només queden fora de la jurisdicció del Jutge del concurs les execucions hipotecàries que hagin estat iniciades abans de la declaració concursal i no recaiguin sobre béns destinats a l'activitat professional o empresarial del concursat, i correspon al Jutge del concurs la competència exclusiva per apreciar o no aquesta afecció (article 56 LC).

En el supòsit resolt, la Direcció exigeix aquest pronunciament com a requisit d'inscripció d'una interlocutòria d'adjudicació en execució hipotecària, malgrat que es va publicar al BOE una sentència aprovatòria de proposta de conveni. La mera existència del conveni no implica que no afecti l'executant, com a titular de garantia real amb dret de separació, sinó que caldrà qualificar el conveni. La represa de les accions paralitzades per l'aprovació del conveni s'ha de sotmetre al Jutge concursal, mentre no consti la conclusió del concurs, que no es produeix per la mera aprovació del conveni, sinó per la interlocutòria ferma que declari el compliment d'aquest (article 57 LC).

Resolució de 17 de desembre de 2012 (BOE 22, 25-I-13: 722)

Rebutja la inscripció d'un nomenament de liquidador d'una societat anònima el full registral de la qual està tancat judicialment per interlocutòria de conclusió del concurs. La finalitat del nomenament és fer efectius determinats crèdits posats de manifest de manera sobrevinguda.

La cancel·lació del foli d'una societat com a operació de mecànica registral no implica *per se* l'extinció d'aquesta, per tant, no pot obstaculitzar assentaments posteriors que la subsistència de la personalitat jurídica impliqui, especialment, els derivats de l'existència de l'actiu sobrevingut (article 398 LSC). La Llei Concursal imposa el tancament dels assentaments registrals de la societat concursada un cop hagi finalitzat el procediment per insuficiència de la massa activa del deutor (article 178), però també preveu la possible reobertura del concurs, que, això sí, haurà de ser declarada pel mateix Jutge que va conèixer d'aquest i s'haurà de tramitar en el mateix procediment i limitar a la fase de liquidació de béns i drets apareguts amb posterioritat (article 179). Per tant, la societat segueix estant en concurs, i la seva liquidació no s'haurà de dur a terme per l'Administració ordinària, sinó per la concursal.

Resolució de 17 de gener de 2013 (BOE 42, 18-II-13: 1743)

Denega una anotació preventiva d'embargament pretesa en virtut de manament lliurat per la Tresoreria General de la Segu-



Resolucions

retat Social, quan ja consta anotat al Registre el concurs voluntari del deutor, en què la providència de constrenyiment i la diligència d'embargament són posteriors a la declaració de concurs, i sense que existeixi pronunciament previ del Jutge del concurs respecte al fet que es tracta de crèdits contra la massa susceptibles d'execució separada.

Resolució de 15 de febrer de 2013 (BOE 67, 19-III-13: 3002)

Reitera doctrina consolidada sobre l'aplicació de l'article 56 LC, en virtut del qual només queden fora de la jurisdicció del Jutge del concurs les execucions hipotecàries que compleixen cumulativament dos requisits: d'una banda, haver estat iniciades abans de la declaració concursal, i de l'altra, no recaure sobre béns destinats a l'activitat professional o empresarial del concursat, però correspon al Jutge del concurs la competència exclusiva per apreciar o no aquesta afecció. La declaració de concurs suposa la paralització de qualsevol procediment d'execució hipotecària en curs. Per això, la Direcció denega la inscripció d'una adjudicació en procediment d'execució d'hipoteca per falta de pronunciament del Jutge del concurs sobre la no afecció del bé executat. I això encara que la subhasta ja s'hagi celebrat, atès que el que posa fi a l'execució no és la subhasta, sinó el decret d'adjudicació.

CONDICIÓ RESOLUTÒRIA

Resolució de 26 de novembre de 2012 (BOE 304, 19-XII-12: 15311)

Reitera doctrina consolidada. Declarada judicialment la Resolució d'una transmissió per l'exercici d'una consolidació resolutòria expressa, per cancel·lar els assentaments posteriors que graven el domini resolt, es requereix que els seus titulars hagin intervingut en el procediment per al·legar allò que a Dret convingui pel que fa a si s'han complert tots els pressupostos de la Resolució, un dels quals és l'acreditació de la consignació a favor dels titulars de drets inscrits amb posterioritat, a qui els correspondrà, per subrogació, el dret sobre la quantitat consignada (article 175.6 RH).

DIVISIÓ, SEGREGACIÓ, PARCEL·LACIÓ

Resolució de 27 de novembre de 2012 (BOE 304, 19-XII-12: 15313)

Denega la inscripció d'una escriptura de segregació de finca rústica, de la qual en resulta una finca discontinua composta de tres parcel·les, dues de les quals són inferiors a la unitat mínima de cultiu. S'aporta llicència municipal. La finca segregada es correspon amb la part que va ser cedida, en arrendament inscrit, a una societat per a la instal·lació d'un «hort solar». El Registrador remet la comunicació prevista a l'article 80 RD 1093/1997, i la Comunitat Autònoma declara la nul·litat de la segregació en virtut dels articles 24 i 25 de la Llei 19/1995.

En no tractar-se d'una parcel·lació urbanística, la llicència municipal no és suficient per emparar les parcel·lacions en sòl rústic, que es regeixen per la legislació agrària, la qual prohibeix les segregacions que generen parcel·les inferiors a la unitat mínima de cultiu i estableix unes excepcions taxades a l'article 25 de

la Llei 19/1995, entre les quals no es troba la creació de finques discontinues, per a la creació de les quals, a més, no és suficient la mera voluntat dels propietaris, sinó que ha d'existir una base objectiva suficient de dependència o interdependència entre les porcions per crear aquesta vinculació permanent, i no es pot entendre com a tal l'existència d'un arrendament, atesa la seva temporalitat (a més, és possible la inscripció de l'arrendament rústic sobre part d'una finca registral, sense necessitat de segregació). La sola finalitat de formar un «hort solar» no és motiu suficient per crear una finca discontinua, ja que la normativa que els regula no exigeix una titularitat única (Ordre de 29 de gener de 2007 de la Conselleria d'Economia i Treball de la Junta d'Extremadura). Si hagués estat necessari crear una finca discontinua en el cas resolt, la Comunitat Autònoma hagués considerat admissible la formació de parcel·les.

Resolució de 2 de novembre de 2012 (BOE 297, 11-XII-12: 15001)

Denega la inscripció d'una escriptura de segregació de finca rústica inscrita com de secà, però respecte de la qual els atorgants manifesten que és de regadiu i que de la segregació no en resulten parcel·les inferiors a la unitat mínima de cultiu. S'acompanyen les certificacions següents: del Cadastre, segons el qual la finca és de regadiu; d'un empleat de la Confederació Hidrogràfica del Guadalquivir, segons el qual la finca té dret a reg intensiu d'una determinada concessió; del comissari d'aigües d'aquesta Confederació, acreditatiu de la inscripció de determinat aprofitament de reg; de l'Ajuntament, que es declara la innecessarietat de llicència de segregació, per tractar-se de regadiu i parcel·les resultants d'extensió superior a la mínima en la zona. Com a conseqüència de la comunicació que realitza el Registrador a la Junta d'Andalusia (article 80 RD 1093/1997), aquesta comunica el seu acord i declara invàlida la segregació, perquè, en virtut de la normativa autonòmica aplicable, la superfície de les parcel·les resultants només seria superior a la unitat mínima de cultiu si es tractés de regadiu intensiu (la qual cosa no resulta acreditada en l'escriptura), però no en cas de regadiu extensiu.

La contradicció entre els documents ressenyats la resol la Direcció: deixant de banda la certificació cadastral, per inespecífica; la de l'Ajuntament, perquè la competència municipal és urbanística, però no agrària (Resolució de 10 de juny de 2009), i els documents de la Confederació Hidrogràfica, perquè la seva competència és l'administració del domini públic hidràulic, però no la determinació de la unitat mínima de cultiu per a secà i regadiu (i, per tant, la diferenciació entre regadiu intensiu i extensiu), que correspon a la Comunitat Autònoma (article 23 de la Llei 19/1995).

Resolució de 5 de novembre de 2012 (BOE 297, 11-XII-12: 15002)

Admet la inscripció d'una escriptura d'obra nova i propietat horitzontal tombada en la qual els dos habitatges elements independents no confronten entre si, sinó que confronten per tots els costats amb el solar en què s'enclaven. Cada un té annexos ubicats al sòl comú, però d'ús exclusiu de cada element privatiu. No cal llicència de parcel·lació perquè no es tracta d'una urbanització privada, sinó d'una propietat horitzontal tombada, i perquè la legislació aplicable, la balear, a diferència d'altres (com l'anda-



lusa o la valenciana), no sotmet la divisió horitzontal a l'obtenció de llicència. Certament, el concepte de *parcel·lació urbanística* ha transcendit l'estricta divisió material de la finca per assolir la divisió ideal del dret i, en general, tots els supòsits en què, tot i mantenir formalment la unitat de l'immoble, es divideix la titularitat o gaudi, ja sigui en règim d'indivisió, de propietat horitzontal, de vinculació a participacions en societats o de qualsevol altra manera que pretengui assolir el mateix objectiu. Però, en el supòsit debatut no hi ha complex immobiliari privat, sinó que es manté la unitat jurídica de la divisió horitzontal: els elements privatis s'assenten en sòl comú, no participen en altres finques registrals o participacions d'aquestes; a més a més, hi ha annexos als elements privatis que són d'ús exclusiu d'aquests, però que segueixen sent elements comuns.

Resolució de 2 de gener de 2013 (BOE 33, 7-II-13: 1290)

Declara inscrivible, sense necessitat de llicència de parcel·lació ni declaració d'innecessarietat, la compra d'una finca rústica situada a Andalusia realitzada per dos germans *pro indiviso*.

Certament, el concepte de *parcel·lació urbanística* ha transcendit l'estricta divisió material de la finca per assolir la divisió ideal del dret i, en general, tots els supòsits en què, tot i mantenir formalment la unitat de l'immoble, es divideix la titularitat o gaudi. Per aquest motiu, l'article 66 de la Llei d'Ordenació Urbanística d'Andalusia considera també actes reveladors de possible parcel·lació urbanística aquells en què, mitjançant la interposició de societats, divisions horitzontals o assignacions d'ús o quotes *pro indiviso* d'un terreny, o d'una acció o participació social, poden existir diversos titulars als quals els correspongui l'ús individualitzat d'una part de terreny equivalent. Ara bé, en el cas resolt, no existeix assignació de quotes, ni cap indicati del qual es pugui extreure la sospita d'una possible parcel·lació.

Resolució de 4 de març de 2013 (BOE 72, 25-III-13: 3255)

Admet la inscripció en el Registre de la Propietat de l'aportació a la constitució d'una societat d'una finca rústica situada a Andalusia, que pertany *pro indiviso* a diversos propietaris, cada un dels quals rep participacions socials pròpies per la seva aportació.

Es debat si hi ha elements de judici reveladors de possible parcel·lació urbanística, amb risc de creació d'un nucli de població, que necessitaria una llicència o declaració d'innecessarietat. Certament, l'article 66 de la Llei d'Ordenació Urbanística d'Andalusia considera també actes reveladors de possible parcel·lació urbanística aquells en què, mitjançant la interposició de societats, divisions horitzontals o assignacions d'ús o quotes *pro indiviso* d'un terreny, o d'una acció o participació social, poden existir diversos titulars als quals els correspongui l'ús individualitzat d'una part de terreny equivalent. Però en el supòsit resolt no existeix cap assignació d'ús individual de parts de finca, ni cap indicati del qual es pugui extreure la sospita d'una possible parcel·lació.

DOCUMENTS ADMINISTRATIUS

Resolució de 4 de desembre de 2012 (BOE 4, 4-I-13: 132)

Admet la inscripció d'una concessió administrativa atorgada gratuïtament per l'Ajuntament de Cambrils sobre un bé de domini públic, durant setanta-cinc anys, d'acord amb l'article 93.3

de la Llei estatal 33/2003, de patrimoni de les administracions públiques. I això malgrat que l'article 61, lletra c), del Reglament de Patrimoni dels Ens Locals de Catalunya (Decret 336/1988) fixa per a les concessions el límit temporal màxim de cinquanta anys.

L'article 93.3 de la Llei estatal 33/2003, en virtut del caràcter bàsic que li atribueix la seva Disposició Final Segona, ha desplaçat el contingut de l'article 61, lletra c), del preexistent Decret català. Certament, el mateix article 93.3 permet que es pugui establir un termini menor al de setanta-cinc anys mitjançant «*norma especial*». No obstant això, l'esmentat article 61, lletra c), no es pot considerar com a tal. En el context de l'article 93.3, «*norma especial*» fa referència a la sectorial per a determinades classes de béns (mines, aigües, energia, urbanisme, costes, etc.) o bé per a determinades normatives (patrimoni sindical acumulat, de la Seguretat Social, del Ministeri de Defensa, etc.). Si es considerés que tota norma autonòmica, pel simple fet de ser-ho, és «especial» a aquests efectes, s'estaria privant materialment l'article 93.3 del seu caràcter bàsic, ja que cada Comunitat Autònoma podria fixar a voluntat, fins i tot per la mera via reglamentària, un termini per a les concessions diferent de l'estatal.

Resolució de 15 de gener de 2013 (BOE 39, 14-II-13: 1574)

Denega la inscripció d'un certificat d'adjudicació i manteniment de cancel·lació de càrregues derivat d'un procediment de constranyiment per deutes a la Tresoreria General de la Seguretat Social. Del document qualificat, a més de no resultar-ne la fermesa de la Resolució, tampoc no en resulten ni la data de notificació al deutor de la valoració del bé a efectes de subhasta, ni la notificació de l'acord d'alienació a les persones que asseynala l'article 116.2 RGR-SS, qüestions totes dues que entren en l'àmbit de la qualificació registral dels títols administratius, per ser tràmits essencials del procediment (article 99 RH), respecte a cada un dels quals existeixen uns específics drets de defensa legalment previstos (en referència a la doctrina constitucional que proscriu la indefensió).

DOCUMENTS JUDICIALS

Resolució de 31 d'octubre de 2012 (BOE 292, 5-XII-12: 14828)

Un cop finalitzat un procediment d'execució de títols no judicials (que va motivar una anotació preventiva d'embargament), es va inscriure la interlocutòria d'adjudicació i es van cancel·lar les càrregues posteriors a l'anotació preventiva corresponent, entre les quals s'incloua l'adquisició del titular registral immediatament anterior a l'adjudicació, el qual, per no haver-li estat notificat el procediment, va obtenir l'anul·lació de l'adjudicació en expedient excepcional de nul·litat, i ara pretén la cancel·lació d'aquesta adjudicació. La Registradora la denega, perquè, en ser irrecorrible l'incident de nul·litat, col·loca l'adjudicatari en situació d'indefensió, i invoca la doctrina (Resolució de 23 de juliol de 2011), que distingeix entre els efectes de la falta de notificació als titulars posteriors en el procediment d'execució de títols no judicials (en què no vicia la nul·litat el procediment) i en el d'execució hipotecària. Tanmateix, la Direcció admet la cancel·lació pretesa, ja que entén que la qualificació registral s'immisceix en el fons de la sentència i que no es pot afirmar que tot incident de nul·litat, en ser irrecorrible, produeix indefensió, perquè això suposa titllar d'inconstitucional un precepte de la LEC.



Resolucions

Resolució de 7 de novembre de 2012 (BOE 297, 11-XII-12: 15006)

Denega la inscripció d'interlocutòria d'execució de sentència que limita a acordar que es té per emesa la declaració de voluntat de l'executat, que consisteix en l'elevació a públic d'un document privat de compravenda referit a una finca de la qual només s'indica el lloc en què es troba. En la interlocutòria no consten totes les dades dels elements essencials del negoci, com ara el preu, la forma de pagament i les dades restants que permetin identificar la finca (superfície, límits, dades d'inscripció, etc.). A més, el titular registral no coincideix amb el demandat. Si les dades del negoci omeses i el caràcter del demandat com a hereu del titular resultessin de la sentència executada, n'hi hauria prou amb aportar aquesta. D'altra banda, la voluntat de l'altra part, el comprador-executant, s'ha de formalitzar en escriptura pública, d'acord amb les regles generals.

Resolució de 21 de novembre de 2012 (BOE 304, 19-XII-12: 15306)

Al seu dia es van inscriure una compravenda i la subsegüent hipoteca. Després va recaure una sentència anul·lativa de la compravenda i dels «actes jurídics connexos derivats» d'aquesta. Ara es presenta la sentència (sense manament de cancel·lació) acompanyada d'una instància en què se sol·licita la cancel·lació d'assentaments necessària per tal que el Registre reflecteixi la situació registral anterior a la compravenda anul·lada. La Direcció ho denega, perquè els documents presentats no especifiquen els assentaments a cancel·lar. A més, rebutja la cancel·lació dels assentaments posteriors a la compravenda perquè els seus titulars no han estat part en el procediment.

ESTAT CIVIL

Resolució de 27 de febrer de 2013 (BOE 69, 21-III-13: 3108)

Declara inscrivible una escriptura de compravenda en què el comprador manifesta estar separat judicialment, però sense acreditar-ho. S'han de distingir dos grups de casos: d'una banda, quan resulti afectada una titularitat prèviament inscrita o la legitimitat de l'atorgant, caldrà acreditar documentalment l'estat civil; en la resta de casos, només es tractarà de completar la identificació de la persona i n'hi haurà prou amb «el que en resulti de les manifestacions dels compareixents» (article 159 RN).

EXCÉS DE CABUDA

Resolució de 21 de novembre de 2012 (BOE 304, 19-XII-12: 15305)

El judici sobre la identitat de la finca que pot portar el Registrador a denegar la inscripció d'un excés de cabuda no pot ser arbitrari ni discrecional, sinó que ha d'estar motivat i fundat en criteris objectius i raonats. En el cas resolt, l'únic motiu al·legat pel Registrador és la «gran diferència de superfícies», quan, realment, és inferior a la cinquena part de la cabuda inscrita (quantia que es considera moderada a l'article 298.3-2n RH). Aquesta diferència, per si mateixa, és insuficient per sustentar dubtes d'identitat, ja que ni es modifiquen els límits, ni consten en la qualificació diferències entre el pla que va servir de base a la immatriculació i el que ara

es presenta amb relació a l'excés, o bé alteracions en la cabuda de les finques adjacents, tot comparant la inscrita amb la cadastral.

No obstant això, es denega la inscripció de l'excés perquè es pretén en virtut de mera instància acompanyada de certificació cadastral descriptiva i gràfica, la qual, igual que el certificat d'un tècnic competent, és només un mitjà per justificar l'excés, però cal complementar sempre un títol públic. A més, el títol no té nota de l'Oficina Liquidadora.

Resolució de 3 de desembre de 2012 (BOE 4, 4-I-13: 131)

Denega la inscripció d'un excés de cabuda, declarat en una escriptura d'ampliació d'obra nova, per trobar justificats els dubtes del Registrador sobre la identitat de la finca, malgrat que s'aporta certificació del Cadastre. Certament, respecte de la certificació cadastral, no és aplicable el límit de percentatge previst a l'article 298.3 RH per al certificat d'un tècnic competent, però això és amb la condició que el Cadastre coincideixi amb el Registre respecte a les altres dades descriptives. En el cas resolt, la descripció que consta en el Registre és molt detallada en superfície i límits (l'amplada de la finca s'arriba a fixar en pams); no coincideixen els límits cadastrals amb els registrals, un dels quals és fix (el talús d'una riera), i en el Cadastre ha estat substituït per unes comunitats de propietaris.

Resolució de 25 de febrer de 2013 (BOE 67, 19-III-13: 3016)

Denega la inscripció d'una acta de notorietat de declaració d'excés de cabuda per tenir el Registrador dubtes sobre la identitat de la finca, que prové d'una segregació. Respecte del Registre, no coincideixen límits ni extensió (l'excés és aproximadament del quíntuple). Cadastralment, la descripció coincideix amb la inscrita i un dels titulars està en investigació.

HIPOTECA

Resolució de 8 de novembre de 2012 (BOE 300, 14-XII-12: 15122)

Es refereix a un títol judicial d'adjudicació en procediment d'execució hipotecària. No cal fer constar si el bé es troba destinat o no a l'activitat del deutor concursat quan l'execució hipotecària ha estat duta a terme davant del Jutjat Mercantil que coneix del concurs, en peça separada (articles 8 i 57 LC). Tampoc no és obstacle que impedeixi la inscripció la falta de consignació del preu sobrant a favor de possibles creditors posteriors (que, en aquest cas, no existeixen), i a falta d'aquests, de lliurament a l'amo de la finca. En el cas resolt, la finca ha estat adjudicada a l'actor, davant l'absència de licitadors, pel 50% del valor de taxació, per tant, és evident la inexistència de sobrant i la impossibilitat de qualificar si aquest està degudament consignat o lliurat.

El defecte pel qual es denega la inscripció és la falta de notificació als arrendataris o la manifestació de la seva absència, segons preveu l'article 25 LAU. A aquests efectes, l'adjudicació en procediment d'execució directa és equiparable a la compravenda. Aquesta manifestació la pot fer i l'ha de fer l'adquirent, de manera expressa i específica, per tant, és insuficient la mera referència continguda en el títol judicial qualificat que no es pot certificar l'existència o no d'inquilins.



Resolució de 22 de novembre de 2012 (BOE 304, 19-XII-12: 15307)

Resolució de 22 de novembre de 2012 (BOE 304, 19-XII-12: 15308)

Admeten la inscripció de sengles escriptures de novació de préstec hipotecari, que consisteix en l'ampliació del seu termini sense modificació de la responsabilitat hipotecària, i resulta innecessari el consentiment del titular d'un embargament anotat preventivament en fer la novació.

Certament, la Direcció interpreta l'apartat 3r de l'article 4 de la Llei 2/1994 en el sentit que una novació fa perdre rang a la hipoteca quan impliqui: o bé un increment de responsabilitat hipotecària, o bé una ampliació de termini, i que en tots dos casos la inscripció de la novació necessitarà l'acceptació dels «titulars de drets inscrits amb rang posterior». Però la Direcció interpreta literalment la paraula *inscrits*, entenent que només és necessària l'acceptació dels titulars de drets posteriors, quan hagin estat objecte d'inscripció i no de mera anotació. Els drets inscrits són constituïts voluntàriament per les parts, partint de les dades que publica el Registre, entre les quals hi ha la durada de les càrregues preferents, l'ampliació de la qual les pot perjudicar i privar de l'expectativa de millorar el seu rang en temps oportú. En canvi, l'ampliació del termini de la hipoteca preferent beneficia els titulars de càrregues posteriors merament anotades, ja que la finalitat d'aquestes no és millorar el seu rang, sinó assegurar la realització del valor de l'immoble embargat, la qual cosa és palesa en un cas com el resolt, en què la hipoteca inicial ja estava vençuda quan es va fer l'ampliació, de manera que, sense aquesta, es precipitaria l'execució de la hipoteca sense que l'execució de l'anotació d'embargament pogués complir la seva comesa adequadament.

Resolució de 28 de novembre de 2012 (BOE 304, 19-XII-12: 15316)

En l'escriptura de venda derivada del procediment extrajudicial d'execució hipotecària no cal que consti la circumstància que s'ha notificat al deutor per tal que, en exercici de la facultat prevista a l'article 12.2-3 RD-L 6/12, presenti en deu dies un tercer que millori la postura inferior al 70% del tipus, o que resulti suficient per satisfer el dret de l'executant. Els únics actes de comunicació que tenen consideració reglamentària de tràmits essencials, l'absència dels quals determinaria la inexistència de transmissió dominical són: el requeriment de pagament al deutor —article 236, lletra c), RH— i la notificació als titulars de drets inscrits després de la hipoteca —article 236, lletra d), RH.

Resolució de 29 de novembre de 2012 (BOE 304, 19-XII-12: 15318)

Resolució de 4 de desembre de 2012 (BOE 4, 4-I-13: 134)

Resolució de 4 de desembre de 2012 (BOE 4, 4-I-13: 133)

Resolució d'1 de desembre de 2012 (BOE 4, 4-I-13: 129)

Admeten la inscripció de sengles escriptures en les quals una societat, en virtut de relacions comercials i jurídiques, reconeix un deute a favor de diversos creditors, persones físiques, amb caràcter mancomunat o conjunt. Així, constitueix hipoteca en

garantia de la total quantitat reconeguda a favor dels creditors i manifesta que, atès que s'han establert com a crèdits mancomunats o en mà comuna, no es requereix determinar quotes en la titularitat de la hipoteca.

No cal determinar quotes de cotitularitat de la hipoteca (article 54 RH) perquè, en ser aquesta accessòria, la seva titularitat serà la mateixa que la del crèdit garantit. Només cal determinar quotes en el cas de les obligacions parcials (és a dir, dividides entre els titulars, com si fossin obligacions diferents), però no si són obligacions solidàries o mancomunades. L'obligació del supòsit és mancomunada o en mà comuna, ja que exigeix l'exercici conjunt per part de tots els creditors, tal com resulta de la regulació legal derivada de la naturalesa de l'obligació, sense necessitat de pacte exprés.

Resolució de 29 de novembre de 2012 (BOE 304, 19-XII-12: 15319)

Denega la inscripció d'un decret d'adjudicació com a conseqüència d'una execució hipotecària per falta de requeriment de pagament al deutor no hipotecant. El requeriment de pagament al deutor, a l'hipotecant no deutor i al tercer posseïdor és un tràmit qualificable exigint per les legislacions hipotecària (article 132.1 LH) i processal (article 685 LEC), i la seva absència suposa la infracció d'un tràmit essencial del procediment que podria donar lloc a la seva nul·litat.

Resolució de 10 de gener de 2013 (BOE 39, 14-II-13: 1567)

Resolució de 4 de febrer de 2013 (BOE 54, 4-III-13: 2368)

Resolució de 7 de febrer de 2013 (BOE 54, 4-III-13: 2372)

Deneguen la inscripció d'una novació de préstec hipotecari, que consisteix a ampliar el termini sense modificar la responsabilitat hipotecària, per falta de consentiment del titular d'una hipoteca inscrita després del préstec inicial, però abans de l'ampliació.

No obstant això, la solució seria l'oposada, si la càrrega intermèdia hagués estat un embargament. La Direcció interpreta l'apartat 3r de l'article 4 de la Llei 2/1994 en el sentit que una novació fa perdre rang a la hipoteca quan impliqui: o bé un increment de responsabilitat hipotecària, o bé una ampliació de termini, i que en tots dos casos la inscripció de la novació necessitarà l'acceptació dels «titulars de drets inscrits amb rang posterior». Però la Direcció interpreta literalment la paraula *inscrits*, entenent que només és necessària l'acceptació dels titulars de drets posteriors, quan hagin estat objecte d'inscripció i no de mera anotació. Els drets inscrits són constituïts voluntàriament per les parts, partint de les dades que publica el Registre, entre les quals hi ha la durada de les càrregues preferents, l'ampliació de la qual les pot perjudicar i privar de l'expectativa de millorar el seu rang en temps oportú. En canvi, l'ampliació del termini de la hipoteca preferent beneficia els titulars de càrregues posteriors merament anotades, ja que la finalitat d'aquestes no és millorar el seu rang, sinó assegurar la realització del valor de l'immoble embargat, la qual cosa és palesa en un cas com el resolt, en què la hipoteca inicial ja estava vençuda quan es va fer l'ampliació, de manera que, sense aquesta, es precipitaria l'execució de la hipoteca sense que l'execució de l'anotació d'embargament pogués complir la seva comesa adequadament.



Resolucions

Resolució d'11 de gener de 2013 (BOE 39, 14-II-13: 1569)

En relació amb les certificacions de càrregues que ha d'expedir el Registrador en els procediments d'execució i les notificacions que ha de realitzar com a conseqüència d'aquestes, l'article 353.1-5 RH disposa que el Registrador no haurà de donar compte de cap incidència relativa a les comunicacions, cosa que la Direcció interpreta en el sentit que, un cop realitzades les notificacions, no té per què donar compte al Jutjat de les incidències d'aquestes. Ara bé, això no impedeix que, davant la petició del tercer posseïdor de finca hipotecària que assegura no haver tingut coneixement de l'execució directa, el Registrador hagi de certificar de quina manera fefaent i a quina persona es va notificar l'execució, ja que el tercer tindria dret a demanar responsabilitats pels perjudicis causats. Per contra, el fet de denegar-li el que ha sol·licitat li podria suposar indefensió.

Resolució de 10 de gener de 2013 (BOE 39, 14-II-13: 1568)

Resolució de 17 de gener de 2013 (BOE 42, 18-II-13: 1744)

Es refereixen a sengles escriptures de venda extrajudicial de finca hipotecada. La Direcció considera que, encara que l'article 129 LH no faci referència expressa a l'eficàcia davant de tercers del dret d'hipoteca, el procediment extrajudicial és apte per a la cancel·lació dels assentaments posteriors a la hipoteca executada, la qual cosa, de fet, es produeix encara que no se sol·liciti expressament.

Quant a la notificació als titulars de càrregues posteriors, exigida com a tràmit essencial per l'article 236, lletra d), RH, es tracta d'una autèntica notificació notarial que s'ha de realitzar segons la forma prevista en la legislació notarial. Així, de l'article 202 RN resulta admissible fer-la per correu certificat amb acusament de recepció, sempre que d'una norma legal no en resulti el contrari, i sempre que de l'acusament en resulti la formalització del lliurament per part del funcionari de Correus, ja que si no, caldrà la notificació notarial personal (STS de 20 d'abril de 2009). En la notificació de l'article 202 RN, el Notari genera per si mateix un document o una cèdula de notificació que conté el seu text literal, amb expressa menció del dret i el termini de contestació. I el fet de fer-la mitjançant correu ni la converteix en el supòsit de l'article 201 RN (de mera remissió de document aliè, en què el Notari es limita a deixar constància de la seva intervenció), ni suposa extralimitació territorial del Notari, en cas que el destinatari estigui domiciliat fora de la seva jurisdicció. El RH només exigeix actuació presencial en el requeriment de pagament al deutor, és a dir que el Notari, si el domicili està fora del seu àmbit territorial, s'haurà de valer de l'auxili d'un altre company competent —article 236, lletra c), 3. Sobre la base d'aquesta doctrina, és vàlida la notificació per correu al titular de càrregues posteriors domiciliat fora del territori de competència del Notari, sempre que consti acreditat en acta el lliurament (cosa que sí que succeeix en la Resolució de 10 de gener de 2013, en què l'enviament va ser retornat per l'oficina de Correus amb constància de l'efectiu lliurament de la notificació al destinatari, però no en la Resolució de 17 de gener de 2013).

La Resolució de 17 de gener de 2013 confirma un altre defecte, relatiu al requeriment de pagament al deutor, que veurem tot seguit.

Resolució de 17 de gener de 2013 (BOE 42, 18-II-13: 1744)

Resolució de 28 de gener de 2013 (BOE 49, 26-II-13: 2141)

Es refereixen a sengles escriptures de venda extrajudicial d'una finca hipotecada en què es qüestiona el compliment dels

estrictes requisits de lloc i persona que ha d'observar el requeriment de pagament al deutor, el qual segons l'article 236, lletra c), RH, ha de ser realitzat personalment per part del Notari (l'actuant o un altre competent territorialment, si el requerit resideix en un altre lloc) al mateix requerit o bé a les persones previstes en aquest precepte.

La Direcció és favorable a interpretar flexiblement les normes que regeixen aquest tràmit essencial, en vista de la doctrina constitucional que afirma la transcendència dels actes de comunicació dins dels procediments judicials com a mitjà per tal que el destinatari pugui exercir el seu dret de defensa, si bé tot ponderant els interessos en joc per evitar que es pugui paralitzar qualsevol actuació (sobretot, quan la impossibilitat sigui imputable al mateix destinatari), i considerant irrellevant el defecte de comunicació que no impedeixi la tutela del processat per haver tingut aquest coneixement extraprocedimental del contingut de la comunicació. Però, en tot cas, cal tenir en compte que aquesta doctrina constitucional es refereix a l'àmbit jurisdiccional, de manera que no es pot traslladar automàticament a la venda extrajudicial, que, en definitiva, suposa l'exercici d'un dret privat.

Per a la Resolució de 17 de gener de 2013, només serà admissible el requeriment quan quedi acreditat, sota la fe del Notari, que el destinatari té ple coneixement del seu contingut i de la seva data, sense detriment del seu dret de defensa, cosa que succeirà quan, un cop conegut el parador del destinatari, el Notari porti a terme la diligència amb el seu consentiment i prèvia la seva identificació, o bé quan el mateix destinatari es presenti davant el Notari als efectes de rebre el requeriment. En canvi, en el cas resolt, en què havia estat impossible fer el requeriment en el domicili registrat del deutor, la Direcció considera incorrecte el requeriment realitzat en un altre domicili facilitat pel requerit a qui va dir que era el pare del requerit.

Per a la Resolució de 28 de gener de 2013, és admissible el requeriment al deutor mitjançant correu certificat amb acusament de recepció, per resultar de la documentació aportada que el deutor el va rebre efectivament, fet que li ha permès tempestivament exercitar la defensa dels seus interessos (segons l'article 32 del Reglament de Prestació dels Serveis Postals, l'enviament es considerarà lliurat quan s'efectuï segons la forma determinada en aquest Reglament). D'altra banda, tampoc no constitueix un obstacle a la inscripció el fet que l'anunci de subhasta no contingui cap referència al fet que la certificació emesa pel Registre de Propietat pot ser objecte de consulta, atès que la finalitat de l'anunci és donar a conèixer la subhasta, però no ja el contingut del Registre, que és públic per a qui acrediti interès conegut (article 221 LH).

Resolució de 18 de gener de 2013 (BOE 44, 20-II-13: 1891)

Un cop cancel·lades per ordre judicial les càrregues posteriors com a conseqüència de l'exercici d'una acció directa sobre béns hipotecats, en l'àmbit concret del recurs governatiu, no és procedent entrar a analitzar si el recurrent ha tingut o no intervenció en el procediment. Els assentaments realitzats estan sota la salvaguarda dels tribunals.



Resolució de 30 de gener de 2013 (BOE 49, 26-II-13: 2146)

Denega la inscripció d'una hipoteca que garanteix, per tant, les quantitats rebudes dels creditors per al pagament d'un préstec que els deutors deuen a una entitat de crèdit, i que pugen a 54.000 euros, i d'altra banda, també els préstecs que els creditors poden concedir als deutors amb la mateixa finalitat.

Fora del cas de l'article 153 bis LH, la constitució d'una sola hipoteca en garantia de diverses obligacions contradiu el principi d'accessorietat. La hipoteca del supòsit garanteix una obligació existent i altres de futures. És cert que totes dues obeeixen a una mateixa causa jurídica, i també que es podria haver instrumentat una hipoteca en garantia d'una sola obligació, en part futura (Resolució de 27 de juliol de 2012), però no s'ha fet així. Però és que, a més a més, la hipoteca garanteix també «altres préstecs i qualsevol altra necessitat d'aliments o de caràcter familiar», obligacions indeterminades i diferents inclús en la seva causa.

Resolució de 31 de gener de 2013 (BOE 49, 26-II-13: 2148)

Denega la cancel·lació d'una hipoteca canviària, ordenada en resolució judicial ferma recaiguda en un procediment seguit només contra el primer creditor, en què tampoc no hi consta la recollida ni la inutilització dels títols.

La hipoteca està constituïda a favor dels tenidors presents o futurs de la lletra, sense necessitat que consti la transferència en el Registre. No resulta acreditat que la demanda hagi estat dirigida contra el tenidor legítim, a qui se li podria ocasionar indefensió. Per cancel·lar la hipoteca per executòria (en aplicació analògica de l'article 211 RH, sobre hipoteques en garantia de títols transmissibles per endós o al portador), cal el testimoni del Secretari Judicial que acrediti la recollida i la inutilització dels títols. En el cas resolt, ni s'ha presentat la totalitat dels títols, ni hi ha certesa que aquests no hagin estat endossats a ulteriors tenidors.

Resolució de 20 de febrer de 2013 (BOE 67, 19-III-13: 3009)

Denega la cancel·lació d'una hipoteca en garantia d'obligacions al portador, pretesa en virtut de l'article 82.5 LH, perquè en l'escriptura de constitució es va estipular una determinada data de compliment (anterior en més de vint-i-un anys al moment de la qualificació), però es va establir la possibilitat de pròrroga per part dels tenidors fins a un màxim de deu anys. Per tant, el termini de vint anys per a la prescripció de l'acció hipotecària, l'any següent sense constància registral en contra, s'ha de comptar des de la data màxima de la pròrroga. Aquest termini encara no ha transcorregut.

Resolució de 2 de març de 2013 (BOE 72, 25-III-13: 3253)

Denega la inscripció d'una hipoteca de màxim a favor d'un banc que garanteix les obligacions derivades d'una pòlissa de crèdit per a comerç exterior, però no directament, sinó només des que aquestes obligacions siguin carregades en un altre compte «hipotecari» (assentament al qual s'atribueix un efecte novador exprés), i quedarà a l'arbitri del banc que el càrrec sigui total o parcial, amb subsistència independent de la part no carregada.

Per a la Direcció, no constitueix cap obstacle a la inscripció de la hipoteca el fet que en el foli de la finca consti prèviament inscrit el conveni concursal del titular-deutor aprovat judicialment. La inscripció del conveni no impedeix la dels actes contraris, si bé perjudicarà qualsevol titular l'acció de reintegració de la massa (article 137 LC). La hipoteca constituïda no és una de les regulades a l'article 153 bis LH (malgrat que es tracti d'un dels creditors qualificats previstos en aquest), perquè no té com a finalitat garantir diverses obligacions «sense necessitat de pacte novador d'aquestes», sinó que, per contra, es pacta expressament la novació. Es tracta d'una hipoteca constituïda a l'empara de l'article 153, de la qual en resulta la suficient determinació de les obligacions que es poden carregar en el compte i l'abast novador del seu assentament en aquest. Però el defecte pel qual es denega la inscripció és el fet que quedi a l'arbitri del creditor la determinació dels crèdits (o part d'aquests) integrants del compte garantit, cosa que suposa crear una hipoteca «flotant» proscriu (remet a la doctrina de la Resolució de 2 de gener de 2013, resumida en l'epígraf sobre penyora sense desplaçament).

INFORMACIÓ I PUBLICITAT REGISTRAL

Resolució de 20 de novembre de 2012 (BOE 304, 19-XII-12: 15304)

Confirma la denegació de les dues pretensions que el recurrent va formular mitjançant instància presentada al Registre. D'una banda, va sol·licitar que es tingués en compte la seva oposició a qualsevol modificació en la descripció d'una concreta finca registral adjacent amb la seva. La Llei Hipotecària no preveu cap assentament registral l'objecte del qual sigui l'accés al foli d'una finca d'un altre titular (sense perjudici de les accions judicials que s'escaiguin). D'altra banda, va sol·licitar informació sobre els defectes apreciats pel Registrador en la qualificació d'un títol relatiu a aquesta finca adjacent amb la del recurrent. Tot i que semblen concórrer en el recurrent les circumstàncies que li permetrien conèixer els assentaments de la finca adjacent amb la seva (el seu interès seria conegut, directe i legítim), en cap cas l'habiliten per obtenir informació sobre els tràmits d'un procediment registral en què no és part.

Resolució de 19 de novembre de 2012 (BOE 310, 26-XII-12: 15582)

Resolució de 18 de febrer de 2013 (BOE 67, 19-III-13: 3005)

Resolució de 24 de gener de 2013 (BOE 49, 26-II-13: 2138)

L'interès que dóna dret a accedir al Registre ha de ser directe (si no, cal acreditar-ne l'encàrrec), conegut (és a dir, acreditat, llevat en els casos d'autoritats o funcionaris l'interès dels quals es presumeix per l'article 221.2 LH), legítim (no contrari a Dret) i patrimonial (el sol·licitant té o espera tenir una relació patrimonial per a la qual és rellevant la informació). En el Registre de la Propietat, l'interès s'ha de provar a satisfacció del Registrador, sota la seva responsabilitat, d'acord amb el sentit i la funció de la institució registral. És el Registrador qui ha de qualificar no només si és procedent o no expedir la informació, sinó també quines dades inscrites s'hi pot incloure o se n'ha d'excloure.



Resolucions

En els supòsits resoltos, es denega la sol·licitud d'una nota simple presentada davant d'un Registre diferent del que havia d'emetre la informació, cosa que és possible (article 222.8 LH), però s'ha d'articular a través del sistema FLOTI (Fitxer Localitzador de Titularitats Inscrites), un mecanisme segur d'interconnexió creat pel Col·legi de Registradors per encàrrec de la Direcció, sense que el telefax sigui el mitjà idoni per complir amb les exigències de la legislació sobre protecció de dades. El Registrador que rep la petició ha d'apreciar l'interès del peticionari en el seu aspecte inicial, i ha de denegar l'inici del procediment en cas que n'aprecii la inexistència. Però aquesta valoració no vincula el Registrador titular de l'arxiu, el qual, tenint en compte el contingut dels assentaments, valorarà també l'interès als efectes d'expedir o no la informació i el contingut d'aquesta. Es denega la nota simple sol·licitada, per falta de manifestació de la qualitat professional del sol·licitant i de l'objecte detallat de la seva activitat, a la Registradora que havia d'expedir la nota.

Resolució de 12 de desembre de 2012 (BOE 22, 25-I-13: 717; correcció d'errors publicada al BOE 33, 7-II-13: 1297)

Denega una sol·licitud de certificació literal, per fotocòpia, de tots els assentaments (la qual cosa inclou fins i tot els cancel·lats) d'una finca, al·legant com a justificació de la sol·licitud l'aportació de la certificació a un procediment judicial.

L'interès que dóna dret a accedir al Registre ha de ser directe (si no, cal acreditar-ne l'encàrrec), conegut (és a dir, acreditat, llevat en els casos d'autoritats o funcionaris l'interès dels quals es presumeix per l'article 221.2 LH), legítim (no contrari a Dret) i patrimonial (el sol·licitant té o espera tenir una relació patrimonial per a la qual és rellevant la informació). En el Registre de la Propietat, l'interès s'ha de provar a satisfacció del Registrador, sota la seva responsabilitat, d'acord amb el sentit i la funció de la institució registral. A més a més, la Direcció entén (sobre la base de la STC de 20 de novembre de 2000) que les dades sensibles de caràcter personal o patrimonial només podran ser objecte de publicitat per a finalitats pròpies de la institució registral, que, segons la Instrucció de la DGRN de 17 de febrer de 1998, són la investigació jurídica, patrimonial i econòmica encaminada a la contractació o a la interposició d'accions judicials, però no la investigació privada de dades no patrimonials, que només podran ser objecte de publicitat segons les normes de protecció de dades, la qual cosa s'ha de tenir molt en compte respecte de peticions de publicitat relatives a l'històric registral no vigent. Així, és el Registrador qui ha de qualificar no només si és procedent o no expedir la informació, sinó també quines dades inscrites s'hi pot incloure o se n'ha d'excloure, llevat que la sol·licitud provingui d'un jutge; en aquest cas li correspondria a aquest valorar el compliment de la legislació sobre protecció de dades.

Resolució de 26 de febrer de 2013 (BOE 69, 21-III-13: 3105)

Denega la sol·licitud d'una certificació literal d'una inscripció d'herència ja cancel·lada amb què es pretén saber qui va comparèixer juntament amb l'hereva, per així conèixer indicàriament els possibles parents cridats a l'herència d'una altra titular anterior, i tot això amb la finalitat de permetre a la comunitat de propietaris sol·licitant reclamar les despeses pendents sobre la finca i evitar la declaració formal d'hereus. Per a la Direcció, no concorre interès legítim en la sol·licitant.

L'interès que dóna dret a accedir al Registre ha de ser directe, conegut, legítim i patrimonial. S'ha de provar a satisfacció del Registrador, sota la seva responsabilitat, d'acord amb el sentit i la funció de la institució registral. Les dades sensibles de caràcter personal o patrimonial només podran ser objecte de publicitat per a finalitats pròpies de la institució registral, que són la investigació jurídica, patrimonial i econòmica encaminada a la contractació o a la interposició d'accions judicials, però no la investigació privada de dades no patrimonials, que només podran ser objecte de publicitat segons les normes de protecció de dades, la qual cosa s'ha de tenir molt en compte respecte de peticions de publicitat relatives a l'històric registral no vigent. És el Registrador qui ha de qualificar no només si és procedent o no expedir la informació, sinó també quines dades inscrites s'hi pot incloure o se n'ha d'excloure.

IMMATRICULACIÓ

Resolució de 30 d'octubre de 2012 (BOE 292, 5-XII-12: 14826)

Admet la immatriculació mitjançant escriptura d'aportació a guanys, el títol previ de la qual és un contracte privat de compravenda (amb data fefaent des del 1999) en el qual el cònjuge aportant comprava privativament per confessió de la seva esposa. Aquesta compravenda prèvia es formalitza el 2011 en escriptura atorgada pels hereus del venedor, el comprador (al nom exclusiu del qual consta al Cadastre) i la seva esposa, la qual compareix als efectes de corroborar el caràcter privatiu de l'adquisició.

No concorren factors que permetin suposar que la documentació s'hagi creat artificialment: els dos títols materials exigits per l'article 205 LH (compravenda i aportació) estan separats per dotze anys, ja que, si bé la compravenda s'escriptura ara, la seva data és fefaent des del 1999, a efectes de l'article 1227 CC; en l'escriptura d'elevació s'acredita que la finca està cadastrada només a nom del cònjuge aportant (i no de tots dos); la titularitat final després de l'últim títol és diferent de la inicial, i no hi ha cap relació de parentesc.

Resolució de 8 de novembre de 2012 (BOE 300, 14-XII-12: 15121)

Denega la inscripció d'una interlocutòria recaiguda en un expedient de domini per a immatriculació per falta d'aportació del certificat cadastral descriptiu i gràfic exigint per l'article 53.7 de la Llei 13/1996 per a qualsevol immatriculació. Havent estat aportat després, aquest presenta discrepàncies en els límits, de manera que els termes del certificat no són «totalment coincidents» amb la descripció del títol, tal com exigeix, sense excepcions, aquest precepte. Aquest defecte no s'esmena amb una mera rectificació de la interlocutòria després del procediment, ja que un dels tràmits essencials d'aquest és la citació dels adjacents.

Resolució de 16 de novembre de 2012 (BOE 310, 26-XII-12: 15581)

Denega una immatriculació pretesa en virtut de doble títol perquè el Registrador té dubtes sobre la identitat de la finca que es pretén immatricular, en coincidir aquesta amb una altra la cabuda de la qual es troba esgotada per successives segregacions. Si existeixen dubtes raonables que el títol presentat pugui produir una doble immatriculació, s'ha d'acudir al procediment



judicial amb fase probatòria (inexistent en el recurs governatiu), en concret, a la via dels articles 300 i 306 RH.

Resolució de 12 de gener de 2013 (BOE 39, 14-II-13: 1571)

Presentada una escriptura d'herència, la Direcció denega l'expressió de la referència cadastral d'una finca per existir dubtes sobre la seva correspondència amb la finca inscrita, dubtes que són lògics, ja que no va acompanyada de certificació cadastral descriptiva i gràfica en termes coincidents amb els de l'escriptura. També denega la immatriculació d'altres finques per falta d'acreditació fefaent del títol adquisitiu dels causants, ja que no es fa mitjançant documents públics, sinó mitjançant documents privats que són fefaents només respecte de la seva data.

Resolució de 26 de febrer de 2013 (BOE 69, 21-III-13: 3106)

Es presenta una escriptura per la qual l'actual titular de la finca 15208 (procedent d'una segregació i amb un historial registral més antic) sol·licita la cancel·lació dels assentaments de la finca 14386 (immatriculada a nom d'altres persones) per doble immatriculació entre totes dues. La Direcció denega la cancel·lació pretesa en entendre que existeixen dubtes fundats d'identitat entre totes dues finques (hi ha divergències descriptives en superfície, en límits i en l'existència d'una edificació només en la 15208) que només poden ser resoltes en seu judicial.

Per contra, no és obstacle la falta de consentiment dels interessats en la finca 15208, ja que el seu historial no es cancel·la. Així, no cal el consentiment del titular d'una anotació d'embarcament sobre aquesta. I malgrat que existeix una anotació de declaració de concurs sobre una opció inscrita en el foli de la finca matriu de la qual es va segregar aquesta finca, no cal la intervenció del Jutjat mercantil. Hagués estat diferent si, en lloc de pretendre la cancel·lació de l'historial de la finca 14386, s'hagués pretès el trasllat del seu historial jurídic a favor de la 15208.

OBRA NOVA

Resolució de 29 d'octubre de 2012 (BOE 292, 5-XII-12: 14824)

Admet la inscripció d'una obra nova respecte de la qual han prescrit les accions de restabliment de la legalitat urbanística, sense necessitat d'aportar l'acte administratiu de declaració d'assimilat al règim de fora d'ordenació, segons s'exigeix a l'article 53.5 del Reglament de Disciplina Urbanística andalus.

La Direcció recorda la doctrina constitucional que afirma la competència estatal en matèria de determinació dels requisits de documentació pública i inscripció de declaracions d'obra, com també el caràcter que té l'article 20 LS de norma dictada en exercici de la competència exclusiva de l'Estat en matèria d'ordenació dels registres. Així, és procedent aplicar al cas la doctrina establerta en la Resolució de 8 de maig de 2012, a la qual es remet.

[Cal recordar la doctrina d'aquesta Resolució de 8 de maig de 2012 (BOE 136, 7-VI-12: 7636):

Admet la inscripció d'una escriptura d'obra nova, atorgada a l'empara de l'article 20.4 LS. De la documentació administrativa que s'acompanya, resulta que, segons l'Ajuntament, no s'ha incorregut en una infracció que pugui provocar la demolició de

l'edifici, sinó en una infracció generadora de sanció pecuniària (que ja va ser abonada). La inscripció no esmena les infraccions urbanístiques, i per això no minva les possibilitats d'actuació de l'Ajuntament per revisar, per exemple, la seva actuació anterior, en la qual va resoldre no instar l'enderrocament.

D'altra banda, confirma la interpretació del requisit, imposat per l'esmentat apartat 4t, de fer constar en l'assentament la situació de fora d'ordenació mitjançant l'aportació de l'acte administratiu que declari aquesta situació. L'aportació d'aquest acte no és un requisit previ a la inscripció, sinó que pot ser complert amb posterioritat, ja que pot ser que la construcció no es trobi fora d'ordenació. A més a més, si el legislador hagués optat per un sistema de prèvia fiscalització administrativa, només hauria admès la inscripció d'aquestes obres mitjançant certificació municipal, però, per contra, segueix exigint al Registrador que qualifiqui l'antiguitat de la construcció, que no ocupa sòl demanial, i que notifiqui a l'Ajuntament la inscripció realitzada; tot això només té sentit si es pretén mantenir el sistema que possibilita la inscripció sense necessitat de prèvia intervenció municipal.]

Resolució de 7 de novembre de 2012 (BOE 297, 11-XII-12: 15007)

Per a la inscripció d'una escriptura d'obra nova i divisió horitzontal, no és obstacle l'apreciació per part del Registrador de discrepàncies descriptives entre el títol i la llicència. Llevat de casos d'especial gravetat reveladors d'una discrepància significativa que afecti les mencions obligatòries de l'article 45 RD 1093/1997, aquesta qüestió quedaria sota la responsabilitat del tècnic competent, en aquest cas, l'arquitecte autor del projecte, que compareix en l'escriptura manifestant la conformitat de la descripció amb el projecte i la llicència. A més a més, s'aporta la llicència de primera ocupació, que també acredita l'ajustament de la descripció de l'obra al projecte objecte de l'acte administratiu.

El que impedeix la inscripció del títol qualificat és la condició imposada en la llicència prohibint la constitució de l'edifici en règim de propietat horitzontal. Res no obsta a que les llicències imposin condicions que afecten la inscripció en el Registre de la Propietat. No pot ser objecte de la qualificació l'al·legació que aquesta condició suposa un abús de dret, la declaració de la qual correspondria al mateix òrgan concedent de la llicència, que estaria sotmès únicament al control jurisdiccional.

Resolució de 12 de novembre de 2012 (BOE 300, 14-XII-12: 15124)

Denega la inscripció d'una escriptura de declaració d'obra antiga (article 20.4 LS) per existir discordances descriptives entre el Registre i el certificat tècnic. Mentre no s'acrediti la correspondència de la finca registral amb la qual apareix descrita en el certificat tècnic, no es pot estimar justificada l'antiguitat de l'obra.

No impedeixen la inscripció les discordances descriptives i d'any de construcció entre els certificats tècnic i cadastral. Les formes d'acreditar l'antiguitat de l'obra constitueixen una llista tanca-da, però no hi ha jerarquia entre aquestes; per això, no és rellevant l'existència de possibles discordances. En aquest cas, ha de prevaler la data del certificat tècnic, perquè és en virtut d'aquesta que el declarant sol·licita la inscripció de l'obra (el certificat del Cadastre s'aporta només per acreditar la referència cadastral).



Resolucions

D'altra banda, tampoc no és exigible acreditar de manera completa l'efectiva extinció per prescripció del dret de l'Administració per adoptar mesures de restabliment de la legalitat urbanística, la qual cosa suposaria, fonamentalment, provar que l'obra no està inclosa en cap dels supòsits legals d'excepció a la prescripció (establerts, per exemple, en l'article 185 de la Llei d'Ordenació Urbanística d'Andalusia, aplicable al cas). La prova del termini de prescripció, unida a la constatació d'inexistència d'anotació preventiva d'incoació d'expedient de disciplina urbanística, són els únics requisits d'inscripció exigits als articles 20.4 LS i 52, lletra d), RD 1093/1997. Tampoc no és exigible per a aquest tipus d'obres «antigues» l'aportació de llicència d'ocupació o utilització. Aquest criteri inspira la regulació del Decret andalús 2/2012, que regula les edificacions i els assentaments en sòl no urbanitzable, i que declara la incompatibilitat de la llicència de primera ocupació amb les edificacions assimilades al règim de fora d'ordenació, com a conseqüència de la caducitat de l'acció de disciplina urbanística (article 8.6).

Resolució de 12 de novembre de 2012 (BOE 300, 14-XII-12: 15125)

Es refereix a la rehabilitació d'una construcció antiga ruïnosa. El 2007, es va presentar a l'Ajuntament el projecte de rehabilitació, un acte que per a la Direcció incorpora implícitament una sol·licitud de llicència. No hi va haver resposta municipal. L'escriptura d'obra nova es va atorgar el 2009 i es va presentar el 2012.

La Direcció denega la inscripció de l'escriptura per falta de llicència, ja que no la considera concedida per silenci positiu. La STS 3a de 28 de gener de 2009 considera norma estatal bàsica la que prohibeix l'adquisició per silenci de llicències contràries a l'ordenació territorial o urbanística —article 8.1, lletra b), LS 2008 estatal, i article 192 de la Llei càntabra 2/2001, del sòl—, sense que això contradigui la regla general de silenci positiu de l'article 43 LRJAP-PAC, ja que aquesta norma permet previsió en contra per una altra llei. A més a més, l'article 23 RD-L 8/2011 atorga valor negatiu al silenci administratiu respecte d'obres de construcció de nova planta i de la seva primera ocupació.

Resolució de 13 de novembre de 2012 (BOE 300, 14-XII-12: 15126)

Admet la inscripció de la declaració de fi d'obra per antiguitat d'un sol habitatge, en planta baixa, integrada en un edifici, la declaració d'obra nova del qual consta inscrita en construcció. S'incorpora a l'escriptura el certificat d'un arquitecte tècnic que descriu l'habitatge (amb dades registrals) i l'edifici, i que declara que «l'habitatge, com també les seves zones comunes d'accés i del conjunt del qual forma part en virtut de la divisió horitzontal a la qual pertany, està acabat des de fa més de vint anys». Constant la declaració d'obra en construcció com un tot unitari, no hi ha inconvenient en què la constància de la finalització pugui ser parcial (per fases o per pisos), si bé això exigeix acreditar no només la finalització de l'habitatge, sinó també la dels corresponents elements comuns, cosa que, en el cas resolt, resulta del passament del certificat transcrit.

Resolució de 15 de novembre de 2012 (BOE 310, 26-XII-12: 15578)

Denega la inscripció d'una adjudicació en pagament de deute d'un habitatge, dins del termini decennal, la declaració d'obra nova del qual es va inscriure al seu dia sense assegurança decennal, atès que la societat declarant (i avui deutora) va manifestar ser autopromotora individual d'un habitatge unifamiliar per a ús propi del seu Conseller Delegat.

Per inscriure la transmissió qualificada, fa falta contractar l'assegurança per la part del termini decennal que quedi, llevat que l'autopromotor-transmitent fos expressament exonerat per l'adquirent i, a més, acredités haver utilitzat l'habitatge, per a la qual cosa no n'hi hauria prou amb la mera manifestació, sinó que faria falta prova documental adequada, com una acta de notorietat o un certificat d'empadronament. La mera manifestació de l'autopromotor sí que valdria, en canvi, per acollir-se a l'exempció de l'assegurança en el moment inicial de declaració de l'obra (perquè aleshores l'ús propi és un fet futur), però sempre que no resultés desvirtuada per cap altre element documental (com en el supòsit de la Resolució de 9 de maig de 2007, en què la llicència d'obres no es referia a un habitatge unifamiliar).

Resolució d'1 de desembre de 2012 (BOE 4, 4-I-13: 129)

Admeten la inscripció d'una obra nova, respecte de la qual han prescrit les accions de restabliment de la legalitat urbanística, sense necessitat d'aportar l'acte administratiu de declaració d'assimilat al règim de fora d'ordenació, segons s'exigeix a l'article 53.5 del Reglament de Disciplina Urbanística d'Andalusia. La Direcció recorda la doctrina constitucional que afirma la competència estatal en matèria de determinació dels requisits de documentació pública i inscripció de declaracions d'obra, com també el caràcter que té l'article 20 LS de norma dictada en exercici de la competència exclusiva de l'Estat en matèria d'ordenació dels registres. Així, és procedent aplicar a aquest cas la doctrina establerta en la Resolució de 8 de maig de 2012, a la qual es remet. [Segons aquesta Resolució, l'aportació del certificat de fora d'ordenació no és requisit previ per a la inscripció, sinó que es pot fer posteriorment.]

Tampoc no és exigible, per a aquestes obres «antigues», aportar llicència d'ocupació o utilització. Aquest criteri inspira la regulació del Decret andalús 2/2012, que regula les edificacions i els assentaments en sòl no urbanitzable, i que declara la incompatibilitat de la llicència de primera ocupació amb les edificacions assimilades al règim de fora d'ordenació, com a conseqüència de la caducitat de l'acció de disciplina urbanística (article 8.6).

Resolució d'11 de desembre de 2012 (BOE 18, 21-I-13: 561)

Denega la inscripció d'una escriptura d'obra nova atorgada només per un dels tres copropietaris del sòl amb manifestació que només el declarant va costejar l'obra. Els altres dos copropietaris es limiten a consentir l'operació en escriptura separada, la qual cosa no permet determinar si el que es pretén inscriure és una obra nova de titularitat exclusiva del declarant (per a la qual cosa faria falta formalitzar el negoci jurídic corresponent i la segregació pertinent, o dret de superfície, si escau) o una obra a nom dels tres amb pacte intern de pagar l'import al qual la va construir.



La Direcció no considera necessari, per inscriure edificacions respecte de les quals no sigui procedent exercir accions de disciplina urbanística, acreditar de manera completa l'efectiva prescripció del dret de l'Administració per adoptar mesures de restabliment de la legalitat urbanística (per exemple, provar que l'obra no està inclosa en cap dels supòsits legals d'excepció a la prescripció establerts a l'article 185 de la Llei d'Ordenació Urbanística d'Andalusia). La prova del termini de prescripció, unida a la constatació d'inexistència d'anotació preventiva d'incoació d'expedient de disciplina urbanística, són els únics requisits d'inscripció exigits en els articles 20.4 LS i 52, lletra d), RD 1093/1997.

Resolució de 13 de desembre de 2012 (BOE 22, 25-I-13: 719)

Reitera doctrina de la Direcció sobre l'exempció de l'assegurança decennal prevista per a l'autopromotor, la procedència del qual exigeix la concurrència de requisits subjectius i objectius.

Subjectivament, s'ha de tractar d'un «*autopromotor individual*», interpretat de forma àmplia com a oposat al promotor col·lectiu. Inclou, per tant, persones físiques i jurídiques, com també la «*comunitat valenciana*», però només quan les circumstàncies arquitectòniques ho permetin i respecte de cada un dels promotors, pel que fa al seu propi habitatge unifamiliar construït en comunitat (Resolució-Circular de la DGRN de 3 de desembre de 2003).

Objectivament, l'exempció és procedent només quan es tracti d'«*un únic habitatge unifamiliar per a ús propi*». L'habitatge unifamiliar és el que jurídicament s'estructura com una única entitat física i registral susceptible d'una sola titularitat. La destinació a ús propi (és a dir, no estar destinat originàriament pel promotor a la seva alienació, lliurament o cessió a tercers), en el moment de la declaració d'obra nova, serà un fet futur, per a l'acreditació del qual és possible la mera declaració de l'atorgant, sempre que no quedi desvirtuada per un altre document contradictori. Ara bé, en el cas resolt, en què la finalització d'obra es declara simultàniament a la transmissió a un tercer, no n'hi ha prou amb què aquest l'exoneri de l'assegurança, sinó que el promotor, a més, haurà d'acreditar el fet d'haver utilitzat l'habitatge ja no per mera manifestació, sinó mitjançant prova documental adequada, com una acta de notorietat o un certificat d'empadronament. La Direcció rebutja com a prova la llicència de primera ocupació, atès que la seva virtualitat és acreditar que l'edificació reuneix les condicions necessàries per al seu ús a la destinació prevista en la normativa urbanística, però no prova l'efectivitat d'aquest ús.

Resolució de 14 de gener de 2013 (BOE 39, 14-II-13: 1573)

Declara inscrivible la declaració d'obra nova en construcció d'un habitatge unifamiliar no subjecte a cap règim especial sense necessitat de fer constar la superfície de cada planta. L'article 45 RD 1093/1997 exigeix només expressar la superfície de parcel·la ocupada per l'edificació i el total de metres quadrats edificats. Tampoc no es pot assimilar el supòsit resolt al dels annexos, la delimitació precisa dels quals és necessària pel fet d'estar situats fora del perímetre de la finca de la qual són accessoris. No obstant això, quan la llicència municipal incorporada expressi els metres quadrats de cada planta, sí que es podria exigir aquesta major concreció.

Resolució de 6 de febrer de 2013 (BOE 54, 4-III-13: 2370)

Consta inscrita l'obra nova d'un edifici la llicència del qual (de 2003) es condicionava al fet que el soterrani no es destinés a habitatge. Ara es presenta una escriptura d'ampliació d'obra que l'habilita com a habitatge. La Direcció denega la seva inscripció per no haver estat cancel·lada la condició, tot i que s'acredita, mitjançant certificat tècnic, la conclusió de l'obra d'ampliació en data que implica la prescripció de possibles infraccions urbanístiques.

La Llei del Sòl preveu la inscripció de les condicions a les quals se sotmetin les llicències —article 51.1, lletra d) LS—, que es faran constar mitjançant nota marginal amb vigència indefinida, l'efecte de la qual serà donar a conèixer la situació urbanística en la data del títol (article 53.3). Regles semblants contenen els articles 73 i 74 RD 1093/1997. Per a la Direcció, la nota expressada no té tots els efectes propis dels assentaments registrals, però sí que està emparada pel principi de legitimació registral (article 38 LH), la qual cosa implica que la condició registrada es manté vigent mentre no sigui cancel·lada expressament per l'òrgan que la va imposar. Ja la Resolució de 26 d'abril de 2011 (*infra*) va aplicar el principi de legitimació a las condicions d'una llicència. L'article 20.4 LS no és aplicable al cas, mentre l'òrgan que va imposar la condició de la llicència no es pronuncii sobre la procedència de la cancel·lació d'aquesta.

Resolució de 25 de febrer de 2013 (BOE 67, 19-III-13: 3017)

Denega la inscripció d'una escriptura d'agrupació i declaració d'obra per notorietat (article 20.4 LS), per trobar objectivament fundats els dubtes del Registrador sobre la identitat de la finca. Existeixen diferències quant a la seva extensió, ubicació i límits, a la titularitat de la parcel·la cadastral i a la qualificació del sòl (el Registre considera rústiques les diverses finques que s'agrupen formant una sola parcel·la, que s'anomena urbana sense que acrediti ser-ho).

No obstant això, per a la Direcció no constitueixen obstacles a la inscripció: ni la falta d'aportació de certificat de fora d'ordenació (assumint la doctrina de la Resolució de 29 d'octubre de 2012), ni el fet que el Notari declari l'antiguitat de l'obra (i incorpori els documents acreditatius d'aquesta), en la mateixa escriptura, en lloc de fer-ho en una acta separada.

Resolució d'1 de març de 2013 (BOE 72, 25-III-13: 3252)

Iniciat un judici pel qual es demana l'anul·lació d'una llicència d'obres, s'inscriu la transmissió de l'immoble a un nou titular. Ara, la Direcció denega la constància registral de la sentència que declara la nul·litat, per falta de consentiment dels titulars actuals (article 75 RD 1093/1997), els quals no han estat emplaçats ni en el procediment administratiu ni en el judicial, sense que tampoc no s'hagi anotat prèviament la demanda.

Resolució de 4 de març de 2013 (BOE 72, 25-III-13: 3254)

Admet la inscripció d'una obra nova, respecte de la qual han prescrit les accions de restabliment de la legalitat urbanística, sense necessitat d'aportar prèviament l'acte administratiu de declaració d'assimilat al règim de fora d'ordenació al qual es refereix l'article 20.4 LS. L'aportació d'aquest acte no és requisit previ a la inscripció, sinó que pot ser complet amb posterioritat, ja que és possible que la construcció no es trobi fora d'ordenació. A més, si el legislador



Resolucions

hagués optat per un sistema de prèvia fiscalització administrativa, només hauria admès la inscripció d'aquestes obres mitjançant certificació municipal, però en canvi, segueix exigint al Registrador que qualifiqui l'antiguitat de la construcció, que no ocupa sòl demanial, i que notifiqui a l'Ajuntament la inscripció realitzada; tot això només té sentit si es pretén mantenir el sistema que possibilita la inscripció sense necessitat de prèvia intervenció municipal.

OPCIÓ

Resolució de 16 de novembre de 2012 (BOE 310, 26-XII-12: 15580)

Mitjançant l'escriptura en què s'exercita, se sol·licita, a més, la cancel·lació de les càrregues posteriors a una opció de compra, si bé no se'n consigna el preu (article 175.6 RH), pel fet que el seu import coincideix amb la suma de la prima d'opció, i del total dels préstecs hipotecaris preferents, que és retingut per l'optant (article 118 LH).

En aquesta matèria existeixen dos corrents en la jurisprudència registral. D'altra banda, s'han rebutjat les detraccions fetes pel comprador amb el pretext d'atendre ell directament el pagament de drets posteriors (Resolució de 8 de juny de 1998), com també el dipòsit en compte corrent a favor del venedor bloquejat fins a l'acreditació fefaent de l'aixecament de les càrregues posteriors, els titulars de les quals podrien veure's defraudats si, un cop cancel·lats els seus drets, es disposés dels diners amb una altra finalitat (Resolució de 21 de febrer de 2005). D'altra banda i més recentment (resolucions de 16 de juny de 2009, de 4 de setembre de 2009 i de 18 de maig de 2011), s'ha entès que, si coincideixen el preu i l'import de les càrregues preferents, el comprador pot retenir el preu per al pagament d'aquestes sense que quedi sobrant per als creditors posteriors.

Per tant, caldrà examinar les circumstàncies concurrents en cada cas. En el supòsit resolt, la Direcció rebutja la cancel·lació pretesa perquè, en ser una de les càrregues preferents una hipoteca a favor del mateix optant, la quantitat deduïda per aquesta és superior a la suma de l'import de la hipoteca i els accessoris. Si que són admissibles altres deduccions: d'una banda, de la prima de l'opció, perquè així es va pactar en l'escriptura i es va inscriure, i de l'altra, de l'import degut per una altra hipoteca preferent, ja que resulta de certificació expedida pel mateix banc creditor.

Resolució de 22 de gener de 2013 (BOE 44, 20-II-13: 1895)

Al seu dia es va inscriure un dret d'opció de compra el termini d'exercici del qual es va fixar fins a l'11 de juny de 2012, dins del qual l'optat hauria de notificar l'exercici de l'opció mitjançant acta notarial, burofax o correu certificat adreçat als concedents, els quals quedarien així obligats a atorgar escriptura de compravenda en deu dies. Es va pactar que, si per al 31 de juliol de 2012 no constava en el Registre l'exercici de l'opció, qualsevol dels concedents podria sol·licitar la cancel·lació de l'opció, que es va cancel·lar per aquesta via el 26 de setembre de 2012. Ara es pretén fer constar en el Registre una acta notarial, atorgada el 21 de setembre de 2012, que protocol·litza dos enviaments per burofax (de 31 de maig i de 25 de juny de 2012) dels quals en resulta que l'optant va notificar a una de les concedents l'exercici de l'opció.

La Direcció ho denega. Certament, concorren l'acceptació de l'optant (produïda en exercir l'opció en el temps i la forma pactats) i l'oferta del concedent (realitzada en el moment d'atorgar l'opció), amb la qual cosa la venda està perfeccionada (article 1262 CC), però, per poder-la inscriure, ha d'estar, a més, consumada, és a dir, s'ha d'haver produït la transmissió del domini mitjançant tradició, ja sigui material o instrumental, per la via de l'atorgament d'escriptura. Mentrestant, l'únic reflex registral possible serà l'anotació preventiva de la demanda dirigida per l'optant al concedent per tal que aquest atorgui l'escriptura de venda. Seria diferent si s'hagués pactat l'exercici unilateral de l'opció sense intervenció del concedent, que és pacte vàlid i inscrivible, de manera que el títol traditori quedaria integrat pel contracte d'opció atorgat per tots dos inicialment, unit a l'escriptura d'exercici unilateral de l'opció atorgada només per l'optant (Resolució de 19 de juliol de 1991).

Resolució de 14 de febrer de 2013 (BOE 67, 19-III-13: 3001)

Denega la inscripció d'una opció de compra pactada per un termini superior al màxim establert en l'article 14 RH (quatre anys). No qualsevol dret civilment vàlid és susceptible d'inscripció, sinó que ha de reunir els requisits establerts per a això en honor de la seguretat del tràfic.

PACTE COMISSORI

Resolució de 21 de febrer de 2013 (BOE 67, 19-III-13: 3010)

Resolució de 21 de febrer de 2013 (BOE 67, 19-III-13: 3011)

Resolució de 22 de febrer de 2013 (BOE 67, 19-III-13: 3012)

Deneguen la inscripció d'una escriptura atorgada el 2010 en la qual es reconeix un deute, que es declara vençut i exigible, i en la garantia del qual el deutor li atorga al creditor una opció de dació en pagament sobre diverses finques per al termini d'un any, però que començarà a comptar el 31 de maig de 2017.

És part de l'ordre públic del nostre dret de garanties la prohibició del pacte, entès com a tota construcció jurídica en virtut del qual el creditor, en cas d'incompliment, pugui apropiarse definitivament dels béns donats en garantia. En emanar d'una norma imperativa, és aplicable a tots els negocis de garantia, i la seva infracció provoca la nul·litat, en principi, només de la clàusula comissòria. El comís prohibit és el convingut *ex ante* (és possible la dació en pagament per un deute anterior), ja que la prohibició pretén assegurar la commutativitat del contracte, protegint el deutor necessitat de crèdit dels possibles abusos del creditor, i evitar el perjudici que es derivaria per al deutor de la diferència entre l'import del deute i el valor actualitzat del bé objecte de garantia. La necessitat de desactivar el pacte es posa més de relleu quan neix juntament amb l'obligació. Per això, tradicionalment s'ha admès amb cauteles el pacte *ex intervallo*, és a dir, la introducció de la facultat comissòria en un moment posterior. En el cas resolt, es diu que el deute està vençut i líquid, fet que portaria a pensar que l'opció de dació en pagament no té funció de garantia, sinó de liquidació. Però això no és així, ja que, en pactar-se una opció de dació en pagament d'exercici diferit, s'està ajornant el pagament del deute i es concedeix a l'optant un dret que encara no pot exercitar, però que sí que es vol que pugui oposar a tercers.



A més, el termini de l'opció excedeix del màxim de quatre anys que estableix l'article 14 RH amb caràcter essencial, ja que en ser l'opció un dret potestatiu, no pot quedar indefinit ni a voluntat de les parts. El termini de l'article 14 és un termini «de durada» de l'opció. Es pot concretar el període del seu exercici, però sempre dins del termini màxim, que s'ha de computar des de la constitució del dret, per analogia amb el termini de quatre anys del retracte convencional, que es compta «des de la data del contracte» (article 1508 CC).

PENYORA SENSE DESPLAÇAMENT

Resolució de 2 de gener de 2013 (BOE 33, 7-II-13: 1292)

Es refereix a una escriptura per la qual una cooperativa constitueix penyora sense desplaçament sobre determinats béns (pernils identificats pels seus respectius cròtals), en garantia del deute que pogués sorgir a càrrec de la cooperativa a favor de dues persones que la van finançar en sengles pòlisses de préstec, que s'incorporen. La penyora es constitueix en garantia de deute futur, fins a un màxim de 100.000 euros, i per un termini màxim de dos anys.

No existeix autocontracte amb conflicte d'interessos (situació en la qual la legitimació del representant ja no derivaria només del seu poder de representació, sinó que requeriria, a més, autorització de junta o assemblea, i s'hauria de recollir així en el judici notarial de suficiència, la qual cosa entraria en l'àmbit de la qualificació registral). Per contra, la cooperativa actua representada pel President del Consell Rector, el qual no és cap dels fiadors, i compta, a més, amb autoritzacions expresses del Consell i de l'Assemblea. Tenint en compte que a la penyora sense desplaçament són aplicables les regles de les hipoteques immobiliàries, tant per analogia com per subsidiarietat (Disposició Addicional Primera de la LHMPD, de 16 de desembre de 1954), per a la Direcció tampoc no són obstacles: ni el fet que la durada de la penyora sigui menor que la de l'obligació assegurada (són possibles garanties sota termini i condició), ni la sospita que la penyora pretengui obtenir una reserva de rang sobre una obligació existent, atès que l'article 1825 CC admet la fiança en garantia de deutes futurs, i, per això, és admissible que la mateixa obligació de fiança sigui objecte d'hipoteca en garantia d'obligació futura (articles 142 i 143 LH).

El motiu pel qual es denega la inscripció és que es tracta d'una sola penyora en garantia de dues obligacions diferents sens nexa causal comú (dues pòlisses de préstec, cada una amb data, venciment i fiador diferents). Fora del cas previst a l'article 153 LH (només a favor d'Administracions Públiques o entitats financeres), no és possible inscriure una sola hipoteca «flotant» que garanteixi totes les obligacions presents o futures entre creditor i deutor. Només és possible constituir una única garantia que assegurï una pluralitat d'obligacions quan aquestes tinguin entre si connexió causal o relacional de dependència recíproca, i, a més, si el seu títol d'execució no és el mateix, caldrà establir separatament la quantitat que respecte de cada obligació cobrirà la garantia (resolucions de 24 d'abril de 2008 i de 17 de març de 2008). No obstant això, en el supòsit resolt, no hi ha un únic contracte bàsic del qual en poguessin sorgir les futures obligacions (com sí que passaria en la Resolució de 20 de juny de 2012, referida a un contracte de subministrament, o en la Resolució

de 26 de juliol de 2012, en què existia un sol contracte de fiança com a base d'una hipoteca en contragarantia), sinó dos préstecs sense connexió causal.

Resolució de 3 de gener de 2013 (BOE 33, 7-II-13: 1293)

Un supòsit similar al de la Resolució anterior, però amb dues diferències:

- El President representa la cooperativa i és, al mateix temps, un dels fiadors, però, en aquest autocontracte, el conflicte d'interessos està salvat expressament mitjançant acord de l'Assemblea i el Consell.
- En aquest cas, no es constitueix una sola penyora de garantia de diverses obligacions, sinó tantes penyores com fiadors relacionats, cada una de les quals amb un import de responsabilitat màxima i totes constituïdes sobre partides de béns diferents. No es tracta d'un problema de distribució de la garantia pignorativa entre els diferents grups de béns gravats. El problema rau en el fet que les obligacions futures garantides són tantes com contractes finançats, sense que quedi determinat quina de les quals queda garantida per cada una de les penyores constituïdes. També en aquest cas es rebutja que un sol dret de penyora pugui garantir diverses obligacions futures sense nexa causal comú.

PROCEDIMENT REGISTRAL

Resolució de 7 de desembre de 2012 (BOE 18, 21-I-13: 557)

La regulació de l'article 108 RH, que, un cop caducat el primer assentament de presentació, permet tornar a presentar el títol en demanda de nova qualificació i amb tancament registral a títols posteriors, pot generar abús del dret incompatible amb les exigències de la seguretat jurídica. No es pot reiterar la presentació quan la qüestió hagi estat objecte d'un recurs contra la qualificació qüestionada, tant si es tracta de recurs davant la Direcció o d'impugnació directa davant els tribunals, ja que en tots dos casos la resolució que recaigui serà definitiva. No és possible durant la litispendència del recurs, ja que aleshores continua vigent l'assentament de presentació i no es pot duplicar el procediment registral, ni tampoc és possible un cop recaiguda la resolució governativa ferma per falta d'impugnació en dos mesos.

Per això, la Direcció rebutja la realització d'un nou assentament de presentació d'un document judicial que al seu dia ja va ser objecte de qualificació negativa (inclús per via substitutòria), confirmada després per resolució governativa i resolució judicial ferma. S'ha produït l'efecte de cosa jutjada.

Resolució de 3 de gener de 2013 (BOE 33, 7-II-13: 1293)

Es presenta una instància sol·licitant la suspensió cautelar de la venda d'unes finques per haver-se presentat davant del Jutjat una denúncia, la còpia de la qual s'acompanya, contra el representant de la societat compradora. La Direcció ho denega: la mera presentació d'una denúncia no pot motivar cap assentament, ja que cal que l'òrgan judicial competent decreti la corresponent mesura preventiva o cautelar.

PROHIBICIÓ DE DISPOSAR

Resolució de 31 de gener de 2013 (BOE 49, 26-II-13: 2147)

Admet la realització d'una anotació d'embargament ordenada judicialment, malgrat que no consti registrada una prohibició de disposar. La prohibició de disposar només impedeix les alienacions voluntàries del titular registral.

PROPIETAT HORITZONTAL I COMPLEX IMMOBILIARI

Resolució de 27 de novembre de 2012 (BOE 304, 19-XII-12: 15314)

Denega la inscripció d'una escriptura d'ampliació d'obra, referida a un element privatiu d'una propietat horitzontal, que consisteix a habilitar com a habitatge unes golfes (prèviament desvinculades en escriptura d'herència anterior atorgada per tots els propietaris de l'edifici), amb ampliació de la superfície registrada. S'incorpora la llicència municipal i el certificat tècnic de final d'obra i adequació al projecte per al qual es va obtenir llicència.

Cal l'autorització de tots els altres propietaris, o l'acord unànim de la junta, que consisteix en la modificació del títol constitutiu que suposa l'ampliació d'obra. El consentiment prestat en l'escriptura d'herència prèvia va ser només per desvincular les golfes.

Resolució de 7 de desembre de 2012 (BOE 18, 21-I-13: 555)

Existeix, realitzada en el Registre, nota marginal d'haver-se diligenciat un llibre d'actes d'una comunitat no inscrita, formada per diverses finques registrals provinents de la segregació d'una altra. Ara, un dels propietaris sol·licita que es faci constar la separació de la seva finca d'aquesta comunitat. La Direcció ho denega: com que no consta inscrita la situació de la comunitat, no se'n pot inscriure la separació. Al Registre només hi ha una nota marginal acreditativa de diligenciat d'un llibre d'actes, un assentament ja realitzat que està sota la salvaguarda dels tribunals. En tractar-se d'una comunitat no inscrita, el diligenciat del llibre no va causar inscripció, sinó simple assentament en el llibre-fitxer previst per a aquesta finalitat a l'article 415 RH, el contingut del qual no sembla reflectir cap dret inscrivible, sinó la mera constatació de l'autenticació del llibre.

Resolució de 23 de gener de 2013 (BOE 44, 20-II-13: 1897)

Resolució de 23 de gener de 2013 (BOE 44, 20-II-13: 1898)

Consta inscrit un complex immobiliari entre dues finques registrals. Ara es denega, per falta d'autorització administrativa, la inscripció de la divisió horitzontal tombada d'una d'aquestes, en les diferents edificacions que s'assenten sobre aquesta i que figuren prèviament inscrites.

El complex immobiliari (institució connectada, però diferent de la propietat horitzontal) està format per dues o més edificacions o parcel·les independents entre si, la destinació principal de les quals siguin habitatges o locals, i els titulars de les quals participen, amb caràcter inherent al seu dret, en una copropietat indivisible sobre altres elements immobiliaris. L'article 17.6 del Text Refós de la Llei del Sòl (introduït pel RD-L 8/2011) exigeix autorització administrativa com a requisit d'inscripció, per a la constitució i la modificació del complex immobiliari. La divisió horitzontal efectuada en el supòsit constitueix, sens dubte, una modificació del complex en el seu conjunt, en quedar modificada una de les parcel·les que el componen.

Resolució de 18 de gener de 2013 (BOE 44, 20-II-13: 1890)

Denega la inscripció d'una escriptura de modificació d'una propietat horitzontal que pretén configurar com a element privatiu un traster que no té sortida directa a cap element comú o via pública, ni directament ni a través de servitud (es diu que té entrada per una trapa que el comunica amb un element privatiu).

Resolució de 22 de gener de 2013 (BOE 44, 20-II-13: 1896)

S'inscriu un manament judicial d'embargament, per deutes a la comunitat de propietaris, sobre un pis en règim de propietat horitzontal, però es denega la part en què ordena la constància registral de la preferència que estableix l'article 9.1, lletra e), LPH, als efectes del qual s'acredita la mera notificació del procediment (que no és una demanda) al titular de la hipoteca que grava el pis embargat.

Tal constància es denega per dos defectes. Primer, perquè, en infracció del principi d'especialitat, no es detalla quina part de la quantitat embargada correspon a l'última anualitat i a la part transcorreguda de la corrent. Segon, per falta de demanda al titular de la hipoteca ja inscrita. Per empitjorar el seu rang, fa falta consentiment del seu titular o resolució judicial recaiguda en procediment en què el titular hagi demandat —article 40, lletra d), LH. Atès que la Llei de Propietat Horitzontal no atorga a aquesta preferència caràcter real (es limita a caracteritzar-la com un crèdit preferent, a efectes de l'article 1923 CC), ni és una hipoteca legal tàcita (l'article 158 LH només admet com a tals les admeses expressament per la Llei amb aquest caràcter), el seu accés al Registre de la Propietat només es pot produir mitjançant resolució judicial en què haguesin estat part tots els interessats. Fora d'aquest cas, l'efecte natural d'aquesta preferència és només permetre a la comunitat exercitar una tercera de millor dret, amb motiu de l'execució de qualsevol dret inscrit abans, però no per avançar-lo en rang, sinó per cobrar amb preferència.

Resolució de 30 de gener de 2013 (BOE 49, 26-II-13: 2145)

La rectificació dels metres quadrats útils i construïts d'algun dels elements integrants d'una propietat horitzontal no és una mera adaptació a la realitat extraregstral per a la qual fos suficient el consentiment dels afectats, sinó que suposa una modificació del títol constitutiu que requereix unanimitat, ja que pot tenir repercussions en les zones comunes, a més del fet que la superfície és un dels criteris de fixació de la quota.

No obstant això, en aquest cas concret, la Direcció admet la inscripció pretesa perquè la diferència de metres pot derivar d'un mesurament erroni: la mesura correcta es justifica amb la qualificació definitiva com a habitatge protegit, com també amb la certificació del tècnic competent (el qual, a més, certifica que la nova descripció es correspon amb el projecte per al qual es va obtenir llicència); no es modifica la superfície construïda ni útil dels altres elements privatis, i consenten els amos dels elements les cabudes dels quals es corregeixen.

Resolució de 14 de febrer de 2013 (BOE 67, 19-III-13: 3000)

Consta registrat un local (integrat en una propietat horitzontal) destinat a garatges, les quotes del qual estan inscrites sense descripció de la respectiva plaça ni dels elements comuns. Ara, es presenta una escriptura de venda d'una quota indivisa de local amb adscripció de l'ús d'una plaça d'aparcament de la qual es fan constar la planta en què s'ubica, les seves dimensions perimetrals



i els seus límits. La Direcció inscriu la venda de quota, però denega la descripció detallada de la plaça realitzada pel comprador i el venedor. Per modelitzar la comunitat ordinària existent i passar a una comunitat especial amb assignació d'ús de places determinades (comunitat funcional per la seva destinació, que exclou l'acció de divisió i el retracte de comuners), cal el consentiment de tots els copropietaris de quotes inscrites, atès el caràcter d'acte d'alteració de la comunitat que comporta (article 397 CC). A diferència del supòsit de la Resolució de 22 de juliol de 2009, en aquest cas no hi ha reserva estatutària de facultats per tal que el promotor pugui realitzar la individualització. A més, la descripció de la plaça està incompleta en l'escriptura qualificada, ja que omet alguna de les circumstàncies exigides a l'article 53, lletra b), RD 1093/1997: superfície útil, descripció dels elements comuns del local i quota del local en l'edifici.

Resolució de 22 de febrer de 2013 (BOE 67, 19-III-13: 3013)

Denega la inscripció d'una sentència que segrega una porció de local, perquè la descriu com a finca independent i li atribueix una quota dins de la propietat horitzontal de l'edifici. Els estatuts no dispensen dels requisits establerts per l'article 8 LPH per a l'agrupació o la divisió de pisos o locals, sinó que precisament es remeten a aquests. Cal el consentiment de la comunitat de propietaris.

RECTIFICACIÓ I ESMENA

Resolució de 15 de novembre de 2012 (BOE 310, 26-XII-12: 15579)

Denega la rectificació, pretesa mitjançant instància privada acompanyada de documents cadastrals i altres documents administratius, de l'adjudicació de dues finques resultants d'una reparcel·lació. S'al·lega un error en la identificació de les finques de procedència que va provocar l'adjudicació errònia de totes dues finques de resultat a favor del recurrent. La rectificació d'una inscripció basada en un títol administratiu exigeix una nova resolució de l'Administració competent, sempre que la finca no hagi estat transferida a tercer protegit per la fe pública registral y es compleixin les garanties legals a favor de l'afectat. Com que no es va seguir aquest procediment administratiu, la rectificació pretesa exigeix consentiment del titular registral afectat o resolució judicial.

Resolució d'11 de gener de 2013 (BOE 39, 14-II-13: 1570)

Resolució de 3 de gener de 2013 (BOE 33, 7-II-13: 1295)

Resolució de 19 de febrer de 2013 (BOE 67, 19-III-13: 3007)

Resolució de 8 de febrer de 2013 (BOE 54, 4-III-13: 2373)

Resolució de 8 de febrer de 2013 (BOE 54, 4-III-13: 2374)

Resolució de 9 de febrer de 2013 (BOE 60, 11-III-13: 2649)

Resolució d'11 de febrer de 2013 (BOE 60, 11-III-13: 2651)

Resolució d'11 de febrer de 2013 (BOE 60, 11-III-13: 2652)

Resolució de 12 de febrer de 2013 (BOE 60, 11-III-13: 2654)

Resolució de 13 de febrer de 2013 (BOE 60, 11-III-13: 2656)

Al seu dia, mitjançant escrit de la Xunta de Galícia, va instar el canvi de titularitat d'unes finques fins aleshores inscrites a nom

de la Tresoreria General de la Seguretat Social, que van passar a nom de la Comunitat Autònoma, tot això en virtut de la normativa sobre transferències. Ara, la Tresoreria sol·licita la rectificació de l'assentament: d'una banda, en els supòsits de les resolucions de 3 de gener de 2013 i de 19 de febrer de 2013, per entendre que la cessió havia d'haver estat en ús però no en propietat, i d'altra banda, en els supòsits de les altres resolucions esmentades, per entendre la Tresoreria que no va tenir oportunitat de ser escoltada en el procediment.

La Direcció entén que no estem davant d'un supòsit en què hi hagi lloc a la rectificació d'ofici per part del Registrador, perquè l'error resulta susceptible de prova mitjançant document fefaent independent de la voluntat dels interessats. Per a la rectificació pretesa, farà falta el consentiment de l'Administració titular o, si no n'hi ha, la resolució judicial ferma.

Resolució de 28 de gener de 2013 (BOE 49, 26-II-13: 2139)

Denega la inscripció d'una sentència per la qual s'ordena la rectificació del Registre, en el sentit que un habitatge inscrit com a presumptivament de guanys passi a ser propietat privativa del titular. En el procediment, s'ha demandat només al titular, però no al seu cònjuge, i no pot desconèixer-se que la inscripció d'una finca a nom d'un titular, però amb caràcter presumptivament de guanys, atorga part de la titularitat al seu cònjuge (o, si ha mort, als seus hereus). A més, la sentència no és ferma, ja que no ha transcorregut el termini per rescindir la sentència dictada en rebel·lia (article 524.4 LEC).

Resolució d'1 de març de 2013 (BOE 72, 25-III-13: 3251)

Denega la rectificació d'una inscripció de partició hereditària pretesa en virtut d'una acta de manifestacions atorgada només per dos (dels cinc) hereus. Els assentaments del Registre estan sota la salvaguarda dels tribunals, i la seva rectificació exigeix consentiment de tots els titulars registrals afectats o, si no n'hi ha, resolució judicial. A més, l'exigència de forma documental pública per a actes que afecten immobles (articles 1280 CC i 3 LH) no permet utilitzar qualsevol tipus de document públic, sinó només l'apropiat per a cada acte. L'escriptura pública i l'acta notarial són tots dos documents públics inscrivibles, però l'escriptura és el document apropiat per reflectir declaracions de voluntat i, per tant, per provocar la rectificació sol·licitada en aquest cas.

RÈGIM ECONÒMIC MATRIMONIAL

Resolució de 5 de desembre de 2012 (BOE 4, 4-I-13: 135)

Admet la inscripció d'un conveni regulador pel qual s'adjudica a un dels cònjuges un bé que pertanyia privativament *pro indiviso* a tots dos, ja que va ser adquirit constant el règim de separació de béns.

El principi de legalitat hipotecària exigeix titulació pública (article 3 LH), que la Direcció interpreta com el tipus de títol congruent amb l'acte inscrivible, de manera que per a certs actes serà inscrivible el conveni regulador i, en altres ocasions, caldrà escriptura pública. Així, la Resolució de 22 de desembre de 2010 va denegar la inscripció d'un conveni regulador, malgrat estar aprovat judicialment, per inscriure l'adjudicació de béns privatis d'un cònjuge a un altre, estant tots dos casats en règim de



Resolucions

separació de béns. No obstant això, la Direcció considera que el supòsit resolt en aquesta ocasió és diferent, ja que es tracta de l'adjudicació a un cònjuge no d'un bé que pertanyia a l'altre, sinó que pertanyia a tots dos *pro indiviso*. És lògic que, un cop pactat el divorci, es vulgui evitar la situació d'indivisió.

Resolució de 10 de desembre de 2012 (BOE 18, 21-I-13: 558)

Constant inscrita una finca a nom d'un titular casat en règim de guanys, aquest la ven el 1980 mitjançant document privat en què manifesta que és del seu «*ple domini*». Ja vidu del seu primer matrimoni, el 2007 atorga escriptura d'elevació a públic d'aquest document, intervenint ell juntament amb el comprador. El 2009, el venedor mor, casat en segones núpcies. En la seva escriptura d'herència, s'hi relaciona el seu testament, en el qual: manifesta (sense justificar-ho) que va adquirir la finca en qüestió amb diners privatus constant el seu primer matrimoni, i ordena als seus hereus (en especial, als fills del seu primer matrimoni) que ratifiquin l'escriptura d'elevació a públic, sota sanció de deixar-li només la legítima estricta a qui no ho faci. L'escriptura d'herència compleix aquesta voluntat del testador, habilita una partida en el passiu de l'inventari pel valor de la finca i està atorgada només pel marmessor comptador partididor testamentari, la segona esposa i l'única filla del segon matrimoni. Es pretén la inscripció de l'elevació a públic complementada amb l'herència.

La Direcció ho denega i exigeix per a això el consentiment dels fills del primer matrimoni. Més que davant un llegat de cosa aliena (articles 861 i 862 CC), de cosa pròpia de l'hereu obligat (articles 863 i 864 CC) o de cosa de guanys (article 1380 CC), estem davant d'un llegat de cosa integrant d'un patrimoni que va ser de guanys i que ara és una comunitat romana, la qual no recau sobre cada cosa que forma part d'aquesta, sinó sobre el conjunt d'aquesta. Aquesta comunitat postbeneficiària no està regulada expressament. La Direcció considera més encertat resoldre aquesta llacuna de llei aplicant per analogia l'article 1380 CC, però en qualsevol dels casos esmentats caldria el consentiment dels titulars de la cosa llegada o dels seus hereus. I, a més, en el supòsit que, si algun no consentís, el marmessor li adjudiqués la seva legítima estricta, també caldria la intervenció de l'hereu per al càlcul d'aquests mínims drets legítims.

Resolució de 10 de desembre de 2012 (BOE 18, 21-I-13: 559)

El principi de legalitat hipotecària exigeix titulació pública (article 3 LH), que la Direcció interpreta com el tipus de títol (executòria o escriptura pública) congruent amb l'acte inscrivible. L'efectivitat del conveni regulador és merament liquidatòria del règim econòmic conjugal, sense que es pugui estendre a altres actes amb significació negocial pròpia, que requeriran escriptura pública. Però l'atribució de l'ús de l'habitatge familiar és contingut mínim del conveni regulador —article 90, lletra c), CC—, que és títol hàbil a aquests efectes, amb independència del caràcter de l'habitatge.

En virtut d'aquesta doctrina, la Direcció considera inscrivible el conveni regulador d'un divorci que li adjudica a un dels cònjuges l'habitatge familiar, el qual estava inscrit en un 99% a nom de l'adjudicatari i en un 1% de l'altre cònjuge, essent el règim del seu matrimoni el de separació de béns.

Resolució de 29 de gener de 2013 (BOE 49, 26-II-13: 2142)

Considera privativa la finca adquirida per un dels cònjuges per dissolució de condomini per ser privativa la seva quota (prové d'herència), encara que l'adjudicació excedeixi el valor de la quota i encara que el metàl·lic amb què es compensa els altres comuners sigui de guanys.

En la regulació de la societat de guanys, el principi de subrogació real, que atribueix caràcter de guanys als béns adquirits a títol oneros a costa del cabal comú, no regeix de forma universal, sinó que a aquest s'hi anteposen altres principis: el d'accessió (article 1359), el d'autonomia de la voluntat (article 1355) i el del caràcter del mateix bé del qual en deriva el dret a l'adquisició, en virtut del qual s'atribueix als béns retrats el mateix caràcter que tingués el mateix dret de retracte (articles 1346.4 i 1347.4), i s'atribueix caràcter privatiu a les accions o participacions subscrites com a conseqüència de la titularitat d'altres privatives (article 1352). En l'últim precepte esmentat, s'estén per la doctrina a qualsevol supòsit d'adquisició preferent o derivada d'una prèvia titularitat. Així, la Resolució de 14 d'abril de 2005 aplica aquest criteri als supòsits de participació d'herència amb excés d'adjudicació. I tot això sense perjudici de l'eventual dret de reemborsament a favor del patrimoni del qual provenen els fons per compensar l'excés. La determinació de la naturalesa del referit crèdit interconjugal escapa a la qualificació registral.

REPRESENTACIÓ

Resolució de 5 de novembre de 2012 (BOE 297, 11-XII-12: 15003)

Admet la inscripció d'una escriptura en la qual un incapaç és representat pel seu tutor. A l'escriptura s'hi incorpora la certificació del Registre Civil de la qual en resulten la incapacitació i el nomenament, i en la qual el Notari emet judici de suficiència positiu. En el mateix moment de presentar-la al Registre, s'aporta, a més, la sentència d'incapacitació. La qualificació negativa del Registrador es refereix només a aquesta sentència i a matèria aliena a la representació (la seva redacció en català). Els documents complementaris han de ser objecte de qualificació, però en aquest cas, el contingut de la sentència està sobradament acreditat mitjançant la certificació incorporada, sense apreciació de cap defecte respecte d'aquesta per part del Registrador, de manera que l'aportació de la sentència és redundant.

Resolució d'11 de desembre de 2012 (BOE 18, 21-I-13: 560)

L'exercici de la facultat concedida en una *cautela socini* establerta respecte del fill hereu sotmès a la pàtria potestat rehabilitada de la mare vídua exigeix la intervenció d'un defensor judicial, ja que l'opció plantejada al fill (heretar més, però amb el gravamen de l'usdefruit universal, o bé heretar la legítima), si l'exercita la mare, genera contraposició d'interessos.

Resolució de 18 de desembre de 2012 (BOE 22, 25-I-13: 724)

Admet la inscripció d'una escriptura per la qual el substitut de l'entitat de crèdit apoderada, la qual és, al seu torn, creditora hipotecària dels deutors poderdants, ven a un tercer per un preu molt inferior (menys del 60%) al valor de taxació hipotecària. Prèviament, la creditora havia cancel·lat la hipoteca, sota la condició



suspensiva que s'atorgués la compravenda. El Notari autoritzant de la compravenda no va fer cap referència a la facultat d'autocontractació amb conflicte d'interessos, el control del qual, en influir sobre la validesa o la nul·litat de l'acte, entra dins de l'àmbit de la qualificació registral. No obstant això, la Direcció (per un principi d'economia processal) considera suficient l'esmena d'aquesta omissió realitzada pel Notari en el seu escrit de recurs, en el qual dona fe que el poder contenia la facultat d'autocontractació fins i tot en cas de conflicte d'interessos.

SOCIETATS MERCANTILS

Administradors

Resolució de 6 de novembre de 2012 (BOE 297, 11-XII-12: 15004)

El nomenament dels administradors té efecte des del moment de l'acceptació, i la inscripció en el Registre Mercantil és obligatòria, però no constitutiva. No hi ha cap precepte que imposi la prèvia inscripció en el Registre Mercantil del càrrec social o del poder general, com a requisit d'inscripció en el Registre de la Propietat dels actes realitzats en exercici d'aquesta representació. El que passa és que, si la representació consta inscrita, gaudeix de presumpció de validesa i exactitud, el Registrador Mercantil n'haurà qualificat favorablement la seva regularitat, i, per tant, n'hi haurà prou amb completar la ressenya identificativa del document representatiu amb les dades de la seva inscripció. En canvi, si el títol no recull les dades d'inscripció de la representació, haurà de ressenyar les dades i els documents que posin de manifest la vàlida designació del representant, per haver estat nomenat amb els requisits legals i estatutaris per l'òrgan social competent, degudament convocat i vigent en el moment del nomenament, incloent-hi l'acceptació del nomenat i, si escau, la notificació o el consentiment dels titulars dels anteriors càrrecs inscrits.

Així, en el cas resolt, la Direcció denega la inscripció en el Registre de la Propietat d'una compra efectuada per l'administrador únic d'una societat el nomenament del qual no consta inscrit al Registre Mercantil, segons fa constar el Notari en formular el judici de suficiència de la representació.

Resolució de 12 de desembre de 2012 (BOE 22, 25-I-13: 718)

Constant inscrits en el foli de la societat dos administradors solidaris, la Direcció admet la inscripció d'una escriptura d'elevació a públic d'acords socials, adoptats unànimement en junta universal, en virtut dels quals la societat acorda ser representada per un sol administrador, cessa un dels dos inscrits i autoritza l'altre per elevar a públic els acords. No és exigible la constància expressa del cessament de tots dos, el canvi del sistema d'administració i el nomenament de l'únic amb acceptació del càrrec.

Constant indubtablement la voluntat social, el Registrador ha d'evitar el rebuig de la inscripció, si de la documentació presentada en resulten degudament acreditats els requisits necessaris per alterar el Registre sense perjudici de tercers, i sense que d'aquesta manera es puguin exigir declaracions rituals ni reiteració de tràmits.

Resolució de 21 de gener de 2013 (BOE 44, 20-II-13: 1894)

Admet la inscripció d'una escriptura de cessament i nomenament d'administradors, malgrat que un dels cessats s'ha opo-

sat a la inscripció al·legant nul·litat de la junta. L'article 111 RRM preveu dos possibles supòsits d'oposició per part de l'anterior càrrec certificant: d'una banda, la interposició d'una querella per falsedat en la certificació, i de l'altra, l'acreditació davant el Registrador d'un altre motiu de manca d'autenticitat del nomenament, com per exemple, mitjançant l'aportació d'una acta notarial, ja sigui de junta o d'un altre tipus. (Resolució de 3 de febrer de 2011, *infra*).

En el cas resolt, no s'acrediten degudament els motius al·legats per pretendre la manca d'autenticitat pretesa, que són: d'una banda, la no justificació de la manera i la data de convocatòria a tots els socis, i de l'altra, que la junta va ser posteriorment desconvocada per l'administrador que s'hi oposa (tot això resulta de meres fotocòpies i d'un rebut de Correus sense acusament de recepció). En conseqüència, sense perjudici de pronunciament judicial, aquests motius no poden ser tinguts en compte en l'estret àmbit del recurs governatiu.

Resolució de 27 de febrer de 2013 (BOE 69, 21-III-13: 3110)

Admet la inscripció d'un apoderament atorgat per una societat limitada a tres representants mancomunats, sense exigir més precisions sobre la forma concreta d'actuació i, en particular, sense entendre aplicable als apoderats la regla de l'article 233.2, lletra c), LSC, segons la qual, quan en la societat limitada existeixin diversos administradors mancomunats, el poder de representació s'exercirà mancomunadament almenys per dos d'ells en la forma determinada en els estatuts. La Direcció recorda la seva doctrina sobre aquest article: no és una regla general d'actuació, sinó que, juntament amb la necessària limitació que almenys n'actuin dos, els estatuts han de contenir necessàriament una determinació expressa de la forma d'exercitar el poder de representació, d'entre les diverses possibilitats existents. A diferència d'altres supòsits, en aquest no coincideixen l'estructura de l'òrgan d'administració i el poder de representació.

Capital social

Resolució de 23 de novembre de 2012 (BOE 304, 19-XII-12: 15310)

El principi de realitat del capital social impedeix crear participacions que no responguin a una efectiva aportació patrimonial a la societat. El mateix principi s'aplica a les aportacions imputables a la prima d'emissió. L'aportació social d'una finca hipotecada es pot instrumentar de diverses maneres, i el títol ha de precisar el negoci concret d'aportació realitzat:

- Sense assumptió per la societat del deute hipotecari, però pactant les parts del descompte del deute viu, en la via de l'article 118.2 LH: s'emetran accions només pel valor net, però el soci tindrà, per l'import descomptat, un crèdit que la societat li haurà de satisfer quan ell hagi pagat a l'entitat de crèdit.
- Sense assumptió per la societat del deute hipotecari, tot i que les parts no pactin el descompte previst a l'article 118.2 LH: es pot preveure l'eventual responsabilitat social per deute aliè, realitzant un descompte respecte del valor total de la finca per cobrir aquesta contingència, però també es pot no realitzar cap descompte ni ajustament.
- Com a negoci mixt de transmissió de la finca i assumptió del deute, la inscripció del qual no exigeix el consentiment del

creditor (en aquest cas, l'assumpció tindrà abast merament intern): l'assumpció del deute s'haurà de tenir en compte per a la valoració de l'aportació.

En el cas resolt, es pretén la inscripció d'una constitució de societat limitada en la qual un dels socis desemborsa la seva part de capital social (i prima d'assumpció) mitjançant l'aportació de dos immobles hipotecats, que es valoren pel seu valor total, sense la deducció de l'import del deute hipotecari. En una altra clàusula d'aquesta mateixa escriptura i sense cap ajustament del valor donat a les finques, la societat assumeix aquest deute «en concepte de préstec» a l'aportant, el qual haurà de satisfer el deute a la societat en les condicions que es determinen. La Direcció denega la inscripció, entenent que estem davant d'una assistència financera per a l'adquisició originària de participacions pròpies, sancionada amb nul·litat per l'article 150 LSC.

Resolució de 30 de novembre de 2012 (BOE 304, 19-XII-12: 15320)

Denega la inscripció d'una escriptura d'ampliació de capital social per compensació de crèdits dels socis contra la societat perquè el soci titular d'un dels crèdits vota en contra de l'acord i en sol·licita simultàniament el seu reintegrament.

L'aportació per compensació de crèdits contra la societat participa de la naturalesa de les aportacions no dineràries. Aquest és un contracte entre el soci aportant i la societat, que sostreu el crèdit a la disponibilitat del primer. Es realitza, com qualsevol aportació social, a títol de propietat (article 60 LSC). Per tot això, és inexcusable el consentiment exprés o tàcit del titular del dret aportat, el qual en aquest cas, s'hi oposa.

Resolució de 5 de desembre de 2012 (BOE 4, 4-I-13: 136)

Denega la inscripció d'una escriptura d'augment de capital d'una societat limitada. La junta va aprovar que un dels socis aportés «tots els drets que li corresponguessin» sobre una determinada finca. En l'escriptura, es diu erròniament que li correspon tota la finca amb caràcter privatiu, quan, segons el Registre, només li correspondria una part com a propietari en ple domini i l'altra, com a partícip de la societat de guanys. En interposar el recurs, es troba ja inscrita una posterior liquidació de societat conjugal referida a aquesta finca, de manera que ja consta en el Registre el percentatge exacte de drets que correspon a l'aportant, és a dir que per obtenir la inscripció n'hi hauria prou amb un aclariment del títol pel que fa a les proporcions i els títols d'adquisició.

Resolució de 18 de desembre de 2012 (BOE 22, 25-I-13: 725)

En la reducció de capital per pèrdues, la verificació del balanç per part d'un auditor exigida per l'article 323 LSC (i, en general, les mesures protectores imposades per la Llei), només és procedent si els interessos de socis i creditors es troben en situació de patir perjudici. Així, cal excloure la verificació de comptes quan concorre el consentiment unànim dels socis, i també quan els interessos dels creditors estiguin salvaguardats perquè el capital social es manté o fins i tot s'enforteix com a conseqüència del conjunt d'operacions que es pretén registrar («operació acordió»).

En el cas resolt, es denega la inscripció d'una reducció de capital per compensar pèrdues per falta de verificació comptable del balanç. Encara que concorri el consentiment unànim dels

socis, no hi ha augment simultani del capital. La Direcció considera irrellevant a aquests efectes el fet de presentar-se alhora una escriptura d'ampliació de capital atorgada amb anterioritat, ja que la reducció actual es fa sobre la base del capital ja ampliat.

Resolució de 8 de gener de 2013 (BOE 39, 14-II-13: 1564)

Resolució de 9 de gener de 2013 (BOE 39, 14-II-13: 1565)

Denegen la inscripció al Registre de la Propietat d'una escriptura atorgada per aquells que diuen ser els únics socis d'una societat limitada de mera protocol·lització d'una acta de junta universal, en la qual s'acorda reduir el capital social per separació d'un dels socis compareixents, la qual cosa es duu a terme mitjançant el lliurament d'una porció de finca per a la segregació de la qual s'incorpora llicència. La reducció de capital no consta inscrita al Registre Mercantil.

Una acta de junta és per si mateixa insuficient, ja que només quan és elevada a públic per les persones especialment facultades amb càrrec vigent i inscrit és susceptible d'expressar la voluntat social i modificar el contingut del Registre. En el títol, cap dels compareixents al·lega o acredita títol de representació de la societat, de manera que el seu contingut no és una prestació de consentiment negocial, sinó el característic d'una acta, en limitar-se els compareixents a ratificar-se en el contingut d'un document que es lliura per a la seva protocol·lització. No és només que falti el judici notarial de suficiència de facultats representatives, sinó que no s'acredita cap títol representatiu. D'altra banda, tot i que en certs supòsits es pot inscriure en el Registre de la Propietat sense haver inscrit prèviament en el Mercantil (Resolució de 5 d'octubre de 2012), això no és així quan de l'acord social no inscrit se'n deriven drets a favor i en contra de tercers, que és el que passa en una reducció de capital amb restitució d'aportacions (com aquesta) respecte dels creditors, els quals, per exemple, veurien conculcat el seu dret a sol·licitar la dissolució de la societat per pèrdues —articles 363.1, lletra e), i 366 LSC. A més, no es pot entendre degudament documentada l'operació de segregació mitjançant l'aportació de la llicència, sinó que cal realitzar-la efectivament en escriptura pública.

Resolució de 19 de gener de 2013 (BOE 44, 20-II-13: 1892)

La Direcció denega la inscripció d'una escriptura de reducció de capital d'una societat anònima per compensar pèrdues, quan del balanç incorporat en resulta l'existència d'una partida positiva que deixa reduïdes les pèrdues d'exercicis anteriors a una quantitat inferior a aquella en què s'acorda la reducció. En concret, es tracta d'una partida positiva de reserves voluntàries per crèdit fiscal que, en exercicis anteriors, es va comptabilitzar com a crèdit futur i incert, però que, posteriorment, va ser objecte d'un canvi d'estimació comptable degut a l'existència sobrevinguda d'un nou fet (un pla de negoci que possibilita l'existència de nous ingressos amb els quals compensar el crèdit fiscal), la correcta anotació comptable del qual hagués impossibilitat la reducció del capital social a zero.

Dipòsit de comptes

Resolució de 12 de novembre de 2012 (BOE 300, 14-XII-12: 15123)

Reitera doctrina consolidada. No es pot considerar efectuat el dipòsit dels comptes anuals si no es presenta el corresponent



informe de l'auditor de comptes, quan en les societats no obligades a verificació comptable s'hagués sol·licitat per part dels socis minoritaris el nomenament registral (article 366.1-5è RRM). A aquests efectes, és irrelevant que el nomenament encara no fos ferm en el moment de la presentació, per haver estat recorreguda governativament la decisió del Registrador Mercantil de no considerar realitzat el dipòsit.

Resolució de 17 de desembre de 2012 (BOE 32, 6-II-13: 1239)

Denega el dipòsit de comptes d'una societat limitada perquè la xifra de capital social que consta en el balanç no coincideix amb la inscrita (per la falta d'inscripció d'una reducció de capital acordada dos anys abans). La qualificació registral sobre dipòsit de documents comptables no es limita a la mera comprovació de quins són els presentats i els requisits formals de l'article 366 LSC, sinó que també comprèn: la comprovació dels administradors signataris i la vigència dels seus càrrecs; les causes per les quals, si escau, no van arribar a signar-los, i el contingut d'aquests (sobretot, la coincidència entre el capital inscrit i el reflectit al balanç).

Resolució de 17 de desembre de 2012 (BOE 32, 6-II-13: 1240)

Denega el dipòsit de comptes d'una societat anònima perquè, en no estar els comptes signats per tots els administradors, el certificant ha de fer constar la identitat d'aquells que es van abstenir i també la causa de la seva abstenció, per tal que així consti si amb l'omissió pretenien salvar la seva responsabilitat o si simplement es va deure a motius aliens a la marxa de la societat i la gestió de la comptabilitat.

Resolució de 29 de gener de 2013 (BOE 49, 26-II-13: 2144)

Denega el dipòsit de comptes d'una societat limitada perquè, en el document que es presenta juntament amb els comptes, els auditors manifesten «no poder expressar una opinió sobre els comptes anuals de l'exercici 2010 adjunts». D'acord amb la seva normativa reguladora, l'informe d'auditoria podrà expressar quatre tipus d'opinions tècniques: favorable, amb condicions, desfavorable i denegada. Cap d'aquestes resulta del document aportant.

Resolució de 5 de febrer de 2013 (BOE 66, 18-III-13: 2932)

Les societats mercantils amb participació pública es regeixen, en general, per l'ordenament jurídic privat, ja sigui la participació estatal (Disposició Final Primera de la Llei 33/2003, de patrimoni de les administracions públiques) o local (article 85 ter de la Llei 57/2003, de mesures per a la modernització del govern local). Per això, en el cas resolt, la Direcció entén que, tractant-se d'una societat anònima participada per l'Administració local que no ha assolit en els comptes de 2011 dos dels límits establerts als articles 257 i 258 LSC per dos exercicis consecutius, pot acollir-se al model abreviat, sense necessitat d'acompanyar informe d'auditor.

Resolució de 23 de febrer de 2013 (BOE 67, 19-III-13: 3014)

Denega el dipòsit de comptes d'una societat limitada perquè, en el document que es presenta juntament amb els comptes, l'auditor manifesta no poder expressar una opinió sobre els comptes anuals de l'exercici 2010.

Resolució de 4 de març de 2013 (BOE 72, 25-III-13: 3256)

Admet el dipòsit de comptes socials per entendre que la certificació dels administradors acreditativa que els comptes dipositats es corresponen amb els auditats (exigida per l'article 366.1-7è LSC) no requereix forma sacramental, sinó que es pot englobar en la mateixa certificació de l'acord d'aprovació dels comptes per part de la junta, sempre que resulti indubtable el fet que els administradors assumeixen la responsabilitat de la identitat entre l'informe d'auditoria i els comptes.

Domicili social

Resolució de 25 de febrer de 2013 (BOE 67, 19-III-13: 3015)

Denega la inscripció d'una escriptura de canvi de domicili social dins del mateix terme municipal atorgada per l'administrador únic perquè, en donar nova redacció al corresponent article estatutari, a més de fer constar el nou domicili en lloc de l'antic, s'omet el segon paràgraf, relatiu a les facultats de l'administrador per realitzar canvis dins del mateix terme i per a actes relatius a sucursals o agències. En relació amb aquest segon paràgraf, regeix la regla segons la qual la modificació d'estatuts és competència exclusiva de la junta —article 160, lletra c), LSC.

Junta general, acords socials i la seva certificació

Resolució de 27 d'octubre de 2012 (BOE 292, 5-XII-12: 14823)

Es presenten al Registre Mercantil dos títols referits a la mateixa junta general d'una societat limitada:

- Una acta notarial de manifestacions (que, segons el Notari, no té la consideració d'acte de junta), de la qual en resulta: que assisteixen els tres únics socis, si bé dos d'ells representats; que un dels representats rebutja la representació de l'altre per no complir els requisits de l'article 163 LSC; que el President i el Secretari de la junta donen per bona la representació i per vàlidament constituïda la junta; que s'aprova la separació d'un dels dos administradors mancomunats, en concret, la del soci representat que rebutja l'altra representació, el qual, a més, considera nul·la la junta (i, per tant, els seus acords) per haver estat convocada només per un dels administradors mancomunats.
- Una escriptura d'elevació a públic dels acords adoptats en la mateixa junta, sobre la base d'una certificació expedida per l'administrador no separat, de la qual en resulta que: s'ha acordat passar al sistema d'administrador únic, designant per aquest el certificant; que la junta va ser universal; que l'acord es va adoptar i l'acta es va aprovar per unanimitat de tots els socis, llevat el soci que també és administrador separat, a qui se li va realitzar la notificació de l'article 111 RRM, i va contestar que havia impugnat els acords per considerar-los nuls i que interposaria querella per falsedat en la certificació.

La Direcció denega la inscripció del cessament d'administrador, el canvi de sistema i el nomenament d'un de nou, per entendre que l'acta de manifestacions aportada contradiu el caràcter universal de la junta, és a dir que aquesta hauria d'haver estat convocada pels dos administradors mancomunats. A més, existeix discordança entre els dos títols, ja que en l'escriptura d'elevació s'al·ludeix al cessament d'administrador mancomunat



Resolucions

i al nomenament d'administrador únic, mentre que en l'acta de manifestacions només es recull el cessament.

Resolució de 29 de novembre de 2012 (BOE 304, 19-XII-12: 15317)

Es refereix a una escriptura d'elevació a públic d'acords socials d'una societat anònima. Tot i que no resulta clarament de la documentació presentada, la Direcció realitza una interpretació no formalista i entén que la voluntat de tots els socis és donar a la junta el caràcter d'universal, l'ordre del dia de la qual (que no ha estat transcrit) figura relacionat en el títol. Atès el caràcter universal, no cal que consti en l'escriptura la menció de l'informe de l'administrador tot justificant la modificació estatutària.

Però existeixen altres defectes que impedeixen la inscripció. No s'han complert els restants requisits relatius al dret d'informació: no s'ha expressat el dret dels accionistes a examinar el text íntegre de les modificacions, ni les formes del seu exercici. Falta la declaració del President sobre la vàlida constitució de la junta i el resultat de la votació. La inscripció del cessament d'un administrador queda supeditada a l'esmena dels defectes que invaliden la junta. El full de la societat està tancat per falta de dipòsit de comptes. L'escriptura nomena un administrador únic, en lloc de l'anterior Consell d'Administració, i per a això fa falta prèvia modificació d'estatuts en aquest punt.

Resolució de 20 de novembre de 2012 (BOE 310, 26-XII-12: 15584)

Denega la inscripció de l'acord de dissolució d'una societat limitada domiciliada a Madrid perquè la junta general que l'adapta (a la qual hi va assistir el 52% del capital social), se celebra a València, ciutat on rep tractament sanitari un dels socis (que, per altra banda, no hi assisteix).

L'article 175 LSC exigeix imperativament que les juntes generals se celebrin, llevat de disposició contrària dels estatuts, en el terme municipal del domicili social. Aquesta mesura tuitiva cap als socis només admet dues excepcions: que la junta sigui universal, la qual cosa habilitaria a celebrar-la en qualsevol lloc del territori nacional o estranger (article 178 LSC), o que existeixi un supòsit de «força major» (STS de 28 de març de 1989), supòsit entès com un esdeveniment inevitable i imprevisible (desastre natural, esdeveniment bèl·lic, notori desordre social, incendi, inundació del domicili, etc., però no la malaltia d'un soci), i es requerirà, a més, que la junta se celebri en un terme municipal adjacent i de fàcil accés per als socis (Resolució de 2 d'octubre de 2003, la qual, a més, exigeix que la reunió s'hagi iniciat en el mateix domicili social).

Resolució de 19 de desembre de 2012 (BOE 22, 25-I-13: 727)

En general, admet la inscripció de la clàusula estatutària d'una societat limitada que permet la celebració de la junta general mitjançant videoconferència o qualsevol altre mitjà de comunicació a distància que garanteixi degudament la identitat del subjecte, com també la delegació del vot per mitjans iguals.

La Direcció estén a les societats limitades la possibilitat d'assistència a la junta, el vot i la delegació d'aquest, per via telemàtica, malgrat que només estigui legalment prevista per a les anònimes (articles 182 i 189 LSC). Aquesta possibilitat no està prohibida per a les limitades, respecte de les quals l'exigència legal és que, llevat de disposició contrària dels estatuts, la junta

se celebri en el terme municipal del domicili social (article 175 LSC). Però, un cop fixada una ubicació física per a la celebració de la junta que permeti l'assistència personal, s'ha d'entendre vàlida la clàusula estatutària que possibiliti l'assistència telemàtica o per videoconferència, sempre que garanteixi degudament la identitat del subjecte, i s'expressi en la convocatòria els terminis, les formes i les maneres d'exercici dels drets dels socis que permetin un desenvolupament ordenat de la junta; a aquest efecte hauran de determinar els administradors que les intervencions i les propostes d'acords dels qui tinguin intenció d'assistir telemàticament es remetin a la societat amb anterioritat a la constitució de la junta.

Quant a la delegació del vot en les societats limitades, ha de ser «per escrit» (article 183.2 LSC), cosa que no s'ha d'interpretar literalment, ja que l'article 3 de la Llei 59/2003, de signatura electrònica, atribueix a aquesta el mateix valor que la signatura manuscrita. Per tant, l'exigència que la representació consti per escrit no exclou altres formes de constància i prova, com els mitjans telemàtics i audiovisuals, sempre que quedi constància en suport gravat per a la seva prova ulterior. Precisament, l'obstacle que impedeix la inscripció de la concreta clàusula debatuda és que no preveu el Registre en cap suport.

Resolució de 20 de desembre de 2012 (BOE 22, 25-I-13: 728)

Amb independència de l'ordre de presentació dels títols, la Direcció denega la inscripció de determinats acords incompatibles d'una mateixa societat limitada corresponents a dues juntes, cada una d'aquestes convocada per només un dels dos administradors solidaris (titulars del 50% del capital social), amb oposició i sense assistència de l'altre.

El Registrador ha de tenir en compte a l'hora de qualificar no només els documents inicialment presentats, sinó també els autèntics i relacionats amb aquests, encara que siguin presentats després, amb l'objectiu d'aconseguir més encert en la qualificació i evitar inscripcions inútils i ineficaces. Davant de documents contradictoris (derivats, per exemple, de situacions de conflicte entre socis) que no permeten comprovar l'obtenció o la prevalença d'un acord, és procedent rebutjar la inscripció a fi d'evitar la desnaturalització del Registre Mercantil com a institució de publicitat de situacions jurídiques certes, però no de resolució de conflictes, cosa que supera la competència dels tribunals. El principi de prioritat no té el mateix fonament ni el mateix abast al Registre de Propietat (un registre de béns on els títols que sobre aquests recaiguin, o bé són incompatibles, o bé gaudeixen entre si de preferència, segons el moment de la seva presentació) que al Registre Mercantil (un registre de persones on, normalment, s'inscriuen acords i decisions de subjecte inscrivible). Per això, tot i que l'article 10 RRM fa una formulació d'aquest principi (que no apareix a nivell legal), en la seva aplicació s'ha d'interpretar restrictivament, tenint en compte la naturalesa i la funció del Registre Mercantil i l'abast de la qualificació, on els principis de legalitat i de legitimació tenen força de llei (Codi de Comerç).

Resolució de 28 de gener de 2013 (BOE 49, 26-II-13: 2140)

Denega la inscripció dels acords de junta d'una societat limitada laboral, que consisteixen en la separació d'una de les administradores mancomunades i la seva exclusió com a sòcia,



perquè la junta només ha estat convocada per les altres dues administradores.

La facultat de convocar junta està reservada en exclusiva a l'òrgan d'administració (article 166 LSC). Els administradors mancomunats han d'actuar de forma conjunta (article 210.1); aquesta regla induïx a interpretar que la disposició estatutària sobre exercici del poder de representació per dos dels administradors conjunts —prevista a l'article 233.2, lletra d)— es limita a les relacions externes de la societat amb tercers, però no a les altres facultats, com la de convocar junta. No es pot equiparar el present supòsit al de defunció o cessament d'una de les administradores mancomunades, precisament perquè l'article 171.2 preveu només aquests supòsits com a úniques excepcions de la regla de la convocatòria per tots els membres de l'òrgan d'administració plural.

Resolució de 9 de febrer de 2013 (BOE 60, 11-III-13: 2648)

Denega la inscripció d'una elevació a públic d'acords de junta general d'una societat anònima sobre el nomenament de membres del Consell d'Administració per tres defectes: no s'acredita la convocatòria de la junta mitjançant un anunci publicat en un dels diaris de més circulació de la província; el nomenament es produeix per un termini (cinc anys) inferior al previst en els estatuts (sis anys), i l'acord ha estat adoptat per una majoria inferior a l'exigida pels estatuts per acordar la determinació del nombre exacte de membres del Consell d'Administració (85% del capital).

Resolució de 16 de febrer de 2013 (BOE 67, 19-III-13: 3003)

Denega la inscripció d'una escriptura de modificació d'estatuts per tres defectes:

- En la certificació dels acords no consten ni la data ni la forma de convocatòria de la junta, circumstàncies necessàries per qualificar la validesa dels acords adoptats (article 112.2 RRM). En les formes públiques de convocatòria (publicació en diaris o al web social), n'hi ha prou amb testimoniar l'anunci (article 107 RRM), però, en les formes privades, ha de formar part del contingut de l'acta la data i la forma de la convocatòria, llevat que fos junta universal (article 97.1-2 RRM). No és suficient una manifestació genèrica del Notari (Resolució de 6 d'abril de 2011), ni la mera remissió al compliment dels estatuts (Resolució de 16 de setembre de 2011).
- No s'assoleix la majoria necessària per modificar els estatuts. Als estatuts de la societat del supòsit, existeix una contradicció entre dos articles: un es limita a reproduir la regla legal, mentre que l'altre exigeix una majoria reforçada, de manera que l'acord qualificat compleix amb la primera, però no amb la segona. Atès el doble caràcter normatiu i contractual dels estatuts, és procedent aplicar tant les regles d'interpretació de les normes (la llei especial preval sobre la general) com les dels contractes: ha de prevaler la voluntat dels contractants, i sembla que si els socis haguessin volgut conformar-se amb la majoria legal, no haguessin introduït una norma específica.
- La nova regla estatutària sobre retribució dels administradors infringeix l'article 217 LSC, ja que es limita a dir que serà fixada per la junta en cada exercici. Això suposa deixar a l'arbitri de cada junta el concret sistema de retribució, l'exacta fixació estatutària del qual, en canvi, exigeix la Direcció, que podrà

consistir en participació en beneficis (amb els límits fixats legalment), dietes, sou periòdic, assegurances de vida, plans de pensions, utilització de béns socials, lliurament o opció sobre accions, entre d'altres.

Resolució de 26 de febrer de 2013 (BOE 69, 21-III-13: 3107)

Denega la inscripció d'una escriptura d'elevació a públic sobre la dissolució d'una societat limitada per diversos defectes. La junta adopta l'acord en segona convocatòria, que està legalment prevista per a les societats anònimes, però no per a les limitades, en les quals els acords han de ser adoptats per un determinat percentatge del capital social (article 198 LSC). Com que l'òrgan d'administració consisteix en dos administradors mancomunats, la junta ha de ser convocada per tot dos, sense que calgui defugir la necessària intervenció d'un d'ells ni sigui acceptable la representació d'un tercer. En ser diferent la majoria exigida per acordar la dissolució per causa legal (majoria ordinària, ex article 364 LSC) o per acord purament voluntari (la majoria reforçada pròpia de la modificació d'estatuts, ex articles 199 i 368 LSC), no queda clar en la certificació en quin dels dos casos ens trobem, sense que, per tant, el Registrador pugui qualificar la majoria ni inscriure la causa (com exigeix l'article 240 RRM). La certificació ha estat subscripta per les dues liquidadores solidàries recent nomenades i per només un dels administradors solidaris cessats, el qual, al seu torn, atorga per si sol l'escriptura d'elevació. El compareixent no té ja el seu càrrec vigent. Falta acreditar la notificació a l'altre administrador mancomunat (article 111 RRM).

OBJECTE SOCIAL

Resolució de 4 de gener de 2013 (BOE 33, 7-II-13: 1296)

Es refereix a una escriptura de constitució d'una societat limitada l'objecte social de la qual comprèn una sèrie d'activitats (compravenda, reparació, manteniment, assistència i transport) referides a «vehicles de motor (automòbils, camions, autocars...)». El Registrador inscriu la clàusula, però exclou els punts suspensius per considerar-los una expressió inconcreta o indeterminada.

La Direcció, no obstant això, considera també inscrivibles els punts suspensius. En general, són un signe ortogràfic que indica l'omissió d'algun element, i, ubicats al final d'una enumeració, indiquen el caràcter obert d'aquesta, que equival a *etcètera*. En la clàusula debatuda, són una exemplificació de l'expressió «*tot tipus de vehicles*», i la seva eliminació inverteix el seu significat, en convertir una enumeració oberta en tancada. És indubtable que les activitats especificades en aquesta clàusula acoten suficientment el sector de la realitat econòmica en què la societat pretén desenvolupar el seu objecte.

WEB CORPORATIU

Resolució d'11 de febrer de 2013 (BOE 60, 11-III-13: 2650)

Declara inscrivible l'elevació a públic de l'acord de junta que acorda la creació del web corporatiu d'una societat anònima. Si existís una disposició estatutària que establís un sistema de convocatòria substitutiu del legal, no es podria inscriure l'acord sense prèvia modificació dels estatuts. Però, en la societat del su-



Resolucions

pòsit, els estatuts es limiten a establir un requisit addicional per a la convocatòria de junta extraordinària: comunicació individual a cada soci, per correu certificat. Per tant, no se substitueix el sistema legal supletori, consistent en la convocatòria mitjançant anunci publicat al web social (article 173.1 LSC) creat per acord de la junta, inscrit al Registre Mercantil i publicat al *BORME* (en referència a l'article 11 bis), salvant la possibilitat que els estatuts establissin altres procediments de convocatòria individual i inscrita que assegurin la seva recepció (cosa que no succeeix en el supòsit).

SUCCESSIONS

Resolució de 31 d'octubre de 2012 (BOE 293, 6-XII-12: 14861)

Es refereix a una escriptura de partició d'herència en què, pel fet d'existir conflicte d'interessos entre el pare i un fill incapacitat, aquest va ser representat per un defensor judicial. L'article 1060.2 CC exigeix que el defensor obtingui l'aprovació del Jutge, si aquest no hagués disposat una altra cosa en fer el nomenament. En aquest supòsit, atorgada ja la partició amb intervenció del defensor, es va sol·licitar (i es va obtenir) del Jutge una «*autorització per a la plena eficàcia*» de l'escriptura, la qual cosa es interpretada per la Direcció com una «aprovació» de la partició ja feta, sense que calgui, per tant, una nova aprovació, que, per cert, el mateix Jutge considera innecessària, en el complement de la interlocutòria que se li sol·licita com a conseqüència de la qualificació negativa inicial.

Resolució de 14 de novembre de 2012 (BOE 310, 26-XII-12: 15577)

Admet la inscripció d'una escriptura, autoritzada per un Notari espanyol, d'adjudicació de l'herència d'un ciutadà belga sense descendents, en la qual, d'acord amb el Dret belga: reverteixen en la mare tres quartes parts d'una finca que van ser donades per ella mateixa al causant, mentre que la quarta part restant, que el causant havia adquirit per herència del seu pare (de nacionalitat italiana), es reparteix entre la mare i una germana del pare. L'escriptura està atorgada només per la mare, mentre que la Registradora exigeix també la compareixença de la tieta. Al títol s'hi incorporen dos certificats expedits pel mateix Notari belga: d'un d'aquests en resulta que el causant deixa la seva mare com a única hereva en la línia materna, i la germana esmentada del seu pare premort, com a única hereva en la línia paterna; l'altre és un «certificat d'herència» que exposa la situació familiar i de parentesc del causant, i declara ajustada al Dret belga l'adjudicació hereditària posteriorment efectuada, però que, segons la Direcció, no constitueix un mitjà de prova del Dret estranger, als efectes de l'article 36 RH, ja que no aporta una acreditació del seu contingut concret i vigent.

Dels certificats incorporats no resulta la necessitat d'intervenció dels hereus legítims en les operacions realitzades. De la qualificació tampoc no en resulta que la Registradora conegui el Dret belga. El defecte invocat podria haver estat la falta d'acreditació que, d'acord amb el Dret belga, és possible l'atorgament unilateral per una de les hereves. Però el que no és procedent és denegar la inscripció sense una asseveració de coneixement de la legislació aplicable, que no pot ser suplerta, en seu extrajudici-

al (i a diferència del que es preveu a l'article 281 LEC per a l'àmbit judicial), pel Dret material espanyol.

Resolució de 21 de gener de 2013 (BOE 44, 20-II-13: 1893)

El testament del causant institueix hereus els fills, substituïts vulgarment pels seus descendents, però només per als casos de premoriència o incapacitat. Havent renunciat tots els hereus, en l'escriptura d'herència qualificada es pretén que hereti la vídua.

Per contra, la Direcció entén que la renúncia de tots els hereus, sense tenir substituït i sense que sigui procedent el dret d'acréixer, obre la successió intestada (article 912.3 CC), que es donarà a favor del següent grau, és a dir, els néts (article 923 CC), per dret propi i no per dret de representació. Per a la determinació de qui són els cridats, es requerirà acta d'hereus abintestat. Només en defecte de néts, o per la seva renúncia, heretarà la vídua.

Resolució de 29 de gener de 2013 (BOE 49, 26-II-13: 2143)

Rebutja la inscripció d'una escriptura de partició atorgada per un dels marmessors comptadors partidors solidaris, nomenats amb «*les més àmplies facultats, inclús la d'entregar llegats*», per extralimitació del comptador, el qual prescindeix d'una legatària, en interpretar incompleta per aquesta la condició que se li va imposar en el testament (assistir i acompanyar fins al final dels seus dies el testador). El comptador li va notificar a la legatària per burofax la seva intenció de prescindir d'ella en la partició. La legatària no va contestar.

Les competències del comptador es limiten a comptar i partir, tot realitzant els actes jurídics i materials necessaris per a això: divisions, segregacions i pagament d'excessos d'adjudicació, si les finques no tinguessin fàcil divisió. Per a això no necessita el concurs d'hereus, legataris o legitimaris, però sí del vidu, si calgués liquidar prèviament la societat conjugal. No pot realitzar actes que excedeixin de la partició: commutar la legítima del vidu, realitzar fillols per al pagament de deutes, atribuir-se funcions privatives del testador, com la revocació de disposicions o la valoració dels supòsits de desheretament, etc. Pel que fa a aquest cas, tampoc no pot valorar si una legatària ha complert la condició que li imposa el testador, ja que aquesta és una qüestió prèvia a la partició que només es pot resoldre amb la conformitat de la interessada (expressada en escriptura pública, i no per mer silenci davant d'una notificació per burofax) o amb resolució judicial. No es tracta de la interpretació d'una clàusula testamentària, sinó d'interpretar els fets determinants del compliment o no d'una condició.

Resolució de 18 de febrer de 2013 (BOE 67, 19-III-13: 3004)

Declara inscrivible una escriptura d'acceptació d'herència a benefici d'inventari, malgrat que la citació als creditors s'ha realitzat per burofax (i no notòriament, ni per edictes) i que la data que s'assenyala per a la formació de l'inventari (8 d'agost de 2012) no coincideix amb la de l'escriptura (14 d'agost de 2012).

L'acceptació d'herència a benefici d'inventari limita la responsabilitat de l'hereu pels deutes de l'herència fins on assoleixi el valor d'aquesta (article 1023 CC), però sempre que es compleixin els requisits de l'article 1011 CC, entre els quals destaca anar



precedida d'un inventari dels béns de l'herència, amb citació dels creditors (article 1017 CC). El benefici d'inventari té naturalesa personal i, per tant, no correspon al Registrador controlar-ne la seva legalitat. Només l'autoritat judicial podrà controlar aquests requisits, el compliment dels quals té com a únic efecte la pèrdua del benefici d'inventari, de manera que els hereus respondran dels deutes de l'herència. D'altra banda, l'article 1014 CC exigeix que la citació dels creditors per a l'inventari sigui fefaent, però no que sigui notarial, i tampoc no hi ha cap precepte que imposi per a aquesta notificació la citació edictal a creditors desconeguts. Tampoc no constitueix defecte que el dia de la citació per a inventari sigui anterior al de l'escriptura, ja que l'únic requisit temporal de l'article 1017 CC (que es compleix en el supòsit) és fer l'inventari en els trenta dies següents a la citació i atorgar l'escriptura dins de seixanta dies més.

Resolució de 27 de febrer de 2013 (BOE 69, 21-III-13: 3109)

Declara inscrivible una escriptura d'herència acompanyada d'una acta de notorietat que declara hereus abintestat els dos únics fills, sense cap menció a la vídua, que havia renunciat a la seva quota d'usufructuària en una escriptura anterior.

Com a títols successoris, existeix una diferència substancial entre el testament, on preval la voluntat del causant, i la declaració d'hereus abintestat, on allò rellevant és la constatació d'uns fets dels quals en resulta una delació efectuada per la llei. Per això, no es pot inscriure una partició d'herència basada en una declaració d'hereus que infringeixi l'ordre legal dels nomenaments (Resolució de 10 de novembre de 2011), i, a més, han de presentar-se al Registre les còpies íntegres de les declaracions d'hereus abintestat (Resolució de 2 d'octubre de 2012). Certament, la declaració d'hereus s'ha de referir en el moment de la defunció del causant, ja que és aleshores quan es transmeten els drets a la seva successió (articles 657 i 661 CC), però aquest plantejament no invalida una renúncia del vidu formalitzada abans de la declaració d'hereus. La renúncia a l'herència exigeix: d'una banda, la defunció del causant i la delació o el nomenament a l'hereu (pressupòsits objectius), i de l'altra, la certesa del renunciant sobre els dos requisits anteriors (pressupòsit subjectiu). Segons les SSTs de 15 d'abril de 2011 i de 16 de juny de 2011 (que troben vàlida la cessió de drets hereditaris anterior a la declaració d'hereus), aquest pressupòsit subjectiu no significa que la prèvia declaració d'hereus sigui l'únic mitjà admissible per obtenir aquesta certesa i fer vàlida la renúncia. La declaració no és constitutiva, sinó declarativa. Tampoc no es pot mantenir que la renúncia del supòsit constitueixi una acceptació tàcita (article 1000 CC), car és pura i simple, i no translativa, ja que no modifica el curs de l'herència.

TRACTE SUCCESSIU

Resolució de 13 de novembre de 2012 (BOE 300, 14-XII-12: 15127)

Denega la inscripció d'una interlocutòria judicial del contingut de la qual s'infereix que va existir dubte quant al tipus d'expedient de domini seguit: inicialment, s'al·ludeix al d'immatriculació o doble immatriculació, però després es diu que és el de represa de tracte interromput havent-se observat els articles 201 LH i 274.284 RH. La Direcció entén aplicable també l'article

285 RH (específic per a la represa del tracte) i exigeix, per tant, la citació al titular registral i a la persona de qui provenen els béns. A més, falten les circumstàncies de la persona a favor de la qual s'ha de realitzar la inscripció.

En canvi, no constitueix cap defecte que la interlocutòria no contingui la descripció registral de la finca. El que es pretén és només la represa del tracte, però no la rectificació de la descripció. Si consten les dades d'inscripció, no hi pot haver dubtes sobre la identitat de la finca.

Resolució de 23 de novembre de 2012 (BOE 304, 19-XII-12: 15309)

Denega la realització d'una anotació preventiva de demanda, ordenada en interlocutòria de mesures cautelars, per impedir l'eventual venda de l'immoble domicili familiar de la demandant i la seva filla, en ser propietat d'una societat mercantil l'administrador únic de la qual és el demandat. La societat titular no ha estat part en el procediment, sense que concorri cap de les excepcions establertes expressament per llei al principi de tracte successiu.

Resolució de 26 de novembre de 2012 (BOE 304, 19-XII-12: 15312)

Consta inscrita una finca a nom de dos cònjuges. Un cop mort l'espòs, l'esposa va vendre la finca en document privat. Ara es pretén la inscripció de l'escriptura d'elevació a públic d'aquest document, atorgada també només pel comprador i per l'esposavenedora, la qual manifesta ser propietària de ple domini: quant a una meitat, pel títol inscrit al Registre, i quant a l'altra meitat, per herència del seu espòs, acompanyant certificats de defunció i d'últimes voluntats, i basant també en última instància el recurs en la prescripció adquisitiva, ja que considera just títol l'herència, unida a la possessió pública, pacífica i ininterrompuda durant trenta anys.

La Direcció denega la inscripció de l'escriptura d'elevació per infracció del principi de tracte successiu, sense apreciar la concurrència de cap de les excepcions taxades esmentades a l'article 20 LH. En particular, com que el contracte privat no està signat per l'espòs, no és possible l'elevació a públic directament pels seus hereus, sinó que aquests s'han d'adjudicar prèviament la seva herència. I, en tot cas, caldria acreditar la qualitat d'únics hereus mitjançant el títol successori (testament o declaració abintestat), i serà insuficient l'aportació dels certificats de defunció i d'últimes voluntats, que només acrediten, respectivament, la defunció i quin és l'últim testament o l'absència d'aquest. D'altra banda, el control de legalitat de la prescripció correspon als jutges, però no al Registrador, atès els limitats mitjans que té per a la seva funció qualificadora.

Resolució de 7 de desembre de 2012 (BOE 18, 21-I-13: 556)

Admet la inscripció d'un expedient de domini per a la represa del tracte. El promotor, mitjançant un document privat de 1959, va adquirir d'una de les titulars registrals i dels fills (presumptes hereus) de l'altra titular. En el moment d'iniciar-se l'expedient, resultava ja impossible obtenir la titulació material necessària per a la inscripció, car havien mort els successius posteriors hereus d'aquells que van subscriure el contracte al·ludit.



Resolucions

Certament, és doctrina reiterada que només hi ha interrupció del tracte si la inscripció d'una adquisició no es pot basar immediatament en el dret del titular registral, però que no hi ha pròpiament interrupció (i, per tant, no és possible l'expedient de domini, sinó que cal atorgar els títols intermedis) quan, entre altres casos, el promotor és causahavent del titular registral o va adquirir dels hereus d'aquest. Ara bé, la Direcció també té declarat que, fins i tot en aquests casos, és procedent l'expedient no només quan no hi ha títol escrit de domini, sinó també quan es té però no es pot inscriure per qualsevol causa (article 272 RH), i fins i tot quan existeix una dificultat extraordinària per reprendre el tracte mitjançant titulació ordinària.

Resolució de 14 de desembre de 2012 (BOE 22, 25-I-13: 720)

Constant una primera inscripció de possessió a favor d'un titular, ara la Direcció rebutja la inscripció d'un expedient de domini immatriculador que declara acreditada la propietat a favor de la seva hereva. Certament, és possible l'expedient de domini per convertir una inscripció de possessió en inscripció de domini (articles 399 LH 1909 i 88 i 499 RH 1915, que la doctrina considera vigents), però sempre que sigui a favor del mateix titular registral. En el cas resolt, el que es pretén és que un expedient immatriculador serveixi, a més de per a la conversió esmentada, també per reprendre el tracte. L'expedient de represa té tràmits essencials diferents de l'immatriculador, la finalitat del qual és evitar la indefensió del titular inscrit. A més a més, no seria possible, en aquest cas, pel fet que no existeix vertadera interrupció del tracte, ja que la promotora és hereva del titular inscrit.

Resolució de 19 de desembre de 2012 (BOE 22, 25-I-13: 726)

El 1979 es va atorgar una escriptura de compravenda que no es va inscriure. Posteriorment, es va inscriure una altra transmissió més recent a nom d'un titular diferent. El 2011 es va presentar l'escriptura de 1979, la inscripció de la qual es denega per falta de tracte (qualificació que constitueix l'objecte del present recurs). Vigent l'assentament de presentació de la compravenda esmentada, es presenta i s'inscriu una segregació atorgada pel titular registral actual.

La Direcció confirma que no és possible inscriure la transmissió de 1979 perquè, en el moment de presentar-la, la finca ja constava inscrita a nom d'un altre titular (article 20 LH), i aquest assentament ja està sota la salvaguarda dels tribunals, de manera que la seva modificació només és procedent amb consentiment del titular o amb resolució judicial (article 40 LH). La vigència de l'assentament de presentació causat per l'escriptura de 1979 no impedeix la inscripció de la segregació realitzada pel titular actual, que gaudeix de la presumpció de veracitat del Registre (principi de legitimació de l'article 38 LH).

Resolució de 8 de gener de 2013 (BOE 39, 14-II-13: 1564)

Denega la inscripció d'un expedient judicial de represa de tracte en el supòsit del qual la titular registral és la societat que va vendre en document privat al promotor. Només hi ha interrupció del tracte si la inscripció d'una adquisició no es pot basar immediatament en el dret del titular registral. En el cas resolt, no és procedent l'expedient perquè no hi ha pròpiament interrupció, ja que el promotor és causahavent del titular. El que és procedent és elevar a públic el document privat, sense que canviï aquesta

solució el fet que la societat estigui avui dissolta, per al qual l'article 400 LSC preveu una solució específica: l'elevació a públic la podran fer els liquidadors o, si no n'hi ha, el Jutge.

Resolució de 14 de gener de 2013 (BOE 39, 14-II-13: 1572)

Denega la inscripció d'una instància privada subscripta per l'hereva única per no trobar-se inscrita a nom de la causant, i s'han d'inscriure diverses transmissions, divisions i segregacions prèvies.

No obstant això, la Direcció no exigeix l'agrupació de dues finques registrals com a requisit per fer constar que es corresponen amb una sola referència cadastral. Admet que en la instància privada es modifiqui la superfície i els límits de diverses finques, malgrat que no es tracti de cap dels títols exigits per l'article 3 LH, i entén que l'admissió de la instància privada d'hereu únic, encara que sigui excepcional, ha de ser suficient per inscriure totes les circumstàncies que compregui el títol inscrivible. També admet la inscripció d'una disminució de cabuda causada per una expropiació, sense necessitat de prèvia inscripció del procediment expropiatori, per la mateixa raó que fa innecessària la inscripció d'una segregació per disminuir la superfície de la finca matriu que posteriorment es transmet.

Resolució de 16 de gener de 2013 (BOE 42, 18-II-13: 1742)

Denega l'anotació d'un manament d'embargament, dictat en procediment d'execució de títols judicials, sobre els drets de propietat que ostenta el demandat d'un habitatge de l'Institut de l'Habitatge a Madrid, el qual també ha estat demandat. En no constar inscrits al Registre els drets de propietat del demandat, encara no es poden embargar (article 20 LH). El que sí que seria procedent és l'anotació de suspensió per defecte esmenable (articles 105 i 205 RH).

Resolució de 5 de febrer de 2013 (BOE 54, 4-III-13: 2369)

Admet la inscripció d'una escriptura d'elevació a públic d'acords socials, per la qual la Reial Federació Espanyola de Tir Olímpic sol·licita que s'inscrigui al seu nom, com a successora de la titular, una finca que encara està inscrita a nom de la Societat de Tir Nacional. La Direcció desestima la pretensió registral, basada en un altre assentament referit a una altra finca, que la titularitat hagi de recaure en el Moviment Nacional, que ni consta com a titular, ni mai va sol·licitar ser-ho respecte de la finca objecte de recurs.

UNIÓ DE FET

Resolució de 7 de febrer de 2013 (BOE 54, 4-III-13: 2371)

Denega la inscripció d'una escriptura en la qual la titular d'una finca adquirida en estat de soltera, després de manifestar que en el seu actual estat de soltera té constituïda amb l'altre compareixent una unió de fet inscrita al Registre de Parelles de la Junta d'Andalusia, on hi consta també inscrita una escriptura en què tots dos van pactar l'aplicació a la unió de les regles del règim de guanys, aporta aquesta finca a la societat de guanys.

Tot i que els convivents poden regular les conseqüències del seu estat com ho creguin adient, dins dels límits de l'article 1255 CC (lleis, moral i ordre públic), no es pot aplicar el règim econò-



mic matrimonial a allò que no és un matrimoni. La unió no matrimonial, pel fet d'iniciar-se, no implica el naixement d'un règim de comunitat de béns.

URBANISME

Resolució de 2 de gener de 2013 (BOE 33, 7-II-13: 1291)

En aplicació del que es preveu per al cas de caducitat de llicència en l'article 173.3 de la Llei d'Ordenació Urbanística d'Andalusia, l'Ajuntament de Granada va declarar un dret de superfície en situació de venda forçosa per a la seva execució per substitució. Ara, aquest Ajuntament pretén fer constar aquesta situació al Registre de Propietat. La Direcció exigeix per a això la prèvia inscripció del dret al Registre Municipal de Solars i Edificacions Ruïnoses (article 150 LOUA), com també la constància d'aquesta inscripció mitjançant la nota prevista a l'article 87 RD 1093/1997.

USDEFUIT

Resolució de 29 d'octubre de 2012 (BOE 292, 5-XII-12: 14825)

Consta inscrita una finca com a finca de guanys. En sentència de divorci (que encara no ha accedit al Registre), l'espòs va transmetre a l'esposa el dret d'usdefruit. Ara es pretén la inscripció de l'escriptura d'herència de l'espòs (que incorpora la sentència esmentada), per la qual s'adjudica la finca per meitats indivises, i en ple domini, a la vídua i a la filla.

La Direcció ho denega. Del contingut de l'escriptura i la sentència que incorpora, es dedueix que no es tracta d'un usdefruit de guanys, sinó atribuït privativament a la vídua sense consideració quant a la seva durada, per tant, s'ha d'entendre que ho és per a tota la vida de la usufructuària, atès el caràcter naturalment vitalici del dret d'usdefruit —articles 561.3-3 i 561.16-1, lletra a) CCCat. Així, s'ha d'expressar el títol de transmissió de la meitat de l'usdefruit a favor de la filla, ja que és doctrina reiterada la necessitat de la causa, ja sigui renúncia o transmissió, les quals no poden presumir-se i han de ser expresses.

Resolució de 28 de novembre de 2012 (BOE 304, 19-XII-12: 15315)

Distingeix diverses situacions de l'usdefruit de guanys:

- Usdefruit adquirit per un cònjuge sobre la seva pròpia vida. Si mor el constituent, s'extingeix l'usdefruit, el valor del qual és nul a afectes de liquidació de la societat conjugal. Si mor l'altre cònjuge, l'usdefruit subsisteix fins que mori el constituent, el qual, tanmateix, per disposar de l'usdefruit (dret de guanys), necessitarà el consentiment dels hereus, llevat que li hagi estat adjudicat a ell en la liquidació de la societat conjugal.
- Usdefruit adquirit conjuntament per tots dos cònjuges, sense prevenció addicional: un cop mort un cònjuge, subsisteix l'us-

defruit fins a la mort de l'altre (article 1521 CC), però ingressa en la liquidació de la societat conjugal.

- Usdefruit adquirit conjuntament per tots dos cònjuges, però afegint que és «successiu» (previsió que s'ha d'entendre en el sentit més adequat per tal que tingui efecte i no sigui inútil o redundant): un cop mort un cònjuge, passa al supervivent, però queda exclòs de la liquidació de guanys. El cònjuge titular pot disposar del seu dret sense obstacle.

La Direcció considera que l'usdefruit del supòsit pertany a aquest últim tipus. Per això, considera inscrivible l'adjudicació derivada d'un procediment judicial d'execució hipotecària en el qual només van ser demandats el cònjuge supervivent i el nu propietari, però no els hereus del cònjuge premort (els quals innecessàriament havien concorregut, no obstant això, a la constitució d'hipoteca).

VINCULACIÓ OB REM

Resolució de 15 de gener de 2013 (BOE 39, 14-II-13: 1575)

Consta inscrita una finca, destinada a ús social i esportiu, sense possibilitat de divisió (segons el que es disposa a l'article 401 CC), com a element comú pertanyent, en la proporció indivisa d'un 1%, a altres finques que s'enumeren i en les respectives inscripcions de les quals també es fa constar que els pertany l'1% de la finca comuna.

Ara la Direcció denega la inscripció d'una escriptura per la qual es ven una de les finques privatives sense incloure la referida participació indivisa en la finca comuna. Regeix en el nostre ordenament el sistema de *numerus apertus* de drets reals, de manera que res s'oposa al fet que una finca es constitueixi com a objecte sobre el qual els titulars d'altres finques tinguin una cotitularitat *ob rem*, és a dir, un dret de comunitat inherent a la titularitat privativa, la disposició del qual ha d'incloure necessàriament la participació indivisa de la finca comuna.

VOL

Resolució de 20 de febrer de 2013 (BOE 67, 19-III-13: 3008)

Consta inscrit un dret de vol constituït en escriptura de 1999 per un termini de deu anys des del seu atorgament, «un cop aquest transcorregut, la part de solar sobre la qual es reserva el dret serà element comú de l'edifici». El 2012 s'atorga escriptura de cessió pel preu del vol a favor de tercer. La Direcció denega la seva inscripció per haver transcorregut el termini per al seu exercici, sense estimar l'al·legació que el termini es va establir per exigència d'una norma (article 16 RH) que posteriorment va ser anul·lada per la STS de 31 de gener de 2001, ja que no consta que el termini es condicionés a la vigència de la disposició reglamentària anul·lada.

Ressenya de les principals resolucions de la Direcció General de Dret i Entitats Jurídiques de la Generalitat

PublicadEs durant el primer trimestre del 2013

Víctor Esquirol Jiménez

Notari d'El Masnou

PROPIETAT HORITZONTAL

Delimitació entre propietat horitzontal i segregació

Resolució de 10 d'octubre de 2012 (DOGC d'1 de gener de 2013)

Resum: La propietària única d'una casa de diverses plantes no constituïda en règim de propietat horitzontal segrega una part de la planta baixa destinada a garatge, i fa constar que les parets són mitgeres i que queda subjecte a una mitgeria de càrrega amb la resta de la finca matriu. S'acompanya llicència municipal de constitució de propietat horitzontal d'aquesta casa en dues entitats. La Registradora no veu possible segregar part d'un local d'un edifici no dividit horitzontalment. Els principals arguments del Notari autoritzant i recurrent són el principi d'autonomia de la voluntat i el de *numerus apertus* dels drets reals, que, en la seva opinió, permet la configuració descrita quan en les finques no hi ha més elements comuns que el sòl i les parets. Per la seva banda, la Registradora considera que en la situació física descrita la configuració com a propietat horitzontal té caràcter imperatiu, ja que són comuns tots els elements estructurals de l'edifici.

La DGDEJ confirma la nota de qualificació. En la seva opinió, el principi de llibertat civil ha de ser compatible amb les exigències estructurals del sistema, amb els límits que imposa la transcendència *erga omnes* de l'estatut jurídic dels béns i amb la situació fàctica a la qual es vol aplicar. Així en resulta de la doctrina de la DGRN, que assumeix, en permetre que es pugui obrir finca independent a espais volumètrics quan puguin ser objecte de relacions jurídiques independents, però rebutja aquesta mateixa possibilitat respecte dels elements d'aprofitament independent que formen part d'un

edifici en què estan integrats i on hi ha una interdependència física i unes relacions complexes que només es poden regular constituint un règim de propietat horitzontal. La diferència estructural entre la mitgeria i la propietat horitzontal consisteix en què a la mitgeria hi ha dues edificacions que comparteixen una paret de càrrega o el sòl que les sustenta, mentre que en la propietat horitzontal hi ha un sol immoble en què coexisteixen elements de propietat privativa i elements comuns. El caràcter imperatiu de la regulació de la propietat horitzontal resulta de l'exigència que el títol constitutiu s'ha d'ajustar a les previsions del CCCat (art. 551.2-2). En definitiva, per a la DGDEJ, el més determinant és si es tracta d'una edificació (situació en què estariem davant d'una propietat horitzontal) o de diverses (en què parlariem de servitud de mitgeria). En el cas que ens ocupa, la DG considera que existeix una unitat, pel fet de no tractar-se d'una edificació nova que es construeixi dins d'una altra preexistent, i perquè no resulta del títol que la part de la planta baixa que se segrega tingui una independència física i funcional respecte de la resta de l'immoble, sinó que totes dues finques comparteixen estructura, façana, teulada, instal·lacions, desaigues, fonaments, etc.

Comentari: La DGDEJ segueix en aquest punt el criteri que la DGRN ja havia sustentat, concretament en les RRDGRN de 26 de juny de 1987 i de 3 d'abril de 1989, que obligaven a aplicar la normativa sobre propietat horitzontal quan l'immoble que es pretenia segregar no tenia l'autonomia fisicoeconòmica necessària per ser configurat com una finca nova, independent i susceptible d'un dret dominical totalment deslligat del que recau sobre la resta de la finca matriu; a més, la interdependència en relació amb elements com són els fonaments, l'estructura, les conduccions, els desaigues, etc.,



comporta una complexitat jurídica que exigeix l'aplicació de les normes de la propietat horitzontal.

FACULTATS DISPOSITIVES

És inscrivible la limitació que s'autoimposa el propietari de les seves facultats dispositives

Resolució de 28 de novembre de 2012 (DOGC de 14 de gener de 2013)

Resum: La propietària d'una finca atorga una escriptura en què, ateses les circumstàncies personals per les quals passa, limita per cert temps les seves facultats de disposició i gravamen sobre aquesta finca; i s'exigeix, per a això, el consentiment d'una determinada persona.

La Registradora de la Propietat al·lega per tal de no inscriure la falta de previsió legal de l'autolimitació de la facultat de disposar i que la finalitat perseguida per l'atorgant de l'escriptura es pugui aconseguir mitjançant la seva incapacitació o bé acudint a la figura de l'assistència regulada al llibre II CCCat.

El Notari recurrent entén que no es tracta d'una qüestió relativa a la capacitat d'obrar de la persona, sinó del seu poder de disposició, i que de l'examen de la regulació de les limitacions a la facultat de disposar i del principi civil en resulta que el titular d'un dret de propietat es pot autoimposar una limitació de les seves facultats dispositives.

La Registradora afegeix en el seu informe que la competència per resoldre el recurs correspon a la DGRN, atès que el Dret català no regula l'autolimitació de la facultat de disposició; que aquesta autolimitació és una obligació personal que no pot accedir al Registre, i que podria afectar tercers que tinguin o que puguin tenir drets sobre el patrimoni del titular registral.

La DGDEJ resol a favor de la seva competència per entendre del recurs i a favor del recurrent, sobre la base dels següents arguments:

- La competència de la DGDEJ es deriva de l'aplicació del Dret català, atesa la situació de l'immoble i el veïnatge civil de l'atorgant, sobre la base dels art. 14 EA i 111.3 CCCat.
- La qüestió plantejada no afecta la capacitat d'obrar de l'atorgant, sinó a les seves facultats dispositives, ja que l'escriptura no pretén afectar l'estat civil i la seva aptitud per exercitar els drets i les obligacions dels quals és titular, sinó només la seva legitimació per exercitar el dret de propietat que ostenta sobre un immoble determinat.
- No existeix cap disposició legal concreta que admeti l'autolimitació o no de les facultats dispositives, la qual cosa no ens ha de conduir a la no admissibilitat, sinó a admetre-la sobre la base de l'aplicació dels principis generals del Dret català (art. 111.1), entre els quals es troba el principi de llibertat civil (art. 111.6) i el principi de la possibilitat de constituir drets reals limitats en una cosa pròpia, com ara la servitud de propietari (art. 566.3) i l'usdefruit de propietari —art. 561.3-2, lletra c), i 561.16-1, lletra c). I si el propietari pot constituir un dret real limitatiu del domini sobre cosa pròpia, amb més raó podrà limitar les seves facultats dominicals, tal com confirma l'art.

545.4-1 en disposar que «els titulars del dret de propietat poden establir de manera voluntària les limitacions que creguin convenientes de l'exercici de les facultats que comporta, sense altres límits que els que estableixen les lleis», sense exigir que es constitueixin a favor d'una persona diferent del propietari.

- Per a la DG, no estem davant d'una obligació personal (si fos així, els conceptes *deutor* i *creditor* s'extingirien per confusió) ni davant d'un dret real, sinó davant d'una simple prohibició o limitació a la facultat de disposar, l'admissibilitat de la qual recullen els art. 428-6 i 531.18, si es compleixen determinats requisits, que són:
 - a) El seu caràcter temporal, que es compleix, en aquest supòsit.
 - b) El seu caràcter gratuït, que no és exigible aquí, ja que el propietari i el beneficiari de la limitació són la mateixa persona.
 - c) Que obeeixi a una raó lícita ja no ho exigeix l'art. 428.6; tot i així, en aquest cas, es pot considerar com a tal l'autoprotecció del propietari enfront d'un acte propi irreflexiu.
 - d) Que no perjudiqui tercers, cosa que no sembla que es pugui produir en aquest cas, en què la limitació no podria oposar-se a un embargament instat per un creditor.

Comentari: Tinc seriosos dubtes que la declaració de voluntat emesa per la propietària i que pretén inscriure al Registre de Propietat, tingui alguna eficàcia jurídica. El principi de llibertat civil permet la realització d'un ampli elenc d'actes jurídics, però de la mateixa manera que una persona pot renunciar a determinades facultats, també té la llibertat de deixar sense efecte aquesta renúncia, especialment en un cas com aquest en què ningú adquireix cap dret ni pot resultar perjudicat. Què passaria si al cap d'un temps la propietària canviés d'opinió i volgués cancel·lar la limitació autoimposada? Hauríem de negar-li, els notaris, la possibilitat d'atorgar una acta de manifestacions en aquest sentit? Ens hauríem d'abstenir d'autoritzar la venda en què expressa o deixa tàcitament sense efecte la limitació? A parer meu, no; per això la limitació no té eficàcia jurídica, un requisit indispensable per tal que existeixi un negoci jurídic i l'acte sigui inscrivible. Es podria esmentar com a semblant el supòsit del poder irrevocable, que només es pot admetre com a tal quan existeixi una relació jurídica subjacent entre poderdant i apoderat que justifiqui la irrevocabilitat. En el cas de la servitud de propietari, és a dir, quan el propietari del predi servent i el del dominant són la mateixa persona, existeix un dret real, l'eficàcia del qual queda en suspens fins que tots dos predis tinguin diferents propietaris (el propietari únic no es podria demandar a si mateix per incompliment), però el dret queda constituït. En el cas que ens ocupa no existeix, a parer meu, res més que una declaració d'intencions sense cap eficàcia jurídica, ja que el propietari no pot quedar vinculat per la pròpia declaració de voluntat.



Resolucions

HERÈNCIA

De confiança. Interpretació del testament en cas de caducitat de la confiança no prevista per la testadora

Resolució d'1 de març de 2013 (DOGC de 27 de març de 2013)

Resum: La testadora va nomenar un hereu de confiança amb les facultats pròpies d'aquesta institució, preveient, en el cas que la llei no reconegués la validesa del nomenament, que fos hereu universal i lliure, i «*substituint-lo vulgarment*» en el càrrec per una altra persona amb les seves mateixes facultats. L'hereu de confiança va acceptar el nomenament mitjançant una escriptura en què s'adjudicava una finca i manifestava que, mentre no revelés o complís la confiança, tindria la consideració d'hereu amb facultat d'administrar i disposar per actes entre vius. Un any més tard, va morir, i en l'escriptura d'acceptació de la seva herència, els seus hereus es van adjudicar la referida finca.

Un cop presentada aquesta última escriptura al Registre, la Registradora denega la inscripció sol·licitada i proposa l'obertura de la successió intestada de la primera causant, ja que l'hereu de confiança havia mort sense revelar la confiança, per tant, havia caducat aquesta institució.

El recurrent i el Notari autoritzant al·leguen que de la clàusula que converteix l'hereu de confiança en lliure se'n desprèn la voluntat de la testadora d'excloure la successió intestada, i que el supòsit que la llei no permeti la institució s'ha d'estendre a qualsevol cas d'ineficàcia de l'herència de confiança.

La DGDEJ admet parcialment el recurs i resol que la solució no consisteix ni en l'obertura de la successió intestada ni en la conversió de l'hereu de confiança en hereu lliure, sinó en l'aplicació de la clàusula de substitució prevista per la testadora. La conversió la descarta

sobre la base de la prohibició legal que l'hereu de confiança pugui apropiarse dels béns de l'herència (art. 424.14) i en la previsió legal que la mort de l'hereu de confiança sense haver revelat la confiança produeix caducitat (art. 424.15-1), sempre que, naturalment, el testador no disposi una altra cosa, i d'això no en veu indicis en el testament. La DG no veu suficient la previsió testamentària de conversió, que considera disposada per a l'únic supòsit que esmenta: un canvi legislatiu que prohibeixi, amb posterioritat a l'atorgament del testament, la institució de l'herència de confiança. En canvi, sí que entén que la substitució vulgar prevista per la testadora és aplicable al supòsit de caducitat de confiança, per ser anàloga a la previsió legal de les substitucions vulgars per a hereus subjectes a condició suspensiva i per ser coherent amb el principi de preferència de la successió testada sobre la intestada.

Comentari: No m'acaba de convèncer la solució de la DG, prefereixo la del Notari. És clar que la testadora no havia previst el supòsit de caducitat de l'herència de confiança, però sí que havia previst la seva ineficàcia, de manera que si el nomenat no pogués complir l'encàrrec, passés a tenir la condició d'hereu lliure. Tal com també interpreta el Notari autoritzant, em sembla molt més coincident amb la voluntat de la testadora que no pas l'aplicació d'una institució com la substitució vulgar, que és una substitució en l'herència i no en el càrrec. Atès l'escàs temps transcorregut entre les defuncions de la testadora i de l'hereu de confiança (un any), entenc més lògica una interpretació extensiva de la clàusula d'ineficàcia de l'encàrrec que una substitució vulgar no prevista per a la ineficàcia del càrrec (ja que no parlaria de substitució vulgar, sinó de subrogació en el càrrec). Precisament la inclusió d'una clàusula de substitució vulgar dona a entendre que l'hereu de confiança hauria realment heretat o podia fer seus els béns de l'herència segons les instruccions de la testadora, ja que aquesta sembla ser realment la seva voluntat, una voluntat que s'ha d'entendre prevalent a la prohibició de l'hereu de fer propis els béns de l'herència.

Conferència del Fiscal General de l'Estat al Col·legi en la Jornada sobre «Dret Penal i activitat econòmica»

El darrer 14 de març, el Col·legi va celebrar les conferències sobre «Dret Penal i activitat econòmica», que van reunir els màxims representants en aquest àmbit del Tribunal Suprem i de la Magistratura i van comptar amb la intervenció d'Eduardo Torres-Dulce, Fiscal General de l'Estat.

En la inauguració de la Jornada, el Degà del Col·legi, Joan Carles Ollé, va posar de manifest que el Notari és un professional clau en l'àmbit de la prevenció del blanqueig de capitals, i va destacar «el grau d'intensitat i l'extrema eficàcia» de la seva col·laboració amb l'Administració. Després de recordar que el seu paper va ser reforçat ostensiblement amb la modificació de la Llei 36/2006, de 29 de novembre, de prevenció del frau fiscal, que va suposar, entre altres coses, la creació de l'Oficina de Prevenció del Blanqueig (OCP), va assegurar que «els notaris són, possiblement, la part més i millor tecnificada de la funció pública», pel fet de generar l'anomenat Índex Únic Informatitzat, que és, «a dia d'avui, la segona base de dades més important d'Espanya», i va afirmar que «produeix un cert malestar que el Notari no sigui aprofitat "més i millor"».

El Fiscal General de l'Estat, que va tancar les intervencions, va exposar com ha anat evolucionant el concepte d'imprudència per falsedat en document públic, i va distingir clarament entre l'etapa anterior al 1995 i la posterior, en què el Codi Penal «ha viscut vint-i-cinc modificacions». Així, va assegurar que «tenim una política legislativa d'intervenció màxima», i va qualificar de «notori error» aquesta excessiva legislació, ja que moltes coses «haurien de tenir assentament fora del Codi Penal, si aquesta societat fos responsable amb administracions públiques igualment responsables a l'hora de delimitar la culpa». Va fer un repàs a la legislació i a la jurisprudència respecte d'això, i va destacar que «la doctrina tendeix a un increment culpós de la falsedat en document públic». Així mateix, va destacar que «la fe pública notarial és el contrast de seguretat més preuat», com també que «la intervenció del Notari és sinònim de veracitat».

Per la seva banda, el President de la Sala Segona Penal del Tribunal Suprem, Juan Saavedra, va centrar la seva exposició en el «Blanqueig de diners des de la perspectiva notarial», i va fer un repàs de les lleis que han regulat aquesta matèria tant a Europa, que estableix una «legislació bàsica per tal que els Estats posteriorment la regulin», com a Espanya, «on, com és normal, s'ha estat molt més



La Jornada de Dret Penal va comptar amb la participació d'Eduardo Torres-Dulce, Fiscal General de l'Estat (esquerra), i la clausura de Germà Gordó, Conseller de Justícia (dreta).



Vida corporativa

exigent que el que estableix la Directiva europea de 2005». Així mateix, va destacar la creació del SEPBLAC i l'Ordre Ministerial de 20 de setembre de 2005, que regula la creació de l'Òrgan Centralitzat de Prevenció (OCP) per part del Consell General del Notariat, del qual va destacar que «funciona molt bé, està gestionat adequadament a nivell tecnològic i tècnic i és a càrrec dels mateixos notaris». Carlos Granados, Magistrat de la Sala Segona i Exfiscal General de l'Estat, va destacar en la seva ponència, dedicada a «La responsabilitat penal de les persones jurídiques», que es tracta d'una institució innovadora i que encara no està desenvolupada als tribunals de Justícia. Malgrat afirmar que «l'empresa, per la seva complexitat estructural, dificulta el fet de determinar els títols d'imputació», va assegurar que, després de la Llei 5/2010, de 22 de juny, «avui a Espanya ja és possible que una empresa-societat s'assegui al banc dels acusats». Mentrestant, Pablo Llarena, President de l'Audiència Provincial de Barcelona i President de l'Associació Professional de la Magistratura, es va centrar en «Aspectes processals de la responsabilitat penal de les persones jurídiques». En aquest sentit, va destacar que «el legislador espanyol oblida la regulació sobre la manera de portar-la a terme i no estableix ni una norma sobre aspectes processals», malgrat que el Tribunal Constitucional ja ha reconegut a les persones jurídiques determinats drets —com el de l'honor, la igualtat o la llibertat d'expressió—, o sota el punt de vista processal. El ponent també va repassar com afecta les persones jurídiques aspectes com la inviolabilitat de l'edifici, els poders, les comunicacions postals i telefòniques o el problema del «procediment en absència».

La Jornada va ser clausurada pel Conseller de Justícia, Germà Gordó, el qual va voler destacar la Sentència del Tribunal de la Unió Europea, feta pública aquell mateix dia, sobre la Llei Hipotecària espanyola. Així, va afirmar que «la societat catalana i l'espanyola s'han d'atrevir, cada cop més, a establir límits morals en la legislació econòmica». A més a més, va afegir que, «en la mesura en què aquests límits morals calin, cada cop serà menys necessari que s'hagi d'aplicar l'ordenament jurídic penal en l'activitat econòmica».

Presentació del llibre *Los decanos del Colegio Notarial de Cataluña (1862-2012)*



L'acte, presidit per Joan Carles Ollé, actual Degà del Col·legi, i Juan José López Burniol, President de la Fundació Noguera, va omplir la sala d'actes del Col·legi.

El darrer 13 de febrer va tenir lloc la presentació del llibre *Los decanos del Colegio Notarial de Cataluña (1862-2012)*. Ciento cincuenta años de historia de la corporación notarial catalana, que va omplir la sala d'actes de la seu col·legial.

El llibre, escrit per Laureà Pagarolas i Lluïsa Cases, dos dels millors coneixedors de la història institucional i documental del Notariat català, i editat conjuntament pel Col·legi i la Fundació Noguera, recull la vida i l'acció dels trenta-un degans que el Col·legi ha tingut en l'últim segle i mig. A través del record de figures com Fèlix Maria Falguera Puiguriquer, Ricard Permanyer Ayats, Ramon Faus Esteve, Raimon Noguera de Guzmán, Lluís Figa Faura, Josep M. Puig Salellas o Lluís Roca-Sastre Muncunill, el llibre suposa una aportació significativa a la història del Notariat de Catalunya a través de set generacions de degans i posa de manifest el seu pes en la història del país.



La jornada d'arbitratge va comptar amb la participació dels notaris Ildefonso Sánchez Prat i Francisco Armas Omedes, tots dos membres del Tribunal Arbitral de Barcelona (TAB); Jesús María de Alfonso, President del TAB i Ramón Mullerat Balmaña, President de l'Associació per al Foment de l'Arbitratge

La presentació va ser a càrrec de Borja de Riquer, catedràtic d'Història Contemporània, el qual va afirmar que aquesta obra «suposa una reflexió sobre els notaris dins de la societat catalana contemporània». Per la seva banda, Laureà Pagarolas, coautor del llibre i director tècnic de l'Arxiu Històric de Protocols de Barcelona, va remarcar que el llibre ha pretès «rescatar els degans de l'oblit i facilitar als notaris d'avui una relació adequada amb els seus predecessors», i també va destacar que «els degans sempre han estat persones rellevants en el món jurídic i amb un pes notable que ha contribuït a la inserció del Notariat en la societat». Juan José López Burniol, President de la Fundació Noguera, va voler destacar el «protagonisme encara més accentuat del Notariat a Catalunya respecte a la resta d'Espanya», pel fet que, «en no tenir Catalunya una estructura d'Estat propi, l'únic dispensador de forma pública que els catalans tenien al seu abast era el Notari».

L'acte va concloure amb la intervenció de Joan Carles Ollé, actual Degà del Col·legi i figura amb la qual es tanca la publicació, el qual va afirmar que aquest llibre «és un acte de justícia a la institució i, en definitiva, a la professió», que va definir com «una peça bàsica i imprescindible per a la seguretat jurídica de les relacions socials, familiars i econòmiques, més enllà de la implicació contínua i permanent al llarg del temps en modernització». Per concloure, va assegurar que «hem estat una figura clau en la història jurídica, econòmica i social del país i volem continuar sent-ho».

Jornades sobre Dret de Societats de Capital i sobre arbitratge

Del 25 al 28 de febrer, el Col·legi va organitzar unes Jornades sobre qüestions actuals del Dret de Societats de Capital, en què es van repassar nombrosos aspectes relacionats amb l'estudi, la preparació i la tramitació d'operacions vinculades a les societats de capital, com també les últimes novetats introduïdes en aquest àmbit. El curs va comptar amb l'assistència d'advocats, economistes, titulats mercantils, administradors concursals i administradors i gerents societaris.

Les Jornades van tenir com a ponents diversos advocats experts en aquesta àrea, com també magistrats-jutges de jutjats mercantils de Barcelona i catedràtics de Dret Mercantil de diferents universitats. A aquests s'hi van sumar les exposicions de José Luis Gómez Díez, Notari de Palma de Mallorca, que va fer un repàs al funcionament regular de les societats de capital i a les operacions societàries de modificació estructural, i Jesús Fuentes Martínez, Notari de Barcelona, que va exposar el règim de convocatòria de la Junta General de les societats de capital. Altres temes exposats van ser els pactes extraestatutaris, el règim de transmissió de les accions, els òrgans d'administració de les societats de capital, els conflictes societaris, la valoració d'accions i participacions socials o les novetats produïdes entorn de les modificacions estructurals de les societats mercantils. També es va dedicar una especial atenció a la situació de crisi de les societats de capital, la insolvència i el concurs de creditors, el règim local de la dissolució i liquidació d'aquestes societats i la responsabilitat dels administradors en el context actual.



Vida corporativa

Unes setmanes després, concretament el 10 d'abril, va tenir lloc, a la seu col·legial, una Jornada sobre arbitratge, sota la coordinació d'Ildefonso Sánchez Prat, Notari de Barcelona i Vicepresident del Tribunal Arbitral de Barcelona (TAB), que va comptar amb les intervencions de Francisco Armas Omedes, Notari de Barcelona i membre de la Junta Directiva del TAB, el qual va exposar l'arbitratge des del punt de vista notarial. També van intervenir Jesús M. de Alfonso, President del TAB, que va repassar l'encàrrec arbitral, els poders de l'àrbitre, el codi de conducta, la seva responsabilitat i la jurisdicció; Màrius Miró, Advocat i membre del TAB, que va exposar el procés arbitral, des de les verificacions prèvies, els seus principis, al·legacions, audiències, regles de prova, incidents i el laude, i, finalment, Ramon Mullerat Balmaña, President de l'Associació per al Foment de l'Arbitratge (AFA), que va exposar la independència i la imparcialitat de l'àrbitre, com es mesura i qui el valora, com també la casuística nacional i internacional.