

LaNotaria

Número 2 | 2012

Revista del Colegio Notarial de Cataluña

Fundada en 1858

Elecciones en el Notariado

El futuro de la profesión a debate

Artículos de Joan Carles Ollé, Salvador Torres,
Javier Manrique y Editorial

**“La fe pública del notario es una
de las cosas más sólidas y aceptadas
socialmente en nuestro país”**

Entrevista a MIGUEL ÁNGEL GIMENO
Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña

**“Hoy no hay una convicción de fondo
de que lo importante
es el orden institucional”**

Entrevista a LANDELINO LAVILLA
Consejero permanente del Consejo de Estado

TRIBUNA

Joan Carles Ollé Favaró
Salvador Torres Ruiz
Jordi Figa López Palop
Javier Manrique Plaza
Alberto Sáez de Santamaría

DOCTRINA

La defensa de la dignidad de la persona en el libro II
del Código civil de Cataluña. Medios para su protección
Un precepto legal que debe entenderse por no escrito:
¿hacia el arbitraje de plazo indefinido?
El Derecho registral inmobiliario y el Registro de la Propiedad

PRÁCTICA

Impuesto sobre Actos Jurídicos
Documentados: cantidad o cosa valuable
en cambios de uso o destino
Comentarios a algunas
de las recientes disposiciones normativas
de mayor interés notarial

NUEVO

NACE EL PORTAL DE REVISTAS

EL PRIMER QUIOSCO JURÍDICO EN LA RED



LÍDERES EN OPINIÓN Y ANÁLISIS DOCTRINAL
Las más prestigiosas firmas del panorama jurídico, dirigen y componen los consejos de nuestras revistas garantizando la calidad y la excelencia de los más de 500 artículos que cada mes se incorporan al portal.

ADEMÁS...

- ✓ Actualización permanente y sistema de búsqueda.
- ✓ Revistas semanales por correo electrónico.
- ✓ Contenidos nuevos e interrelacionados.
- ✓ Nuevos formatos compatibles con todo tipo de tabletas.
- ✓ Alertas personalizables por correo electrónico.
- ✓ Vídeos y encuentros digitales.
- ✓ Interacción con los contenidos con posibilidad de votar, opinar o sugerir.
- ✓ Reciba también su revista en papel.

ENTRE EN <http://revistas.wke.es> Y COMPRUÉBELO

tel.: 902 250 500



COLEGIO NOTARIAL
DE CATALUÑA

Director:

Ángel Serrano de Nicolás

Subdirector:

Guzmán Clavel Jordà

Consejo de redacción:

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

Consejo editorial:

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

Coordinación:

Sandra Purroy Corbella

Diseño y Producción: LA LEY

ISSN: 0210-427X

D.L.: M-15124-2012

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

© 2010 Il·lustre Colegio de Notaris de Catalunya
Notariado 4 - 08001 Barcelona

Edición online disponible en
www.colnotcat.es

lanotaria@catalunya.notariado.org

Reformas legislativas imprescindibles para encarar el siglo XXI

En el ecuador de los meses a que corresponde este número de LA NOTARIA, se ha celebrado el 150 aniversario de la vigente Ley del Notariado, con la solemnidad que corresponde a tan relevante efeméride, no únicamente para el Notariado, sino, también, para el mundo jurídico en general. Con orgullo puede presumir el cuerpo notarial del relevante servicio que viene prestando día a día, en las grandes ciudades y en los más pequeños pueblos, a la seguridad jurídica y, por tanto, a la economía. Su eficiente funcionamiento en un Estado moderno y democrático es esencial pero no puede absorberlo ni, menos, justificarlo todo.

En un tiempo en que la «*deregulation*» lo pretendía abarcar todo, y, más aún, intentar cambiar, sin especial fundamento ni justificación, instituciones, formas de actuar e incluso fines y principios que configuran una determinada concepción del mundo en amplias capas sociales y naciones, con las consecuencias bien a la vista, e incluso podría decirse que con insólita paciencia de todos, parece ya imprescindible —con pleno respeto a la esencia de la libertad de mercado y a la globalización, que ineludiblemente irá acercando instituciones jurídicas— dar un aldabonazo y volver a poner en valor lo que no debió recibir tanto vituperio, para al final ver que tantas cosas tan bien adornadas, con la publicidad del «tú te lo mereces», el «compras hoy y te lo financiamos...», no eran sino fútiles. Aún peor, la compra más relevante que suele hacer cualquier persona o familia es ya, y no tiende a disminuir en tanto no crezca la economía y sí el paro, pesada losa que recaerá —como hipoteca sobre inmueble que es— durante decenios sobre una persona o familia entera, que puede llevarla en el mejor de los casos —en tanto pueda ir pagando— a ser deudora de algo que en un porcentaje, de incluso el 20 %, no vale, ni valdrá en bastante tiempo, lo que pagó —y por tal se le tasó—, y, en el peor de los casos —si ya todos los miembros de la familia están en paro—, conducirla al borde de la exclusión social. Resulta pues imprescindible regular el sobreendeudamiento de la persona física, como fase previa y al margen del concurso, por exigirlo, también, el mercado interior europeo para actuar en igualdad de condiciones y oportunidades entidades de crédito y deudores.

Desde una óptica más notarial resulta ya imprescindible refaccionar la Ley del Notariado. No se trata de redactar una ley de nueva planta, ni únicamente de cómo se eligen nuestros representantes por relevante que sea y lo es, sino de recoger lo que el Notariado (como cuerpo único) ya es y como tal se le exige por la sociedad, y por los Tribunales, incluso más allá de lo que pobremente contempló o vislumbró el legislador decimonónico, sin olvidar que ya ha transcurrido más de un decenio del siglo XXI y ni la economía, ni las formas de operar o contratar (contratación en

masa, contratos de adhesión, la forma como forma informativa, el desistimiento presente en prácticamente todos los contratos con consumidores, etc.), ni los saberes e información de los particulares, el ciudadano medio generalmente informado cual casi categoría jurídica, son los mismos que en el siglo XIX o XX, como tampoco la técnica, singularmente la informática, Internet, etc., con la que el Notariado está ya actuando y, cada vez más, tendrá que operar y relacionarse, sean ciudadanos o los operadores jurídicos más habituales, nacionales e incluso extranjeros, singularmente de la Unión Europea.

La Unión, al margen de vicisitudes puntuales y de las crisis inherentes a todo crecimiento y unificación, será cada vez más un único mercado de bienes y servicios, y, aunque se haya desechado un único Código civil europeo no tendría que suceder igual en materia contractual. Cada vez habrá más reglamentos (relevantes en nuestra práctica diaria lo serán en materia de sucesiones o régimen económico matrimonial) y directivas, que, aunque admitan singularidades nacionales, sin duda irán uniformando el mercado interior, ámbito en el que más habitualmente actúa el Notariado.

Aparece un tiempo tan complejo como apasionante, en el que el Notariado ocupará una posición central, como ya se le viene reconociendo en la legislación que se está transponiendo a nuestro ordenamiento interno, caso de la mediación, y en que no únicamente será de aplicación cotidiana la legislación interna, sino, igualmente, la comunitaria. Al efecto, son piedra angular los reglamentos y la jurisprudencia comunitaria. Sirva como ejemplo, en los convulsos tiempos presentes, la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Primera, C-618/2010, Pte. A. Tizzano) en que respecto de los intereses de demora admite que el Juez pueda examinarlos de oficio y, declarado su carácter abusivo, serán nulos sin posibilidad de moderación; está también pendiente de resolver (difícilmente se convalidará la regulación actual) la cuestión prejudicial sobre las causas de oposición en la ejecución hipotecaria.

Finalmente, la hipoteca, como derecho de realización de valor, requiere de una urgente y novedosa regulación, acercando la tasación al momento de la adjudicación y facilitando la conservación de la vivienda habitual aunque sea novando el negocio que se celebró, pues su fracaso está siendo clamoroso y en no pocas ocasiones con manifiestas injusticias por lo que se entiende como «producto», y, desde luego, si fracasa la realización es obvio que fracasa la hipoteca. Aquí, en materia de ejecución hipotecaria, la actuación notarial podría ser relevante si la tramitación no ya se acerca sino que debería superar a la LEC del 2000; no bastan, aunque fuesen imprescindibles, los parches para evitar ciertos tipos de subastas, por otra parte referidos a la vivienda habitual pero no al resto de inmuebles.

Ángel Serrano de Nicolás
Director
Doctor en Derecho
Notario de Barcelona

	Editorial	
	• Reformas legislativas imprescindibles para encarar el siglo XXI <i>Ángel Serrano de Nicolás</i>	3
	Tribuna	
	• Avanzar o retroceder <i>Joan Carles Ollé Favaró</i>	6
	• Retos de ayer y de hoy <i>Salvador Torres Ruiz</i>	9
	• Falguera, <i>La Notaria</i> y la Ley Orgánica del Notariado <i>Jordi Figa López Palop</i>	12
	• ANCERT y los notarios <i>Javier Manrique Plaza</i>	16
	• Extraordinario Vallet <i>Alberto Sáenz de Santa María Vierna</i>	20
	Entrevista	
	• «La fe pública del Notario es una de las cosas más sólidas y socialmente aceptadas que hay en nuestro país» <i>Miguel Ángel Gimeno</i>	24
	• «Hoy no hay una convicción de fondo de que lo importante es el orden institucional» <i>Landelino Lavilla</i>	31
	Doctrina	
	• La defensa de la dignidad de la persona en el libro II del Código civil de Cataluña. Medios para su protección <i>Robert Follia Camps</i>	36
	• Un precepto legal que debe entenderse por no escrito: ¿hacia el arbitraje de plazo indefinido? <i>Elias Campo Villegas</i>	44
	• El Derecho registral inmobiliario y el Registro de la Propiedad <i>Gabriel de Reina Tartière</i>	49
	Práctica	
	• Impuesto sobre Actos Jurídicos Documentados: cantidad o cosa valuable en cambios de uso o destino <i>Javier E. Satué de Velasco</i>	67
	• Comentarios a algunas de las recientes disposiciones normativas de mayor interés notarial <i>Antonio Ángel Longo Martínez</i>	72
	Internacional	
	• Comparar. Conversaciones con Rodolfo Sacco <i>Rodrigo Míguez Núñez</i>	95
	Sentencias	
	• Reseña de las principales sentencias del Tribunal Supremo <i>Redacción de LA LEY</i>	115
	• Reseña de las principales sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña <i>Víctor Esquirol Jiménez</i>	126
	Resoluciones	
	• Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado contra calificaciones de la propiedad y mercantiles <i>Fernando Agustín Bonaga</i>	133
	• Reseña de las principales resoluciones de la Dirección General de Derecho y Entidades Jurídicas de la Generalitat <i>Víctor Esquirol Jiménez</i>	149
	Vida Corporativa	
	• Noticias corporativas y del mundo del Derecho	153

Avanzar o retroceder



Joan Carles Ollé Favaró
Notario de Barcelona
Decano del Colegio Notarial de Cataluña
Vicepresidente del Consejo General del Notariado

Cuando se publique el presente número de esta revista, muy probablemente ya se habrán puesto en marcha los mecanismos reglamentarios de los procesos electorales en los distintos colegios notariales que habrán de desembocar, finalmente, en el nuevo **Consejo**, a constituir en enero de 2013. Como en alguna ocasión he puesto de manifiesto, el periodo de más de seis años que va **de enero de 2005 a julio de 2011** puede considerarse homogéneo, con **tres presidentes** (José Marqueño, Antonio Ojeda y Javier Guerrero) **que siguieron básicamente una misma política notarial**. Dicha etapa de gestión corporativa entró finalmente en una fase de **aguda crisis institucional** que desembocó en el **cambio de gobierno del Consejo General del Notariado de agosto de 2011**, dirigido sobre todo a introducir una serie de reformas encaminadas a reorientar diversos aspectos de aquella política que muchos notarios considerábamos erróneos y mejorables. Pues bien, simplificando mucho o yendo a lo esencial, según se mire, **lo que se va a dilucidar en**

las próximas elecciones es si los notarios quieren volver a las coordenadas de la política de aquel sexenio o si prefieren continuar en la línea de renovación y cambios iniciados el año pasado, que deberían completarse y culminarse una vez superada la actual etapa de transición.

En estos meses se han tomado muchas medidas con unos resultados innegables: la normalización de las relaciones con los registradores, el salto enorme dado en democracia interna, se está trabajando en un Código Deontológico y en una Guía de Inspecciones...

Transcurrido un año desde el cambio de equipo de gobierno en el Consejo General del Notariado y habiendo asumido nuestro

Colegio la Vicepresidencia en mi persona, bien puede hacerse un **primer balance de la gestión realizada**.

En agosto de 2011, la Corporación Notarial había llegado a una situación límite; en cierta medida, a un callejón sin salida: una fuerte inestabilidad institucional, enfrentamientos constantes con el colectivo de los registradores, una división interna cada vez más profunda y, lo que es peor, unas relaciones con la Administración que estaban dando unos resultados muy negativos, con el Notariado asumiendo crecientes y desmesuradas obligaciones de colaboración e información, recibiendo a cambio incomprensión y hasta humillaciones, con unas reiteradas y ya inasumibles rebajas arancelarias (5 %, sociedades exprés a 60 euros), además de iniciativas legislativas surgidas del propio Gobierno que pretendían el acceso del documento privado al Registro. **Era necesario dar un golpe de timón y se dio**.



En estos meses se han tomado muchas medidas con unos resultados innegables: las relaciones con los registradores han entrado en una fase de normalización (lo que es compatible con combatir, como se está haciendo, la deriva de las resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado) y la situación interna corporativa, se diga lo que se diga, ha mejorado, aunque la proximidad electoral propicia determinadas actuaciones de los anteriores responsables. Y es preciso decirlo claramente: algunas dimisiones que se han producido han venido motivadas por el deseo de más cambios, por una cierta impaciencia en el ritmo de

las reformas corporativas, en ningún caso por el deseo de volver atrás que algunos preconizan. En democracia interna, uno de los apartados más sensibles, se ha dado un salto enorme, acogiendo reivindicaciones muy generalizadas: reseñas inmediatas de los acuerdos del Pleno en el SIC, un boletín informativo y el hecho de haber puesto encima de la mesa el debate y la elección directa del Presidente y su Junta Directiva. Después de un vivo y necesario debate en torno al papel de los colegios y sus competencias en el seno del Consejo, una vez hallado el necesario equilibrio, sin duda acabará imponiéndose la voluntad mayoritaria de los notarios y de los colegios

a favor de la elección directa, lo que será un cambio histórico en nuestra profesión. No hace falta decir que la anterior Dirección se resistió en todo momento a debatir en el seno del Consejo dicha reivindicación, planteada por un gran número de notarios.

En ANCERT, aun siendo conscientes de que es necesario seguir mejorando, se ha reducido el presupuesto en un 10 % y las cuentas se han vuelto a aprobar en el Pleno (incomprensiblemente, en los últimos años, esto no era así), y los decanos tienen toda la documentación a su disposición, sin ninguna limitación. La Comisión de Disciplina y Deontología del Consejo,



creada en este periodo, está **trabajando en un Código Deontológico, en una Guía de Inspecciones** (que, sin duda, será un instrumento muy útil para las juntas directivas) **y, además, en una propuesta de reforma del Régimen Disciplinario** para su elevación al Gobierno, una necesidad sentida por amplios sectores del Notariado, que sufren impotencia y frustración ante la insuficiencia legal actual en este campo. Los resultados de estos acertados trabajos se presentarán en los próximos meses. También se ha acordado crear, en el seno de esta misma Comisión, **a propuesta, por cierto, del Colegio Notarial de Cataluña, un grupo de trabajo que debata y elabore propuestas para combatir el creciente y preocupante fenómeno de la concentración de firmas en las entidades financieras**, una de las principales patologías y disfunciones que se producen actualmente en el ejercicio de la función notarial. Y la **Comisión para las Relaciones con los Consumidores**, creada también en el último año, está desarrollando una necesaria y eficaz labor en su ámbito, potenciando la función social del Notario y la aproximación a las asociaciones de consumidores.

El Gobierno y el Ministerio de Justicia han hecho suyas las principales propuestas del Notariado, fundamentales para la viabilidad económica de nuestros despachos, incorporándolas a su agenda política de los próximos meses: la revisión del arancel y de la demarcación y la Ley de Jurisdicción Voluntaria

Sin embargo, lo más importante de todo es el **nuevo enfoque de las relaciones con el Gobierno**: ya no se hace seguidismo de las propuestas de la Administración, sino que se ha planteado claramente a los ministerios correspondientes cuáles son los problemas del Notariado y sus prioridades. Esta política ha dado **buenos resultados, como la Orden Ministerial 2899/2011, de transparencia financiera, o el Real Decreto Ley**



5/2012, de mediación, con atribución, en ambos casos, de un papel central al Notario y reconocimiento del control de legalidad notarial. Se puede hablar también del Real Decreto Ley 18/2012, de saneamiento del sector financiero, que, a pesar de la desgraciada Instrucción, marca un punto de inflexión claro en materia arancelaria. Con todo, lo principal es que el Gobierno y el Ministerio de Justicia han hecho suyas las principales propuestas del Notariado, fundamentales para la viabilidad económica de nuestros despachos, incorporándolas a su agenda política para su implementación en los próximos meses: revisión del arancel y de la demarcación y Ley de Jurisdicción Voluntaria.

Todo esto son hechos objetivos e incontestables. Algunos afirman que no se ha hecho nada o muy poco en este tiempo. No es cierto. Según mi modesto entender, **en un año, el Notariado ha avanzado y progresado mucho más que en los seis años anteriores**. A las pruebas me remito. Sin duda, queda mucho por hacer, y comparto en este punto la sensibilidad de aquellos compañeros que quieren seguir avanzando en la renovación y los cambios, pero creo que es justo reconocer que es mucho también lo que se ha hecho en este periodo. Con algunas dimisiones y problemas, ciertamente (¿dónde no los hay?), pero avanzando con paso firme hacia unos objetivos muy definidos. En realidad, con toda modestia, creo se ha dado un giro copernicano a la situación: **de un enorme malestar y pesimismo corporativos, ahora hace un**

año, hemos pasado a la expectativa razonable de alcanzar nuestras prioridades y nuestros objetivos. Desde el Gobierno, se está rehabilitando nuestra imagen pública y la dignidad profesional.

Son los resultados de una nueva política notarial, que requiere ahora continuidad en el tiempo y profundización en las actuaciones. Pues bien, toda esta línea de actuación estará en peligro si triunfan algunas opciones que, más o menos abiertamente, preconizan el regreso a las supuestas excelencias de la política corporativa que fue desplazada en agosto de 2011. **No es hora de la confrontación, sino del diálogo firme, que persigue forjar consensos sin renunciar a nada**. Es hora **también de dejar definitivamente descartada toda política seguidista** de los postulados de la Administración, con sus rebajas y renuncias, y las continuas disputas y divisiones internas que tanto nos han debilitado. Es el momento de la interlocución política sincera y digna con el Gobierno, de la legítima defensa de los intereses corporativos, perfectamente compatible con el interés general. **Y, sobre todo**, es tiempo de mirar hacia adelante y de trabajar, todos juntos, por el **consenso** y la unidad del Notariado. Los notarios pronto deberán decidir si quieren volver atrás o bien persistir en la línea abierta hace un año, consolidándola y avanzando en el cambio tranquilo. **Retroceder o continuar la renovación, este será el centro del debate**.

Retos de ayer y de hoy



Salvador Torres Ruiz
Notario de Granada
Decano del Colegio Notarial de Andalucía

Si volvemos la vista atrás, ahora que **acabamos de celebrar el sesquicentenario de la Ley Orgánica del Notariado**, puede parecer que el Notariado actual poco tiene que ver con el que se reordenó en la segunda mitad del siglo XIX y que los problemas que hoy nos acucian son distintos de los que tuvieron que afrontar nuestros antecesores. Sin embargo, esta primera impresión debe matizarse e incluso ponerse en entredicho.

Es evidente que **ha cambiado la forma de prestar la función notarial**. Los avances tecnológicos, la mejora de las comunicaciones, las circunstancias socioeconómicas de los clientes, las relaciones laborales, la internacionalización de las relaciones jurídicas, nuestra propia manera de entender la vida y el mundo han experimentado una modificación, a veces radical, no solo con relación a la sociedad decimonónica, sino también respecto de la España del siglo pasado. Y esos cambios han influido, como no podía ser de otro modo, en el Notariado, que ha

ido adaptándose a ellos de un modo ágil y eficaz, constituyendo en muchos casos un referente para otras profesiones jurídicas.

En épocas de bonanza económica, los problemas latentes o estructurales de la profesión se pasan por alto. Por el contrario, en épocas de crisis, esas cuestiones se hacen más patentes, preocupan realmente y hemos de intentar buscarles solución

Nuestra actividad ha ido ligada al aumento cultural y del nivel de vida de la población, porque nuestra clientela está constituida fundamentalmente por las llamadas *clases medias*. En la medida en que la clase media prospera o en que más personas aumentan su nivel adquisitivo, el comercio se incrementa, la industria crece, los

servicios se diversifican. **Todo ello genera un cúmulo de documentación para plasmar las relaciones jurídicas que continuamente se crean y se demanda nuestra intervención** para dotarlas de certeza y de seguridad jurídica, buscando nuestro asesoramiento y nuestros conocimientos legales. Por eso, en épocas de bonanza económica, los problemas latentes o estructurales de la profesión se pasan por alto o se discuten sin urgencias o de un modo puramente teórico. Por el contrario, en épocas de crisis, como la actual, esas cuestiones se hacen más patentes, preocupan realmente y hemos de intentar buscarles solución.

A mi juicio, **los problemas que vienen arrastrándose desde hace ciento cincuenta años y que aún no se han resuelto satisfactoriamente son básicamente los siguientes:**

— **El primero y fundamental es la determinación clara y precisa de nuestra función y su incardinación en el esquema**

general de la Administración del Estado. La Ley de 1862 estableció el doble carácter del Notario (funcionario y profesional del Derecho), lo que ha permitido, según las épocas, acentuar una u otra de estas perspectivas. **Este carácter mixto ha logrado que el Notariado mantenga su independencia de los poderes públicos y que su modernización haya sido más rápida** que la de la lenta burocracia administrativa. **Por contra, también ha supuesto en los últimos años un incremento notable de nuestras obligaciones,** exigiendo un esfuerzo adicional de tiempo y dinero que ha sido casi siempre reconocido más con palabras que con hechos.

El panorama se va a complicar más aún con **las nuevas funciones que presumiblemente se nos van a encomendar en la proyectada reforma de la jurisdicción voluntaria.** ¿Qué duda cabe de que estamos preparados jurídicamente para asumirlas y que la sociedad va a salir ganando, a pesar de las voces críticas, movidas más por intereses económicos que jurídicos? Pero tampoco puede dudarse de que las nuevas competencias **van a suponer otra vez un gran esfuerzo organizativo y económico.**

Sin embargo, no podemos olvidar que nosotros somos fundamentalmente fedatarios públicos, por lo que habrá que **estar alerta para que estas nuevas actividades no nos hagan olvidar o perder lo que constituye la raíz misma de nuestra función,** sin la cual nos convertiríamos en otra cosa.

No podemos olvidar que somos fundamentalmente fedatarios públicos, por lo que habrá que estar alerta para que las nuevas actividades no nos hagan olvidar o perder lo que constituye la raíz misma de nuestra función, sin la cual nos convertiríamos en otra cosa

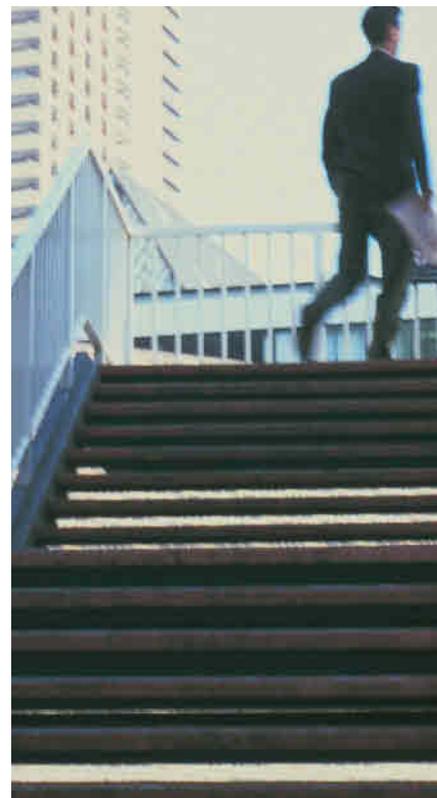
Se va a dar la paradoja de que estas nuevas atribuciones van a estar amparadas por una ley y de que el valor de nuestras actuaciones vendrá igualmente fijado por ley, mientras que la esencia de la actividad notarial (la redacción del documento público ajustado a la legalidad y a la voluntad de las partes) presenta una regulación legal defi-

ciente y dispersa. Creo que **es el momento de plantearse en serio una reforma profunda de la Ley Orgánica del Notariado, o una Ley de Seguridad Jurídica Preventiva en que aquella pueda incardinarse o que incluso la derogue, en la que se fije de manera permanente,** sin ambigüedades ni interpretaciones, **cuál es el valor que el Estado quiere conferir a nuestras actuaciones. Esto reforzaría, además, el papel que actualmente desempeñamos en el Notariado europeo y serviría de referente a otros países.** Muchos estudios jurídicos y económicos avalan las ventajas de nuestro sistema frente a aquellos otros que prescindieron del Notario. La seguridad jurídica a un precio razonable, con asesoramiento imparcial y protección de la parte más débil, sin tener que acudir a los tribunales de Justicia o haciéndolo en contadas ocasiones, es algo de lo que podemos sentirnos orgullosos y a lo que la sociedad no debe renunciar.

Incidentalmente, la clara delimitación de funciones, así como del valor y los efectos del instrumento público, contenida en una ley general **podría contribuir a relajar el clima de tensión con los registradores,** al delimitar ambas funciones, sin perjuicio (y esto es una opinión puramente personal) de que en el futuro fuera deseable la unificación, funcional o administrativa, de ambos cuerpos.

— **Otra cuestión** que sigue latente desde la promulgación de la Ley es lo que antes se denominaba **digna subsistencia de los notarios, lo cual está muy relacionado con los problemas de la competencia, la demarcación y el arancel.** Para solucionar, al menos, las dos últimas cuestiones, hay que partir necesariamente de que una oficina notarial no es semejante a una oficina administrativa, sino que tiene su incardinación en el mundo de la empresa. No se puede tratar el arancel como si fuera una simple tasa sujeta al capricho electoral o demagógico del gobierno de turno. **El arancel remunera un servicio público** y como tal debe ser moderado, **pero también financia una organización empresarial** y debe tener en cuenta sus costes.

Mi impresión es que el actual Gobierno estaría dispuesto a aprobar unos nuevos aranceles, pero **deberíamos presentar una propuesta moderna y valiente, de nueva planta, sustituyéndolo en su totalidad y derogando todas las rebajas que se han**



ido acumulando en los últimos años. No deberíamos aceptar meros parches que hagan aún más complicada su aplicación.

Pero, como decía, el arancel solo no es suficiente. **La anunciada revisión de la demarcación deberá tener en cuenta el elevado número de vacantes permanentes,** que no llegan a cubrirse, suprimiendo dichas plazas incongruas y otras que no debieron haberse creado. En una perspectiva de futuro, **lo que tendría que modificarse es el propio sistema de la demarcación,** de manera que, cuando periódicamente se produzca, se tengan en cuenta la verdadera realidad económica y su previsible evolución.

Arancel y demarcación son elementos básicos para que las oficinas notariales puedan subsistir dignamente y para que la profesión siga siendo atractiva para las futuras generaciones de opositores, es decir, para que la proporción entre esfuerzo y beneficio haga que ser Notario merezca la pena.

No obstante, **incluso un buen arancel y una correcta demarcación pueden verse distorsionados por un tercer elemento: la competencia.** Este ha sido el caballo de batalla de los notarios desde la

promulgación de la Ley Orgánica y sigue siendo hoy uno de los mayores problemas a los que se enfrenta quien intenta ejercer honestamente la profesión, además de proporcionar argumentos (si somos sinceros, a menudo incontestables) a quienes critican la independencia de la función notarial.

El arancel remunera un servicio público y como tal debe ser moderado, pero también financia una organización empresarial y debe tener en cuenta sus costes

Pienso que es un error concebir la competencia, como ahora se hace, en términos estrictamente económicos. Se dice que las restricciones a la competencia distorsionan el mercado, pero, **en el mundo notarial, fomentar la competencia distorsiona la función pública, porque el derecho de libre elección de Notario es una garantía para el consumidor** y un marchamo de calidad del servicio notarial, y es en este ámbito donde debe desarrollarse la competencia (mayor confianza, mejor servicio, mayor rapidez, mejor trato) y no en el precio del servicio, que genera clientelismos y pérdida de independencia. No hay que olvidar que el Notariado protege al ciudadano no solo frente a los poderes públicos, sino también frente a los grandes operadores económicos, mientras que la libre competencia beneficia siempre a estos últimos.

En mi opinión, **los notarios deberíamos estar totalmente excluidos de la Ley de Defensa de la Competencia.** Mientras esto no se logre (y mucho me temo que es prácticamente imposible en tanto subsista el arancel de máximos en las pólizas y exista la posibilidad de rebajas arancelarias), será muy difícil que las juntas directivas de los colegios puedan poner coto a los abusos que se producen, pues cualquier intento en este sentido tendrá siempre encima la espada de Damocles de una posible sanción de los Servicios de Defensa de la Competencia, ya que el Reglamento Notarial, al no tener rango de ley, se convierte en la práctica en papel mojado.

— **Finalmente**, y no por ello menos importante, **se encuentra la cuestión de la organización corporativa. Los colegios notariales han desempeñado y conti-**

núan desempeñando un papel esencial en la regulación de la profesión, en el auxilio a los notarios, en la resolución de las quejas de los clientes, en el ámbito cultural y académico, en la preparación de opositores, etc. Además, la organización autonómica del Estado sigue requiriendo de su existencia como representantes supremos del Notariado dentro de cada comunidad autónoma.

Sin embargo, las exigencias de la actividad política, la necesidad de tener una sola voz en el plano internacional, así como la obligada centralización de las nuevas obligaciones impuestas a los notarios (blanqueo de capitales, Índice Único, comunicaciones fiscales, inscripción en los registros públicos), **han ido progresivamente dotando de mayores competencias al Consejo General del Notariado**, que ha rebasado su concepción originaria de órgano de coordinación de los colegios para convertirse en un auténtico supracolegio.

Son tantas y tan importantes las actividades que desarrolla el Consejo que **su funcionamiento debe ser independiente de los colegios y sus miembros ejecutivos deberían ser elegidos directamente por todos los notarios.** En mi opinión, no se trata tanto de una discusión acerca de si es más o menos democrático el sistema de elección del Presidente como de una cuestión de eficacia. Unas personas dedicadas a tiempo (casi) completo a dirigir el Notaria-



do serán mucho más eficaces que el sistema actual, al no tener que gastar energías en discusiones y pactos políticos, que se reducirían a la campaña electoral.

Además, según el texto que se pretende aprobar como propuesta de reforma del Reglamento, los colegios seguirían conservando prácticamente todas sus competencias (incluso las de aprobar el presupuesto y destituir al Presidente, eso sí, con mayorías reforzadas), pero perderían la facultad de orientar la política del Notariado, sin perjuicio de que, al tener que ser informados mensualmente por el Presidente, tengan derecho a ser consultados y puedan proponer sus propios puntos de vista en los asuntos corporativos.

Este sistema de elección directa, al crear una Junta Directiva fuerte en el seno del Consejo, permitiría controlar de manera efectiva servicios que hoy parecen tener vida propia, como los servicios jurídicos e informáticos (me refiero a ANCERT o SERFIDES). Estos precisan obviamente de personal especializado, pero dicho personal debe ser auxiliar o consejero de la dirección real, que debe siempre corresponder a notarios y que no conviene delegarse ni abandonarse.

La crisis económica, que está obligando a replantearse tantas estructuras administrativas, es un momento excelente para avanzar sin temor ni pusilanimidad hacia las reformas que deben sustentar al Notariado en el futuro

Como he tratado de exponer, los problemas de fondo del Notariado son hoy casi los mismos de ayer, con los necesarios matices, y creo que todos los notarios estamos esperando que se afronten de manera decidida. Históricamente, el Notariado siempre ha tenido miedo de enfrentarse con los poderes públicos o de plantearles abiertamente sus exigencias, pero pienso que la crisis económica, que está obligando a replantearse tantas estructuras administrativas, es un momento excelente para avanzar sin temor ni pusilanimidad hacia las reformas que deben sustentar al Notariado en el futuro, con la esperanza de que lo que se haga dure, por lo menos, otros ciento cincuenta años.

Falguera, *La Notaría* y la Ley Orgánica del Notariado



Jordi Figa López Palop

Notario de Caldes de Montbui (Barcelona)

Vicepresidente de la Societat Catalana d'Estudis Jurídics del Institut d'Estudis Catalans

Dentro de la gran etapa moderada que se extiende en España **desde 1843 hasta 1868**, hay que distinguir **dos periodos bien diferenciados**, separados por la revolución de 1854: **la década moderada** propiamente dicha **y el periodo correspondiente a la Unión Liberal**, siempre bajo las ideas defendidas por la Constitución de 1845. En esta última fase, aparecen dos leyes fundamentales e íntimamente relacionadas: **la Ley Hipotecaria de 1861 y la Ley Orgánica del Notariado de 1862**.

Los antecedentes políticos son absolutamente determinantes en la aparición de ambas leyes. La ideología dominante insistía una y otra vez en los **conceptos de orden y seguridad**, tanto en el ámbito de la consolidación de las instituciones (no más revoluciones) como para el desarrollo material de la burguesía, atraída por la expansión capitalista.

Roca y Cornet, en un artículo publicado en *La Notaría* en el año 1861, tras destacar

que «la marcha del siglo tiende [...] a multiplicar los traspasos de la propiedad inmueble y a realizar innumerables transacciones y convenios para su conservación y mejoramiento», hablaba de la fuerza, la agitación y el movimiento del momento, y **concluía con enorme optimismo que «la profesión del Notariado [...] no perderá un ápice de su acción e importancia** y se irá cimentando a medida que crezcan el tráfico, los proyectos y las empresas y, por consiguiente, la producción, la riqueza y la prosperidad pública y privada».

Pero **¿estaba el Notariado preparado a mediados del siglo XIX para cumplir estas exigencias?**

Con relación al Notariado castellano, la respuesta evidentemente es negativa.

Es ya clásica la descripción de González Palomino en sus *Instituciones de Derecho Notarial*: «Resulta difícil comprender [...] cómo fue posible, durante siglos enteros, la existencia y la subsistencia de un régimen nota-

rial como el que derogó la Ley Orgánica. Los cargos de Notario se proveían por subastas. Los notarios carecían de formación jurídica [...]. Los cargos eran patrimoniales y negociables [...]. El ejercicio admitía tenencias. Muchos protocolos eran de propiedad particular [...]. Los había de infinidad de competencias, tipos, clases, ramos y funciones [...], dependían de autoridades diferentes o de ninguna, eran fijos o trashumantes».

En cambio, **con relación al Notariado catalán, Bono apuntaba que**, quizás debido a un mayor nivel técnico y a un rango social más elevado basado en unos mayores rendimientos económicos, **conservaba su prestigio tradicional**, de manera que no conocía el rebajamiento y el descrédito del Notariado castellano.

En realidad, el **Notariado catalán había experimentado una interesante evolución desde finales del siglo XVII, a lo largo del XVIII y hasta principios del XIX**. Si en una primera etapa se observa



una cierta decadencia en la Corporación, de manera que, en palabras de Noguera, tendió a replegarse, manteniendo una actitud meramente conservadora y defensiva, «dedicando su mayor esfuerzo a mantener rígidamente unas tradiciones [...] que iban lentamente perdiendo su eficacia y capacidad de adaptación a las nuevas necesidades», **la Guerra de Sucesión representó un duro golpe para el Notariado catalán, que tardó más de veinte años en recupe-**

rarse. Sin embargo, a partir de ahí, y en un marco político en que la Corporación había quedado prácticamente excluida como tal, **los notarios se fueron adaptando a los nuevos tiempos.**

En el ámbito de la redacción de documentos, **se abandonó progresivamente la doble redacción medieval y apareció el protocolo moderno,** en forma de libro, en el que quedaron extendidos los documen-

tos uno a continuación del otro, con las firmas de los interesados, del Notario y de los testigos y con la supresión de los espacios en blanco. En el ámbito de la formación del Notario, **se fue debilitando progresivamente el sistema de formación gremial,** en que el aprendiz vivía ocho años en casa del Notario, y, al menos **en la ciudad de Barcelona** y a partir del año 1795, se complementó con unos **estudios en una Academia Preparatoria del Arte de Notaría,** obligatoria para los que querían colegiarse en esta ciudad.

Y es aquí donde aparece el personaje central de nuestra historia: **don Félix M.ª de Falguera,** nacido en Mataró en 1811 y fallecido en Barcelona en 1897. Fue un Jurista y Notario destacado, rico hacendado e importante funcionario jurídico militar. De carácter algo autoritario, sus actuaciones no siempre fueron aceptadas pacíficamente por la Corporación. Aunque apenas ejerció como Notario, fue miembro de la Junta más de veintisiete años y Decano del Colegio en varias ocasiones (que, en conjunto, suman más de quince años). Su biografía ha sido reseñada en una importante comunicación de Marsal Guillamet en el Primer Congreso del Notariado Catalán de 1993 y en el libro *Els degans*, de Laureà Pagarolas y Lluïsa Cases, que publicarán la Fundació Noguera y el Colegio y que está actualmente en prensa.

De Falguera destaca su carácter de fundador y alma de la revista *La Notaría*, su labor como catedrático de Teoría y redacción de instrumentos públicos y la redacción de su famoso *Formulario de notaría*

De ella, aparte de su papel relevante en la construcción de la actual Casa-Colegio, **destaca su carácter de fundador y alma de la revista *La Notaría*, su labor como catedrático de Teoría y redacción de instrumentos públicos durante más de cuarenta años en la Academia antes mencionada y la redacción de su famoso *Formulario de notaría*, publicado en 1836 y reeditado en 1862 y en 1888.**

Pues bien, es en sus discursos en dicha Academia, en sus escritos para *La Notaría* y en el prólogo a su *Formulario* donde se manifiesta que también el Notariado cata-

lán tenía algunos problemas: en cuanto al ejercicio de la fe pública judicial y la extrajudicial, que se confundía históricamente con la lucha entre los notarios reales y los de la ciudad de Barcelona, y en cuanto a la formación técnica del Notariado, cuyo nivel técnico presentaba bastantes lagunas, sobre todo en el no perteneciente a Barcelona ciudad.

Así, en materia de formularios, Falguera, **en el prólogo a su *Formulario*, arremetió contra la redacción de las escrituras, descuidada y rutinaria**, traducción literal de antiguos formularios latinos, que ni los propios notarios entendían, y mucho menos los clientes. «Es bien sabido que las fórmulas hasta ahora estiladas, resto de costumbres antiguas, son largas, pesadas, oscuras, llenas de repeticiones, de frases insignificantes o ambiguas, de concordancia anti-gramaticales y construcciones afectadas o incorrectas, de cláusulas inútiles, insulsas y ridículas, defectuosas en el lenguaje y en el sentido, muchas de ellas contrarias a los principios de nuestra legislación y algunas expresamente prohibidas por la ley».

Ante estas carencias, ¿qué se propuso la Ley Orgánica del Notariado?

A lo largo de todo su atormentado proceso preparatorio y de las sucesivas leyes de bases, se fueron decantando como más importantes los siguientes fines: **reversión al Estado de los oficios enajenados, con indemnización a los propietarios** (disposición transitoria 3.ª y siguientes); **separación de la fe pública judicial de la extrajudicial**, estableciendo un único tipo de Notario (artículo 1); **nombramiento a cargo del Estado** (artículo 11), **por oposición ante las audiencias, y proposición de ternas** (artículo 12), **exigencia de la licenciatura en Derecho de los aspirantes** (artículo 10-4); **incompatibilidad con todo otro cargo, profesión o empleo público** (artículo 16); **redacción correcta de las escrituras, por supuesto, en idioma castellano** (artículo 23 y siguientes), **y lectura previa a su suscripción** (artículo 25); **formación del protocolo como colección ordenada de matrices** (artículo 17), **propiedad del Estado y a cargo de los notarios, que tendrían su custodia** (artículo 36), **pero no podrían expedir segundas copias sin autorización judicial** (artículo 18); **regulación de la demarcación con arreglo a criterios objetivos** (artículo 3); **instauración de la fianza** (artículo 14), **pero abolición de otras**

prestaciones (artículo 13), **y, por último, organización en términos generales de los colegios, los archivos y la inspección y disciplina de los notarios.**

¿Cuál fue la reacción del Notariado catalán, en especial de Falguera, ante la nueva Ley y sus proyectos previos?

Es importante **diferenciar entre la postura del Colegio ante los sucesivos proyectos y la Ley de Bases redactados antes de la aprobación de la Ley y la reacción final tras la promulgación de la misma.**

Durante el primer periodo que nos interesa, que comprende básicamente los años que van **del 1856 al 1861**, el Notariado catalán puso de manifiesto sus opiniones a través del Informe de la Comisión del Colegio del año 1857, que trasladó al Congreso y al Senado algunas observaciones sobre la Ley de Bases de 1858, y distintos artículos publicados en *La Notaría* entre los años 1858 y 1859. En todos ellos **se muestran elogiosos en términos generales con la oportunidad de la Ley y con los redactados** que, sucesivamente, se iban frustrando por la caída de los correspondientes gobiernos que los habían presentado.

En particular, **la Ley de Bases de 1858 mereció un artículo laudatorio del propio Falguera en *La Notaría* de abril de 1858**, en el que reclamaba algunas modificaciones en cuestiones menores, a veces simplemente gramaticales. Así, en la base 4.ª, pedía la sustitución de la expresión «oficio de Notario» por «ejercicio del Notariado»; en la base 8.ª, en la provisión de notarías, pedía la sustitución de «curso público» por «oposición»; en la base 12.ª, mostraba alguna cautela ante la posibilidad de que la Ley prescribiera fórmulas oficiales en la redacción de los documentos públicos y poca cosa más. Únicamente la cuestión de las incompatibilidades, regulada en la base 4.ª, que privaba al Notario del ejercicio de todo otro cargo, profesión o empleo público, dio lugar a reproches más serios por parte del autor.

El posterior proyecto de 1859 fue igualmente bien acogido. Martí y Sagristà escribió una serie de artículos en *La Notaría* entre los meses de febrero y mayo de dicho año en los que analizaba detalladamente el articulado. En el título primero, **elogiaba la separación de atribuciones entre**

Notario y escribano y la demarcación no discrecional. En el título segundo, **el nombramiento real de los notarios y los medios y requisitos de acceso** (que después fueron modificados en la Ley), **elogiando el sistema de oposición como medio para engendrar «espíritu de emulación».** También acogió favorablemente **la mayor flexibilización en materia de incompatibilidades**, pero, en cambio, **se mostró contrario a la necesidad de fianza.** En los títulos tercero y cuarto, **estaba plenamente de acuerdo con la regulación del protocolo, su formación** (que la Ley cambió), **su propiedad por parte del Estado y su custodia por parte de los notarios.** Los títulos quinto y sexto, que regulan los colegios y la disciplina de los notarios, merecían asimismo su aprobación, aunque **no estaba de acuerdo en que el Notario que incurriera en responsabilidad criminal pudiera ser al mismo tiempo multado por el Colegio.** Por último, el hecho de que el título séptimo, más que regular los **aranceles**, hiciera remisión a un futuro Reglamento, no impidió que el autor hiciera algunas **acertadas reflexiones sobre la importancia de esta cuestión para obtener una mayor dignificación del Notariado.**

Tras la promulgación de la Ley, la crítica subió de tono. En una serie de siete artículos publicados en *La Notaría* entre julio de 1862 y abril de 1863, Falguera mostró su **disconformidad con la misma**

Tras la promulgación de la Ley, la crítica subió de tono. En una serie de siete artículos publicados en *La Notaría* entre julio de 1862 y abril de 1863, Falguera mostró su disconformidad con la misma (a su entender, excesivamente influenciada por la legislación francesa y por algunas tradiciones castellanas). Aunque en ella teóricamente se fusionaron las distintas prácticas notariales españolas, en un modelo que, desde un punto de vista técnico, era infinitamente superior al castellano vigente hasta la fecha, la verdad es que apenas se tuvo en cuenta la manera de hacer del Notariado de la antigua Corona de Aragón y, en especial, del de Cataluña, que en términos generales funcionaba bien y tenía un gran prestigio. Con razón se quejaba de la preponderancia que tenían en la nueva Ley las tradiciones



de las provincias del centro: «En España, preciso es decirlo, el centro absorbe [sic] a la circunferencia, el corazón vive una vida robusta a costa de las extremidades». Sus principales reproches van dirigidos a los siguientes puntos:

- a) **El artículo 17, que definía el protocolo como «colección ordenada de las escrituras matrices autorizadas durante un año».** Creía que esta regulación produciría graves perjuicios en materia de falsificación y suplantación que podrían haberse evitado fácilmente si se hubiera optado por el sistema vigente en las provincias de la antigua Corona de Aragón, que formaban el protocolo escribiendo las escrituras una al pie de la otra, sin dejar espacios en blanco y formando un verdadero libro.
- b) **El artículo 18, que imponía el mandato judicial para expedir segundas y posteriores copias,** con las molestias, los gastos y las dilaciones que ocasiona este sistema, que podrían haberse evitado siguiendo el sistema vigente en Cataluña, en que este requisito no era necesario.
- c) **El artículo 32, que imponía el secreto del protocolo,** que solo podía ser examinado, sin autorización judicial, por las partes, herederos o causahabientes,

frente al sistema vigente en Cataluña, en que el protocolo tenía «carácter público», salvo el secreto que protegía los testamentos durante la vida del testador.

- d) **El artículo 25, que imponía al Notario no solo la obligación de leer íntegramente el documento o permitir leerlo a su elección a las partes y testigos, sino que se obligaba a que se consignara esta circunstancia en el mismo documento, dando fe de ello** (lo que para el autor era degradante).
- e) Pero, sin duda, es **el artículo 10, que permitía que el Abogado, sin necesidad de práctica alguna, pudiera acceder al Notariado,** con el que manifiesta mayor desacuerdo. En efecto, dicho artículo, al establecer como requisitos para acceder a la profesión «[...] haber cursado los estudios y cumplido con los demás requisitos que prevengan las leyes y reglamentos, o ser Abogado», establecía una vía alternativa de acceso al Notariado que no requería práctica alguna. Falguera, que no vivía de la notaría, sino de su profesión de Abogado, se consideraba imparcial para juzgar que «para formar un buen Abogado basta una cuarta parte de práctica por tres de estudios teóricos, al paso que un Notario perfecto no se obtiene sino en sen-

tido inverso». Su larga trayectoria como catedrático de Notaría y su experiencia como maestro de Derecho Civil en la Academia del Notariado no le impedían ver la importancia que la práctica tenía y tiene en la profesión notarial. Su inteligencia le hizo ver enseguida que la eliminación de los años de práctica para acceder al Notariado iba a convertir nuestra profesión en algo diferente, y no necesariamente mejor.

Termino con unas palabras de Figa Faura en una conferencia que dio en la Academia Matritense del Notariado en 1978: «Los notarios catalanes sintieron como una amenaza la dirección que se intentaba dar [...] a la formación del Notario. **Falguera insistió una y otra vez en la improcedencia de un sistema que quería convertir al Notario en un Jurista.** Quizá de forma imprecisa [...] veía que al brillo científico del Notariado podría algún día sacrificarse lo que creía que eran sus más puras esencias, sus características fundamentales. **Porque** si hemos dicho que **el Notario en sus ocho años de práctica** aprendía los secretos de la profesión notarial, no hemos querido decir con ello que aprendía solamente a hacer escrituras [...]; **aprendía un modo de hacer y un modo de ser;** heredaba una tradición y continuaba y perfeccionaba un modelo profesional».



ANCERT y los notarios



Javier Manrique Plaza
Notario de Jerez de la Frontera

El artículo de nuestro compañero César Belda Casanova, Consejero Delegado de ANCERT, en el número 3/2011 de esta revista (BELDA CASANOVA, «Una reflexión sobre la Agencia Notarial de Certificación»), me incita a puntualizar su reflexión con algunas ideas en cierto modo divergentes.

Efectivamente, el enunciado de su artículo es correcto y estoy de acuerdo con él: **el descontento de los notarios es generalizado y podríamos decir que clamoroso**. En eso estamos de acuerdo. No así en cuáles son los motivos de tal descontento, que no se deben, a mi juicio, ni a su carácter obligatorio ni a su coste.

El carácter obligatorio de la informática corporativa (que no ANCERT) surge por la imprescindible y necesaria implantación de la firma electrónica de los notarios por mor del art. 17 bis de la Ley del Notariado, introducido por la Ley 24/2001. Para implantarla, **se crea la fundación FESTE** como entidad certificadora cuyo objetivo principal es proveer a los

notarios de la firma electrónica obligatoria desde la introducción del precepto citado. En aquel momento (año 2001), no solo la mayor parte de los despachos notariales estaban informatizados a niveles muy altos, sino que hay que recordar que aun antes (año 2000, cuando éramos dos mil notarios escasamente) **ya había, como mínimo, siete u ocho empresas de informática exclusivamente dedicadas a los notarios**, y ello no era gratis (nada es gratis), sino que cada uno arrimaba el hombro en la parte que le correspondía en forma de servicios que contrataba y que voluntariamente recibía.

De modo que **nace ANCERT y, automáticamente, se establece una cuota fija por Notario por servicios corporativos informáticos**, en base a unos supuestos beneficios que ello nos iba a proporcionar, sin que hasta la fecha la cuota por dichos supuestos servicios haya sido convenientemente justificada y desglosada. Efectivamente, **hay falta de información y de**

transparencia, pero ¿de ello tenemos la culpa los propios notarios? Por supuesto que no. El responsable de todo ello ha sido el Consejo General del Notariado, socio único de ANCERT, quien llegó a ampararse en dudosos dictámenes de la Agencia de Protección de Datos para negar los datos contables de ANCERT no solo a los notarios, sino también al propio Consejo. No debemos olvidar tampoco el torticero intento de destinar los fondos resultantes de la liquidación de la mutualidad notarial a dotar el capital social de ANCERT con el poco convincente argumento de que era necesario y que el Colegio Nacional de Registradores había destinado muchos más recursos a la informática que el Consejo General del Notariado.

En resumen, estoy de acuerdo con el planteamiento inicial: **el coste es alto y la comunicación es defectuosa, pero no es por ello por lo que los notarios estamos descontentos, sino, en primer lugar, porque no se nos ha transmitido nada de**



forma consciente, y en segundo, porque el servicio no es ni mucho menos el adecuado. Ya hemos visto que, antes de surgir ANCERT, los notarios, sin que nadie nos hubiera obligado a ello, estábamos informatizados, y mucho más que los registros (hay que recordar que en el año 1992 prácticamente todos los notarios teníamos fax, mientras que los registros, en un porcentaje muy alto, tuvieron que instalarlo por obligación legal), y esa informatización tenía un coste que cada Notario decidía en función de los servicios que contrataba y según la empresa que libremente decidía que se los prestara.

Una vez implantado el sistema obligatorio de firma electrónica (con una funcionalidad mínima hasta la reforma del Reglamento Notarial y otras disposiciones a partir del año 2007), **se inicia la batalla del Índice** (primero, con Dr. Índices; luego, con IU, y al final, con NIU), **y aquí comienza el descalabro.** Tengo que confesar (quizás sea una indiscreción por mi parte) que desde el año 1981, en el que ingreso en el Cuerpo Notarial, hasta el año 2007, en el que se implanta el Índice Único informatizado, siempre presenté mis índices a tiempo y en forma en el Colegio Notarial; sin embargo, el Índice de enero de 2007 no fui capaz de enviarlo hasta mayo, con ciento treinta errores y después de ímprobos esfuerzos. Seguramente ello no sería debido a falta de capacidad mental ni a torpeza mía y de mis empleados; buena prueba de ello es que muchos colegios aprueban en junta directiva moratorias para la presentación de los índices.

El carácter obligatorio de la informática corporativa (que no ANCERT) surge por la imprescindible y necesaria implantación de la firma electrónica de los notarios

La situación hoy, pasados varios años, no ha mejorado lo suficiente: la cantidad de datos inútiles que hay que suministrar es francamente incalculable, la falta de sentido común del listado de actos es evidente, el número de errores que obligan al salto de reglas no puede saberse porque es interminable, el proceso de operaciones mercantiles o hipotecarias complejas es un suplicio, los errores que se producen en la transmisión de datos al Catastro...

Estos sí son motivos reales de descontento y de sensación de que los costes son altísimos para los supuestos beneficios que obtienen la sociedad y el Notariado.

Pero el principal problema es que ANCERT no es una entidad al servicio de los notarios, sino que es una entidad que ha estado y aún está, mientras no se demuestre lo contrario, al servicio del Consejo General del Notariado (o de la mayoría del Consejo, lo que aún es peor), y ello es lo que produce una sensación tan descorazonadora para todos.

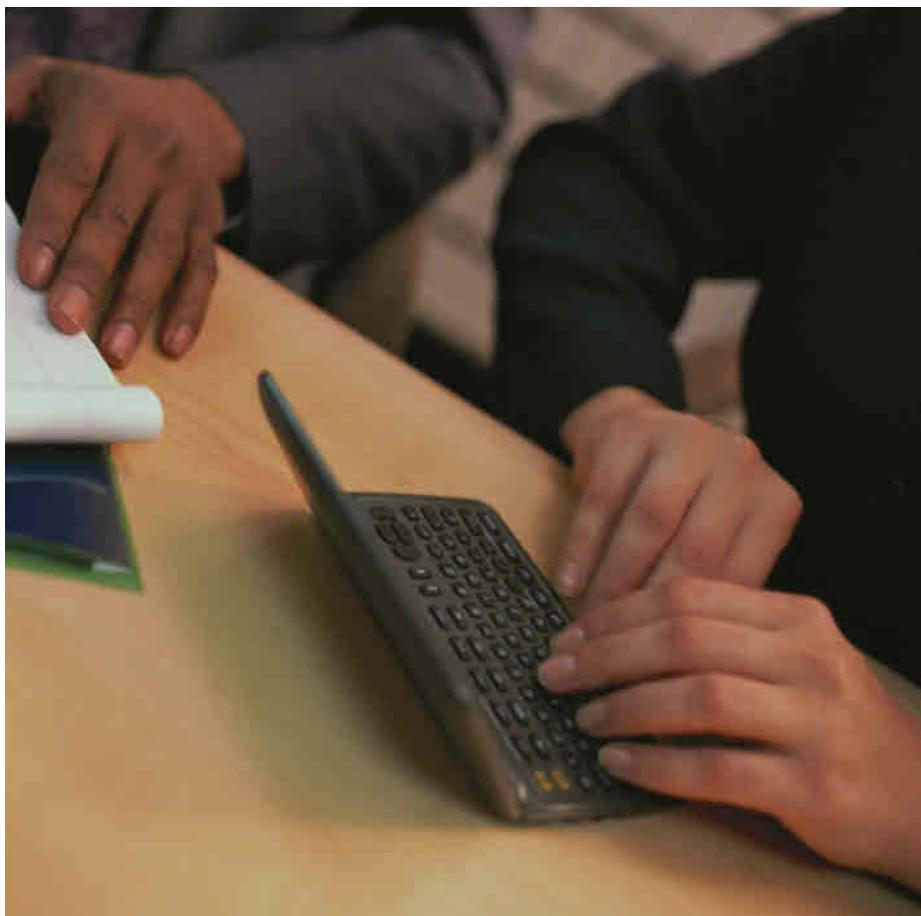
Volviendo al tema del Índice, no me cabe duda alguna de que debe constituir una ingente base de datos, pero debemos hacernos varias preguntas:

- 1.- ¿Tienen soporte legal la existencia de esta base de datos y los fines para los que está siendo utilizada?
- 2.- ¿Es necesario el ingente caudal de medios materiales y humanos que han sido y siguen siendo necesarios para crear esta base de datos?

- 3.- ¿Es válido el argumento de que el esfuerzo realizado se compensa con el escudo protector que la Corporación Notarial, supuestamente, está adquiriendo por la existencia de esta base de datos?

El sistema de base de datos que implementa el NIU puede tener serias objeciones desde el punto de vista de la propia legislación notarial

Con relación al primero de los temas, plumas más autorizadas que la mía han demostrado que **el sistema de base de datos que implementa el NIU puede tener serias objeciones desde el punto de vista de la propia legislación notarial** (secreto del protocolo), desde el punto de vista de la normativa de protección de datos e incluso desde el punto de vista constitucional del derecho a la propia intimidad.





En relación con la segunda cuestión, a mí me parece igualmente sorprendente que existan en la red motores de búsqueda gratuitos *full text* que en milésimas de segundo encuentran miles de referencias parametrizadas de cualquier texto, ya sea una operación económica, aritmética, datos personales referidos a nombre y apellidos, un domicilio, un número de identificación personal de cualquier clase o incluso un número de teléfono o cualquier otro. ¿Cómo es esto posible? **¿Cómo podemos concebir que un motor de búsqueda pueda mostrar en cualquier texto y en milésimas de segundo cualquier dato, relación, operación... y nosotros tengamos que volcar de una manera tan minuciosa el contenido de nuestras escrituras en una base de datos** implementada dato a dato y sin más ayuda que un torpe manual de instrucciones y una atención al usuario rayana en la desatención? ¿No existe un sistema más útil, eficaz y barato?

El tercer argumento tiene, a mi juicio, muy poca solidez, y como prueba de ello me remito a tiempos recientes en que **la vuelta de tuerca de nuestras obligaciones ha conllevado, incluso simultáneamente, la reducción, cuando no la supresión, de conceptos arancelarios.**

Después de esta larga introducción, estamos en condiciones de entrar en detalle en los apriorismos suficientemente contrastados por nuestro Consejero Delegado:

- a) **La comunicación entre los componentes de una corporación es cierto que fortalece a la propia corporación**, pero, para este camino tan sencillo (firma electrónica y VPN), **no harían falta probablemente las alforjas que soportamos.**
- b) **La homogeneización de los procesos informáticos es un asunto capital, pero ello no significa que todos tengamos que estar enganchados permanentemente a un robot inteligente** que determina nuestros movimientos en cada minuto de nuestra vida o de nuestro trabajo. Como decía hace unos días Francisco Javier Vallejo del Amo, Subdirector General de los Registros y del Notariado (*Diario La Nueva España*, Oviedo, 15 de abril de 2012), lo que hay que garantizar es (cito textualmente) «la libertad de aplicaciones informáticas que todos los procedimientos sean compatibles y cumplan los requisitos de seguridad». O sea, lo importante es la interoperabilidad, no la unicidad. Mi

conclusión es, por tanto, justamente la contraria.

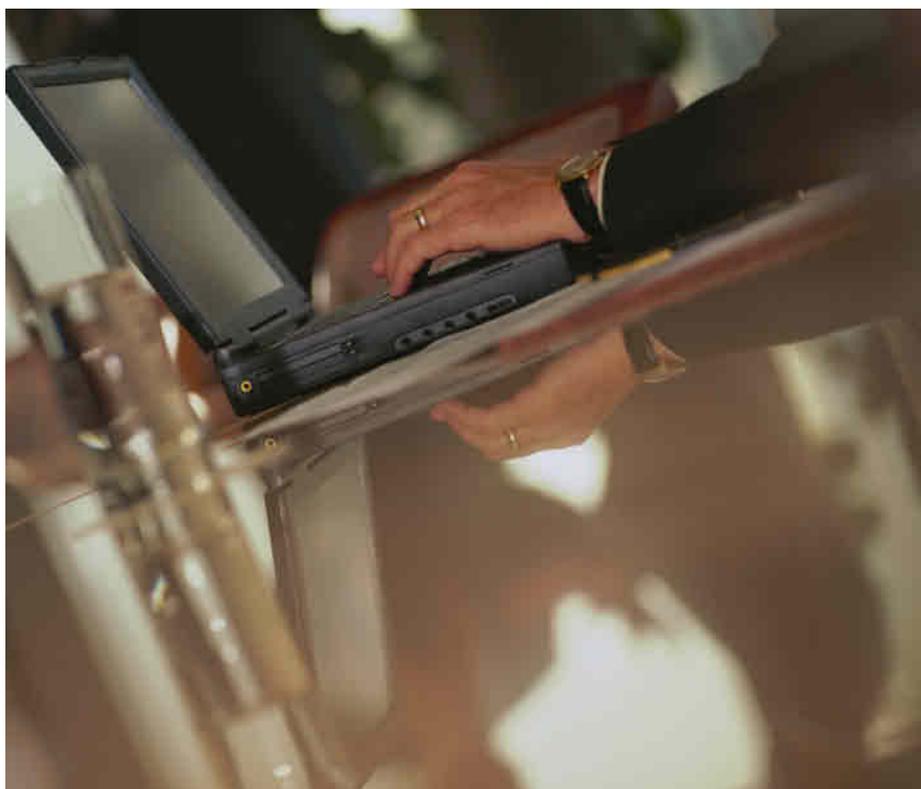
- c) **El tratamiento de datos y las propias bases de datos, entiendo**, como ya he dicho más arriba, **que no necesitan tanto esfuerzo material y humano como el que estamos utilizando.**
- d) **El crecimiento de cualquier corporación de servicios informáticos debe realizarse prioritariamente con servicios externalizados**; solo en cuanto fuera imprescindible por la peculiaridad extrema del propio servicio o utilidad habría que acudir a un servicio propio y exclusivo (cuyo desarrollo, si fuera necesario y económicamente más interesante, debería también externalizarse total o parcialmente).
- e) **Totalmente de acuerdo con la actitud proactiva frente al reforzamiento internacional de las soluciones informáticas**, aunque es evidente que ello no depende del propio Notariado.

La escritura pública debería contar con unos elementos informáticos o cibernéticos de la más alta calidad que la hicieran lo más competitiva posible desde el punto de vista de la seguridad jurídica

Por fin, **la reflexión del valor de la escritura pública todos la suscribimos**, y como corolario lógico de todo lo anterior, esta debería contar con unos elementos informáticos o cibernéticos de la más alta calidad que la hicieran lo más competitiva posible desde el punto de vista de la seguridad jurídica. **No hay duda, pero para ello no es imprescindible la existencia de una o varias sociedades limitadas del Consejo General del Notariado.**

Las **conclusiones** derivadas de lo anterior son claras:

- 1.- **Los servicios deben ser baratos.** Yo diría que, más que baratos, adecuados en precio a las prestaciones que nos dan y, sobre todo, a los tiempos en que vivimos. Lo que no puede ser, no puede ser, y además es imposible: si hay notarios cuyos ingresos brutos son hoy un 65 % inferiores a los del año 2007, no pueden





soportar unos costes informáticos iguales y sin mayor valor añadido que los que entonces tenían (sin entrar a dirimir si son caros o baratos).

2.- Las aplicaciones de comunicación deben estar centralizadas. Es obvio, es imprescindible, pero ello no significa que todas tengan que pasar a través de un servidor propiedad exclusiva nuestra. A lo mejor Microsoft nos puede dejar un 0,3 % de un gigantesco servidor que pueda ser el menor del mundo mediante un contrato de prestación de servicios adecuado con suficientes garantías de seguridad y con una responsabilidad civil controlada.

3.- Efectivamente, es una perogrullada que el organismo de gestión informática debe definir los desarrollos única y exclusivamente para satisfacer las necesidades de la función notarial y en función de las directrices de esta. Pero es que precisamente esto actualmente no es así y hay evidencias suficientes de ello; sin entrar en profundidades, me basta con citar: SERFIDES, AGN, LOGALTY, Certificados de Terceros, Hipoteca E-Notario BBVA...

Por fin, me detengo brevemente en la enumeración de las líneas de actuación de ANCERT:

a) Índice Único

Creo que hay sistemas más eficaces, menos costosos y, sobre todo, menos gravosos para implementar las bases de datos que estamos generando. Me remito a lo anteriormente expuesto y añado un simple ejemplo. Hace unos meses, ANCERT nos pidió a través de OCT (no solo de OCP, como antes) una serie de escrituras mediante el prehistórico sistema de enviar un correo de aviso al correo personal del Notario que nos remite al correo corporativo, en el que hay que pinchar en un enlace del mensaje que nos abre, a su vez, una página independiente de SIC donde se adjunta la copia de la escritura en PDF y se envía (una a una), recibiendo a continuación un correo de confirmación de que ha sido recepcionada correctamente. El sistema no puede ser más absurdo. Cuando la AEAT nos pide directamente una copia de escritura (situación muy corriente), conforme a lo dispuesto en el art. 51 de la Ley General Tributaria, para contestar al requerimiento basta entrar en

la sede electrónica de la propia AEAT, donde el trámite puede realizarse simplemente introduciendo el número de expediente (con nuestra propia tarjeta de firma electrónica) y donde existe una capacidad prácticamente ilimitada de adjuntar documentos, quedando dichos documentos registrados mediante un registro de entrada electrónico en la propia página de envío. El ejemplo creo que no puede ser más claro.

b) Especial atención al CAU y a la comunicación directa con los notarios

Es verdad que estos servicios han mejorado en los últimos tiempos quizás no todo lo que debían (sobre todo, en materia de NIU), pero, como dicen fuentes de la propia Dirección de ANCERT, mejorar el servicio supone subir los costes...

c) Rebaja presupuestaria

La verdad es que **una rebaja del 10 % parece un tanto cicatera** cuando los aranceles han bajado el 5% con carácter general, sin contar sociedades exprés, cancelaciones y un largo etcétera.

Me llama poderosamente la atención que del presupuesto de ANCERT la aportación de los notarios haya sido del 68 %. ¿De dónde viene el 32 % restante? La respuesta a esta pregunta es muy urgente, así como su detalle.

d) Replanteamiento estratégico de proyectos

Como no podía ser de otro modo, también las grandes compañías aéreas han revisado sus proyectos de compra de AIRBUS 400...

Resulta chocante que se afirme que hay que discriminar los proyectos de verdadera utilidad para la Corporación Notarial de aquellos que no la tienen. ¿Es posible que haya habido proyectos inútiles que hayan sido afrontados y pagados con el dinero de todos?

e) Incremento de servicios

Es interesante, pero obvio, reconocer que **la Central de Compras, como no podía ser de otra manera, ha sido un rotundo fracaso.**

La tarifa plana Movistar es interesante, pero tampoco hay información suficiente de los costes que soporta ANCERT para prestar este servicio a los notarios...

El sistema de copia remota en cuanto a su versión básica es interesante y, por fin, después de años de lucha por parte de algunos, permite obtener una copia de seguridad del Platón (tal y como nos obliga el Reglamento de Protección de Datos desde el año 2008), lo que hasta ahora no había sido posible. Sin embargo, la opción de copia remota de los datos informáticos del propio Notario es astronómicamente cara para los precios de mercado. Una vez más, se demuestra que aquí habría interesado más una externalización controlada y no una gestión directa.

f) Desarrollos informáticos

No sé qué habrán hecho las casas de informática que prestan servicios a la Corporación Notarial para recibir este trato de ANCERT; seremos nosotros, los notarios, sus clientes, quienes las pondremos en su sitio contratando sus servicios o no. **No debe ser ANCERT quien decida cómo deben funcionar ni concurrir con ellas donde no le corresponde.**

ANCERT tiene que ser una herramienta al servicio de los notarios y no una herramienta del Consejo General del Notariado

Por fin, la frase estrella: ANCERT es nuestro. O mejor: ANCERT debería ser nuestro. **ANCERT tiene que ser una herramienta al servicio de los notarios y no una herramienta del Consejo General del Notariado,** ni al servicio del Consejo General del Notariado, ni un ente o una superestructura que esté por encima de todos nosotros y que agote su fin en sí misma. No olvidemos que nada es imprescindible y que todo debe estar al servicio de las aplicaciones que los notarios necesitan, y no al revés. Y si ello no es así, quizás en breve ocurra como en el entorno que nos rodea: que tendremos unos servicios informáticos corporativos estupendos, pero que no podremos pagar.

Extraordinario Vallet



Alberto Sáenz de Santa María Vierna
Notario de Cáceres

El 25 de junio de 2011 falleció Juan Berchmans Vallet de Goytisolo, un gran Notario y —sin exageración— **uno de los más grandes juristas españoles y europeos del siglo XX**.

La aportación de Vallet al mundo del Derecho es literalmente inmensa y sus conocimientos jurídicos, simplemente asombrosos.

Abarcan **desde los conceptos básicos del Derecho civil y el Ordenamiento jurídico** —un grueso volumen de más de mil páginas recopila estudios suyos en este campo y en otros bajo el título *Estudios sobre fuentes del Derecho y el método jurídico*— **hasta el Derecho mercantil** —la mayoría de sus *Estudios varios* están dedicados a este sector del Ordenamiento.

Se ocupó también de lo que hoy llamamos **Derecho agrario y urbanístico** —antes, objeto de atención frecuente a través de la distinción entre «lo rural» y «lo urba-

no», perspectiva muy utilizada en el estudio de los territorios forales—, llegando incluso al **Derecho internacional privado** —con ponencias en más de cinco congresos internacionales del Notariado latino.

Y en todos los campos, demostrando siempre un **dominio tal del Derecho romano y de la historia del Derecho** como solo tienen los verdaderos especialistas de primerísima fila.

Si por algo es conocido Vallet en España y en el mundo entero es por su condición de Notario. En el campo notarial, puede decirse que Vallet lo ha sido todo

Sin que pueda dejar de mencionarse su **conocimiento y perfecto manejo de la doctrina histórico-jurídica española**, especialmente los clásicos: Gregorio López,

Antonio Gómez, Vázquez de Menchaca, el jesuita Luis de Molina, Castillo de Sotomayor, Covarrubias, etc. Un manejo que solo encuentra paralelismo en el conocimiento profundo de esta misma doctrina clásica española que también tenía Federico de Castro.

1) Vallet, Notario

Pero si por algo es conocido Vallet en España y en el mundo entero es por su condición de Notario. En el campo notarial, puede decirse que Vallet lo ha sido todo. Pues si fue Notario de Madrid a los 32 años —por oposición entre notarios—, ya antes había sabido ser Notario arraigado en pequeñas poblaciones, como Torroella de Montgrí (Girona) y Arucas (Las Palmas).

En la vocación notarial de Vallet fue providencial el papel de otro gran Notario: Roca Sastre. El propio Vallet lo confesó cuando, al recopilar sus *Apuntes de Derecho sucesorio*, los encabezó con la siguiente



dedicatoria: «A Ramón María Roca Sastre, que en los primeros años de nuestra posguerra volvió a despertar en mí la afición al Derecho, que se me había adormecido con el olor de la pólvora y el ruido de las explosiones». Miembro de juntas directivas del Colegio Notarial de Madrid, varias veces integrante de tribunales de oposiciones a notarías, ponente español en congresos internacionales, fue Presidente durante dos años —de 1977 a 1979— de la Unión Internacional del Notariado Latino.

Fruto de sus raíces en el Notariado español y su conocimiento de los notariados latinos del mundo son sus **muchos artículos sobre «el Notario y la función notarial»**, en los que repetidamente insiste en lo que para él es una idea-fuerza del Notariado: la de que el Notario es un órgano social —su bráyese lo de «social»— que tiene a su cargo, de modo directo, la seguridad jurídica en la normalidad de la vida, especialmente en lo negocial, es decir, en función preventiva. (Todavía hoy está pendiente la publicación conjunta y monográfica de sus trabajos y conferencias sobre la figura jurídica del Notario latino.)

No puede dejar de mencionarse su **aportación como pensador en el más elevado sentido, lo que en el mundo del Derecho significa, básicamente, ser un auténtico filósofo del Derecho**

Este **amor por la figura jurídica del Notario** la mostró siempre allí donde se encontraba, alardeando constantemente en decenas de conferencias y publicaciones en cualquier parte del mundo —con orgullo y satisfacción— de los perfiles y notas que caracterizan al Notario español como la más conseguida cristalización del Notario latino. Y hasta tal punto le marcó esa impronta notarial que, en un trabajo de 1976 —cuando ya estaba en la cumbre profesional e intelectual y de tantos títulos podía alardear—, se describía a sí mismo como un simple jurista práctico, pues —decía— «los juristas prácticos estamos más cerca de las cosas y los hechos; nuestra perspectiva está más apegada a la realidad y a lo que en concreto es bueno y útil o nocivo al bien común».

Conociendo este punto de vista de Vallet, precisamente por eso me permití dedicarle un pequeño trabajo en el año 2001

con las siguientes palabras: «A Juan Vallet de Goytisolo, juriconsulto al modo romano, maestro del Derecho civil y, sobre todo, Notario».

2) Vallet, filósofo del Derecho

La faceta notarial de Vallet es, sin duda, la más conocida, especialmente por los lectores de esta revista —en su mayoría, abogados—, pero no puede dejar de mencionarse su **aportación como**

pensador en el más elevado sentido, lo que en el mundo del Derecho significa, básicamente, ser un auténtico filósofo del Derecho.

Y Vallet —como en todo aquello que cultivó— **fue un maestro de la filosofía del Derecho y el pensamiento jurídico**. Sin temor a equivocarnos, podríamos hablar de Vallet como del más grande argumentador del Derecho natural en los tiempos modernos. **Enamorado del iusnaturalismo cristiano de raíz tomista**, introdujo en



él factores de renovación y proyección de futuro.

En esta línea —siempre a mi humilde juicio— su definición del Derecho como «determinación de aquello *quod iustum est* en el caso concreto» es tan acertada y original como pocas en la Historia. Con ella, enriquece y profundiza la parte más sustantiva y medular de la clásica definición de Santo Tomás en la *Suma teológica* («ordenatio rationis ad bonum commune»).

En esta faceta suya como filósofo del Derecho hay que situar su **admiración permanente por Aristóteles y, sobre todo, por Santo Tomás de Aquino**, aunque sin olvidar dos grandes influencias que recibió de autores contemporáneos suyos: una, nunca recalca en esta faceta del Derecho natural pero igualmente crucial, la de **Federico de Castro**, también maestro suyo en el iusnaturalismo; otra, que muchas veces recalca que fue determinante para exteriorizar un pensamiento que hasta entonces no había conseguido «sacar de su interior» y que gracias a él consiguió «echar fuera», la del filósofo francés **Michel Villey**. Mantuvo también un intercambio intelectual muy fructífero —fructífero para ambos— con el filósofo italiano Michele Federico Sciacca.

No seríamos justos con Vallet si en este punto no recordáramos a otro gran amigo suyo: Eugenio Vegas Latapié. Con él levantó y sostuvo generosamente la **Fundación Speiro** y con él animó y dio vida a otro producto muy querido de su vida: la **revista Verbo**, revista de acción cultural inspirada en el Derecho natural cristiano. Fundada en el año 1962, bajo su dirección ha llegado a alcanzar casi 500 números. Y en ella y al hilo de ella y de la Fundación Speiro ha publicado Vallet trabajos importantes para su vida de pensamiento en torno a temas como la libertad civil, el pactismo, los cuerpos intermedios, la inflación o la tecnocracia.

3) Vallet y el Derecho civil; en particular, el Derecho de sucesiones

Intentar resumir en breves líneas la obra de Vallet en el campo del Derecho civil sería como pretender ponerle puertas al campo. De tal envergadura es su obra.

Todos los sectores los ha tratado, y todos magistralmente: la posesión, la reivindicación mobiliaria del controvertido artículo 464 del Código Civil, la fe pública registral,

las compraventas con carácter privativo de uno de los cónyuges —en los tiempos en que esa cuestión era disputadísima—, las compras con pacto de sobrevivencia en Cataluña, las compraventas en favor de persona a determinar, las donaciones *mortis causa*, la hipoteca del derecho arrendaticio, el *pignus tabernae*, la hipoteca mobiliaria y la prenda sin desplazamiento de la posesión, la enfiteusis... y tantos otros temas han sido abordados por su mente sagaz e inquisitiva.

Por si fueran necesarias pruebas de su **dominio absoluto del ius civile y de su magisterio como civilista**, baste una sola: su estudio sobre las *Cautelas de opción compensatoria de la legítima* publicado con ocasión del Centenario de la Ley del Notariado ocupa —si prescindimos de otras cien para el examen de su perspectiva histórica— trescientas páginas; y en esas mismas trescientas páginas fue capaz de condensar todo un valioso y acertadísimo *Panorama del Derecho civil* que es un extracto de sabiduría jurídica.

Si hay algún campo del Derecho civil para el que Vallet nació, ese es, sin duda, el Derecho de sucesiones

Pero si hay algún campo del Derecho civil para el que Vallet nació, ese es, sin duda, el Derecho de sucesiones.

Lo que Vallet ha desvelado, enriquecido y aportado a los 431 artículos que el Código Civil dedica a esta materia bajo el epígrafe «De las sucesiones» (artículos 657 a 1087) no puede describirse si no se ha estudiado su obra, hasta el punto de que puede hablarse de un Derecho español de sucesiones «antes de Vallet» y «después de Vallet».

Y no solo lo decimos nosotros. Pablo Salvador Coderch le ha calificado como «primer especialista español en Derecho sucesorio»; Nuñez Lagos —también en señalada ocasión— dijo de él que era «uno de los primeros tratadistas de Derecho sucesorio de Europa», y Lacruz y Sancho Rebullida le dedicaron el tomo V de sus *Elementos de Derecho civil* en los siguientes términos: «A Juan Vallet de Goytisolo, en reconocimiento a su contribución impar al Derecho sucesorio español y en testimonio de amistad».

En la actualidad, el estudio del fenómeno sucesorio en la obra de Vallet está

enormemente facilitado gracias a la **ta-reja recopiladora que él mismo acometió en los años 80**, y pasa forzosamente por tres grandes obras: los *Estudios de Derecho sucesorio*, su obra *Las legítimas* y el *Panorama del Derecho de sucesiones*.

Sus *Estudios de Derecho sucesorio* —publicados entre 1980 y 1983 en seis gruesos volúmenes— los había anunciado ya en 1955, al publicar por partes los *Apuntes de Derecho sucesorio* en el *Anuario de Derecho Civil*. En ellos, Vallet agrupa y sistematiza sus múltiples trabajos monográficos sobre esta parte del Derecho civil, dedicando el primero al fenómeno sucesorio en general y a sus principios básicos; el segundo, a la interpretación del testamento; el tercero, a una serie de estudios dispersos sobre la legítima; el cuarto, a la computación, imputación y colación, y el quinto y el sexto, a las reservas clásica y lineal, respectivamente.

En realidad no son seis, sino nueve, los volúmenes de su obra sobre Derecho sucesorio, pues el cuarto debe integrarse —por su íntima ligazón— con su obra *Estudios sobre donaciones*, que ya había publicado en 1978. Y el tercero —como su propio nombre de *Estudios dispersos...* revela— solo puede entenderse en función y como complemento de la explicación medular sobre nuestro sistema en tema de legítimas, contenida en los dos tomos de *Las legítimas*, que le confieren unidad y sentido.

Precisamente esta obra, *Las legítimas* —publicada en 1974 dentro del *Tratado práctico y crítico de Derecho civil* del INEJ— es —quizá— la más querida de Vallet, pues es un tema que había trabajado, estudiado y profundizado durante muchos años, lo que produjo en él un cambio de opinión respecto a lo inicialmente pensado.

Y la **conclusión final a la que llega Vallet** tras este estudio —verdadero tratado— es la siguiente: **en nuestro Derecho, las legítimas no constituyen una sucesión forzosa y propia, distinta de la sucesión testada y la intestada**. Antes al contrario: constituyen solo una reglamentación predominantemente negativa, tienen un carácter simplemente limitativo. Es decir: las legítimas tienen la naturaleza propia de un simple freno a la libertad de testar.

Esta conclusión constituye una **aportación —creemos que definitiva— acerca de la naturaleza de la legítima en el Código Civil y el título por el que la reciben los**



legitimarios. Y produce consecuencias que se filtran por todos los poros de nuestro sistema hereditario, dada la «transversalidad» de la legítima dentro del fenómeno sucesorio —pues las legítimas cortan y atraviesan todas las piezas e instituciones que lo conforman.

La importancia que Vallet atribuyó a esta obra suya fue siempre máxima y se percibe ya en la cálida dedicatoria con la que la abre, dirigida a quien fue su gran maestro: «A mi querido maestro don Federico de Castro y Bravo, de quien he tratado de aprender e intentado seguir su rigor en la búsqueda de lo verdadero y de lo más justo, y de quien he recibido tantísimos otros buenos ejemplos no solo en materia jurídica. Con mi gratitud, admiración y cariño».

Finalmente, el *Panorama del Derecho de sucesiones* es una obra diferente. Esto se percibe ya desde el comienzo por un aspecto formal, pues, a diferencia de sus restantes obras —en donde la cita a otros autores y fuentes es abundantísima—, en esta prescinde totalmente de las notas a pie de página, volcándolo todo en el texto principal.

Y también en el aspecto sustancial, ya que bajo el modesto título de *Panorama...* se cobija todo un tratado del Derecho de sucesiones en el que sabiamente ha diseccionado dos puntos de vista: el aspecto que él llama «estático», analizando cada pieza del sistema sucesorio —testamento, institución de herederos, sustituciones fideicomisarias, legados, legítimas, reservas, fundaciones constituidas mortis causa, etc.—, y el aspecto que él llama «dinámico», analizando y desarrollando todo el *iter* del fenómeno sucesorio desde el momento mismo de la muerte del causante y hasta la final formalización de la partición. Es como si el primer aspecto analizara la anatomía del fenómeno sucesorio y el segundo, su fisiología —o como si el primero fuera una foto en primer plano y el segundo, una película completa.

En ambas perspectivas estudia Vallet el Derecho sucesorio romano, el medieval, el Derecho histórico español, el Código Civil y las compilaciones, con la aportación de la doctrina y la dogmática.

Por eso dije en otra ocasión que es una obra intemporal, pues no se limita al Derecho vigente en un determinado país y en un momento dado, sino que lo trasciende, presentándonos el Derecho sucesorio como una aportación secular decantada y cristalizada por el tiempo y en la que no hay rupturas, sino continuidad en la esencia, sucesivamente enriquecida con aportaciones de cada generación jurídica. Se podría calificar como la obra de madurez de un virtuoso del Derecho de sucesiones.

4) Vallet, senior

Por imperativo legal, **Vallet fue jubilado administrativamente como Notario en 1987, al cumplir los 70 años de edad.** En otros muchos casos, la jubilación implica y supone el apartamiento definitivo de la actividad, del trabajo y de la presencia en el mundo jurídico. Nada de eso ocurrió con Vallet.

Por el contrario, dando muestra una vez más de su raza de infatigable estudioso y trabajador, Vallet **ejerció desde esa fecha como Abogado** en su despacho de Ramón y Cajal, 7, **emitiendo abundantes dictámenes** —género jurídico en el que siempre destacó y que cultivó con maestría, incluso siendo Notario en activo, como demuestra el volumen *Dictámenes e informes de un Notario*. Por supuesto, **siguió publicando incesantemente en las revistas jurídicas españolas y dio continuamente conferencias**, tanto en España como en Hispanoamérica.

También tras su jubilación **recibió, en 1988, el Premio de la Academia Montesquieu de Burdeos** por su obra *Montesquieu: Leyes, gobiernos y poderes*; **en 1996, el Premio al Jurista del Año** por una vida entregada al Derecho, otorgado **por la Universidad Complutense de Madrid, y en 2010, el Premio Puig Salellas del Colegio Notarial de Cataluña**, llegando en el año 2000 a ser propuesto para el Premio Príncipe de Asturias de Ciencias Sociales.

Tras jubilarse, **impartió cursos de doctorado por encargo de la Universidad de**

Comillas, con lo que cumplió con el encargo realizado, pero aún más: **fruto de estos cursos** es una de las partes más singulares de **su obra, dedicada a la metodología jurídica y publicada entre los años 1988 y 2003.**

Según Vallet, la metodología jurídica se subdivide en tres perspectivas: metodología de las leyes, metodología de la determinación del Derecho y metodología de la ciencia expositiva y explicativa del Derecho

Metodología que, a su juicio, se subdivide en tres perspectivas: metodología de las leyes, metodología de la determinación del Derecho y metodología de la ciencia expositiva y explicativa del Derecho. Como dato —anécdota, pero también categoría—, digamos que la obra se desarrolla en casi 7.500 páginas de una erudición asombrosa.

Al fallecimiento de Federico de Castro y junto a otros dos grandes discípulos del maestro, como son Díez Picazo y Peña y Bernaldo de Quirós, **asumió la Dirección de la obra más querida de su fundador: el Anuario de Derecho Civil**, manteniendo los tres un perfecto equilibrio en el triunvirato desde entonces.

No contento con ser **Secretario de la Real Academia de Legislación y Jurisprudencia desde 1977 hasta 1992, accedió en 1994 a la Presidencia de la Academia**, constituyendo este hecho —en lo que yo sé— el único caso de Notario que ha merecido presidir y dirigir a todos los grandes juristas españoles que allí tienen su asiento.

En fin: como se ve, 24 años muy fértiles en lo jurídico. Tan fértiles como lo fueron los años anteriores. Pues **si hay una característica unánimemente recalada siempre en Vallet, esta ha sido la continuidad y la coherencia de su obra.** Y entre su obra y su persona, tan extraordinarias una como otra.



«La fe pública del Notario es una de las cosas más sólidas y socialmente aceptadas que hay en nuestro país»

Miguel Ángel Gimeno

Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña

AUTORA: Sandra Purroy
FOTOGRAFÍAS: Montserrat Fontich

Nacido en Binéfar (Huesca) en 1950, estudió Derecho en las universidades de Lleida y de Barcelona e ingresó en la carrera judicial en el año 1987. Ha ejercido siempre en Cataluña, siendo su primer destino el Juzgado n.º 3 del Hospitalet de Llobregat y, al año siguiente, el Juzgado de instrucción n.º 22 de Barcelona.

En el año 1993, ingresó en la Audiencia Provincial de Barcelona como Magistrado de la Sección 10.^a, hasta el año 2000, en que se convirtió en Magistrado-Presidente de la Sección 6.^a. Miembro de la asociación Jueces para la Democracia, de la que fue portavoz, desde octubre de 2010 es Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña.



P: Hace dos años que llegó a la Presidencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña. En este periodo, ¿qué objetivos cumplidos destacaría y cuáles son sus principales objetivos a corto, medio y largo plazo?

R: Creo que hemos hecho un esfuerzo por conseguir la presencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, tanto en el ámbito organizativo como, sobre todo, en el representativo, como símbolo del gobierno judicial en Cataluña. Nos hemos implicado mucho en la sociedad civil, en el sentido más amplio de la palabra. Tanto yo, personalmente, como los presidentes de las audiencias y de los equipos que me dan apoyo hemos hecho un esfuerzo por conseguir tener una presencia constante en todas las instituciones, por interactuar con todas ellas, ya sean de carácter social, vecinal o jurídico, buscando siempre una retroalimentación. Nosotros les hemos pedido qué era lo que creían que faltaba y hemos actuado en consecuencia; hemos obtenido mucha información de dichas instituciones. En este punto, hemos avanzado mucho. Respecto al hecho de ser una Justicia moderna, una Oficina Judicial moderna, aún nos encontramos bastante lejos de lo que sería no ya óptimo, sino razonable o mínimamente aceptable. Aún estamos por debajo de lo que sería aceptable. En el ámbito de la Justicia, el problema que tenemos es que a menudo se piensa que se halla en manos del Presidente o de la Sala de Gobierno, pero los medios materiales y las competencias dependen, en este caso, de la Generalitat de Cataluña, o en el caso de los secretarios, del Ministerio. De modo que existe la concurrencia de varias administraciones, cosa que nunca es fácil, porque los criterios de prioridades no siempre coinciden y la función coordinadora de la Presidencia, pese a los esfuerzos, no siempre es atendida. Por tanto, en este punto, estamos trabajando cada día, pero todavía tenemos muchas cosas por hacer. Este no es el mejor momento, porque, con la falta de capacidad económica por parte de las administraciones, la consecuencia es muy clara y los criterios de prioridades de la Administración no necesariamente coinciden con los nuestros.

P: ¿Cómo afecta la falta de recursos de la Administración en estos momentos?

R: La Justicia es una prioridad, pero no lo es tanto como la sanidad u otras.

Es algo evidente y debemos aceptarlo. Lo que estamos intentando desde la Sala de Gobierno es utilizar, con nuestros medios, todos los recursos imaginativos posibles para mejorar algo la respuesta y, sobre todo, lo que depende exclusivamente de nosotros mismos: mejorar la forma de hacer, el trato o el cumplimiento de ciertas normas de conducta por parte de los jueces, de los secretarios y de los funcionarios. En este punto sí que apretamos más, porque esto sí que podemos hacerlo y los medios no son tan importantes.

Respecto al hecho de ser una Justicia moderna, aún estamos por debajo de lo que sería aceptable

P: En ocasiones, se ha mostrado muy crítico con la falta de recursos de la Justicia catalana, acentuada desde hace cierto tiempo por la crisis actual. ¿Cuál es el estado actual de los juzgados en Cataluña?

R: La situación es mucho mejor que años atrás, pero su horizonte aún no está al nivel de satisfacer la demanda de los ciudadanos.

P: ¿Cree que es una cuestión coyuntural, ocasionada por la actual crisis, o es una cuestión que va más allá?

R: En el ámbito de la Justicia, tradicionalmente siempre ha habido falta de medios, pero bien es verdad que en los últimos veinte años se han hecho grandes esfuerzos económicos y la situación ha mejorado sustancialmente. No tiene nada que ver la Administración de Justicia de hoy en día con la que había por entonces, eso es algo que debe saber el ciudadano, como también debe saber que el aparato en general, y los jueces en particular, están resolviendo los problemas del país. Es evidente que no lo hacemos con la celeridad que se nos demanda, pero sí que lo hacemos con unos criterios razonables en términos comparativos respecto a otros países de nuestro contexto. No creo que pueda decirse que la Justicia española es peor que la de otros países de nuestro entorno, ni mucho menos. Evidentemente, se puede mejorar y debe mejorarse mucho más, porque el ciudadano español y el catalán demandan

una Administración de Justicia más moderna, que por el momento nosotros —y me refiero al Estado, ya sea el Gobierno o la Generalitat— no les podemos ofrecer, porque estamos limitados por las condiciones económicas, en estos momentos. Y también es verdad que comenzamos bajo cero y llegar cuesta más.

P: Por tanto, ¿es necesaria una reforma global de la Justicia? ¿Puede entenderse así la Nueva Oficina Judicial?

R: Lo que está clarísimo es que el orden judicial tenía una estructura en la que, al frente de todo, se encontraba el Juez. Y dicha estructura, en estos momentos, ya no solo no era legalmente adecuada —ya ha habido una última modificación de ley al respecto—, sino que era, sobre todo, organizativamente nefasta, ya que tenía cierto sentido en momentos históricos precedentes, pero no en una sociedad moderna como la actual. Es evidente que la idea de que el Juez se dedique exclusivamente a los aspectos que son de ámbito jurisdiccional y que la Oficina dependa de otros es una buena idea. Otra cuestión es que en estos momentos pueda haber conflictos que se deben solucionar, pero, en cualquier caso, la idea de que haya una estructura organizativa moderna, de oficina, y que posteriormente al Juez se le dé el asunto para que haga la función puramente jurisdiccional es buena. En esta línea debe ir la Justicia moderna. Esto quiere decir, en definitiva, que finalmente habrá un cambio sustancial respecto a la estructura piramidal que existía, con un Juzgado y un Juez al frente de todo, y con toda una Oficina con unos mecanismos muy viejos.

Es una buena idea que el Juez se dedique exclusivamente a los aspectos que son de ámbito jurisdiccional

Los jueces ni sabemos ni debemos saber de organización; de lo que debemos saber es de Derecho, de Justicia, de todo lo referente al ámbito judicial. Ese es nuestro trabajo, y no otro. Por tanto, todo esto necesita imprescindiblemente que se produzca un cambio de estructura.



Entrevista

P: ¿El principal problema de la Justicia es, pues, la organización?

R: A la Administración de Justicia de España le faltan medios, pero, sobre todo, le falta organización. Si no somos capaces de tener una buena organización, no sacaremos provecho de los medios que tenemos. Y esto, en estos momentos, es algo muy importante, porque al ciudadano le cuesta muchos esfuerzos pagar cada cosa. Creo que es el poder político quien debe decidir cuál es la organización más adecuada y, dentro de esta organización, los jueces jugamos un papel relevante, también instrumental, para que haya finalmente y en el último momento una decisión jurisdiccional. En cualquier caso, somos una pieza más.

P: Es partidario, pues, de la Nueva Oficina Judicial para mejorar la eficiencia. Pero ¿cuáles son actualmente los aspectos en que ya tenemos cierta fortaleza?

R: El más importante es que, en estos momentos, todo el mundo ya ha aceptado que con la organización tradicional no se podía hacer nada y que necesitamos una organización moderna. Y que dicha organización moderna debe hacerse en base a una Oficina gestionada de forma diferente, en que el ámbito jurisdiccional sea de los jueces, y que el hecho de optimizar los recursos organizativos sobre oficinas comunes es posible. Y todo ello solo puede funcionar si se apoya en una informatización importante; una cosa no puede hacerse sin la otra. Y ello no quiere decir tanto tener aparatos como tener un sistema de expediente electrónico, con cierta accesibilidad al expediente. De modo que, cuando la Oficina tenga que pasar por diferentes servicios, esto solo será eficaz si se basa en un expediente electrónico. Porque, si no es así, nos podemos encontrar —tal y como ha sucedido haciendo pruebas con la Oficina Judicial— que en el momento en que el expediente tenía que estar en cierto lugar, no estaba allí, porque, al ser físico, debía trasladarse y, en un momento dado, nadie lo encontraba. Pueden pasar muchas cosas, pero jamás que un Juez no pueda celebrar un juicio ya que no tiene el expediente porque en función de recurso o de cualquier otra cuestión haya tenido que ir atrás. Con un expediente electrónico, esto no sería un problema, porque siempre —evidentemente, con los controles necesarios— cualquier Juez que fuese competente sobre un caso

podría encender el ordenador y bajarse su expediente.

Debemos entrar en los tribunales de instancia, que impliquen un único órgano judicial integrado por varios jueces

Pero, además de estas dos cosas, deben organizarse algunas otras. Por ejemplo, si planteamos el hecho de que hay servicios comunes y que los jueces solo tienen una función meramente jurisdiccional, que no deben ocuparse de la organización de la Oficina, no es necesaria una organización de órganos judiciales como la actual. Por tanto, debemos entrar en lo que se conoce como tribunales de instancia, de base, un concepto que implica un único órgano judicial, con una instancia compuesta por diversos jueces, por tantos como sean necesarios. Ello facilita mucho la organización y optimiza los recursos. En Barcelona, por ejemplo, habría un Juzgado de primera instancia que tendría cincuenta jueces, con un Decanato o un responsable que se encargaría de su distribución. Ello permitiría, a su vez, asegurar otra de las cuestiones que tanto nos preocupan a nosotros y, evidentemente, también a los notarios —que hacen mucho trabajo y están a la vanguardia en esta materia—: la seguridad jurídica y la previsibilidad de las organizaciones judiciales, uno de los aspectos que se nos critica a menudo. En el momento en que existe un único órgano judicial con diferentes miembros judiciales, ello permite que se unifiquen criterios con mayor facilidad y que se hagan las reuniones que sean necesarias para hacer que dicho criterio sea siempre el mismo. Por tanto, con ello ya hemos mejorado otro tema organizativo, aunque, evidentemente, también se necesitan medios.

P: ¿Y respecto al ámbito territorial?

R: La idea de una distribución territorial en partidos judiciales nace dirigida a la presencia del poder en todos los territorios. Actualmente, sin embargo, la presencia física no es importante. No lo es porque existe otra manera de hacer valer la tutela judicial y, sobre todo y fundamentalmente, porque los medios de comunicación informáticos y de otro tipo han cambiado mucho en los

últimos años, y todo ello debe aprovecharse. Ahora ya no hay necesidad alguna de que haya una persona en un lugar apartado, porque no resulta eficiente, creando órganos judiciales que se encuentran sobrecargados y otros que no lo están. Además, los movimientos migratorios han cambiado mucho las poblaciones. Por tanto, los partidos judiciales se deben discutir y se deben cambiar otra vez.

Todas estas piezas no pueden funcionar las unas sin pensar que también están las otras. Por tanto, la evolución debe ser global. La Oficina se hará ahora, pero ¿qué servicio común daremos, si no tenemos en cuenta a qué territorio debe prestarse dicho servicio público? Evidentemente, también deben tenerse en cuenta otros factores sociológicos o el hecho de que en Cataluña existen ciertas situaciones; por ejemplo, en la costa mediterránea, o en la Costa Brava, se opta por cierto tipo de turismo que provoca estacionalmente muchos incidentes o una especial demanda de la Administración de Justicia, y debemos ser ágiles y modificarla de forma que podamos cubrir julio, agosto y septiembre, sabiendo que estas necesidades no serán las mismas que en enero. También debe tenerse en cuenta que actuar en una urbanización no es lo mismo que hacerlo en un edificio, aunque el número de personas sea el mismo. Todo esto debe plantearse de una vez.

A la Administración de Justicia le faltan medios, pero, sobre todo, le falta organización

P: ¿Será la solución al colapso judicial?

R: No estoy de acuerdo con el término *colapso*. Creo que, efectivamente, no cumplimos con la demanda de eficacia y de rapidez que existe, pero eso de ningún modo es un *colapso*. Hace muchos años —yo creo que toda mi vida profesional— que utilizamos este término, pero en ningún momento estamos totalmente colapsados. Somos lentos, como lo sería cualquier otro en nuestras circunstancias y con las garantías que ofrecemos. Tenemos muchas carencias y deficiencias. Incluso, a veces, la Justicia tardía no es Justicia, pero con estos medios estamos salvando el papel de este país desde hace muchos años. En España, la Justicia es lenta, puede ser mejor, podemos



ganar más seguridad jurídica... pero hay Justicia.

P: ¿Existe una buena seguridad jurídica?

R: Precisamente, en este sentido, los jueces creemos que existe un exceso de peculiaridad en ciertas resoluciones. Es decir, el legislador —que también tiene la obligación de dar seguridad jurídica— nos presenta a menudo una norma que modifica otra, y lo hace con una disposición adicional de una ley que nada tiene que ver con una exposición de motivos, por ejemplo. Y, finalmente, la conclusión viene de una enmienda transaccional. Nos dicen que lo interpretamos de formas diferentes, pero es que es lógico que así suceda. Pero, en definitiva, si lo observamos con cierta perspectiva, en el ámbito judicial, este país se está manteniendo.

P: Lo que sí tenemos es un alto índice de litigiosidad. ¿Cómo podemos combatirlo?

R: Es verdad que tenemos un índice de litigiosidad muy superior al de otros

países de nuestro contexto, pero no en conflictos graves. Si observamos estadísticas en el ámbito criminal, nuestro índice de criminalidad es más bajo que el de países de nuestro entorno, sobre todo en el caso de los delitos más graves. También es cierto que tenemos más de los menos graves, pero no muchos más que en los países de nuestro contexto. Aquí existe tanta litigiosidad seguramente por distintas razones: primero, porque no tenemos la cultura de ir a la transacción, a la mediación o al arbitraje, que son instrumentos alternativos al ámbito judicial. Seguramente no hay suficiente fiabilidad o suficiente conciencia social respecto al hecho de que los asuntos pueden resolverse de otro modo. Creo que los profesionales del Derecho, y más concretamente los abogados y los procuradores, deberían plantearse en primer lugar. En España hay muchos más que en otros países de nuestro entorno, lo que también hace que muchos de ellos solo piensen en el pleito en el ámbito judicial. Por otro lado, también es necesario que después se cumpla lo que se haya establecido, porque si se enmiendan las cláusulas del arbitraje, por ejemplo, deberá recurrirse de nuevo al Juez. Hay ciertos temas que se podrían sa-

car del ámbito judicial, porque existen otras vías que también ofrecen seguridad jurídica, evidentemente, y que son razonables y funcionan. Ello permitiría reducir el índice de litigiosidad y permitiría también que el Juez estuviese dedicado exclusivamente a aquellas cuestiones que en modo alguno pueden salir del ámbito jurisdiccional, porque son esenciales para nuestro Derecho y, en cualquier caso, para la tutela última. Existen muchas posibilidades de tutelar a la baja.

P: ¿Qué aportación pueden hacer los notarios a la resolución extrajudicial de conflictos?

R: Los notarios pueden hacer una aportación muy importante. Se les ha atribuido la tarea de ser el apoyo básico de la seguridad jurídica preventiva, porque otorgan la escritura pública. Y la fe pública del Notario es una de las cosas más sólidas y más socialmente aceptadas que hay en nuestro país. Y esto es algo que de ninguna manera debe perderse. Los notarios, por su gran formación jurídica, pueden hacer aportaciones y, de hecho, ya las han hecho en la evolución de lo que son las diferentes





Entrevista

figuras y en la utilización del Derecho, básicamente del Derecho Privado. Creo que pueden dar un salto a otros aspectos que tienen que ver con los contratos, en los que ellos son los auténticos especialistas. No me refiero a contratos estrictamente de transacciones económicas, sino a entrar en otros aspectos que podrían solucionar. En el ámbito del arbitraje, por ejemplo, tienen mucho que decir. También en el ámbito sucesorio, e incluso en muchos aspectos de relaciones de filiación. Del mismo modo que estamos sacando de la función jurisdiccional el ámbito del Registro Civil y lo pasamos a un ámbito administrativo, hay otros aspectos que podrían pasar al ámbito puramente de un funcionario público. Y los notarios, cumpliendo con su función pública, podrían desempeñar dichas funciones. Se ha hablado, por ejemplo, de ampliar las posibilidades en ciertas declaraciones de herederos, donde no habría ningún incon-

veniente. En el ámbito matrimonial, también se ha hablado de si podrían dar fe de separaciones. En este punto, no veo ningún inconveniente de fondo, pero deberíamos arreglar algo, porque le hemos dado ciertas solemnidades al matrimonio y esto supondría un cambio sustancial —o, al menos, conceptual— en cuanto a aspectos que ya están socialmente aceptados. Pero el Notariado tiene muchas posibilidades de añadir funciones, sobre todo en el ámbito del Derecho Privado.

P: ¿Cómo valora la relación actual del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña con el Consejo General del Poder Judicial?

R: El Tribunal Superior de Justicia de Cataluña es un órgano más institucionalmente establecido dentro de la ley

orgánica, pero que tiene como órgano de gobierno primero el Consejo General del Poder Judicial. De hecho, la Sala de Gobierno del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña es un órgano gubernativo igual que el otro, que tiene funciones gubernativas. Con las competencias, existe cierta delegación, pero la relación es correcta y cada uno funciona dentro del ámbito de sus propias competencias, con una relación muy fluida y directa. Evidentemente, ellos son el órgano superior y nosotros a menudo ejecutamos instrucciones, ya que la forma que tiene el Consejo General del Poder Judicial de aplicar una política judicial determinada a todo el Estado es a través de los diferentes tribunales superiores de Justicia.

El Notariado tiene muchas posibilidades de añadir funciones, sobre todo en el ámbito del Derecho Privado



P: Un tema recurrente es la posibilidad del cambio de procedimiento para la elección de los vocales del Consejo General del Poder Judicial para asegurar al máximo su independencia y despolitización. ¿Cómo valora dicha posibilidad? ¿Cree que hay demasiadas interferencias entre política y Justicia?

R: Al final, no se trata de que las haya o no, sino de que la gente cree que las hay. Creo que hay menos interferencias de lo que la gente cree. En el ámbito judicial, la legitimación depende bastante —por no decir mucho o totalmente— de la confianza que la gente tenga en el Juez y, por derivación, en los órganos judiciales. La mayoría de la gente piensa que el Consejo General del Poder Judicial es el órgano supremo de los jueces, y eso no es verdad. La primera cuestión es que la función jurisdiccional no tiene nada que ver con el Consejo General del Poder Judicial, algo que no hemos sabido explicar a la opinión pública. La segunda cuestión es que el Consejo General del Poder Judicial es un órgano necesariamente político y, por tanto, hace política judicial; lo que no debe hacer es otra política, pero la judicial sí que debe hacerla. Respecto a si hay o no interferencias de los partidos políticos, se confunde lo que es *partido político* con lo que son *grupos parlamentarios*. Creo que una modificación electoral general,



siguiendo el modelo anglosajón o norteamericano, en que cada persona elegida para el Parlamento rinde cuentas directamente a su electorado, por circunscripción, seguramente cambiaría mucho las cosas. Sí es cierto que, en nuestro caso, coincide la identidad casi al cien por cien entre el partido político y el grupo parlamentario —porque casi todos los grupos parlamentarios, a excepción del grupo mixto, los forma un único partido— y, además, existe el sistema de parlamentarios de fidelidad. Ello provoca que el órgano de representación más importante que tenemos, que es elegido de manera directa y que tiene la mayor legitimación para nombrar a otros, como el Consejo General del Poder Judicial, no tenga una legitimación de urnas, sino una legitimación de elección. Esto es algo que la ciudadanía ve perversamente, ya que piensa que los partidos políticos están influyendo y son quienes ponen a los unos o a los otros. Dicho esto, según mi opinión, el problema no es el sistema de elección, sino cómo funciona el Consejo General del Poder Judicial al día siguiente de la elección de sus vocales para ser independiente, de qué modo debe rendir cuentas en una sociedad moderna. En un Estado democrático de verdad, de funcionamiento, la transparencia y la rendición de cuentas son elementos básicos, no solo el sistema de elecciones. Todos los órganos, las autoridades, yo mismo, el Consejo General del Poder Judicial, el Presidente del Gobierno o el de la Generalitat debemos rendir cuentas y mostrar transparencia para que la sociedad así lo perciba. En este punto radica el problema del Consejo General del Poder Judicial. Por tanto, no es que sea un órgano político, ni un problema del sistema de elección —que puede ser razonable—, ni siquiera lo mejoraría el hecho de que algo más de la mitad de sus miembros fuese elegida por los jueces. El problema es encontrar el modo de dotarlo de transparencia y, sobre todo, de rendición de cuentas.

P: En Cataluña ha levantado cierta polémica la aprobación de la aplicación de tasas judiciales en ciertos pleitos, aprobada por la Ley de Acompañamiento de Presupuestos. ¿Cómo valora esta medida?

R: Tiene aspectos positivos y aspectos negativos, pero, en un momento dado, se ha tenido que buscar un punto de equilibrio y de proporcionalidad, y eso es lo que se ha querido hacer. La Justicia es un

valor superior —lo dice la Constitución— y, por tanto, como valor y como servicio, debe estar al alcance de cualquier ciudadano. Las razones económicas, pues, no pueden ser un obstáculo. Dicho esto, es verdad que hay ciertas personas, tanto jurídicas como físicas, que hacen un uso frívolo de la acción que se plantea ante los tribunales. Y un tercer vector que debemos tener en cuenta es que cada acto judicial tiene un coste y que los medios económicos de que disponemos en nuestro país son limitados. Si hacemos conjugar estos tres elementos, parece razonable el hecho de que se marque de algún modo que quien es usuario de la Justicia, tiene medios suficientes y, por su organización económica, se beneficia de la Administración de Justicia haga una aportación económica, si no del cien por cien, al menos que se aproxime al coste que genera. No tiene ningún sentido que se presenten miles de demandas por cantidades muy pequeñas —que a veces no llegan ni a 100 euros— por razones puramente de política empresarial de una determinada compañía, y que ello no tenga ningún coste para dicha compañía, inicialmente, y sí tenga un coste para el resto de los ciudadanos, que deben ponerse a la cola.

P: ¿La Administración de Justicia ha evolucionado y se ha modernizado al mismo ritmo que la sociedad?

R: No estamos muy lejos de ella, pero tampoco estamos a su mismo nivel. Y diría, sobre todo, que no hemos sabido presentarnos ante la sociedad como una Justicia moderna. No somos modernos, es evidente, pero tampoco somos tan antiguos como percibe la sociedad. Gran parte del problema es saber transmitir exactamente qué es lo que se hace y qué se puede hacer. También es cierto que las encuestas que se hacen a los ciudadanos nos dicen que los que pasan por la Administración de Justicia le tienen más confianza que los que no pasan por ella. Y es verdad que la gente no se queda al margen del ámbito de la Justicia: la quiere, la demanda... y el índice de litigiosidad, de hecho, también tiene que ver con esto. Al final, piensan que «será tarde, pero en cualquier caso encontraremos una solución».

P: ¿Cómo valora la interrelación existente entre economía y Justicia?

R: La relación entre economía y Justicia es intensa y, además, muy próxima. En la economía entran muchas cosas, pero

la Justicia tiene mucho que ver con ella desde muchos puntos de vista. Hay injusticias económicas y, por tanto, la Justicia debe valorarlas, porque se nos ha demostrado —y hablo ahora de Derecho— que sin regulación, sin normas, sin la aplicación de un determinado Derecho y de la Justicia, la economía puede conducirnos a caer por un precipicio. Y, por otro lado, la economía necesita un terreno sobre el que moverse, y dicho terreno necesita cierta seguridad. Detrás de un negocio, por ejemplo, existe un negocio jurídico, en definitiva, y lo que todo el mundo necesita es tener ciertas garantías de que en todo el proceso la persona tendrá una razonable posibilidad de que se cumplan los acuerdos, y que se le dará cierto amparo, en un tiempo razonable —que es donde nosotros estamos fallando más. Pero, en cualquier caso, es básico que se entienda que la Justicia no es tanto un servicio que pueda utilizarse o no como que una inversión en Justicia es una inversión económica, porque sienta las bases de la economía.

El problema del Consejo General del Poder Judicial no es el sistema de elección, sino cómo podemos dotarlo de transparencia y, sobre todo, de rendición de cuentas

P: En tiempos de crisis, ¿la contribución de la Justicia a aportar seguridad es más importante que nunca?

R: Sí, porque el ciudadano, en estos momentos, está en las peores condiciones, y es evidente que necesita más protección. La tutela judicial, en este sentido, juega un papel básico. En un ámbito más global, una buena Administración de Justicia es la que da la seguridad de la que hablaba: seguridad para la inversión extranjera, para el movimiento de capitales, para saber necesariamente que lo pactado se cumplirá y para asegurar la predictibilidad. Además, los tribunales son muy sensibles a las carencias que hay en nuestro país, al paro, etc., y ello debe facilitarse y promoverse en la propia interpretación que se hace del Derecho, de cómo deben gestionarse ciertos asuntos. Por ejemplo, en los concursos de acreedores, es positivo que los jueces tengan cierta tendencia a poner en primer lugar la conservación



Entrevista

de la actividad y no la liquidación, porque el mantenimiento de actividad económica también debe ser una prioridad en el ámbito de la Justicia, cosa que ya ha sido asumida por parte de los jueces. A su vez, denunciamos que existe un ámbito hipotecario que provoca unas situaciones personales y de marginación social, y decimos que debemos hacer cumplir lo pactado, porque, si no, todo el sistema se revuelve. Pero vemos las dos caras. Ahora bien, es básico que exista tal mentalidad, pero también lo es el hecho de denunciar que deben tomarse ciertas decisiones políticas e incluso económicas que no nos corresponden a nosotros tomar, a la vez que denunciar que hay personas que están sufriendo dichas situaciones y que seguramente podrían modificarse cosas. Esta también es una aportación que podemos hacer en el ámbito de la Justicia. Pero tenemos muy claro que nosotros ejecutamos, que no hacemos la ley ni debemos hacerla. La ley la hace quien tiene las competencias para hacerla, que en este caso es el Parlamento. Y los jueces ejecutaremos la ley, la interpretaremos, la adecuaremos al tiempo y aplicaremos los criterios interpretativos clásicos. Pero denunciamos que, a veces, la ley es insuficiente; esta también es nuestra función. Intentamos aplicarla globalmente y hacemos que los valores institucionales jamás se queden fuera de estos aspectos.

P: Apenas hace tres años que se inauguró la Ciudad de la Justicia. ¿Qué

valoración hace de dicho equipamiento y de su eficacia?

R: La Ciudad de la Justicia ha sido un acierto, porque la Administración de Justicia no consiste solo en tomar una decisión judicial más o menos acertada. A lo largo de todo el camino, existe una forma de tratar al ciudadano por parte del Juez, el Secretario o el funcionario que sea. En las condiciones en que se trabajaba en los antiguos juzgados, el trato que se daba al ciudadano no era aceptable. La Ciudad de la Justicia es el primer paso hacia una Justicia moderna. Tenemos una infraestructura que, con algún inconveniente puntual, da idea de modernidad y hace realidad dicha idea. En Barcelona, desde que existe la Ciudad de la Justicia, se hace mejor Justicia que antes.

El mantenimiento de actividad económica debe ser una prioridad en el ámbito de la Justicia

P: La redacción inicial del nuevo Estatuto de Autonomía de Cataluña planteaba la posibilidad de crear un Consejo de Justicia de Cataluña que, finalmente, no se aprobó. ¿Sería usted partidario de ello?

R: Sí, claro, pero lo que pasa es que, en este ámbito, lo que debemos tratar exactamente es qué modelo desarrollamos. Seguramente tendremos mucho tiempo

para hablar acerca de esta cuestión, porque, en estos momentos, estamos discutiendo el consejo madre, que es el Consejo General del Poder Judicial. Primero, debemos definirlo y, a continuación, vendrán los consejos que tenemos en cada comunidad autónoma. Creo que es necesario, porque desde la proximidad podemos hacer más cosas, pero también es evidente que no podemos caer en los mismos errores que en el caso del Consejo General del Poder Judicial. Por tanto, una de las cuestiones positivas que tenemos en estos momentos es que tendremos mucho tiempo para debatir y desarrollar dicha cuestión, porque ahora mismo tampoco tenemos los suficientes mecanismos ni la capacidad económica para hacerlo. Pero no hay razón alguna para que no se haya optado, dentro del ámbito de la estructura del Estado, por una distribución del poder hecha de otra forma, por mucho que la Constitución hable de un poder judicial único, que no debemos negar.

P: Finalmente, ¿qué valoración hace de la seguridad jurídica preventiva de nuestro país?

R: Gozamos de buena salud, en este sentido. Estamos exportando los conceptos y la estructura de la seguridad notarial a otros países, sobre todo a Latinoamérica, donde se plantea el modelo español. En este punto no solo no deben darnos lecciones, sino al contrario, nosotros las damos. Y cabe decir que el Notariado español tiene una altísima cualificación en el ámbito del Derecho Privado.





«Hoy no hay una convicción de fondo de que lo importante es el orden institucional»

Landelino Lavilla

Consejero Permanente del Consejo de Estado y Expresidente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación

Autora: Sandra Purroy
Fotografías: Teresa Rodríguez

Nacido en Tremp (Lleida) en 1934, inició sus estudios universitarios de Derecho en la Universidad de Zaragoza y los terminó en la Universidad Central de Madrid. Ingresó en el Cuerpo de Letrados del Tribunal de Cuentas en 1958 y en el Cuerpo de Letrados del Consejo de Estado en 1959. A los 27 años, fue nombrado Secretario General del Banco Español de Crédito, pero su vocación política le condujo al Ministerio de Justicia (1976-1979), bajo la presidencia de Adolfo Suárez. Posteriormente, presidió el Congreso de los Diputados (1979-1982) y UCD. Abandonó la política para retomar su camino en el Consejo de Estado, donde todavía hoy continúa como Consejero Permanente. Paralelamente, en 1996, ingresó en la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas y ha presidido la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación durante los últimos nueve años (2003-2012), cargo que abandonó, por renuncia a la reelección, el pasado mes de junio.



Entrevista

P: En su trayectoria profesional, consta una corta pero muy intensa carrera política, además de numerosos cargos de responsabilidad en el ámbito de la Justicia. ¿Cómo definiría su etapa prepolítica?

R: Mi vida es la vida de un Jurista, con sus distintos avatares. Inicié mi vida profesional como Letrado del Consejo de Estado, donde ingresé en 1959, con 24 años. En aquella época, a pesar de tener una serie de incompatibilidades, mantenía otras actividades profesionales en el mundo económico, empresarial y financiero. Así, con 27 años, fui Secretario General de Banesto. Pero mi vida profesional es fundamentalmente el Consejo de Estado, el ejercicio profesional, la actividad en el ámbito financiero, en el Derecho Tributario y en el Administrativo. Siempre he estado más en la órbita del Derecho Público que en la del Privado, ya que ahí me he sentido más cómodo, porque el tipo de formación que requiere el ganar una oposición como la del Consejo de Estado es muy de Derecho Público. Aquellos años, cuando ingresé, fueron los años en que se pusieron los pilares del moderno Derecho Público español, desde el Consejo de Estado, la revista de la Administración pública en el Instituto de Estudios Políticos, las cátedras universitarias... Todo ello fue construyendo las grandes piezas del ordenamiento jurídico con arreglo a las cuales luego pudimos hacer la Transición. Fue una época en que al Régimen le gustaba decir que éramos un Estado de Derecho, aunque políticamente no lo éramos —un compañero catedrático hablaba de «Estado de Derecho Administrativo».

En los años 50 y 60 se pusieron los pilares del moderno Derecho Público español

P: ¿Cuáles fueron las principales leyes promulgadas por aquel entonces?

R: Las leyes de aquella época forjaron un cuerpo jurídico de entidad y que fue muy útil; los pilares fundamentales de aquella construcción jurisdiccional están en 1956. Por ejemplo, se hicieron la Ley de Jurisdicción Contencioso-administrativa de 1956 —que fue una gran pieza en el orde-

namiento jurídico español y que ha estado en vigor hasta 1998—, la Ley de Expropiación Forzosa, la Ley de Procedimiento Administrativo, la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas... Algunas de ellas las conocí como alumno o como opositor; en otras, en cambio, participé en su elaboración, porque ya era Letrado en el Consejo de Estado, y también participé desde un gabinete de estudios de reformas administrativas. En la década de los sesenta hicimos, entre otras, la Ley de Contratos Administrativos del Estado —la que hoy se llama Ley de Contratos del Sector Público—, el nuevo régimen de la función pública y la Ley de Patrimonio del Estado. Es decir, participé en todo el régimen nuevo de la contratación, porque se requería mi colaboración en grupos de trabajo que elaboraban todas estas leyes.

P: ¿Siempre tuvo esta vocación de Derecho Público?

R: Siempre me he sentido más cómodo profesionalmente en el manejo del Derecho Público, en el desempeño de mi función al servicio del interés público, a pesar de que, como comentaba, estuve en el mundo empresarial, como Presidente, como Consejero e incluso creando empresas. Lo cierto es que he desarrollado actividades siempre singulares, tanto en mi participación en el mundo empresarial como en el funcional. No se trataba de funciones ejecutivas, sino de operaciones especiales de asesoramiento, de negociaciones, de construcción, de elaboración de estatutos, de creación de empresas... siempre junto a un equipo de técnicos y de financieros. También tuve una actividad vinculada al mundo del periodismo en el diario *Ya*, fundado por Editorial Católica, donde primero fui Secretario del Consejo de Administración y, poco antes de ser nombrado Ministro, en julio de 1976, fui Presidente. Lo dejé entonces porque mi horizonte no estaba al frente de empresas, sino en la política.

P: ¿Cuándo se inicia su vocación política?

R: Mi horizonte político se abrió con los episodios universitarios de Madrid de 1956. Aunque soy catalán, empecé a estudiar en Zaragoza y en tercero de carrera me fui a Madrid, donde terminé la carrera. Pertenezco a la última promoción que salió de San Bernardo, antes de los epi-

sodios de febrero. Por entonces hubo un gran movimiento estudiantil, llegó a cerrar la Universidad y el curso siguiente empezó ya en la Ciudad Universitaria. Aquellos episodios fueron una auténtica conmoción. Yo, en cuestión de política, siempre he tenido creencia o vocación, y en aquel momento el interés público tuvo su manifestación a través de los episodios de febrero. Concretamente, el 9 de febrero fue el episodio clave, y de allí salieron Joaquín Ruiz-Giménez, por un lado, y Raimundo Fernández Cuesta, por el otro, y hubo muchos cambios: Pedro Laín entró como Rector, Tovar cesó y hubo una regresión del Régimen. En aquel momento, yo me pregunté qué tenía que hacer, y me dije que lo único que tenía que hacer era ir preparándome y relacionándome pensando que podía ser que yo —o quizás yo no, pero sí mi generación, la generación de los que estábamos en la universidad en 1956— quien un día tendría que tomar las riendas del país. Es curioso, pero aquello sucedió precisamente veinte años después de la guerra y veinte años antes de la Transición. Ahí tomé consciencia de mi pertenencia a aquella generación y de que tendríamos que sacar el país de una situación que ya veríamos cuál sería, pero que tendría la complejidad de salir del Régimen anterior para incorporarse a otro.

Mi horizonte político se abrió con los episodios universitarios de Madrid de 1956

Aquello fue la Transición y yo, políticamente, estuve en sintonía con ella. Estaba en el Grupo Tácito, que publicaba artículos en periódicos tratando de crear la conciencia social de que el cambio político era necesario, indispensable, y que podía y debía hacerse sin grandes traumas, es decir, con un mínimo de sentido común y de sentido de la responsabilidad. Pensaba que la generación a la que pertenecía estaba en condiciones de hacerlo, como así fue. Luego habrá pasado lo que haya pasado, pero aquella generación terminó sentando frente a frente a ambos bandos de la Guerra Civil: los hijos de los unos sentados a un lado y los hijos de los otros, al otro. Establecimos las bases de una reconciliación y de un entendimiento. Aquella era mi vocación política de la época y fue una vocación realizada. A partir de ahí, de ese momento, fui madurando qué había que hacer y cómo había que hacerlo. Y el



día de julio de 1976 en que me llamó Adolfo Suárez para que estuviera en el Gobierno, cuando me dijo quiénes habría en él, yo le dije que me daba igual quién estuviera y quién no, y que si íbamos a hacerlo o no. Me dijo que sí, y yo le dije que iba con él. En aquel momento, culminaron todas aquellas ideas y me encontré manejando las riendas de la situación. Fueron cuatro o cinco años dirigiendo todo aquello.

Colaboré en crear la consciencia social de que el cambio político era necesario, indispensable, y que podía y debía hacerse sin grandes traumas

P: ¿Tiene aún alguna asignatura pendiente?

R: Yo creo que no. Mi problema es que lo he hecho todo demasiado pronto y demasiado joven, de modo que a los 50 años podría haber dicho que ya había terminado. No quise volver al mundo empresarial y ejercí mis responsabilidades políticas con una independencia radical. Conscientemente, no acepté interferencia alguna, ni siquiera pensando en que tenía que guardarme las espaldas profesionales. Fui nítidamente a hacer lo que creía que el país necesitaba y terminé; vi los desajustes y volví al Consejo de Estado, a ejercer, al fin y al cabo, mi profesión. Y, pasado un determinado periodo de tiempo, me hicieron Consejero. Como Letrado del Consejo de Estado, no aspiro a ser Presidente, porque, mientras que la Presidencia es un puesto más político y de libre remoción, un Consejero Permanente tiene un perfil profesional, no político, es inamovible y no es de libre remoción.

P: Visualizando de forma global toda su trayectoria, ¿cuál cree que ha sido su principal aportación política a la Justicia y a la sociedad españolas?

R: Mi mayor aportación es mi etapa como Ministro de Justicia, que inicié en 1976, en el primer gobierno de Adolfo Suárez, y donde permanecí hasta que, ya aprobada la Constitución, me pidió que ocupara la Presidencia del Congreso de los Diputados. Si dirigí prácticamente la operación jurídica desde el Gobierno, en el Congreso de

los Diputados dirigí la operación de puesta en marcha del nuevo orden institucional presidiendo la primera legislatura constitucional. A lo largo de aquella legislatura, sacamos las leyes con las que había que poner en marcha la Constitución; he aquí mi principal aportación. Mi relación con Adolfo Suárez llegó a ser de muy estrecha confianza y colaboración, de modo que llevé todo aquello desde el punto de vista jurídico.

P: ¿Echa de menos el consenso de los años de la Transición, en comparación con el actual marco político?

R: Yo era político, y políticamente lo planteábamos todo. Ahora, una vez

que habíamos llegado adonde fuera, le decía a Adolfo Suárez que al día siguiente le traería la propuesta y me dedicaba a ver qué hacía y cómo lo hacía. ¿Por qué, si la Constitución es de 1978, tenemos tan pronto, en 1979, la Ley del Tribunal Constitucional? Pues porque, cuando yo dejé el Ministerio de Justicia, ya dejé un proyecto de Ley del Tribunal Constitucional. Por ejemplo, la Ley Orgánica del Poder Judicial no se podía hacer de esta manera, pero poner en marcha el orden institucional y el Consejo General del Poder Judicial, sí. De modo que ya dejé hecha una Ley del Consejo General del Poder Judicial, con arreglo a la cual se constituyó. De hecho, se cambiaron enseguida tanto el Consejo como la forma de





Entrevista

elección, y yo tampoco era muy partidario de aquel sistema, pero en la fase de constitución de la Constitución hubo muchas concesiones que se hicieron en esa materia y que yo, a pesar del espíritu de consenso y de concordia, no compartía. Lo de que «la Administración de Justicia es competencia exclusiva de la Constitución», en mi opinión, y refiriéndome a todas las materias del artículo 149, significa que es exclusiva y que no se comparte. El Estado es el titular de la función jurisdiccional, de la Administración de Justicia, y no hay más. Por eso no era partidario de todo aquello de la participación en el periodo constituyente: los medios, las referencias que se tenían, la Constitución de 1931 de la República, las listas de las competencias del Estado, etc. En cambio, sí fui partidario —y no se cerró— de que la lista de competencias del Estado fuera absolutamente cerrada, exclusiva, y de no hablar de que pudiera compartirse ni de que se pudiera ceder la gestión.

P: ¿Considera alguna ley de aquel momento especialmente destacable?

R: Destacaría los Pactos de la Moncloa, que entonces llevaba el Vicepresidente del Gobierno en el tema económico, Enrique Fuentes Quintana, y que fueron los grandes pactos que permitieron acordar los temas económicos, sociales, etc., para hacer posible que el proceso constituyente se desarrollara con la mínima conflictividad posible, como así fue. Dichos pactos tienen dos partes: la parte económica y la parte jurídica, que no se suele conocer. Esta segunda parte consta de todas las normas y leyes de acompañamiento en el proceso constituyente, que suponen un proceso de actualización y puesta al día del ordenamiento jurídico, a la vez que afectan a un conjunto de leyes. Cuando se aprobó la Constitución, ya se habían hecho y estaban en el *Boletín Oficial del Estado*: cambios en el Código Penal, en las leyes de enjuiciamiento, la asistencia al Letrado, la prescripción de las torturas... Y también otras en el régimen civil, como la patria potestad compartida, la no diferencia por razón de legitimación, el régimen económico matrimonial... Todo eso ya lo dejé hecho. La gran modificación del Código Civil que se hizo en el año 1981 parte de un proyecto mío que ya había dejado enviado a las Cortes. En definitiva, yo cumplí al cien por cien y UCD también cumplió.

P: Comentaba que recientemente ha finalizado su etapa en la Presidencia de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación. ¿Qué balance hace de estos nueve años al frente de la institución?

Sentamos los grandes principios que deben regir una Justicia independiente en un Estado de Derecho

R: Han sido nueve años muy gratos en la Presidencia, que he finalizado por extinción y renuncia a la reelección. De hecho, mis inmediatos antecesores, Juan Vallet y Manuel Albaladejo —durante muchos años, catedrático de Derecho Civil en Barcelona—, me impulsaron a aceptar la Presidencia. Conmigo llegó un cierto cambio generacional. La Academia ha continuado con su vitalidad, con sus actividades, y, además, en este periodo le han adjudicado un edificio anejo —y ahora deberán resolverse los problemas de financiación que lo dificultan. La Academia está en un edificio que inicialmente era la Real Casa del Vidrio, hecho por un Rodríguez —de quien no se sabe muy bien si fue sobrino o bien hijo no en regla de Ventura Rodríguez—, un edificio espléndido, con una gran fachada. Allí refinaban el cristal de la Granja de San Ildefonso y, posteriormente, tuvo muchas utilidades distintas. Cuando se abrió la calle de los Madrazo —la que sale al Paseo del Prado—, en tiempos en que el alcalde era el duque de Sesto, una parte del edificio la acabó adquiriendo el Banco de España, por lo que se cortó un ala de la Academia. Ahora esa parte la ha adquirido la Dirección del Patrimonio del Estado con destino a la ampliación de la sede de la Academia. Recuperar esa parte que ahora deberá adaptarse es mi mayor legado. Pero ser Presidente implica también ser miembro del Instituto de España, vocal del Instituto Cervantes, de la Biblioteca Nacional, de diversas fundaciones... y llega un momento en que uno necesita aliviarse. De hecho, yo no lo hice, pero varias academias tienen fijado en sus estatutos un límite de dos mandatos. Vallet, por ejemplo, cuando fue Presidente, puso como condición que no se le plantease la reelección. En mi caso, convoqué elecciones y no sometí a debate dicha cuestión.

P: ¿Qué papel ha tenido el Notariado en la Academia?

R: En la Academia hemos tenido muchos y muy buenos notarios. Precisamente, cuando fui Ministro de Justicia, le di la Gran Cruz de Sant Ramon de Penyafort a primeras figuras, entre ellas, varios notarios, como Roca Sastre, a quien fui a imponérsela a Barcelona. Pero también a Figa y a varios notarios de Madrid, como Luis Hernández o Julio Albi. Como he dicho en diversas ocasiones, hago un canto al Notariado, tanto al Notariado latino como modelo como al Notariado español en particular.

P: En el marco del Derecho Civil, ¿cómo valora la aportación del Notariado tanto en el contexto español como en el de Cataluña?

R: He destacado en numerosas ocasiones su importancia, tal y como hice en el homenaje que el Colegio le hizo a Vallet el pasado mes de mayo. A los notarios les he hecho todos los elogios que se merecen. Tenemos un Cuerpo de Notarios muy bueno, a pesar de que en Cataluña somos poco dados a la función pública. Pero en el mundo del Notariado y en el del Registro de la Propiedad siempre ha habido grandes figuras. Podría hacer un repaso de personas de primerísimo nivel, porque el peso del Notariado catalán es mucho. Uniéndolo con la Academia, he de decir que en la Academia hemos tenido catalanes de primera fila: ya hemos hablado de Juan Vallet, un civilista y un Notario de otra galaxia, que estuvo en ella durante cuarenta años; también recuerdo a Lluís Figa Faura, que, aunque fuera de otra generación, estaba muy vinculado al anterior, y ahora tenemos a otro catalán, José Juan Pintó, que es Abogado. Siempre hemos tenido juristas catalanes; solo hay que ver la historia de la codificación y de la compilación para ver las grandes figuras que hay provenientes de Cataluña en el Derecho en general y en Derecho catalán en particular, así como la visión histórica o historicista del Derecho catalán. En dicha visión, hay ciertas fricciones y diferencias, pero, sin embargo, hay un apego muy fuerte al Derecho consuetudinario, al Derecho propio a través de Cataluña, que es muy de admirar. En cuanto a la modificación más importante del Código Civil, por extensión y por calidad, y porque aguanta bien la comparación con la buena calidad del Código Civil, fue la Ley de 1981, que mandé inicialmente como tres proyec-



tos de ley distintos, pero, una vez disueltas las Cortes y aprobada la Constitución, los retiré para refundirlos en uno solo. Ahí se incluyó la no diferenciación de los hijos por razón de la filiación, el régimen económico matrimonial de equiparación y la patria potestad compartida.

P: A día de hoy, ¿qué cree que hemos ganado y hemos perdido en el ámbito de la Justicia?

R: En materia de Justicia, lo máximo que hemos ganado ha sido sentar los grandes principios que deben regir una Justicia independiente en un Estado de Derecho, inamovible y no interferida. Respecto al Consejo General del Poder Judicial, como decía, yo no era partidario de crearlo, y me decían desde el Consejo Superior de la Magistratura italiana: «No cometan el error de hacerlo». A la cúpula judicial le decía que comprendía que, conceptualmente, la independencia no puede ser independencia si el Ministro de Justicia, que es miembro del Gobierno, tiene determinadas funciones. Aunque también les decía que nunca se sentirían tan independientes como siendo yo Ministro de Justicia, porque no tenía preferencias por nadie. Yo trataba de promover en cada momento a quien me parecía mejor, sin interferencias: un Magistrado del

Tribunal Supremo me traía una propuesta interna y yo me hacía traer quince sentencias de cada uno de los aspirantes, me las llevaba un fin de semana a casa y me las leía para formarme una idea de la calidad de cada uno de ellos. Yo no estaba en ninguna capillita, pero advertí de que, con un Consejo General, iba a haber capillitas e incidencia de los grupos políticos.

P: Entonces ¿no es posible, en su opinión, la independencia política del Consejo General del Poder Judicial?

R: Hay que conseguirlo, pero para eso es fundamental que el sentido institucional sea moneda común en el país. El sentido de las instituciones está por encima de todo. El orden institucional es lo primero, porque, además, es lo que dura. Si mantenemos el orden institucional, esto irá adelante. El problema fundamental que tenemos en estos momentos es que han concurrido una serie de factores que están erosionando este orden institucional y las distintas instituciones. La mayoría de las instituciones —por no decir todas— están sujetas a una enorme erosión, porque no hay una convicción de fondo de que lo importante es el orden institucional y de que las batallas políticas hay que librarlas en lo político, pero no hay que ir en contra de una

institución. Y eso sí estuvo claro en la época de la Transición, en que eso primó. Nuestra Constitución es un ejemplo de cómo se sacrificaron o se subordinaron todas las posiciones al establecimiento y la creación de un orden institucional en el que todos —o la inmensa mayoría del país— pudiéramos vivir cómodamente, identificándonos con esas instituciones.

Hay un exceso de interferencias de factores ajenos a la estricta Administración de Justicia

P: ¿Cree que España tiene ahora una Justicia mejor o peor que la de nuestro entorno europeo o mundial?

R: Una cosa es la Justicia en términos de material humano; en este sentido, aquí tenemos un plantel de profesionales adecuado, con algunas desviaciones, pero con un núcleo sólido importante. En lo demás, creo que hay un exceso de interferencias de factores ajenos a la estricta Administración de Justicia y en lo que requiere la bondad institucional del conjunto de la Administración de la Justicia o del poder judicial.



La defensa de la dignidad de la persona en el libro II del Código civil de Cataluña. Medios para su protección

Robert Follia Camps

Notario de Barcelona

Exdecano del Colegio Notarial de Cataluña

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN
- II. NOVEDADES DEL CÓDIGO EN MATERIA DE LA PERSONA
- III. LA DEFENSA DE LA DIGNIDAD DE LA PERSONA
- IV. INSTITUCIONES DE PROTECCIÓN DE LA PERSONA

I. INTRODUCCIÓN

Como todos sabemos, el libro II del Código civil de Cataluña fue promulgado por la Ley 25/2010, de 29 de julio, y entró en vigor el 1 de enero de 2011. Se divide en cuatro títulos que, en realidad, se pueden agrupar en dos: el referente a la persona, que comprende la persona física (título I) y las instituciones de protección de la misma (título II), y el dedicado a la familia, incluidas las parejas de hecho (título III) y una casi familia que denomina *relaciones convivenciales de ayuda mutua* (título IV).

Trataré solo los dos primeros títulos, esto es, la defensa y protección de la persona. No obstante, antes debo mencionar que la introducción de una regulación especial y autónoma de la persona no estaba prevista



ni en la mente del legislador ni en la de la mayoría de los juristas catalanes.

El primer autor que trató de forma completa la formación de un Código civil catalán, después de la Guerra Civil, fue Agustí Bassols, en su discurso de ingreso en la Academia de Jurisprudencia y Legislación de Cataluña, el 14 de noviembre de 2006, bajo

el título suficientemente sugestivo de *Vers la Codificació del Dret civil català (Hacia la codificación del Derecho civil catalán)*, pero solo pretendía que, puesto que ya teníamos un Código de sucesiones, había que ir hacia un Código de familia y, después, hacia uno patrimonial, y «toda esta obra legislativa —decía— podría culminar, aún, en un único Código civil catalán, del que estos tres



vendrían a ser los libros fundamentales, encuadrados por un nuevo título preliminar». Sin embargo, no citaba el derecho de la persona en ningún momento.

El primer autor que trató de forma completa la formación de un Código civil catalán, después de la Guerra Civil, fue Agustí Bassols, en su discurso de ingreso en la Academia de Jurisprudencia y Legislación de Cataluña

El Código de familia vio la luz poco después, con su promulgación por la Ley de 15 de julio de 1998. En el preámbulo, se refería al hecho de que «contiene una normativa completa y autónoma de todas las instituciones jurídicas propias del Derecho de familia», excluyendo la aplicación del Código civil, excepto de las formas de matrimonio, y también hacía referencia a un futuro Código patrimonial. Si bien este Código contenía algunas normas relativas a la persona, eran incompletas y derivadas del Derecho de familia, sin autonomía propia.

Más tarde, en las Jornadas de Tossa de finales de 1998, es decir, poco después de la promulgación del Código de familia, bajo la presidencia de Núria de Gispert y con la asistencia de todos los consejeros anteriores, se proclamó la necesidad de un auténtico Código civil catalán, aunque solo se vislumbraba un tercer libro, el de Derecho patrimonial, y un título preliminar.

La paternidad de la idea de un libro (o, mejor dicho, de un título destacado) sobre la familia es del Observatorio de Derecho Privado de Cataluña, más concretamente, de la Sección de Armonización, como también lo fue la idea de un Código abierto, si bien ambas fueron aceptadas a continuación por todas las secciones del Observatorio y por su Pleno, como también fueron aceptadas con entusiasmo por el Gobierno de la Generalitat. De este modo, cuando se promulga la Ley 29/2002, de 30 de diciembre, con el título de primera Ley del Código civil de Cataluña, el objeto de la cual era «establecer la estructura y la sistemática del Código civil de Cataluña y aprobar su libro primero» (art. 1), ya se establece esta estructura en seis libros, aparte de las disposiciones adicionales, transitorias y finales correspondientes (art. 2). El art. 3 declara que los

FICHA TÉCNICA

Resumen: El autor resalta la importancia otorgada a la regulación de la persona, de forma autónoma, en el nuevo Código civil de Cataluña y el modo en que se defiende su dignidad, aunque en algunos puntos la opinión no es unánime, a la vez que ofrece una leve pincelada sobre las instituciones de protección de la persona.

Palabras clave: Derecho civil. Código civil. Derecho de la persona. Instituciones de protección de la persona física. Derecho de familia.

Abstract: The author emphasizes the importance given to the regulation of the person, in autonomous manner, in the new Civil Code of Catalonia, and the manner in which his/her dignity is defended, although opinion is not unanimous on some points, whilst at the same time providing a brief overview of the institutions for the protection of the person.

Keywords: Civil Law. Civil Code. Personal Law. Institutions for the protection of the physical person. Family Law.

libros que formarán el Código civil de Cataluña serán seis; para el caso que nos ocupa: «b) Libro segundo, relativo a la persona y la familia, que incluye la regulación de la persona física, las materias actualmente comprendidas en el Código de familia y las leyes especiales de este ámbito». Tenemos, pues, a partir de este momento, la orden expresa de hacer un texto propio, unas normas dedicadas exclusivamente a la persona física.

II. NOVEDADES DEL CÓDIGO EN MATERIA DE LA PERSONA

Debe destacarse, en primer lugar, la novedad formal de la regulación de todo lo que se refiere a la persona física en un título independiente y con ánimo de completitud. Así, por ejemplo, regula el inicio de la personalidad (art. 211-1) o la presunción de conmorancia (art. 211-2), el fundamento de la capacidad de obrar (art. 211-3), la autonomía de la persona en el ámbito de la salud (art. 212-1 a 212-3), los internamientos (art. 212-4 a 212-6) y las decisiones sobre el propio cuerpo (art. 212-7). Y en el ámbito de las instituciones de protección de la persona, que después veremos, regula instituciones que parecían más propias del Derecho de familia, como la emancipación o la tutela, y que el preámbulo considera expresamente instituciones de complemento o protección de la persona, más que derivadas del régimen familiar.

En cuanto al derecho sustantivo, si bien es innovador (francamente innovador), no se puede olvidar que recoge disposiciones ya establecidas (como ordenaba expresamente el artículo 3.b de la Ley 29/2002, de 30 de diciembre, antes citada). Así, por ejemplo, las medidas para la protección de

menores desamparados y de la adopción de la Ley 37/1991, de 30 de diciembre; la Ley 8/1995, de 27 de julio, de atención y protección de los niños y los adolescentes; la Ley 21/2000, de 29 de diciembre, sobre los derechos de información relativos a la salud y autonomía del paciente, y la documentación clínica, o el documento de voluntades anticipadas. Y muchas otras que, aunque parecen más propias del Derecho de familia, se basan en el respeto a la persona, como la fecundación asistida de una mujer, que otorga la paternidad a su pareja del mismo sexo, si lo consiente debidamente, y que figura ya en la disposición final tercera del libro IV, relativo a las sucesiones.

¿Cuáles son, pues, las aportaciones en el campo de la persona del libro II? La primera, sin lugar a dudas, es la regulación de la vida jurídica de la persona en su conjunto, refundiendo y modificando, si procede, las disposiciones ya vigentes, añadiendo nuevas y dándole un aspecto de completitud jurídica que facilita su estudio y aplicación.

Debe destacarse la novedad formal de la regulación de todo lo que se refiere a la persona física en un título independiente y con ánimo de completitud

Pero, aparte de esta refundición de leyes y de mejoras técnicas, el libro II aporta una auténtica novedad, solo insinuada hasta ahora y que se inspira en los tratados internacionales y en las legislaciones que pueden parecer más modernas y progresistas: el reconocimiento de la persona, de su



dignidad, de su libertad y autonomía, que no tiene otros límites que sus instituciones de protección. No en vano, el preámbulo declara que el capítulo I del título I, relativo a la personalidad civil y a la capacidad, «coloca a la persona física en el eje central del ordenamiento civil», y termina diciendo «que debe ser el texto más emblemático del Derecho civil catalán».

El libro II aporta una auténtica novedad, solo insinuada hasta ahora y que se inspira en los tratados internacionales y en las legislaciones que pueden parecer más modernas y progresistas: el reconocimiento de la persona, de su dignidad, de su libertad y autonomía, que no tiene otros límites que sus instituciones de protección

Esta defensa de la persona, de su libertad y autonomía, se refleja en un doble ámbito. El primero, en estimar que cualquier discapacidad se debe interpretar en el «sentido menos restrictivo posible de la autonomía personal», como reza el preámbulo, recogiendo el sentido de la Convención de Nueva York, aprobada el 13 de diciembre de 2006 y ratificada por el Estado español, que veremos claramente en el momento de tratar las instituciones de protección. Pero hay otro aspecto en el que se refleja más concretamente esta defensa de la persona, de su identidad y autonomía, que es su dignidad.

III. LA DEFENSA DE LA DIGNIDAD DE LA PERSONA

Este segundo aspecto, que se podría considerar más moderno, no inspirado, sino muy alejado del principio cristiano de la dignidad humana y de los principios del Derecho romano, es el que considera que a la persona no se le puede imponer ningún deber inspirado en dogmas, creencias, costumbres o valores tradicionales. Es decir, respetando al máximo la libertad de configuración de su vida, de su familia y de su protección, olvidando totalmente la doctrina clásica por la cual el derecho de la persona y la familia tenían un marcado sentido de derecho público con normas imperativas. Se podría decir que ni siquiera se tienen

que respetar los derechos de los demás, excepto cuando estén claramente formulados, y aunque vulneren derechos futuros o hábitos muy arraigados en el lugar. Como ejemplos, se pueden citar la proclamación de la libre decisión de la persona respecto a su cuerpo y su salud; la nueva configuración de la familia como unión libre basada en la solidaridad, que radica en esta concepción libre del individuo; la admisión de la filiación, tanto por parte del hombre como de la mujer, por simple consentimiento; la libertad de los llamados *planes de parentalidad*, o la posibilidad de convenir cómo se ejercita la potestad parental, con la facultad, incluso de otorgar poderes el uno al otro para el ejercicio de esta potestad.

Es el art. 212-7 el que proclama más claramente todo lo que hemos dicho, al establecer que: «La libre decisión de las personas es determinante en las cuestiones que puedan afectar a su dignidad, integridad y bienestar físico y mental y, en particular, en relación con el propio cuerpo y con la salud reproductiva y sexual». Este precepto es una especie de síntesis de lo que disponía una ley promulgada poco antes por el Estado, la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, según la cual, por *salud reproductiva*, debe entenderse «la condición de bienestar físico, psicológico y sociocultural en los aspectos relativos a la capacidad reproductiva de la persona que implica que pueda tener una vida sexual segura, la libertad de tener hijos y de decidir cuándo tenerlos» (art. 2), o de suprimirlos, añadido, con «la interrupción del embarazo» (art. 14).

No pretendo entrar en el estudio del acierto de esta legislación. Solo diré que me parece que no tenía el asentimiento de una gran parte del pueblo catalán, como demuestra el largo tiempo de discusión de la Ley y el escaso margen para su aprobación (69 votos contra 64, tan alejado de la votación unánime de los libros de sucesiones y de derechos reales).

No obstante, la verdad es que, aparte de la duda sobre el acierto de esta moderna regulación que acabamos de citar, el libro II hace una defensa encarnizada de la libertad humana, regulando diversas formas de protección con la idea de restringir el mínimo posible la libertad y la capacidad del protegido. Por eso, estudiaré las instituciones de protección no siguiendo el orden de la Ley,

sino empezando por las que afectan menos a esta capacidad y esta libertad, hasta las que prácticamente las suprimen.

Pero antes debo hacer referencia a algunas disposiciones que no crean ninguna institución de protección, sino que simplemente reconocen derechos inherentes a la persona, ratificando su dignidad, que tienen carácter imperativo y que son, a mi entender:

- La afirmación de que la capacidad de obrar se fundamenta en la capacidad natural (art. 211-3) que comporta una ampliación de esta capacidad, que abraza no solo los derechos de la personalidad, sino también los relativos a bienes o servicios de acuerdo con los usos sociales (art. 211-5.b).
- El reconocimiento al derecho a la información sobre la salud (art. 212-1), al consentimiento informado (art. 212-2) o al documento de voluntades anticipadas (art. 212-3), así como la ponderada regulación de los internamientos (art. 212-4, 212-5 y 212-6), medidas de auténtica protección, si bien ya reguladas anteriormente, y que sin ninguna institución propia contribuyen de forma decisiva a la defensa de la persona, de su dignidad y de su libertad, y que, más que instituciones de protección, son reconocimientos de derechos inalienables. En cuanto al art. 212-7, ya se ha comentado antes y no haré ninguna otra referencia.

IV. INSTITUCIONES DE PROTECCIÓN DE LA PERSONA

Ya hemos dicho antes que el libro II separa totalmente del ámbito familiar para centrarlas en la protección del individuo, como queda recogido en el preámbulo, cuando dice que «incorpora una gran variedad de instrumentos de protección que pretenden cubrir todo el abanico de situaciones en que pueden encontrarse las personas con discapacidad». Creo que, a pesar del acierto de las instituciones, esta declaración no deja de ser una declaración de buenas intenciones y que, sin la aplicación adecuada y una aceptación plena por la comunidad jurídica, pierden mucha de su utilidad. El preámbulo ya dice que «las configura como un deber que, bajo el control de la autoridad judicial, debe ejercerse en interés de la persona protegida».



Los instrumentos que prevé, de mayor a menor grado (no por el orden de la Ley), es decir, empezando por los que solo son un medio de protección, siguiendo por los que restringen muy poco la autonomía personal y acabando por los que la limitan totalmente, algunos de los cuales pueden producirse juntos, son los siguientes:

El libro II «incorpora una gran variedad de instrumentos de protección que pretenden cubrir todo el abanico de situaciones en que pueden encontrarse las personas con discapacidad», como se recoge en el preámbulo, en una declaración que no deja de ser de buenas intenciones

- Los poderes en previsión de pérdida sobrevinida de capacidad
- La autotutela o delación del tutor por sí mismo
- La constitución del patrimonio protegido
- La asistencia
- La curaduría, que se prevé como sucedáneo de la tutela
- La guarda de hecho
- La propia tutela
- La declaración de desamparo

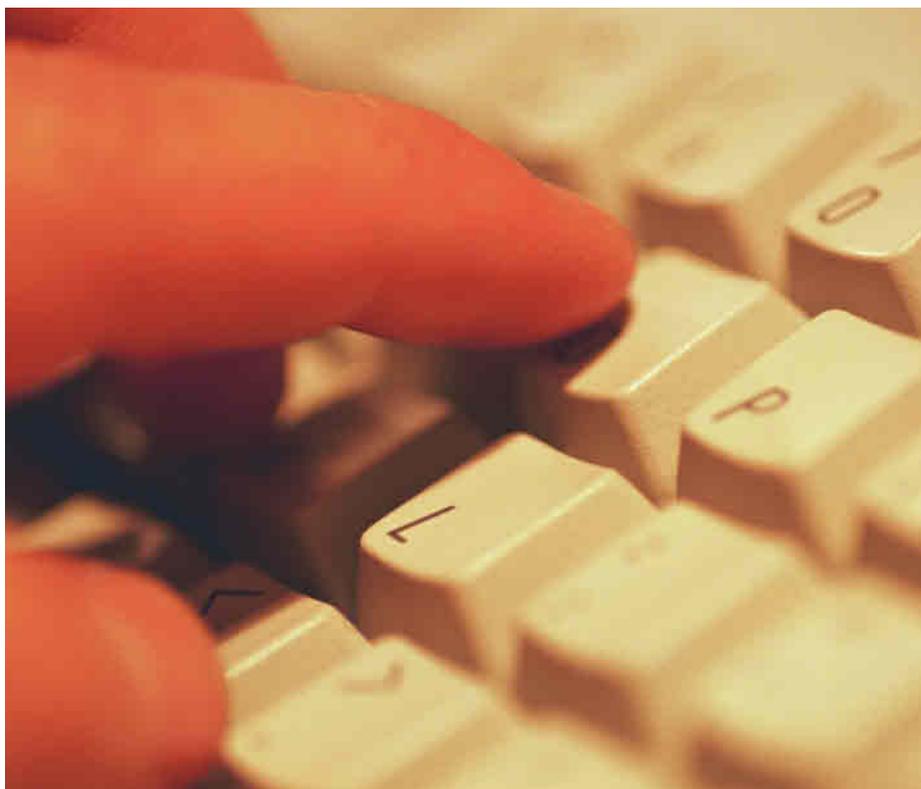
a) Poderes en previsión de pérdida sobrevinida de capacidad

Aunque ya estaban previstos en el Código civil por la Ley estatal 41/2003, de 18 de noviembre, el libro II les da una regulación completa e independiente. Su línea argumental es «el mayor refuerzo de la autonomía de la persona» (preámbulo) y evitar poner en tutela las personas mayores de edad que, a causa de una enfermedad o de una deficiencia permanente de carácter físico o psíquico, no pueden gobernarse por sí mismas (art. 222-2.1). El carácter sustitutivo de la tutela se acentúa por su inclusión entre las disposiciones generales sobre ésta.

Este poder puede revestir una doble forma: la primera, el otorgamiento de un poder con efectos desde ahora, pero que continuará sea cual sea la situación psíquica del poderdante, haya o no incapacitación; la segunda, el otorgamiento de un poder solo para los casos en que se produzca una pérdida o disminución de la capacidad, por incapacitación o sin ella. En este último caso, habrá que detallar «las circunstancias que deben determinar el inicio de la eficacia del poder» (art. 222-2.2). Normalmente, será el dictamen de uno o dos facultativos. La regulación y los efectos de este poder están bien aceptados en general, pero toda precaución es poca y el asesoramiento del Notario es necesario, ya que si del poder general se ha dicho que es un «poder para arruinar», los efectos de este poder pueden ser totalmente devastadores, porque el poderdante pierde la capacidad, no puede revocarlos, y tampoco se pueden dar por extinguidos por falta de capacidad. Estimo que el Notario debe asegurarse mucho de que el poderdante tiene plena capacidad y de las consecuencias del otorgamiento. Debe tenerse en cuenta que el problema de la capacidad es más grave en el otorgamiento de estos poderes que en el otorgamiento de un testamento, por el cual el otorgan-

te no pierde nada e, incluso, los afectados tienen la protección de la legítima. Debe tenerse en cuenta que la misma Ley señala que «el poderdante también puede fijar las medidas de control y las causas por las cuales se extingue el poder». Y en este punto es donde debe tener mucho cuidado el Notario o Abogado que lo asesoran.

Una característica de este poder radica en el hecho de que exige autorización judicial para los mismos actos en que la necesita el tutor, «excepto cuando el poderdante la haya excluido expresamente» (art. 222-44.3). Así, el Notario deberá extremar aún más la precaución respecto a la capacidad y libre voluntad del otorgante para excluir esta necesidad de autorización judicial. Esto no estaba previsto en el Código civil, de acuerdo con el cual se han otorgado estos poderes a Cataluña hasta el 31 de diciembre de 2010. Pero la disposición transitoria 1.ª-2 los declara sujetos al imperio de la nueva Ley, con lo cual, en principio, ninguno de ellos servía para actos de disposición, que es lo que pretendían normalmente. Por suerte, la Ley ómnibus de 2011 aclara que, en relación con esta facultad de disponer libremente, los poderes anteriores no necesitan la autorización judicial. Finalmente, cabe decir que, aunque este





poder se da fundamentalmente para evitar la constitución de tutela, como ya hemos visto, si en interés de la persona protegida se llegara a constituir, el Juez, a instancia del tutor, puede acordar la extinción del poder (art. 222-2.3).

La regulación y los efectos de los poderes en previsión de pérdida sobrevinida de capacidad están bien aceptados en general, pero toda precaución es poca y el asesoramiento del Notario es necesario

Pienso que la Ley, respetuosa con la libertad, ha dado unas ciertas garantías para evitar los abusos, siempre que esto se prevenga en el acto del otorgamiento. De aquí viene la necesidad de un asesoramiento especial.

Los poderes citados deben inscribirse en el Registro de Nombres Tutelares no Testamentarios (art. 222-8.3). La remisión de todos los nombres tutelares no testamentarios al Registro se efectúa

por el mismo Colegio de Notarios por medios telemáticos. También deben inscribirse en el Registro Civil, según el artículo 46 ter de la Ley del Registro Civil, después de su modificación por la Ley 1/2009, de 25 de marzo.

b) La autotutela o delación de tutela hecha por uno mismo (art. 222-4)

Su regulación sigue, en general, la norma anterior, si bien acentúa las precauciones, ya que, como declara el preámbulo, en muchos casos «se otorgan justo antes de instar la incapacitación, hecho que hace sospechar que puede haber captación de la voluntad por parte del designado o, simplemente, que el otorgante no era plenamente capaz». Esta duda del legislador impone también al Notario el deber de extremar la prudencia, quizás incluso más que en el poder, teniendo en cuenta que la Ley prevé directamente la ineficacia si se ha instado el proceso de incapacitación o si el ministerio fiscal ha iniciado las diligencias preparatorias (art. 222-4.3). Sirve no solo para nombrar cargos tutelares, sino también para excluir a determinadas personas, y puede establecer normas sobre el funcionamiento y el contenido del régimen de

protección (art. 222-4.1), incluso nombramiento de Consejo de Tutela (art. 222-54). Debe inscribirse en el Registro de Nombres Tutelares no Testamentarios (art. 222-8.1), registro en el que no constan los designados, sino solo los datos del otorgante, y que no tiene carácter público, ya que solo pueden obtener certificados de él el propio interesado y la autoridad judicial (arts. 1 y 5 del Decreto 360/1996, de 12 noviembre). La inscripción también se hace a través del Colegio de Notarios, que lo comunica al Registro por medios informáticos. También deben inscribirse en el Registro Civil, después de la modificación de su Ley el 25 de marzo de 2009 (art. 46 bis y 46 ter).

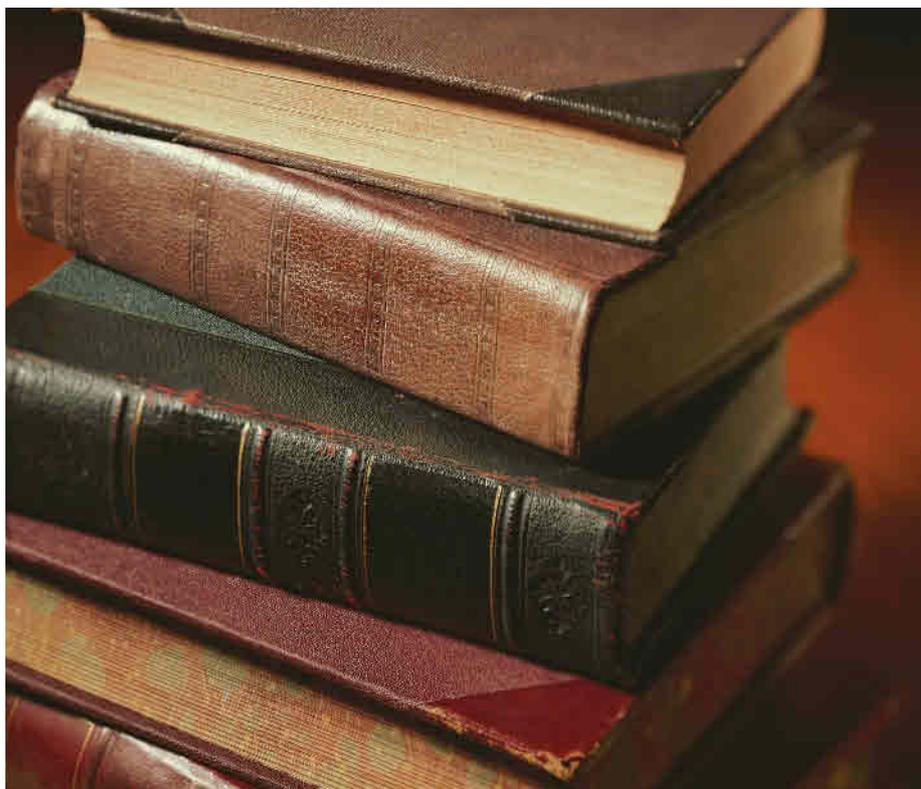
c) Los patrimonios protegidos

Tal como sabemos, fueron creados por la Ley estatal 41/2003, de 18 de noviembre, pero el libro II les da una regulación independiente y muy completa. Podemos señalar, como principales hitos, los siguientes:

- Pueden ser beneficiarias las personas con una discapacidad psíquica igual o superior al 33%, o física igual o superior al 65%, así como las personas en situación de dependencia de grado I o II (art. 227-1).
- Se definen como «un patrimonio autónomo, sin personalidad jurídica, sobre el cual el constituyente, el administrador y el beneficiario no tienen la propiedad ni ningún otro derecho real» (art. 227-2.1). Y, por ello, «no responde de las obligaciones del beneficiario, ni tampoco de las del constituyente o de quien hiciera aportaciones», ya que su finalidad es la satisfacción de las necesidades vitales del beneficiario. A pesar de ello, no puede perjudicar a los legitimarios (art. 227-2.2).

La regulación de la autotutela o delación de tutela hecha por uno mismo sigue, en general, la norma anterior, aunque acentúa las precauciones

- Se constituye mediante escritura pública, en la cual deben constar esta voluntad de constitución, la denominación





del patrimonio protegido, los nombres del constituyente, del beneficiario y del administrador, con las normas de administración, si procede, y las personas ante las cuales hay que rendir cuentas en caso de conflicto de intereses (art. 227-3). El administrador puede ser el propio constituyente, si no es también beneficiario (art. 227-4).

- El administrador debe rendir cuentas ante el beneficiario, sus representantes legales o, si procede, las personas nombradas al efecto de acuerdo con el art. 227-3, antes visto (art. 227-6).
- Se extingue por muerte, pérdida de la condición de discapacitado, renuncia, expiración del plazo o cumplimiento de la condición, o bien por resolución judicial, en caso de ingratitud (art. 227-7). Esto conlleva una nueva rendición de cuentas, la liquidación del patrimonio y la entrega del remanente al destino establecido en la escritura de constitución o, si no hubiese ninguno, al constituyente o sus herederos (art. 227-7.4 y 227-8).
- Los bienes que integran el patrimonio protegido se pueden inscribir en el Registro de la Propiedad o en otros registros públicos, haciendo constar su condición y las normas que lo rigen (art. 227-9).

d) La asistencia

Es una figura nueva, introducida por el Código, que recoge los casos de disminución no incapacitante de las facultades físicas o mentales. Se inspira en la filosofía de la Convención sobre derechos de las personas con discapacidad (Nueva York, 13 de diciembre de 2006), ratificada por el Estado español, y, según el preámbulo, también en las «directrices de la Recomendación R (99) 4, del Comité de Ministros del Consejo de Europa, de 28 de febrero de 1999, y con los precedentes existentes en diferentes ordenamientos jurídicos del entorno de Cataluña». Por lo que parece, existen figuras similares en Alemania y Francia, y así lo manifiesta el profesor Francisco Rivero. La primera ha sustituido la incapacitación y la tutela, mientras que la segunda ha instituido la *sauegarde de justice*, que es compatible con la tutela y, por lo tanto, está más cerca del régimen del libro II. Igualmente, Italia (como se

puede ver en la revista *El Notario del Siglo XXI*) ha aprobado una ley que crea la figura del «administrador de respaldo» para tutelar mediante intervenciones de respaldo temporales o permanentes y con la mínima limitación posible de la capacidad de obrar a las personas privadas total o parcialmente de autonomía en la vida cotidiana, institución análoga en cierto modo a la figura de la asistencia. Quizás se podría considerar como una especie de curaduría designada por el propio asistido.

La asistencia es una figura nueva, introducida por el Código, que recoge los casos de disminución no incapacitante de las facultades físicas o mentales

El art. 226-1.1 dispone que «la persona mayor de edad que lo requiera para cuidar de sí misma o de sus bienes, a causa de la disminución no incapacitante de sus facultades físicas o psíquicas, puede solicitar a la autoridad judicial el nombramiento de un asistente», de acuerdo con las normas de la jurisdicción voluntaria, y tendrá que inscribirse en el Registro Civil para su eficacia ante terceros (art. 226-7). Es solo el propio interesado quien puede solicitar el nombramiento de un asistente. Esto se tramitará por el procedimiento de jurisdicción voluntaria (art. 226-1) y parece que en el procedimiento tendrá que estar presente el Ministerio Fiscal.

En cuanto al contenido, lo esencial es la asistencia, no la sustitución de la voluntad, aunque, a petición de la persona asistida, se pueden dar facultades para que el asistente pueda actuar en su nombre (art. 226-2.3 *in fine*), cosa que entiendo que será más propia de casos de discapacidad física. Pero lo típico o propio es que simplemente lo asista en los actos fundamentales, para evitar ser engañado, a modo de autocuraduría (uno de los supuestos de la cual es, también, la disminución psíquica no incapacitante). Nombrado el asistente e inscrito en el Registro Civil, los actos efectuados por la persona asistida sin intervención del asistente pueden ser anulados (art. 226-3). Además, en el ámbito personal, se le encarga velar por el bienestar de la persona asistida, respetando plenamente su voluntad y sus opciones personales, así como recibir la información sobre los tratamientos médicos y adoptar las

decisiones correspondientes, si la persona asistida no puede decidir por sí misma y no ha otorgado documento de voluntades anticipadas (art. 226-2.2), lo cual significa algo más que asistir.

Para una institución nueva y a la cual se da tanta importancia, la regulación es, quizás, escasa, aunque hay una cierta remisión a las normas de la tutela (art. 226-6). De todos modos, una Orden del Departamento de Acción Social y Ciudadanía del 28 de septiembre de 2010 establece ciertas normas de tipo administrativo, como el copago por la persona asistida y la Generalitat y los honorarios de las personas que se dedican a la asistencia fundamentalmente personal de personas con discapacidad. Pero esta Orden está pensada más bien para la asistencia física y las atenciones por enfermedad, más que para la asistencia en sí, la cual implica consejo y asesoramiento.

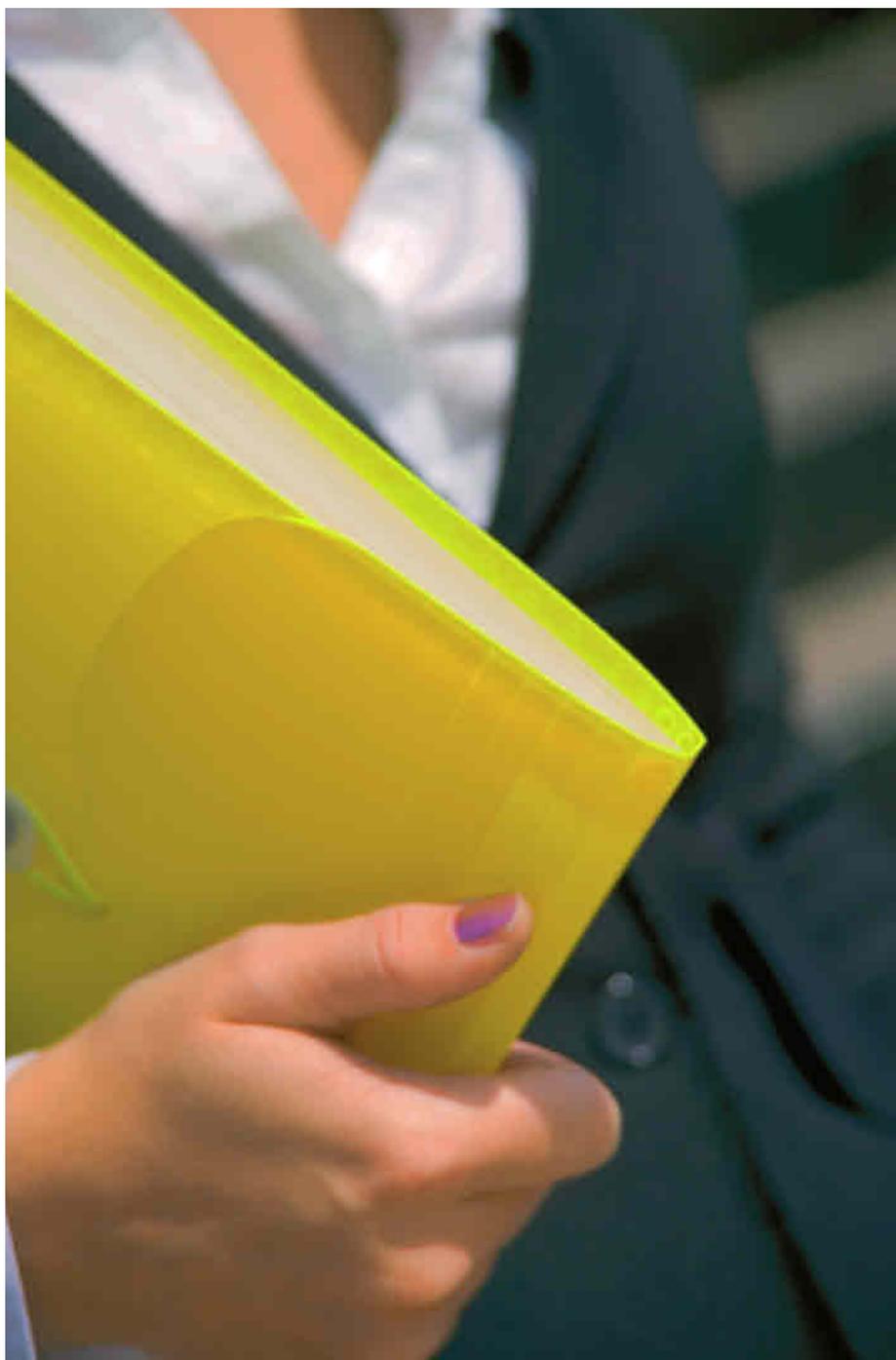
e) La curaduría

Tratamos esta figura antes que la tutela porque restringe menos la personalidad y la norma; como veremos, la prefiere a la tutela, que considera un remedio extremo. Su finalidad, en cierto modo, es la misma que la de la asistencia. El preámbulo la configura «como una institución complementadora de la capacidad en la cual es la persona protegida la que actúa por sí misma».

El preámbulo configura la curaduría «como una institución complementadora de la capacidad en la cual es la persona protegida la que actúa por sí misma»

Regula la de los menores emancipados que, por defunción de los progenitores o por el hecho de estar impedidos, no tienen quien los asista; la de los pródigos, en la cual debe determinarse el ámbito de necesidad de asistencia del curador (art. 223-4.3), y también —y, aquí radica la novedad—, la de los incapacitados en relación con los cuales no se haya considerado adecuada la constitución de la tutela (223-1.b).

Y precisamente para este último supuesto se prevé que: «La sentencia de incapacitación puede conferir al curador funciones de administración ordinaria de



determinados aspectos del patrimonio de la persona asistida, sin perjuicio de las facultades de ésta para hacer los otros actos de esta naturaleza por sí misma» (art. 223-6), en cuyo caso deberá rendir cuentas (art. 223-10). Podríamos decir que en este supuesto se convierte en una especie de tutela de segundo grado, descafeinada o parcial, siempre tendiendo a limitar en la medida de lo posible la incapacitación to-

tal, ya que el lema de las instituciones de protección es, en este libro II, como ya hemos dicho antes, limitar en la medida de lo posible la autonomía personal del discapacitado.

La falta de asistencia del curador, si es necesario, hace posible la anulabilidad de los actos otorgados sin dicha asistencia (art. 223-8).

e) *La guarda de hecho*

Estaba ya regulada en el Código de familia y también, aunque escasamente, en el Código civil, desde la modificación de 1983. Es como una especie de tutela automática y de segundo grado que pretende evitar la constitución de la tutela, que se considera un remedio extremo. El preámbulo dice que «delimita unos contornos más precisos» para esta figura y que «en la práctica se ha podido constatar que son excepcionales, y más bien extremos, los casos en que las familias toman la decisión de solicitar la incapacitación de las personas ancianas afectadas de demencias seniles o de otras enfermedades que les impiden decidir por sí mismas».

La figura se da cuando una persona o una institución cuidan de hecho, sin ninguna obligación legal, por razones de amistad o solidaridad, a una persona menor o mayor con causa de incapacitación, si no está en potestad parental o tutela o, aunque lo esté, si los titulares de estas funciones no las ejercen (art. 225-1). Unas veces serán los abuelos o los tíos los que se ocupen de los menores. Otras, amigos de personas mayores a las que concurren causas de incapacitación. Algunas de ellas pueden haber estado ingresadas en establecimientos residenciales, que se convierten también en guardadores de hecho.

Los guardadores de un menor deben comunicarlo en el plazo de setenta y dos horas a la entidad pública competente o a la autoridad judicial. En cuanto a los mayores con causa de incapacitación, solo existe obligación de comunicarlo si están en un establecimiento residencial y, en este, se encarga de ellos el titular del establecimiento (art. 225-2.1 y 225-2.2).

El guardador de hecho debe cuidar a la persona en guarda, actuar siempre en beneficio de esta y, si asume la gestión patrimonial, limitarse a los actos de administración ordinaria (art. 225-3.1). Y si se trata de personas que estén bajo potestad parental o en tutela, si sus titulares no ejercen sus funciones, la autoridad judicial puede conferir al guardador de hecho funciones tutelares que significan la suspensión, si se da el caso, de la patria potestad o tutela (art. 225-3.2).

La guarda de hecho no da derecho a ninguna retribución, pero sí al reembolso de gastos y a la indemnización por daños



con cargo a los bienes de la persona protegida (art. 225-4).

En cualquier caso, especialmente si son menores, se trata de una situación transitoria que se extingue por la desaparición de las causas que la motivaron, por la declaración de desamparo del menor (que veremos a continuación), por el nombramiento de un defensor judicial o por la constitución del pertinente modelo de protección (art. 225-5).

f) La tutela

Tiene una extensa regulación en el libro II. Destacaremos aquí, como novedades o características principales, las siguientes:

El preámbulo declara que la constitución formal de la tutela «se configura como una medida de protección, especialmente en casos de desamparo del incapaz, cuando a la grave enfermedad psíquica se añade la falta, inadecuación o imposibilidad de soporte familiar»

- El hecho de ser recogida por la Ley como último recurso, disponiendo, de una parte, que no es necesaria su constitución si se ha otorgado el poder preventivo antes estudiado (art. 222-2.1), y de la otra, que «la autoridad judicial puede disponer la constitución de la curaduría, a pesar de que se haya solicitado la de la tutela, de acuerdo con las circunstancias de la persona afectada» (art. 223-2.2). El preámbulo declara que la constitución formal de la tutela «se configura como una medida de protección, especialmente en casos de desamparo del incapaz, cuando a la grave enfermedad psíquica se añade la falta, inadecuación o imposibilidad de soporte familiar».
- Se prevén tres formas de delación, por orden de preferencia: la delación realizada por uno mismo (art. 222-4), estudiada antes; la delación realizada por los titulares de la potestad parental (art. 222-5), y la delación judicial (art. 222-10).
- El hecho de que el Juez, además del constituyente, puede separar las fun-

ciones personales de las de administración de bienes y encargarlas a personas diferentes (art. 222-12.1).

- El supuesto de tutela a cargo de personas jurídicas, las cuales pueden excusarse de ejercer el cargo si no tienen medios humanos y materiales suficientes para ejercerlo adecuadamente (art. 222-18.2).
- Se configura como un órgano unipersonal, excepto en el caso de que la persona interesada o los titulares de la autoridad parental hayan designado dos personas para el cargo o si se estima conveniente que el cónyuge o la pareja de hecho también lo ejerzan (art. 222-25).
- El tutor debe rendir cuentas anualmente, plazo que, en casos de patrimonio reducido, se puede prorrogar hasta tres años. En cambio, cuando se trata de patrimonios importantes, la autoridad judicial puede pedir, además, una auditoría independiente. La rendición de cuentas se efectúa ante la autoridad judicial que constituyó la tutela (art. 222-31). Además, deben rendirse cuentas al finalizar la tutela o al cesar el tutor en su cargo ante la misma autoridad judicial (art. 222-49 y 222-50).
- La obligación del tutor de tratar al tutelado con consideración, de contar con su consentimiento para las decisiones relativas a su educación, si tiene más de doce años, y de recoger la autorización judicial para internarlo en un centro de educación especial (art. 222-37).
- La declaración de que el tutor debe convivir con el menor tutelado, excepto en caso de autorización del Juez por motivos suficientes (art. 222-39.2).
- La delimitación de las facultades de administración del patrimonio del tutelado, excluyendo la de los bienes adquiridos por donación o herencia cuando se haya designado un administrador especial para estos casos (art. 222-41). Enumera los casos en que se requiere autorización judicial (art. 222-43.1) y excluye de dicha autorización los bienes adquiridos por donación o título sucesorio si el donante o causante la ha excluido expresamente (art. 222-43.2).
- La posible existencia de un Consejo de Tutela (art. 222-54) solo en los casos de

autotutela o de las deferidas por los titulares de la potestad parental, tanto para velar por el ejercicio correcto de la tutela como si se le atribuyen las facultades citadas para suplir la autorización judicial en los casos que se requiere, y resolver los conflictos entre los tutores.

g) La declaración de desamparo

Es la última figura de la protección y se da solo para casos graves y cuando faltan todas las instituciones vistas. Se refiere a los menores de edad.

Se consideran en situación de desamparo «los menores que están en una situación de hecho en la cual les faltan los elementos básicos para el desarrollo integral de su personalidad, o que están sometidos a maltrato físico o psíquico o abusos sexuales, siempre que para su protección efectiva deba aplicarse una medida que implique la separación del menor de su núcleo familiar» (art. 228-1.1)

La declaración la realiza la entidad pública competente, que asume la guarda del menor y implica la asunción de funciones tutelares y la suspensión de la potestad parental o tutela, si procede (art. 228-3).

No hay una regulación detallada de desamparo, ya que rige la legislación sobre la infancia y la adolescencia (art. 228-7), de la cual recoge los rasgos esenciales. Y no libra a progenitores y parientes de sus responsabilidades (art. 228-6.2), a los cuales, por otro lado, no impide las relaciones personales con el menor, excepto cuando el interés superior de este haga aconsejable limitarlas o excluirlas (art. 228-8).

En cualquier caso, es una situación transitoria que acabará si cesan las causas que la motivaron o por las medidas que tome la Administración, entre las cuales está la acogida familiar, en la que una familia se encarga de guardar al menor, alimentarlo, educarlo, etc., y que puede tener un carácter transitorio y revocable (acogida simple) o bien un carácter permanente, y las dos a través de familia extensa (es decir, cuando hay alguna relación de parentesco con el menor) o bien con una familia ajena. La acogida en un centro se prevé como última solución (art. 120.2 de la Ley 14/2010, de 27 de mayo, de los derechos y las oportunidades en la infancia y la adolescencia).

Un precepto legal que debe entenderse por no escrito: ¿hacia el arbitraje de plazo indefinido?

Elías Campo Villegas

Juez

Notario

Miembro de la Academia de Jurisprudencia y Legislación de Cataluña

SUMARIO

- I. PRESENTACIÓN DEL PROBLEMA
- II. LA SITUACIÓN JURÍDICA HASTA HOY DEL PLAZO PARA DICTAR EL LAUDO
- III. LA NUEVA LEY DE 21 DE MAYO DE 2011

I. PRESENTACIÓN DEL PROBLEMA

El BOE n.º 121, de 21 de mayo de 2011, publicó la Ley 99/2011, de 20 de mayo, de reforma de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de arbitraje y de regulación del arbitraje institucional de la Administración General del Estado.

Esta Ley, después de superar el suspenso producido por aquel borrador en el que se eliminaba el arbitraje de equidad, resulta de interés en general y laudable en otros temas concretos, así: la competencia que se atribuye a los tribunales superiores de Justicia, el novedoso procedimiento para resolver extrajudicialmente los conflictos internos entre la Administración General del Estado y sus entes instrumentales; o la norma del art. 11.bis-2, que permite la introducción en los estatutos sociales de una cláusula de sumisión arbitral mediante el



voto favorable de, al menos, dos tercios de los correspondientes a las acciones o participaciones sociales, con lo que desautoriza la mala doctrina de la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de julio de 2007, que, a su vez, había desoído la doctrina científica más segura y razonable. Mas no podemos abusar del incienso, pues en el mismo art. 11.bis tenemos tres disposiciones preocu-

pantes: en el apartado 1, se lee que «las sociedades de capital podrán someter a arbitraje los conflictos que en ellas se planteen», precepto inútil, pues hoy, tanto en la práctica diaria como en la doctrina científica y jurisprudencia, se admite aquella posibilidad; por lo demás, su defectuosa redacción no puede originar la duda de que la facultad que admite se refiera solo a las sociedades



de capital. En el apartado 2, pese al elogio hecho anteriormente y el que esta Ley confirme nuestro criterio de no precisarse la unanimidad de los socios para introducir la cláusula de sumisión arbitral, ello no impide que denunciemos lo desgraciado de su redacción al exigir en todo caso el porcentaje de los dos tercios de los votos, olvidando que pueden existir dos convocatorias y que en determinadas compañías, bien sea por ley o por sus estatutos, pueden ser necesarios otros porcentajes. Lo adecuado habría sido remitirse a los porcentajes y reglas necesarios para las modificaciones estatutarias. Y en el apartado 3 ocurre lo mismo que en el apartado 1. El precepto es innecesario y su redactado, preocupante. La disposición sugiere la pregunta siguiente: ¿qué ocurre si en los estatutos sociales no remiten el arbitraje a una institución arbitral? ¿Qué alcance tiene el término *podrán*? ¿Qué decir de los miles de estatutos sociales que actualmente tienen la clásica cláusula de sumisión arbitral? Además, si bien debe resaltarse el interés que muestra el legislador en este artículo y en la exposición de motivos por las instituciones arbitrales, lo cierto es que no atina al aludir a esta, pues parece imponer la inconcebible norma de que la impugnación de acuerdos sociales deba ser por el cauce del arbitraje institucional.

Donde al legislador se le ha ido la mano ha sido en la materia relativa al plazo que tiene el árbitro para emitir el laudo, de tal forma que la indefinición que resulta de la Ley 11/2011 nos incita a un estudio inmediato sobre lo relevante del plazo para laudar

Pero donde al legislador se le ha ido la mano ha sido en la materia relativa al plazo que tiene el árbitro para emitir el laudo.

En la nueva Ley, se dispone que «la expiración del plazo sin que se haya dictado el laudo definitivo no afectará a la eficacia del convenio arbitral ni a la validez del laudo dictado» (art. 37.2).

Pero ¿hasta cuándo será válido el laudo dictado fuera de plazo? Para la Ley, no hay límite, pues se elimina el sentido del plazo en el laudo. ¿Desaparece tal requisito sustancial? Entonces, ¿qué sentido tiene el

FICHA TÉCNICA

Resumen: La indefinición que resulta de la Ley 11/2011 incita a un estudio inmediato sobre lo relevante del plazo para laudar, pues al legislador se le ha ido la mano en la materia relativa al plazo que tiene el árbitro para emitir el laudo. Mediante este trabajo, se analiza esta problemática y sus posibles soluciones.

Palabras clave: Arbitraje, laudo, plazo, convenio arbitral.

Abstract: The imprecision resulting from Law 11/2011 necessitates immediate research into the relevant points of the time limit on issuing the award, given that the legislator has gone too far in respect of the time the arbitrator is allowed to issue the award. This work aims to examine this problem and its possible solutions.

Keywords: Arbitration, award, time limit, arbitral agreement.

N. del A.: El texto es una reproducción modificada del publicado en el n.º 11 de 2011 del *Anuario de Justicia Alternativa del Tribunal Arbitral de Barcelona*.

inciso anterior, que permite a los árbitros prorrogar su propio plazo por un término no superior a dos meses?

La indefinición que resulta de la Ley 11/2011 en dicha cuestión nos incita a un estudio inmediato sobre lo relevante del plazo para laudar.

II. LA SITUACIÓN JURÍDICA HASTA HOY DEL PLAZO PARA DICTAR EL LAUDO

No hay que insistir en la obligación que tienen los árbitros de dictar su resolución dentro del término que se les ha concedido. Para el laudo, el plazo es algo más que un requisito de forma. En la jurisdicción ordinaria, también los jueces y tribunales deben dictar sus resoluciones dentro de un plazo, pero su emisión tardía no afecta a su validez, aunque puede acarrear responsabilidad para su autor. Sin embargo, en el arbitraje, el plazo para laudar tiene otro significado harto diferente. La sustitución de la actividad jurisdiccional del Estado por la privada de terceros a la que se sometieron las partes solo será eficaz y estará revestida de validez durante el plazo concedido por estos. El plazo vincula a los árbitros de tal forma que fija los límites de la propia potestad arbitral. La emisión tardía del laudo lo vicia por haber cesado la «jurisdicción» del árbitro.

La Ley de Arbitraje de 1953 no resolvía sobre las consecuencias del laudo extemporáneo, problema que afrontaba la Ley de Enjuiciamiento Civil, que diferenciaba según se tratara de arbitraje de derecho o de equidad para conceder el recurso de ca-

sación, en el primer caso, y el de nulidad, en el segundo.

En la Ley de Arbitraje de 1988, el problema del laudo dictado fuera de plazo se abordó en dos extremos. Con relación al convenio arbitral, que «quedará sin efecto» y, por tanto, «expedita la vía judicial para plantear la controversia» (art. 30.2); y, con respecto al laudo, este «podrá anularse» (art. 45.3). Para RIVERO, con esta Ley se había pasado de considerar la irregularidad como de nulidad radical a la de mera anulabilidad en vista a la sanción por el transcurso del breve plazo de diez días para recurrir (art. 46.2) y en atención a que la invalidez era de signo contractual⁽¹⁾; otros autores, sin embargo, siguen hablando del vicio de «esencial nulidad» por haber cesado la potestad del árbitro⁽²⁾. Nosotros venimos sosteniendo que tal irregularidad implica el vicio de inexistencia, dado que el laudo es dictado por quien no es árbitro⁽³⁾, al igual que pudiera ocurrir con una sentencia dictada por quien ya no es Juez, postura que encuentra encaje en la Ley de 2003, que, tras la expiración del plazo sin que se haya dictado el laudo, decreta la terminación de las actuaciones arbitrales y el cese de los árbitros (art. 37.2). Ello implica que, vencido el plazo, ni hay procedimiento arbitral ni hay árbitros. En estas condiciones, el documento que pueda elaborarse y suscribir el sedicente árbitro no es laudo. El laudo no existe.

En la Ley de 2003, además de la norma citada del art. 37.2, en el párrafo anterior, se estableció que el plazo «podrá ser prorrogado por los árbitros, por un plazo no superior a dos meses, mediante decisión motivada», regla que vino a suavizar las consecuencias que podían producirse de que algún árbitro

dictara el laudo fuera de plazo a causa de agobios de tiempo.

Por su propia finalidad, la institución del arbitraje ha de responder a criterios de rapidez y eficacia. De ahí que la imposición por las partes de un plazo de emisión del laudo se convierta en materia esencial

De cuanto antecede, se evidencia la esencia del plazo en el arbitraje, pudiendo citarse como paradigmática la Sentencia de la Audiencia de Castellón de 25 de abril de 1998, que, a su vez, cita otras del Tribunal Supremo (AC 1998, 4465):

Es necesario constatar que la institución del arbitraje responde al deseo de establecer las vías alternativas para soluciones de conflictos intersubjetivos que deben responder a criterios de rapidez y eficacia, frente a la opción de la vía judicial, que puede presentar, por diferentes causas, problemas de retraso y onerosidad. Por ello, se hace consustancial a aquel remedio el que se desarrolle de forma rápida y sencilla. De lo contrario, no cumple su función, y para evitarlo, se exige la imposición por las partes de un plazo de emisión del laudo, que se convierte en esencial; tal es así que, en defecto de previsión de término, este se fija legalmente en 6 meses, salvo prórrogas.

En este sentido, véanse las sentencias del Tribunal Supremo de 3 julio 1962 (RJ 1962, 3187), de 23 de septiembre de 1974 (RJ 1974, 3561), de 12 de noviembre de 1992 (RJ 1992, 9578), etc. Así, esta última indica que:

El plazo para emitir el laudo arbitral debe ser respetado de modo inexorable, porque es el lapso de tiempo durante el cual las partes voluntariamente renuncian al ejercicio jurisdiccional de sus diferencias y dotan de facultades decisorias a los árbitros.

III. LA NUEVA LEY DE 21 DE MAYO DE 2011

Y en esta situación es cuando surge la Ley que comentamos, con una norma que sorprende por inexplicable, lo que exige su análisis. En el art. 37.2, leemos que «salvo

acuerdo en contrario de las partes, la expiración del plazo sin que se haya dictado laudo definitivo no afectará [...] a la validez del laudo dictado». En adelante, habrá otra regla. El laudo dictado fuera de plazo es válido, no adolece de vicio alguno. La única consecuencia de la infracción del plazo se reduce a la eventual responsabilidad del árbitro. Se equipara la irregularidad a la que se produce con la sentencia dictada fuera de plazo, que no resulta afectada en su validez y eficacia. No se considera relevante la circunstancia de que el árbitro ya no es tal, al haber expirado el plazo para el que se le nombró. El legislador salva del desastre a los arbitrajes en los que el árbitro ha tenido un descuido o una imposibilidad de cumplir. En la historia secular de esta institución, se ha producido un giro radical. Se podría decir, pues, que en adelante los árbitros no tienen plazo para laudar, puesto que si lo infringen, no le pasa nada al laudo: siempre será válido. Pero de inmediato hay que interrogarse sobre el adverbio *siempre...* ¿Siempre? En la Ley que comentamos, no se matizan ni limitan las facultades del árbitro en cuanto al tiempo para laudar válidamente. En definitiva, la bula no se ha configurado con límites. El problema es que ni tiene límites ni hay poder alguno que lo pueda imponer, ni siquiera el Juez: el efecto negativo del convenio impide actuar a los jueces. Tampoco las partes pueden fijar un límite al árbitro, pues el plazo que le pusieron se lo salta la nueva Ley.

Se ha construido un arbitraje sin límite en el plazo para dictar el laudo. Estamos ante un arbitraje con plazo indefinido y eternamente posible para la Ley

En esta situación, se impone mostrar las consecuencias. Se ha construido un arbitraje sin límite en el plazo para dictar el laudo. Estamos ante un arbitraje con plazo indefinido y eternamente posible para la Ley.

Tales consecuencias repugnan a la más elemental conciencia y razón jurídica. Se impone llegar a la conclusión de que la situación jurídica descrita no puede existir. Estamos ante un imposible metafísico y debemos negar que se produzca aquella monstruosidad jurídica. Pero de esta manera surge otra pregunta, dado el texto de la Ley que estamos leyendo en el BOE: ¿qué le

ocurre a esta Ley que no puede producir el resultado que aparentemente ocasiona? La contestación ahora es sencilla, y no puede ser de otra manera, pues lo que acontece es que la Ley de 2011 no produce el resultado que la literalidad de la misma dice. No fue esa la voluntad del legislador. De esta manera, el problema se traslada al tema de la interpretación de la Ley.

Se ha de partir, por ello, a la fórmula que nos ofrece el art. 3.1 del Código Civil, que en su día recogió las orientaciones de la doctrina y la jurisprudencia en esta materia. «Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas».

Las orientaciones interpretativas que ofrece esta fundamental regla las sistematizaremos siguiendo el orden clásico, del que el maestro LACRUZ sirve de ejemplo.

1. La interpretación literal

«El sentido propio de las palabras» constituye el arranque de la interpretación, si bien respecto de este elemento se ha dicho que tiene poco de interpretación, por limitarse a la aplicación mecánica del texto inscrito. Y esto es lo que ocurre en el caso concreto que nos ocupa. Desgraciadamente, la claridad de la Ley no ofrece dudas (*in claris non fit interpretatio*), ya que su afirmación es rotunda: «La expiración del plazo sin que se haya dictado laudo [...] no afectará [...] a la validez del laudo dictado». El sentido gramatical no resuelve nada. Es precisamente su sentido indubitado el que crea el problema.

2. El espíritu y finalidad de la norma. La ratio legis

Ya en esta vía podemos realizar, como primera afirmación, la de que en la intención del legislador no estuvo presente establecer un sistema de arbitraje de plazo indefinido, sin límite alguno, ante lo que hemos de recordar que la *ratio legis* se erige en el espíritu y la finalidad de la norma. Y en este terreno parece oportuno leer ciertas citas de LACRUZ, al recordar que la interpretación «debe inquirir sobre todo [...] la *ratio* y finalidad del precepto, lo que equivale a



descubrir, más allá de las palabras, el verdadero alcance de la misma que con ellas se expresa» (Resolución de 16 de mayo de 1974), aludiendo, además, a «la doctrina de tradición multiseccular, que admite que se puede ir incluso contra el sentido claro e inequívoco de las palabras cuando las circunstancias especiales del caso llevan a estimar que no está comprendido en la mente y en la intención del legislador» (Sentencia de 22 de junio de 1950). De esta manera, según nos dice LACRUZ, la *ratio*, como alma de la ley, alcanza un rango superior a las palabras en las que esta se manifiesta, legitimándose así la interpretación correctora del sentido literal de la ley ⁽⁴⁾.

En la intención del legislador no estuvo presente establecer un sistema de arbitraje de plazo indefinido, sin límite alguno, ante lo que hemos de recordar que la *ratio legis* se erige en el espíritu y la finalidad de la norma

Admitida, pues, tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, la posible corrección de la Ley en función de la *ratio*, es visto que la norma objeto de este análisis debe ser corregida en el sentido de no admitir que el plazo para laudar pueda prorrogarse indefinidamente de tal manera que el laudo extemporáneo sea válido sin límite de tiempo.

En este método interpretativo abunda CASTÁN, quien, a su vez, explica cómo los anotadores de Enneccerus entienden que ningún precepto de nuestro Derecho positivo ni ninguna razón jurídica ni de otro orden prohíben al Juez apartarse de una ley, cuando la aplicación de la misma lleva a consecuencias que el legislador no ha previsto y que, de haberlas sospechado, le hubieran inclinado a dictar una regla distinta. Asimismo, recuerda a nuestro clásico doctor Francisco Suárez, que, recogiendo la tradición aristotélico-escolástica, admitía la enmienda de la ley o excusa de su obligatoriedad (epiqueya) no solo en los casos en que la ley mandase cosa inicua o cosa demasiado acerba o dura, sino también cuando, dadas las circunstancias del caso, pudiera conjeturarse que el legislador no hubiera querido comprenderlo en la ley ⁽⁵⁾.

3. El elemento sistemático

«Las normas se interpretarán [...] en relación con el contexto» (art. 3.1). La interpretación no puede limitarse al texto aislado de la expresión dudosa o preocupante, pues esta forma parte integrante no solo del resto de la ley que la contiene, sino también de la parte del ordenamiento jurídico en que se integra. En este sentido, véase la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de junio de 1968: «Los tribunales, al aplicar las leyes, deben atender al contexto, estableciendo conexión con todos los preceptos del ordenamiento que traten la materia a resolver».

En este tema explica LACRUZ, siguiendo la metáfora de MAITLAND, que el Derecho es un tejido sin costuras. Ello significa, tratándose de la comprensión de una norma jurídica, que hemos de colocarla en conexión con todas las restantes del conjunto.

Pues bien, aquella necesidad correctora de la Ley analizada que hemos anunciado en el apartado II de este estudio se impone por las consecuencias que se derivan de una

interpretación sistemática extraída del mismo contexto de la Ley, concretamente, del párrafo anterior al comentado, conforme al cual el plazo estipulado por las partes para dictar el laudo «podrá ser prorrogado por los árbitros por un plazo no superior a dos meses, mediante decisión motivada», facultad que ya existía, como hemos visto, en la Ley de Arbitraje de 2003. De esta manera, ahora, con la nueva Ley que comentamos, el árbitro, si bien puede aplazar la emisión del laudo dos meses, lo tiene que hacer mediante decisión motivada. Pero, al mismo tiempo, en el párrafo siguiente de la misma Ley, se le faculta para laudar indefinidamente y sin cortapisa alguna, con el resultado de ser válidos los laudos que pueda emitir. He aquí un contrasentido en la misma Ley que refuerza la conclusión a la que antes hemos llegado sobre el hecho de que es necesaria una interpretación correctora.

En definitiva, estamos siguiendo las consecuencias que nos impone el principio interpretativo de que debe rechazarse toda interpretación que conduzca al absurdo, que, en nuestro caso, no solo alcanza a lo





dicho, pues los resultados absurdos se multiplican si, después de expirar el plazo sin dictar laudo, lo puede hacer el árbitro con plena validez, puesto que, de admitir tal regla, ocurriría que el árbitro debería ser considerado en funciones y el procedimiento arbitral, en trámite abierto sin concluir, por lo que deberían admitirse actuaciones del árbitro propias de la situación, como las de proponer y practicar pruebas de oficio.

4. Corrección positiva

Ahora bien, eliminadas las absurdas consecuencias que surgen de la literalidad de la Ley (aspecto negativo de la corrección), surge la necesidad de fijar los términos de la corrección positiva, para así determinar cuál debe ser, en definitiva, el sentido de la norma examinada, que, a la postre, es el objeto de estas líneas. Interpretación correctora respecto de la cual la doctrina explica que puede ser extensiva o, por el contrario, restrictiva. En nuestro caso, la enmienda del precepto interpretado debe restringirse hasta el punto de considerarlo totalmente inaplicable. Aquí no caben paliativos. Resulta irracional la norma que permite laudar válidamente *sine die*. Por ello, el último inciso del apartado 2 del art. 37 deberá tenerse por no escrito. Queda vigente el párrafo anterior, que permite a los árbitros prorrogar el plazo para laudar hasta dos meses. Esta privilegiada facultad de los árbitros debe tranquilizar la preocupación

por las desastrosas consecuencias del laudo extemporáneo. Intranquilidad fuera de lugar, por cuanto en la vida práctica son eventos realmente desconocidos, que, además, con lo dicho, debe sosearse.

El principio interpretativo nos impone que debemos rechazar toda interpretación que conduzca al absurdo

La situación resultante será que el laudo fuera de plazo seguirá considerándose dictado por quien ya no es árbitro. La promulgación de la Ley 11/2011, si bien ha eliminado el primer inciso del párrafo 2.º del apartado 2 del art. 37 en la versión de la Ley de Arbitraje de 2003, lo cierto es que el resultado seguirá siendo el que entendieron la doctrina y la jurisprudencia sobre la nulidad del laudo, que para nosotros es la inexistencia, por lo explicado anteriormente.

5. Conclusión

Por último, advertir que, frente a la drástica solución que proponemos, no caben paliativos, como pudiera ser, en una interpretación benévola, el colmar la laguna producida, estimando que, extinguido el plazo previsto, todavía el árbitro podría laudar,

aunque fuera de plazo, en un término «razonable» o «prudentemente admisible». Dicha solución chocaría no solo con los antecedentes históricos antes expuestos, en que imperó siempre el principio de certeza exigente en el plazo, sino, sobre todo, en la inseguridad jurídica que se ocasionaría con una regla de semejanza indefinición para conocer el momento en el que el laudo debería tenerse por firme.

- (1) RIVERO HERNÁNDEZ, F., *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, coordinado por Rodrigo Bercovitz, Tecnos, Madrid, 1971, págs. 567 y ss.
- (2) LORCA NAVARRETE, A. M., *Derecho de arbitraje español*, Dykinson, Madrid, 1994, pág. 419.
- (3) CAMPO VILLEGAS, E., «Problemas de forma en el convenio y en el laudo arbitral. Su inscripción», conferencia pronunciada en la Academia Matritense del Notariado, el día 7 de noviembre de 1991, en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, t. XXXII, 1993, págs. 927 y ss.; y CAMPO VILLEGAS, E., *Aspectos del convenio y del laudo arbitral vistos por un Notario*, discurso de ingreso, en 3 de junio de 2004, Academia de Jurisprudencia y Legislación de Cataluña, Barcelona, 2004, págs. 57 y ss.
- (4) LACRUZ BERDEJO, J. L., *Elementos de Derecho civil: I. Parte general*, vol. 1, Dykinson, Madrid, 2002, págs. 240 y ss.
- (5) CASTÁN TOREÑAS, J., *Derecho civil español, común y foral*, t. 1, vol. 1, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1986, pág. 564.

El Derecho registral inmobiliario y el Registro de la Propiedad

Gabriel de Reina Tartière
Profesor
Doctor en Derecho Civil

SUMARIO

1. EL DERECHO REGISTRAL INMOBILIARIO
2. EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD
3. LOS PRINCIPIOS DEL SISTEMA REGISTRAL INMOBILIARIO ESPAÑOL
4. LA RELACIÓN ENTRE EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD Y EL CATASTRO

N. de A.: Se reproduce linealmente la unidad 6 del Manual *Derecho civil. Derechos inmobiliario y registral* del autor, material didáctico por el que estudian los alumnos de 3.º del Grado en Derecho UDIMA. www.udima.es

En esta primera unidad didáctica de la segunda parte de la asignatura se introduce al alumno en el Derecho registral inmobiliario. En sus páginas comienzan por enunciarse los fines de la disciplina, calificando el Registro de la Propiedad como institución básica tendente a dotar de considerable seguridad al tráfico inmobiliario.

Con detalle y variados ejemplos, se describen a continuación los principios registrales, los rasgos centrales del sistema registral español. Su estudio supone la mejor aproximación que se puede realizar a un entramado normativo mucho más fácil de



FICHA TÉCNICA

Resumen: En esta introducción al Derecho registral inmobiliario, que, como rama del orden jurídico, está llamado a disciplinar de forma integral la publicidad sobre el estado jurídico de los inmuebles, se describen, con detalle y variados ejemplos, los principios registrales y los rasgos centrales del sistema registral español.

Palabras clave: Derecho registral inmobiliario, Registro de la Propiedad, Catastro, Principios del sistema registral inmobiliario, Principio de inscripción, Principio de legitimación, Principio de fe pública registral, Principio de inoponibilidad, Principio de prioridad, Principio de tracto sucesivo, Principio de especialidad, Principio de rogación, Principio de legalidad, Principio de publicidad.

Abstract: In this introduction to Land Registration Law, which, as a branch of the legal system, is responsible for regulating in integral manner the publicity that is to surround the legal status of land and buildings, a detailed description is given, together with various examples, of the registration principles and the main features of the Spanish registration system.

Keywords: Land Registration Law, Property Registry, Cadastre, Principles of the system for the registration of land and buildings, Principle of registration, Principle of legitimacy, Principle of public-registry supremacy, Principle of non-opposition, Principle of priority, Principle of chain of title, Principle of speciality, Rogatory Principle, Principle of legality, Principle of publicity.

comprender de lo que aparenta. No estamos ante una materia para iniciados, sino ante una rama del saber jurídico elaborada, en atención a las necesidades prácticas implicadas, a partir de la lógica de sus normas y principios.

1. EL DERECHO REGISTRAL INMOBILIARIO

Denominado históricamente entre nosotros Derecho hipotecario, el Derecho inmobiliario registral se implementa a partir de un órgano específico, el Registro de la Propiedad, y como rama del orden jurídico está llamado a disciplinar, de forma integral, la publicidad sobre el estado jurídico de los inmuebles.

En la parte material del Derecho registral inmobiliario se situarían los principios y reglas que determinarían qué derechos pueden inscribirse, los presupuestos necesarios para que se haga, así como cualesquiera otras que sirvan para concretar en su alcance los efectos del asiento realizado

Con respecto al contenido de la disciplina resulta frecuente proyectar dos partes. En primer lugar, una vertiente formal que estaría integrada por los conceptos y normas atinentes al modo y manera en que ha-

brían de despacharse los asientos, los pasos que se habrían de seguir para que estos se practicaran, los recursos que el solicitante tendría frente a la decisión del registrador de no inscribir el correspondiente título y todas aquellas cuestiones relacionadas con la organización, procedimiento y gestión del Registro.

En la parte material del Derecho registral inmobiliario se situarían los principios y reglas que determinarían qué derechos pueden inscribirse, los presupuestos necesarios para que se haga —la autenticidad de la titulación presentada, por ejemplo—, el valor del derecho inscrito y del que no lo estuviera, fuera *inter partes* o frente a terceros, así como cualesquiera otras que sirvan para concretar en su alcance los efectos del asiento realizado.

Introducido así, el origen histórico de los Registros y su preeminencia práctica hicieron que esta rama del saber se integrara desde su formación en el Derecho privado, concretamente, en el Derecho civil, y, más exactamente, en el Derecho de cosas. Esa tradición, fundada, sin duda, en el mayor peso que tiene la que se ha denominado parte material de la disciplina y por la teoría protectora de la apariencia que conlleva, no debe hacernos perder de vista aquellos factores que coadyuvan a la consideración autónoma de la función registral. A través de cada uno de ellos cabría inducir los factores comunes que abogan por la especialidad del Derecho registral inmobiliario, a saber:

- El fin primario tenido en cuenta para su creación y consolidado a través de las consecuencias, de variado vigor, que se disciplinan en torno a lo publicado, como podrá comprobarse en la exposición de los principios registrales que se incluye en esta unidad.
- Su unidad de objeto que conforman las que vienen a denominarse «situaciones jurídicas registrales», esto es, las circunstancias inherentes y mínimamente duraderas que afectan a los inmuebles, y que no se limitan exclusivamente a las relaciones jurídico-reales.

Precisiones

En el Registro, por excepción, se inscriben ciertos derechos personales, como el de arrendamiento en determinados casos (cfr. art. 2.5.º de la LH) o el de retorno (cfr. art. 15 del RH), así como también está previsto que se dé noticia de aquellas situaciones personales declaradas por las que quede afectada o limitada la capacidad del titular (cfr. art. 2.4.º de la LH).

- La legislación diferenciada con la que cuenta y el reconocimiento, en su seno, de principios y técnicas de índole desconocida en la esfera común del Derecho, civil o administrativo.
- La existencia de un ámbito específico, de una jurisdicción propia, entendida esta en el sentido más amplio del término (para nada equiparable a lo judicial), donde mayormente se aplica su normativa.

2. EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD

2.1. CONCEPTO

El artículo 605 del Código Civil y el artículo 1, párrafo primero, de la Ley Hipotecaria coinciden en expresar que «el Registro de la Propiedad tiene por objeto la inscripción de los actos y contratos relativos al dominio y demás derechos reales sobre bienes inmuebles». Más allá de tal dicción, el Registro de la Propiedad puede, siguiendo a Roca Sastre, concebirse desde tres puntos de vista:

- **Como institución jurídica.** En la medida que en cuanto a sus fines puede definirse como aquel organismo destinado a robustecer la seguridad en el tráfico inmobiliario mediante la



publicación del estado jurídico de los inmuebles.

- **Como oficina.** Definiéndose como el organismo estatal que tiene por objeto la constancia y publicidad de la propiedad inmueble. En tal sentido señala el artículo 357 del Reglamento Hipotecario que la instalación y conservación de la oficina del Registro, en local adecuado para la seguridad y conservación de los libros, será de cuenta del registrador.

A esta perspectiva responde igualmente el segundo párrafo del artículo 1 de la Ley Hipotecaria, según el cual «las inscripciones o anotaciones se harán en el Registro en cuya circunscripción territorial radiquen los inmuebles».

En nuestro país, el Registro de la Propiedad siempre habría dependido del Estado y no de las entidades territoriales de carácter inferior. Se trata de una tendencia consagrada en el artículo 148 de la Constitución, al sustraer esta competencia de las asumibles en sus Estatutos por las comunidades autónomas. Repárese en la paradoja de que algunas de ellas, las que tuvieron en su día Derecho foral o autóctono, desarrollado fuertemente durante estos años hasta llegar al hito que constituye el Código civil catalán, puedan regular sobre las instituciones de fondo, pero no sobre el organismo destinado a darles publicidad. Afirmación que veta, asimismo, la posibilidad de crear cualesquiera otros con idéntica finalidad al margen de los integrados en la red, única, repito, nacional.

Otra de las particularidades de nuestro modelo registral es que tratándose el Registro de una oficina imbricada en el aparato estatal y dependiente del Ministerio de Justicia, sus encargados, los registradores de la propiedad, gozan de un estatuto orgánico diferenciado que los acerca más a la condición de profesionales liberales que a la de funcionarios públicos. Sometidos como estos al principio de legalidad, la autonomía con que desempeñan sus funciones se encontraría en la base de su prestigio profesional.

- **Como conjunto de libros.** Entendiéndose como la reunión ordenada de los libros oficiales debidamente numera-

dos y legalizados existentes en cada oficina del Registro, en los que se extienden los asientos correspondientes a los actos registrables.

2.2. FINES

En su consideración como institución, conviene profundizar en los dos fines fundamentales del Registro de la Propiedad, que son:

- **El asegurar la propiedad inmueble, el proteger el tráfico jurídico inmobiliario y el fomentar el crédito territorial.**

En la historia, los Registros inmobiliarios se originaron para favorecer el tráfico jurídico; señaladamente, para fomentar la confianza de los agentes económicos en la propiedad raíz como adecuado respaldo de las operaciones de financiación que entablaran con sus respectivos dueños. El Registro de la Propiedad comenzó siendo, así, un Registro de gravámenes, de cargas e hipotecas, lo que explica la denominación que todavía sigue empleándose para esta rama del ordenamiento, la de Derecho hipotecario.

La necesidad se suscitó en relación con los inmuebles por la sencilla razón de que, en su ámbito, la posesión, si bien puede operar como signo externo de titularidad, y por tanto de oponibilidad del derecho que se alegue, no es concluyente. La regla, universalmente reconocida, de que la posesión de buena fe equivale al título sirve para la presentación del poseedor como auténtico propietario (cfr. art. 464 del CC). Ello otorga un parámetro mínimo de certidumbre: nadie concederá un préstamo con garantía mobiliaria a quien no demuestre por medios fácticos su señorío sobre la cosa.

Por el contrario, tratándose de inmuebles, la posesión que sobre estos se tenga no puede cumplir con idéntica función, al menos con tal exactitud. En primer lugar, por la posibilidad de que varias personas, con distintos títulos, incluso, de diferente naturaleza, ejerzan actos posesorios sobre el mismo objeto, simultaneidad en la posesión que es físicamente imposible tratándose de bienes muebles, donde su ma-

terial ocupación no se presta a compararse.

Precisiones

Como expresará don Jerónimo González, el padre de nuestro moderno Derecho hipotecario, «en materia de transacciones mobiliarias, puede uno contentarse con admitir el poder de hecho, la potestad exterior sobre las cosas, la posesión, como la forma única de la manifestación de un derecho real. Siendo el poseedor el dueño de la cosa, está autorizado para obrar como tal respecto a cualquier tercero de buena fe, sin que este último pueda sufrir ningún daño. La posesión basta para legitimar a su autor, de suerte que es la forma reveladora de los derechos reales sobre los muebles. No pasa lo mismo con los bienes inmuebles en los que la posesión no puede tener la misma importancia porque su ejercicio, exteriormente, no representa más que una parte mínima de la potestad de hecho que se puede adquirir sobre un predio. ¿Qué significa ocupar un inmueble, habitar una casa, en comparación con la omnipotencia del poseedor de una cosa mueble? Este puede enajenarla, abandonarla, transformarla, destruirla, mientras que el poseedor del inmueble puede tan solo gozarlo o excluir a otro o quizá modificar la superficie de la finca poseída».

En segundo lugar, por la existencia de derechos reales, singularmente, el de hipoteca, que no conllevan el disfrute material de la finca, aunque sí su sujeción al buen resultado de la operación que a su través se haya asegurado.

El fundamento primigenio del Registro de la Propiedad es mitigar los riesgos y fraudes de la contratación inmobiliaria, remitiendo a la información que sus libros proporcionan

Así es como el establecimiento de un aparato institucional de publicidad vendría a remediar las consecuencias negativas de una y otra circunstancia. Ése sería el fundamento primigenio del Registro de la Propiedad: mitigar los riesgos y fraudes de la contratación inmobiliaria remitiendo a la información que sus libros proporcionan. Quien adquiriera un derecho del sujeto que conste como titular en el Registro partirá de una premisa de seguridad primordial para el tráfico cotidiano, por cuanto la inscripción transmitirá la idea, presunción en bue-



Doctrina

na técnica jurídica, de estar ante el legítimo propietario y, por tanto, único con aptitud para disponer de la cosa.

EJEMPLO 1

Imaginemos, con Lacruz, un sistema en el que el Registro no existiera. En él, cuando *Primus* comprara la finca de *Secundus*, no podría estar plenamente seguro de que antes que a él no se la hubiera vendido a otro, no la hubiera comprometido en favor de otro. Del mismo modo que si *Primus* fuera a prestar con hipoteca sobre la finca de *Secundus*, este no tendría otra certeza de que se hallara libre de cargas y de que su hipoteca fuera, como creyera, la primera sino la palabra del propio *Secundus*.

- **El efectuar la publicidad informativa, el ofrecer la posibilidad cierta de conocer el contenido de sus libros, la realidad jurídica publicada de las fincas.**

Los asientos del Registro se presumen conocidos por todos, por cuanto la realización de los efectos jurídicos que interesan a la esfera de diversos sujetos no puede dejarse depender del mero conocimiento efectivo o de hecho de lo publicado. Esto es, las consecuencias jurídicas derivadas de la publicidad se producen con independencia de que se dé o no ese conocimiento efecti-

vo. Sin embargo, esta cognoscibilidad de índole legal lejos está de excluir la posibilidad de conocimiento efectivo, material no solo presunto, por parte de los interesados. Sería sencillamente injusto que la ley presuma e imponga un conocimiento —el del contenido registral— para, al mismo tiempo, vedar el acceso efectivo a ese contenido. Por esta razón, el Registro de la Propiedad es esencialmente público, a diferencia de ciertos Registros administrativos o de los llamados en Derecho «archivos», que hasta pueden ser —nos recuerda Manzano Solano— secretos, por su naturaleza (como es el protocolo notarial)





o por razones de interés público (v.gr., secretos oficiales).

2.3. EVOLUCIÓN LEGISLATIVA

Es muy difícil encontrar antecedentes de una publicidad registral en el Derecho romano. El Derecho romano se sirvió de formas y solemnidades ceremoniales para la transmisión del dominio. De registros públicos hay muy leves rastros; existieron algunos, pero no se les atribuía efectos de índole jurídico-administrativa, sino de carácter administrativo o tributario.

En la Edad Media, en el ámbito de los Estados germánicos, muchas iglesias, monasterios y grandes propietarios territoriales tomaron como costumbre servirse de unos libros en los que se copiaban los documentos referentes a las propiedades, bien mediante la consignación de una nota escueta del negocio relativo a los inmuebles o bien mediante transcripción íntegra del documento.

Con respecto a nuestro país, el primer antecedente de un sistema de registro público se suele encontrar en una Real Pragmática de Carlos I, dictada en el año 1539, a petición de las Cortes de Toledo. En ella, se instituía un registro de gravámenes, registro especial donde se tomara razón de los censos, tributos e hipotecas de las heredades.

Pero, como en el resto de Europa, también en España fue a finales del siglo XVIII cuando la necesidad de un registro de gravámenes se hizo sentir con toda la fuerza, dando lugar a la creación de los llamados Oficios o Contadurías de Hipotecas, establecidos por una Real Pragmática de Carlos III de 31 de enero de 1768. Se organizaron en todas las cabezas de partido, haciéndose constar los gravámenes y la venta de bienes con alguna carga. La toma de razón se hacía en los libros de cada pueblo y se efectuaba por los escribanos de los ayuntamientos.

Durante el siglo XIX los intentos codificadores se sucedieron ininterrumpidamente. Sin embargo, es con el fracaso del Proyecto de Código de 1851 cuando surge como uno de los temas más agudos e importantes el de dotar al país de un moderno sistema hipotecario: se conviene, entonces, legislar en la materia de manera independiente, sin tener que esperar

a resolver los problemas que paralizaban la promulgación de un Código Civil. Es así que la comisión creada al efecto culmina sus trabajos el 4 de julio de 1859, redactando un proyecto de ley, que se convertiría posteriormente en la Ley Hipotecaria de 8 de febrero de 1861. Su exposición de motivos todavía supone un pasaje de consulta ineludible en el devenir de nuestra legislación.

Tras la entrada en vigor de la ley, se observaron en la misma algunos defectos, lo cual dio lugar a que se promulgara la Ley de 21 de diciembre de 1869.

El Código Civil, por su parte, dedicó a la materia del Registro de la Propiedad únicamente cuatro artículos, del 605 al 608. Resultaría igualmente muy escasa su regulación sobre la hipoteca (arts. 1.874 a 1.880), más allá de la importancia que habría tenido que dispusiera sobre el carácter constitutivo de su inscripción. En todo caso, el Código realizaría abundantes reservas y remisiones a lo dispuesto en la Ley Hipotecaria.

Tras las posteriores y sustanciales reformas de 1909 y 1944, el texto refundido de la actual Ley Hipotecaria se dictó el 8 de febrero de 1946, viendo la luz su Reglamento el 14 de febrero de 1947. Obviamente, una y otro han sufrido variadas modificaciones en todo este tiempo, siendo la última la operada en el año 2007.

3. LOS PRINCIPIOS DEL SISTEMA REGISTRAL INMOBILIARIO ESPAÑOL

En el ordenamiento español, los **principios hipotecarios** son por tradición los criterios básicos que conforman el sistema de publicidad jurídica inmobiliaria.

Roca Sastre los define como el resultado conseguido mediante la sintetización técnica de parte del ordenamiento jurídico sobre la materia, manifestada en una serie de criterios fundamentales, orientaciones esenciales o líneas directrices del sistema inmobiliario registral español. Más sencillamente, para Lacruz, serían las reglas generales de la legislación hipotecaria española.

Los principios hipotecarios, en la medida en que se llega a ellos por inducción del Derecho positivo, no tienen rango de principios generales del Derecho; no son reglas

permanentes, de valor universal, que estén por encima del ordenamiento formulado, sino que son normas de Derecho positivo cambiantes y variables como los mismos medios de que el ordenamiento jurídico puede servirse para la realización de la seguridad del tráfico inmobiliario. Concebidos así, se desarrollan a continuación, sin perjuicio de que el contenido de alguno de ellos sea objeto de un ulterior y más profundo análisis en las próximas unidades.

3.1. EL PRINCIPIO DE INSCRIPCIÓN (U OPONIBILIDAD)

La palabra «inscripción» puede ser entendida como sinónimo de toda clase de asiento registral, aunque en un sentido más estricto se refiera al asiento específico de carácter principal que se practica en el Registro para constatar la existencia de una mutación jurídico-real producida (constitución, declaración, modificación, transmisión o extinción del dominio o derecho real).

Precisiones

En el artículo 41 del Reglamento Hipotecario se comprueban los dos sentidos del vocablo. Dice el precepto: «En los libros de los Registros de la Propiedad se practicarán las siguientes clases de asientos o inscripciones: asientos de presentación, inscripciones propiamente dichas, extensas o concisas, principales y de referencia; anotaciones preventivas, cancelaciones y notas marginales.»

Así las cosas, cuando se habla del principio de inscripción, se sobreentiende que la palabra es empleada en ese su primer sentido más lato o extenso, planteándose entonces como problema el del valor que la inscripción tiene en orden a las mutaciones jurídico-reales que puedan producirse.

El antecedente del Registro lo constituye la Real Pragmática de Carlos I en 1539, por la que se crea un Registro de Gravámenes para tomar razón de los censos, tributos e hipotecas de las heredades

En el sistema español, como regla general, la inscripción no es factor esencial, constitutivo, para que se produzca la constitución o transmisión de los derechos reales inmobiliarios: la inscripción cumpliría, pues,



una función de publicidad. Sin embargo, no ha de entenderse que la inscripción serviría solo para «dar a conocer» sino también para «tener por conocido». Puede decirse, así, que el principio de inscripción lo sería de oponibilidad, aspecto este en cuya virtud todas las situaciones jurídicas inscritas alcanzarían eficacia jurídico-real, eficacia frente a terceros, sin que estos puedan alegar el desconocimiento de lo publicado, la falta de directa o personal consulta a los libros del Registro.

EJEMPLO 2

Puede, por tanto, comprarse una finca sin consultar al Registro, no es ello obligatorio. Sin embargo, quien así lo haga deberá respetar las cargas y gravámenes que consten registradas sobre la finca quedando afectado por ellas como si lo hubiera hecho. Claro que, de haberlas conocido, de haber efectuado la pertinente consulta, probablemente habría desistido de contratar o, cuando menos, habría optado por hacerlo en otras condiciones, por otro precio.

Pese a todo, el legislador insiste en la relevancia del Registro antes de contratar como surge del artículo 175 del Reglamento Notarial, imponiéndole al notario autorizante que informe de la situación registral a los interesados en contratar, a no ser que «el adquirente del bien o beneficiario del derecho se declare satisfecho de la información resultante del título, de las afirmaciones del transmitente y por lo pactado entre ellos». La consulta, pues, sigue siendo voluntaria, pero la conveniencia de tomar conocimiento del estado registral de las fincas se fija como principio.

Relacionado con todo este tema, por su interés, téngase en cuenta que la renuncia del comprador de una finca a consultar su estado registral no implica que renuncie al oportuno saneamiento; como ha venido afirmando el Supremo, «el conocimiento del riesgo por evicción por parte del comprador no conlleva la pérdida de su derecho a reclamar» (entre otras, STS 159/2009, de 9 de marzo).

En este contexto, la oponibilidad significa, antes de nada, la presunción absoluta de conocimiento de lo que está inscrito, y parte del carácter declarativo de la inscripción, esto es, de la posibilidad de existencia de los derechos y relaciones registrables sin que se registren. De modo que podrá haber derechos no registrados susceptibles de conocerse, y por tanto imponerse, pero no podrá, a menos que se inicie el pertinente expediente contradictorio, pasarse por alto lo registrado. Así concebido, el de oponibilidad se apoyaría

indisolublemente en el principio que sigue: el de legitimación.

Precisiones

Que lo inscrito se tenga por conocido no significa que lo no inscrito pueda no llegar a oponerse, aun frente a quien consta inscrito. Pero para ello se requerirá que el interesado no inscrito pruebe la razón de oponibilidad de su derecho, razón distinta evidentemente a su registro, razón normalmente basada en el conocimiento o posibilidad cierta de conocimiento del titular inscrito acerca de la existencia del derecho que pretende serle opuesto. Pero por exigencias del principio de legitimación, de la exactitud del Registro de la que parte este principio, como veremos a continuación, necesitará acometer judicialmente la necesaria impugnación de la «verdad» declarada por el Registro. El ejemplo típico lo constituyen las servidumbres aparentes, que aun no inscritas, por revelarse mediante signos exteriores, suelen determinarse oponibles al tercero que haya comprado la finca gravada aunque no consten inscritas.

3.2. EL PRINCIPIO DE LEGITIMACIÓN

En virtud del principio de legitimación se presume *iuris tantum* la exactitud del Registro, que el contenido del Registro refleja fielmente la realidad, en tanto no se declare su inexactitud. Esta presunción general de veracidad se despliega, en relación con el derecho inscrito, a favor de su propia existencia, pero también de la titularidad y contenido con que consta publicado.

El principio que comentamos se encuentra recogido en los siguientes preceptos de la Ley Hipotecaria:

- En el artículo 1, párrafo tercero, cuando establece que los asientos del Registro «en cuanto se refieren a los derechos inscribibles, están bajo la salvaguarda de los tribunales y producen todos sus efectos mientras no se declare su inexactitud en los términos establecidos en esta ley».
- En el artículo 38, párrafo primero, por cuanto «a todos los efectos legales se presumirá que los derechos reales inscritos en el Registro existen y pertenecen a su titular en la forma determinada por el asiento respectivo. De igual modo se presumirá que quien tenga inscrito el dominio de los inmuebles

o derechos reales tiene la posesión de los mismos».

- En el artículo 97 de la Ley Hipotecaria, por cuya virtud «cancelado un asiento se presume extinguido el derecho a que dicho asiento se refiere».

En su dimensión procesal, los efectos de la presunción de exactitud en que consiste el principio se despliegan a favor del titular inscrito de distinta forma según actúe como demandante, demandado o tercerista.

- **En calidad de demandante.** El titular inscrito puede ejercitar las acciones reivindicatoria, negatoria o confesoria con solo aportar la correspondiente certificación del Registro.

El titular registral, además, se halla legitimado por el hecho de serlo para impetrar su más rápida defensa contra quien, sin título inscrito, se oponga a su derecho o lo perturbe en su ejercicio por el trámite del juicio verbal (art. 41 de la LH). Es la llamada «acción real registral».

La naturaleza jurídica de esta acción es muy discutida. En todo caso, cualquiera que sea el criterio sostenido acerca del procedimiento, lo cierto es que, como se mantiene en la jurisprudencia, presenta un carácter especial, singular y expeditivo, orientado a la protección de los derechos reales inscritos, en tanto que consecuencia de la fuerza legitimadora del Registro de la Propiedad, al presumirse concordantes Registro y realidad, en el sentido de que el derecho inscrito existe y pertenece a su titular en la forma determinada en el asiento respectivo, al extremo de que, para contradecir esta concordancia, deberá formularse oposición con base en alguna o algunas de las causas taxativamente contempladas en la ley.

En tal sentido, la oposición del demandado únicamente podrá fundarse en alguna de las causas siguientes (art. 444.2 de la LEC):

- 1.ª Falsedad de la certificación del Registro u omisión en ella de derechos o condiciones inscritas, que desvirtúen la acción ejercitada.



- 2.^a Poseer el demandado la finca o disfrutar el derecho discutido por contrato u otra cualquier relación jurídica directa con el último titular o con titulares anteriores o en virtud de prescripción, siempre que esta deba perjudicar al titular inscrito.
- 3.^a Que la finca o el derecho se encuentren inscritos a favor del demandado y así lo justifique presentando certificación del Registro de la Propiedad acreditativa de la vigencia de la inscripción.
- 4.^a No ser la finca inscrita la que efectivamente posea el demandado.

Si la pretensión del demandante se estima, se mandará poner fin a la perturbación que se haya ocasionado en el libre ejercicio de su derecho, reintegrándole si fuera el caso, y como en la reivindicatoria, en la posesión. Por su carácter sumario, por la tasación del objeto de conocimiento que caracteriza este singular procedimiento, la sentencia carecerá de efectos de cosa juzgada, pudiendo cualquiera de las partes a continuación promover el juicio declarativo que corresponda.

Al lado de la «acción real registral», el titular inscrito puede, con la sola certificación del Registro, justificar su posesión para presentar el interdicto de retener o recobrar oportuno. Es la consecuencia primordial de la presunción posesoria referida expresamente en el artículo 38 de la Ley Hipotecaria. El demandado siempre podrá acreditar, obviamente en el mismo expediente, que la posesión alegada no se sostiene en los hechos, que él no pudo despojar al demandante por cuanto a su entrada en el bien el titular registral no se encontraba poseyéndolo. Al limitarse a ello, la presunción, pues, no soliviantaría ninguna de las reglas propias de los interdictos.

- **En calidad de demandado.** Como el titular registral cuenta a su favor con la presunción de existencia y pertenencia del derecho, cualquier acción que lo contradiga debe dirigirse contra él; de otra forma, no cabría registrar el título que, contrario, opuesto al suyo, se hubiera declarado en un procedimiento al cual no hubiera sido convocado.

EJEMPLO 3

Quien alegue haber ganado por usucapión la propiedad de un inmueble deberá demandar en todo caso a quien figure como titular registral, aunque le conste que hubiera transmitido a un tercero el cual todavía no hubiera presentado su título a inscripción. En el caso, el usucapiente, para la total seguridad de un pronunciamiento favorable a sus intereses, terminaría por demandar a ambos.

Desde el primer artículo de la Ley Hipotecaria, vendría a afirmarse en este sentido que los asientos registrales se encontrarían bajo la salvaguardia de los tribunales, máxima de la que surge una suerte de intangibilidad de los asientos despachados que, por principio, no pueden cancelarse de no mediar consentimiento expreso de su titular o mandamiento judicial al respecto. Solo cuando la causa de cancelación sea enteramente objetiva podrá solicitarse la cancelación sin contar ni con la habilitación judicial ni con la anuencia del perjudicado. Es el caso de todos aquellos derechos vitalicios o nacidos con una duración predeterminada, que por su condición habrán de extinguirse por el mero transcurso del tiempo señalado. Por ejemplo, con la sola presentación del oportuno certificado de defunción, podría solicitarse por el hasta ese momento nudo propietario la cancelación del usufructo.

EJEMPLO 4

Es así que, aun cuando por influjo del principio de prioridad deben cancelarse ciertos asientos (por ejemplo, en la ejecución hipotecaria, el de un acreedor con anotación de embargo a su favor posterior a la hipoteca que ejecuta) se exige que los titulares de tales asientos, por cuanto están llamados a cancelarse como consecuencia, sean citados al procedimiento. Diferente es el caso de que estos titulares se hayan presentado al Registro cuando en el folio de la finca ya se ha hecho referencia de que la hipoteca está en trámites de ejecución, por cuanto desde un principio habrían podido conocer de la extinción que se cernía sobre sus derechos y personarse en el procedimiento para la garantía de sus intereses.

- **En calidad de tercerista.** Dispone el artículo 38 de la Ley Hipotecaria, párrafo tercero, que en caso de embargo preventivo, juicio ejecutivo o vía de apremio contra bienes inmuebles determinados, se sobreseerá todo procedimiento de apremio respecto de los mismos o de sus frutos, productos o rentas en el instante que conste en

autos, por certificación del Registro de la Propiedad, que dichos bienes o derechos están inscritos a favor de persona distinta de aquella contra la cual se decretó el embargo o se sigue el procedimiento. Al acreedor ejecutante le quedará reservada su acción para perseguir en el mismo juicio ejecutivo otros bienes del deudor y para ventilar en el juicio correspondiente el derecho que creyere asistirle en cuanto a los bienes respecto a los cuales se suspende el procedimiento.

De tal modo se consagra la que conviene en denominarse «tercería registral», la cual viene a facilitar el sobreseimiento del procedimiento ejecutivo respecto de un bien embargado cuando el demandado en el expediente no es su titular registral. Si tal previsión no existiera o cuando ella no pueda ser aplicable -como en el caso que se menciona en el párr. siguiente-, el titular registral quedaría sometido a la carga de interponer la pertinente tercería de dominio ante el tribunal donde se hubiera adoptado el embargo, sustanciándose la tercería por el cauce del juicio ordinario (cfr. art. 599 de la LEC).

En buena lógica, de la «tercería registral» solo podrá beneficiarse el titular registral que no debiera quedar afectado por la ejecución impetrada contra el demandado; por ejemplo, aquel sujeto que haya adquirido de él y cuyo título se hubiera presentado en el Registro después de que lo hubiera hecho precisamente el embargo.

3.3. EL PRINCIPIO DE FE PÚBLICA REGISTRAL

Íntimamente vinculado con el de legitimación, el de fe pública se encuentra formulado, en sus líneas generales, en el artículo 34, con el complemento del artículo 37, de la Ley Hipotecaria. En su virtud se protege al tercero que adquiera a título oneroso confiando precisamente en la exactitud de lo que consta publicado; confiando pues, en que quien le transmite se encuentra plenamente legitimado y en que no existe vicio o defecto en su título que impida la transmisión.

El fundamental artículo 34 de la Ley Hipotecaria establece exactamente lo siguiente:

«El tercero que de buena fe adquiera a título oneroso algún derecho de persona que en el Registro aparezca con facultades para transmitirlo, será mantenido en su adquisición, una vez que haya inscrito su derecho, aunque después se anule o resuelva el del otorgante por virtud de causas que no consten en el mismo Registro.

La buena fe del tercero se presume siempre mientras no se pruebe que conozca la inexactitud del Registro.

Los adquirentes a título gratuito no gozarán de más protección registral que la que tuviere su causante o transferente.»

El principio de legitimación conlleva la presunción *iuris tantum* de veracidad tanto de la existencia del derecho inscrito como de la titularidad y contenido de lo que consta publicado

Al estudio de este principio se dedicará buena parte de la unidad siguiente, por lo que a ella hemos de remitirnos. Por ahora basta con apuntar que será precisamente la adquisición *a non domino* por el «tercero hipotecario» la manifestación característica de la protección dispensada por el principio. La fe pública registral supone, así, que el verdadero dueño o titular se verá privado de su derecho en favor de otra persona que adquirió de quien frente a él apareció como titular pero en realidad no lo fuera por comprobarse —después— la nulidad de su título —sin conocimiento obviamente del tercero protegido por el art. 34 de la LH—, o porque habiendo sido válido y legítimo titular, al momento de autorizar la transmisión respecto del tercero, se hubiera producido una causa de resolución, revocación o rescisión de su derecho no explicitada ni anunciada en ese tiempo en el Registro (cfr. art. 37 de la LH).

Por tanto, mientras que el principio que sigue, el de inoponibilidad, aun compartiendo el capital requisito de la buena fe para que quede protegido, resguardaría al tercero frente a lo no inscrito, el principio de fe pública registral protegería frente a lo inscrito, frente a la inexactitud insospechada, la que pudiera declararse luego de que el tercero presentara su título en el Registro.

EJEMPLO 5

Quien compra e inscribe, así, la transmisión autorizada a su favor por un titular registral que ha adquirido a su vez la propiedad por un título que se encuentra en vías de impugnación judicial quedaría a salvo de la acción dirigida contra el título de su transmitente si al momento de presentar su propio título de adquisición en el Registro no consta anuncio en sus libros de la acción impetrada. De constatar, dejaría de funcionar el principio de fe pública registral, aplicándose el de oponibilidad de los efectos de ese proceso en su contra. Su título, en este segundo caso, podrá inscribirse no obstante, aunque sobre él pendería la posibilidad cierta de su cancelación como consecuencia de la presentación en el Registro de la sentencia que se dicte en ese procedimiento en favor del demandante.

3.4. EL PRINCIPIO DE INOPONIBILIDAD

Según el artículo 32 de la Ley Hipotecaria, «los títulos de dominio o de otros derechos reales sobre bienes inmuebles, que no estén debidamente inscritos o anotados en el Registro de la Propiedad, no perjudican a tercero». Aunque el sentido del precepto esté lo bastante claro, la mayoría de la doctrina ha entendido siempre que ese tercero no es otro que el protegido por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, esto es, el tercero inscrito que de buena fe y a título oneroso haya adquirido del que figura en el Registro como propietario. No obstaría a esta interpretación que el artículo 606 del Código Civil repita la dicción de la norma controvertida, pues el propio Código, en su artículo 608, vendría a otorgar libertad a la Ley Hipotecaria para determinar el valor y efectos de las inscripciones.

Frente a esta teoría que ampara la existencia de un solo tercero hipotecario, la tendencia actual pasa por estar a la literalidad del artículo 32 de la Ley Hipotecaria, para cuyo mejor entendimiento conviene relacionar el concepto ya mencionado de oponibilidad con el de inoponibilidad.

Se habla, con Ragel, de oponibilidad, el primero y más fundamental de los efectos que la inscripción importa en el ordenamiento inmobiliario español, cuando los terceros deben contar con un acto jurídico en lo venidero, tienen que actuar conforme a esa realidad, sin posibilidad de eludirla jurídicamente. La oponibilidad se caracteriza, así, por imponer al tercero la realidad del acto jurídico. El tercero debe

soportar esa realidad, contar con ella necesariamente a la hora de ejercitar sus derechos. En tal sentido, «cuando las partes contratantes oponen el contrato al tercero no pretenden vincularle sin su voluntad extendiendo a él las deudas y los compromisos adquiridos, sino hacerle respetar los efectos que dicho contrato ha producido entre ellos (v.gr., una compraventa y la subsiguiente transmisión de dominio)».

Frente a ello la inoponibilidad consiste, sin embargo, en la «facultad específica concedida por la ley a una persona, por el hecho de ser ajena a una actuación perfectamente válida, para que, sin necesidad de impugnarla, pueda actuar en defensa de sus intereses como si tales actos no se hubieran producido». La noción aplicada al Registro significa que lo que, siendo inscribible, no se haya inscrito no puede afectar a quien ha adquirido emplazamiento registral, a reserva, como se verá en la unidad siguiente, de que se demuestre que conoció del derecho no inscrito por otros medios, y ello, claro está, por exigencias del principio de legitimación, a través del oportuno expediente contradictorio impetrado contra él.

EJEMPLO 6

Si Pedro confiere a Santiago la opción de compra sobre un inmueble, título que no se inscribe, y después Pedro vende a un tercero, Juan, no tendrá Juan que respetar el derecho conferido a Santiago salvo que este acredite, en el oportuno expediente contradictorio, que Juan conoció efectivamente de su existencia.

3.5. EL PRINCIPIO DE PRIORIDAD

Si sobre una misma finca concurren varios derechos reales, estos se gradúan y clasifican, en orden a su preferencia, teniendo en cuenta la fecha de ingreso en el Registro. El derecho más antiguo prevalece sobre el más moderno (*prior in tempore, potior in iure*).

Frente al Derecho civil, que determina la preferencia por la fecha de constitución de los derechos, el Derecho hipotecario la refiere a la fecha de los asientos registrales y, más concretamente, a la de la presentación del correspondiente título ante el Registro. El que inscribe, el que presenta un título que luego se inscribe, tiene un derecho preferente sobre todos los demás



títulos que al momento de su presentación no consten al menos presentados.

Cuando se trata del dominio o de otros derechos inscribibles que no puedan coexistir sobre una misma finca, la prioridad actúa en sentido excluyente. En caso de derechos compatibles, se limita a conferir un rango preferente al derecho que antes acuda al Registro.

En la Ley Hipotecaria no hay un precepto que formule con claridad y precisión el principio de prioridad, pero resulta de los artículos 17, 20, 24, 25, 32, 34 y 69.

La fecha determinante de la prioridad es la de la presentación del título en el Registro; el artículo 24 de la Ley Hipotecaria expresa en tal sentido que considerará como fecha de la inscripción, para todos los efectos que esta deba producir, la fecha del asiento de presentación que deberá constar en la inscripción misma. Asimismo, para determinar la preferencia entre dos o más inscripciones de igual fecha relativas a una misma finca, se atenderá a la hora de la presentación en el Registro de los títulos respectivos (art. 25 de la LH). En caso de presentarse al mismo tiempo dos o más títulos contradictorios sobre una misma finca, se procederá en la forma que determinan los artículos 420 y 426 del Reglamento Hipotecario.

El artículo 17 de la Ley Hipotecaria se despacha por su parte como sigue:

«Inscrito o anotado preventivamente en el Registro cualquier título traslativo o declarativo del dominio de los inmuebles o de los derechos reales impuestos sobre los mismos, no podrá inscribirse o anotarse ningún otro de igual o anterior fecha que se le oponga o sea incompatible, por el cual se transmita o grave la propiedad del mismo inmueble o derecho real.

Si solo se hubiera extendido el asiento de prestación, no podrá tampoco inscribirse o anotarse ningún otro título de la clase antes expresada durante el término de 60 días, contados desde el siguiente al de la fecha del asiento mismo».

El precepto incorpora el secular «cierre registral», llamado así porque el Registro se cierra para los que acuden tardíamente con títulos de fecha anterior a la del que

está ya debidamente inscrito y resulten frente a él de contenido opuesto o incompatible.

EJEMPLO 7

Si una finca es vendida por su titular registral a dos compradores diferentes mediante sendas escrituras públicas entre las que trascurren un cierto tiempo y solo la segunda se inscribe, la inscripción de esta impedirá que se inscriba la primera.

En el caso de que el título primero en inscribirse fuera la primera venta formalizada, el artículo 17 de la Ley Hipotecaria sería inaplicable, pues el título que no podría inscribirse sería posterior, no anterior como dice el precepto; en este caso, la incompatibilidad se resolvería más propiamente con base en el principio de tracto sucesivo.

Precisiones

La incompatibilidad entre el título rezagado y el ya registrado debe considerarse en un sentido amplio o económico, en relación con la imposibilidad de inscribir todo título de fecha anterior que contradiga o perjudique los intereses del titular inscrito. Así, frente a la imposibilidad física, que no solo económica, de un doble dominio sobre la finca, tampoco sería inscribible el título autorizado por el anterior propietario en cuanto a la constitución de una servidumbre, el cual no podría registrarse al haberse operado registralmente el cambio de titularidad en la propiedad. Fíjese que en abstracto, servidumbre y dominio serían dos derechos reales perfectamente compatibles sobre un inmueble, aptos de suyo, para concurrir simultáneamente. Sin embargo, la inscripción extemporánea de la servidumbre en contra del nuevo propietario sería contraria a los intereses de este.

El cierre registral está pensado para los casos de incompatibilidad. En cambio, cuando concurren varios derechos compatibles sobre una misma finca, la situación de prioridad de unos asientos respecto a otros se llama rango.

EJEMPLO 8

Si Pedro, titular registral, constituye usufructo en favor de Juan, el embargo que se decreta contra Pedro a instancia de alguno de sus acreedores podrá inscribirse, pero sin afectar en modo alguno al derecho de Juan. En consecuencia, la nuda propiedad sería el objeto exclusivo tanto del embargo como de la eventual ejecución posterior del bien embargado.

El rango influye en el valor del derecho, que aumenta o disminuye al mismo tiempo que se eleva o pospone el rango, especialmente cuando se trata de hipotecas sucesivamente constituidas.

EJEMPLO 9

Si Pedro constituye hipoteca sobre un bien hipotecado antes en favor de otra entidad financiera, la ejecución de la primera hipoteca supondrá la cancelación de todos los derechos posteriores, pudiéndose cobrar la segunda entidad con cargo a lo obtenido en el expediente de ejecución solo cuando el crédito garantizado con la primera hipoteca hubiera sido íntegramente saldado.

El principio de fe pública registral regulado en los arts. 34 y 37 LH protege al tercero que adquiera a título oneroso confiando en la exactitud de lo que consta publicado

El rango es negociable; a través de estos negocios jurídicos se cambiará el lugar que al derecho corresponde por razón de la prioridad registral siempre y cuando lo consienta el titular que haya de verse pospuesto a resultas y, en su caso, si existen, los titulares intermedios.

EJEMPLOS 10 y 11

Si sobre una finca existen tres hipotecas, «A», «B» y «C», los titulares de «A» y «B» podrán intercambiar libremente sus rangos, efectuándose las debidas anotaciones al margen de cada hipoteca. Pero si los que de sean «permutar» sus rangos son «A» y «C», el registrador debe solicitar el asentimiento de «B», para evitar que quede perjudicado por un derecho de contenido distinto al que le era preferente al momento de presentarse en el Registro. .../...

Si Pedro vende una finca a Juan y por diferimiento en el pago se conviene la pertinente condición resolutoria de la venta en caso de impago, se permite en nuestro ordenamiento que Pedro consienta que la condición quede pospuesta al crédito de la entidad financiera con la que haya de contratar Juan. De otro modo, pocos bancos, cuando no ninguno, brindarían crédito a Juan con garantía en el dominio que ostenta sobre el inmueble mientras no salde la deuda.



3.6. EL PRINCIPIO DE TRACTO SUCESIVO

Con fundamento a su vez en el de legitimación, el principio de tracto sucesivo exige que el acto que pretenda inscribirse derive del titular último inscrito, de tal manera que el Registro refleje las transmisiones en perfecta sucesión. La continuidad, sin interrupción, en la titularidad registral determina que todos los actos relativos a una misma finca consten en el Registro.

Nuestro Código civil, en su art. 608, viene a otorgar libertad a la Ley Hipotecaria para determinar el valor y los efectos de las inscripciones

El principio surge del artículo 20 de la Ley Hipotecaria, según el cual «para

inscribir o anotar títulos por los que se declaren, transmitan, graven, modifiquen o extingan el dominio y demás derechos reales sobre inmuebles, deberá constar previamente inscrito o anotado el derecho de la persona que otorgue o en cuyo nombre sean otorgados los actos referidos». Y como solo es necesaria la previa inscripción respecto a la persona que otorgue el acto o en cuyo nombre se otorgue, no es exigible, consecuentemente, la inscripción previa a favor de los mandatarios o representantes que en su lugar hayan autorizado el título cuya registración se pretenda (art. 20, párr. 4.º).

La previa inscripción solo es requisito para que el acto ingrese en el Registro; pero no es requisito para su validez. Si existe, el título tiene acceso al Registro; si falta, no. Y falta tanto si no consta inscrito el derecho a favor de persona alguna, como si resulta inscrito a favor de persona distinta de la que otorgue el acto de transmisión

o gravamen (art. 20, párrs. 2.º y 3.º). En el primer caso, el título puede presentarse para obtener la inmatriculación al amparo del artículo 205 de la Ley Hipotecaria, y si no llega a acreditarse que sea susceptible de inmatriculación, el registrador suspenderá la inscripción y tomará anotación preventiva a solicitud del interesado. En el segundo caso, el registrador denegará la inscripción, o solo la suspenderá si el otorgante del acto es causahabiente del titular inscrito (art. 103 del RH).

EJEMPLO 12

Si Pedro vende su finca sucesivamente a Juan y Santiago, y Juan inscribe primero, Santiago no podrá inscribir su título, pues en el folio ya constará Juan como propietario y su adquisición no ha sido consentida por él. Como se ve, el ejemplo manifiesta una cierta similitud funcional entre el tracto y el cierre registral; téngase en cuenta, no obstante, que el acto incompatible excluido por el «cierre registral» tiene que ser anterior al inscrito y ha de estar otorgado por el mismo auctor del que trae causa el nuevo titular ya inscrito; no siendo así, la exclusión procederá no por virtud del «cierre registral», sino por exigencia del principio de tracto sucesivo.

Asimismo, es por virtud del principio de tracto sucesivo que los registradores no pueden inscribir un mandamiento judicial si comprueban que el demandado en el procedimiento en el que la medida se haya adoptado no es la persona que consta como propietario en el folio de la finca, si el titular no ha intervenido en forma alguna en el procedimiento. Como única excepción, el artículo 20 de la Ley Hipotecaria *in fine* permite que en los procedimientos criminales se disponga la anotación de embargo preventivo o de prohibición de disponer de los bienes si a criterio del juez o tribunal existen indicios racionales de que el verdadero titular de los mismos es el imputado, haciéndolo constar así en el mandamiento. De modo que, si, por ejemplo, se interpone querrela criminal contra una determinada persona física por supuestos delitos de estafa y falsedad, y se ordena por el Juez de Instrucción tomar anotación preventiva de prohibición de disponer sobre una finca que aparece inscrita a nombre de una sociedad anónima cuyo socio mayoritario es el querrellado, la anotación podrá practicarse si se solicita expresamente por el juez con base en tal circunstancia.

Normalmente, cada título consta inscrito en un asiento independiente. Pero en algunos casos, para evitar inscripciones



formularias o transitorias, la ley admite con carácter excepcional que puedan reflejarse en un solo asiento dos o más actos inscribibles por separado. En tales supuestos subsiste la exigencia de la previa inscripción; la particularidad consiste en que no son necesarios asientos independientes para que actúe con plena eficacia el tracto sucesivo. Se conoce ello con el término de tracto comprimido o abreviado.

Precisiones

Por tanto, en función del principio de tracto sucesivo, siempre de la documentación que se presente a inscripción deberá acreditarse que la nueva pretendida titularidad proviene, inmediata (caso ordinario) o mediatamente (caso extraordinario) del último titular inscrito, ocurriendo la mediatización del tracto tanto en los supuestos de tracto abreviado, donde únicamente con la práctica del asiento solicitado se corresponderá a cumplir con la continuidad de titularidades exigida, bastando con la aclaración en el cuerpo de ese asiento de la titularidad o titularidades intermedias, como en las hipótesis en que la titularidad se haya declarado en el pertinente juicio contradictorio incoado contra el titular inscrito (por reivindicación, usucapión, etc.) y, con respeto, es obvio, a las debidas garantías procesales.

EJEMPLO 13

Ejemplo de tracto sucesivo abreviado es el de los coherederos que tengan adjudicado tras la oportuna partición la propiedad de un inmueble y lo vendan a otro coheredero que no tenga parte alguna adjudicada en ese bien. Así, se practicará un solo asiento a favor de este, sin que sea necesario que los vendedores inscriban antes su derecho, la adjudicación operada a su favor. En el folio constará como asiento anterior el del causante de la herencia y, a continuación, como resultado de ese negocio jurídico, el de la adquisición a favor del comprador. Se omitirá, pues, un asiento (el del título de la partición), pero la cadena de titularidades, exigencia inderogable del tracto, se mantendrá no obstante, ya que basta con que se haga cumplida información del paso intermedio en el asiento que se ha de despachar a favor del comprador.

Finalmente, con respecto al tracto, debe hablarse del expediente de reanudación del mismo, pensado en la ley cuando uno de los titulares anteriores no haya llevado su título al Registro impidiendo así que cualquiera de los posteriores lo haga. El expediente está pensado, pues, en ausencia de

conflicto, para el caso en que la cadena de titularidades no se haya roto en la realidad extrarregistral pero sí en el Registro. A través de los medios que se disciplinan en los artículos 200 y siguientes de la Ley Hipotecaria, se trata de facilitar que el propietario último pueda inscribir su título, sin obligarle a aportar todas y cada una de las escrituras o títulos públicos, en estos casos casi siempre inexistentes, en que se fundara el derecho de quienes le hayan precedido en la titularidad de la finca sin constar inscritos.

3.7. EL PRINCIPIO DE ESPECIALIDAD

En virtud de este principio, se concluye la necesidad de que, en un primer momento, se identifique el cuerpo principal (la finca) sobre el cual hayan de recaer las sucesivas inscripciones, a través del expediente de inmatriculación o de apertura de folio registral, para, luego, determinar con concreción el tenor y alcance de los actos que, teniéndolo por objeto, hayan de volcarse sobre el folio.

Entre las manifestaciones que más concisamente destacan del principio, Gómez Gállego señala dos grandes aspectos:

La previa inscripción solo es requisito para que el acto ingrese en el Registro, pero no es requisito para su validez

- En un primer término, el aspecto material del principio de especialidad hace referencia a los derechos reales objeto de inscripción y significa la exacta determinación del derecho real inscrito. La seguridad jurídica inmobiliaria y la protección de la apariencia que dispensa el Registro de la Propiedad exigen que no exista la mínima duda respecto del alcance y efectos de los derechos inscritos. En este aspecto material o sustantivo, la especialidad exige una precisa concreción de la naturaleza, contenido y título constitutivo de los derechos publicados por el Registro. En cuanto a su contenido, específicamente, deberá estar perfilada nitidamente su titularidad, duración, extensión, facultades que atribuye y causa jurídica económica a que responde, así como, en su caso, su valor.

EJEMPLO 14

Por exigencias del principio de especialidad, para la inscripción de una servidumbre de luces y vistas, por ejemplo, no basta con su simple indicación más el señalamiento de las fincas dominante y sirviente. Antes bien, se debe concretar, tiene dicho la Dirección General de los Registros y del Notariado, «su extensión, límites y demás características configuradoras, como presupuesto básico para la fijación de los derechos del predio dominante y las limitaciones del sirviente y, por tanto, no puede considerarse como suficiente, a tal efecto, la nueva afirmación del establecimiento de servidumbre de paso y de luces y vistas y la identificación de los predios dominantes y sirvientes dejando indeterminados datos tan importantes como la ubicación y anchura de los pasos o la altura y distancia que las construcciones tienen que guardar para respetar el derecho a tener “luces y vistas”» (Resolución de 24 de octubre de 1998).

- En su aspecto formal, el principio de especialidad se refiere a la forma de practicarse los asientos en el Registro de la Propiedad y responde, a su vez, a una triple expresión:
 - Al sistema de folio real, que se traduce en la necesaria apertura de un folio para cada una de las fincas, sobre el cual se va a hacer constar el historial jurídico de estas. Esta operación, de apertura de folio a la finca, recibe el nombre de nombre de matriculación y responde, por su finalidad, a un procedimiento específico distinto al registral común que veremos en la unidad didáctica 8.
 - A la claridad de redacción, de manera que los asientos se extiendan unos después de otros, sin huecos ni claros entre los asientos, y con expresión circunstanciada de todos los requisitos exigidos para la delimitación material del derecho inscrito.
 - A la previsión legal de la operación solicitada, de manera que no se podrán practicar sino los asientos previstos en la legislación hipotecaria, sobre la base del carácter imperativo del procedimiento registral.

3.8. EL PRINCIPIO DE ROGACIÓN

El procedimiento registral se inicia, por regla común, a instancia de parte. En

esto consiste el llamado principio de rogación.

Siguiendo a Roca Sastre, el fundamento del principio radica en el hecho de que nuestros Registros de la Propiedad inmueble son una institución pública, pero puesta al servicio e interés inmediato de los particulares. Y así, la inscripción es voluntaria o facultativa, pues la ley no la impone con la obligatoriedad de otros Registros.

El principio de legalidad implica la necesidad de titulación o documentación pública para practicarse la inscripción. Además, la labor de calificación, esto es, la de control del Registrador tanto en el fondo como en la forma del título presentado

El principio de rogación se fundaría, entonces, en la voluntariedad de la inscripción, en la facultad de obtener la inscripción, y esta, a su vez, en la particular función a la que propende el Registro con vistas a los intereses en presencia. Es algo que afirma Rajoy Brey, cuando advierte que con el principio de rogación lo que se pretende es que la adquisición y pérdida de las posiciones registrales acontezca al margen totalmente de la iniciativa del registrador, pues «hay que tener presente que el Registro tutela intereses particulares, que solo por su multiplicidad poseen una incuestionable relevancia social, y que, además, define y asigna los derechos reales a favor de uno de esos particulares, lo que implica, cuando se trata de derechos incompatibles, que priva de su titularidad al resto o, si estamos ante otros de naturaleza compatible, que les atribuye un rango determinado. El primer punto determina que hayan de ser los particulares quienes insten la intervención registral. Ello es una consecuencia del principio de autonomía de la voluntad privada. Es perfectamente factible que, en el ejercicio de ella, el particular opte por mantener la adquisición de un derecho en la clandestinidad. En principio, hay que respetar su voluntad toda vez que solo su derecho puede resultar perjudicado por su actuación. Lo que no cabe es liberarle después de esas consecuencias, en el supuesto que lleven consigo la privación para él de tal derecho, ni indemnizarle

por dicha pérdida, salvo lógicamente que esta haya tenido su origen en un error en la calificación. El segundo aconseja que el registrador se mantenga al margen de las cuestiones, como es el hecho de inscribir o no un derecho, que puedan influir en su definición y asignación».

Siendo tal el fundamento del principio, el mismo no impide, sino todo lo contrario —en atención a los intereses particulares que son los que en él subyacen—, que se habilite un amplio elenco de sujetos legitimados para instar la variación de las situaciones registrales. Se comprende, por tanto, el artículo 6 de la Ley Hipotecaria, norma en cuya virtud la inscripción podrá pedirse indistintamente por el que adquiera o transmita el derecho, pero también por cualquiera que, no siendo ni uno ni otro, «tenga interés en asegurar el derecho que se deba inscribir».

3.9. EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD

El principio de legalidad, en sede registral, implica, en primer lugar, la necesidad de titulación o documentación pública para que pueda practicarse una inscripción (art. 3 de la LH); en segundo lugar, alude a la labor de calificación, de control que ejerce el registrador, el encargado registral, en cuanto al fondo y la forma del título presentado (art. 8 de la LH).

En esa primera vertiente, que se dice formal, el principio se denomina también de autenticidad, pues para que se inscriba un título se requiere que esté contenido en escritura pública o documento expedido por autoridades oficiales o judiciales. Se admiten excepciones, esto es, la práctica de asientos a partir de documentos privados, aunque en tasados y muy contados casos; véase, por ejemplo, el artículo 59 de la Ley Hipotecaria.

En la segunda, correlativamente llamada sustantiva, el principio significa que el Registro debe controlar la legalidad de los actos que se le presentan, con lo que se hace referencia a la calificación que de cada documento presentado a inscripción debe efectuar bajo su responsabilidad el registrador.

Así las cosas, y a reserva de las mayores particularidades que se destacarán en la unidad didáctica 8, con la titulación auténtica, dice García García, el sistema registral

consigue que los documentos tengan una primera garantía de legalidad, por haber sido autorizados o expedidos por notario, fedatario o autoridad; mientras que en la segunda modalidad del principio, se basa en la existencia de un órgano independiente que controle la legalidad del acto en todos sus requisitos, a efectos de la inscripción en el Registro.

3.10. EL PRINCIPIO DE PUBLICIDAD (FORMAL)

Si todo el sistema registral es de publicidad, parece obvio que de publicidad, como principio, solo se puede hablar en esa vertiente exógena o exteriorizadora, por la cual se facilita el efectivo conocimiento de la información de los asientos del Registro, especialmente de aquellos que todavía no ostentan la cualidad de titulares de un derecho susceptible de inscripción, pero ponderan serlo. Es esta, recuérdese, una de las finalidades del Registro. Y es que al igual que los derechos reales no pueden declararse absolutos sin poner al alcance de terceros los medios para su exteriorización, las situaciones jurídicas registrables no pueden imponerse sin facilitar que los terceros que puedan resultar afectados por ellas arriben a su real conocimiento.

Se distingue así, entre una publicidad de orden material (en la que se contienen todos los particulares efectos que la inscripción traerá consigo, y condensada básicamente en el principio de inscripción) y otra formal, pendiente de brindar el efectivo conocimiento de lo publicado a los interesados.

Particularmente, hay dos medios para la manifestación de la información registral:

- **La nota simple.** Proporciona la información básica sobre la finca y su estado jurídico, y suele ser el expediente más utilizado en la práctica. Contiene una descripción del inmueble, refiriendo su situación, superficie, anejos, cuota de participación en la propiedad horizontal, régimen administrativo que pudiera afectarlo (si se trata de una vivienda de protección oficial), hipotecas que puedan gravarlo (con expresión de la responsabilidad hipotecaria por principal, intereses y costas, y plazo de duración), embargos, servidumbres, posibles litigios sobre la propiedad,



afecciones fiscales y, en general, cualquier circunstancia que lo afecte. Podrá además recoger cualquier otro dato cuya constancia expresamente solicite el interesado.

La nota simple puede obtenerse mediante solicitud dirigida por cualquier medio al Registro de la Propiedad que corresponda a la ubicación de la finca o a través de cualquier otro Registro, aunque hoy lo común es solicitarla telemáticamente.

Efectivamente, a través de la página www.registradores.org se pueden hacer consultas sobre la titularidad y las cargas de los inmuebles inscritos en cualquiera de los Registros de la Propiedad de España. Asimismo, cabe solicitar información acerca de los Registros de la Propiedad en los que una determinada persona o entidad pueda tener a su favor inscrito algún derecho. Estas peticiones serán calificadas por el órgano registral responsable, quien, según las circunstancias que concurran, podrá denegar la información con arreglo a la legalidad vigente. En todo caso, está prohibido incorporar la información recibida a una base de datos autónoma para su posterior comercialización, siendo que la persona titular de los bienes consultados tiene legalmente reconocido el derecho de conocer quién, cuándo y por qué motivo ha solicitado información sobre los inmuebles o derechos a su nombre.

- **La certificación.** Puede tener un contenido más amplio que el de la nota simple, en cuanto podrá incluir, si así se solicita y se justifica un interés en su conocimiento, la reproducción literal de las inscripciones o información acerca del historial no vigente de la finca.

Pero la importancia de la certificación radica en que se trata del único medio de acreditar fehacientemente el contenido del Registro. Téngase en cuenta en este sentido, como directamente se nos explica desde la propia página del Colegio de Registradores, que la nota simple tiene un mero valor informativo, pero no se trata de un documento público, ni da fe del contenido de los asientos del Registro. Es un traslado extractado del contenido que figura en los asientos registrales vigentes re-

lativos a una finca. Por lo que para una mayor información cabe solicitar certificación, que hace fe, en juicio y fuera de él, del contenido de los asientos del Registro.

Para la obtención de una certificación se requiere presentar una solicitud escrita y firmada en el Registro correspondiente, personalmente o por correo ordinario. El artículo 227 de la Ley Hipotecaria, redactado por la Ley 24/2001 de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, prevé la obtención telemática de certificación registral; sin embargo, el mencionado precepto dilata la efectividad de la medida al correspondiente desarrollo reglamentario, al que habrá de esperarse para que esta posibilidad sea efectiva.

4. LA RELACIÓN ENTRE EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD Y EL CATASTRO

El **Catastro** es la institución administrativa destinada a llevar un censo de la propiedad territorial. Frente al Registro de la Propiedad, nacido para favorecer, de consuno, intereses públicos y privados, el Catastro tiene un origen marcadamente público. Se trata de una organización fundamental para que la Administración pueda tener un conocimiento lo más exacto posible acerca de la propiedad fundiaria, con el propósito de ejercer el poder de ordenación y desarrollo territorial, aplicar tributos y cumplir con una finalidad estadística.

Sin embargo, pronto se demostró que sin la coordinación entre ambas y muy distintas (por sus fines) instituciones no habría sistema registral fiable. De nada serviría declarar la oponibilidad de los derechos que se registren si el bien que dicen tener por objeto difiere en sus condiciones materiales (lindes, cabidas, construcciones, etc.) de las que se declaran en el Registro, o no existe, directamente. El Catastro estaría llamado, pues, a dotar al Registro de una información fidedigna sobre el soporte físico del que se predica su publicidad.

En esta dirección, la actual legislación propende a que los datos físicos de las fincas registrales coincidan con los que consten asignados en el Catastro. Se trata de una exigencia básica del principio de especialidad. Cada inmueble, en consecuencia,

deberá identificarse a través de un código alfanumérico, en el que consiste justamente la llamada referencia catastral, al objeto de situarlo inequívocamente en la cartografía oficial del Catastro.

La referencia catastral deberá figurar, entonces, en los instrumentos públicos, mandamientos y resoluciones judiciales, expedientes y resoluciones administrativas, y en los documentos donde consten los hechos, actos o negocios de trascendencia real relativos al dominio y demás derechos reales, al punto de que se establece como obligada su aportación ante el notario, por los requirentes u otorgantes del documento notarial en el que conste el hecho, acto o negocio constituido sobre el inmueble de que se trate, y ante el Registro de la Propiedad, por quienes soliciten del registrador la práctica de un asiento registral relativo a bienes inmuebles.

El registrador, una vez calificada la documentación presentada, recogerá en el asiento que practique, como uno más de los datos descriptivos de la finca, la referencia catastral que se le atribuya por los otorgantes en el documento inscribible. No obstante, cuando considere que la referencia catastral que resulte de los documentos aportados por el interesado pueda no coincidir con la correspondiente al inmueble objeto del hecho, acto o negocio jurídico documentado, lo comunicará al Catastro solicitando certificación o documento informativo, que le será remitido por cualquier medio que permita su constancia, en el plazo más breve posible, y siempre dentro de los cinco días hábiles siguientes al de recepción de la solicitud.

El principio de publicidad exterioriza la información de los asientos y, en especial, de aquellos que todavía no ostentan la cualidad de titulares de derechos susceptibles de inscripción pero ponderan serlo

A su vez, y para que las titularidades del Catastro coincidan en la medida de lo posible con las del Registro, los registradores remitirán periódicamente a la Gerencia o Subgerencia del Catastro, en cuyo ámbito radique el inmueble, información relativa a los documentos que hayan generado inscripción registral.

CONCEPTOS BÁSICOS A RETENER

Una vez concluida su exposición, de esta unidad didáctica es imprescindible retener los conceptos básicos siguientes:

- Denominado históricamente entre nosotros Derecho hipotecario, el Derecho inmobiliario registral constituye aquella rama jurídica que se implementa a partir de un órgano específico, el Registro de la Propiedad, y está llamado a disciplinar, de forma integral, la publicidad sobre el estado jurídico de los inmuebles.

Los principios hipotecarios son, por tradición, los criterios básicos que conforman el sistema de publicidad jurídica inmobiliaria

- En el panorama general del ordenamiento, la especialidad del Derecho registral inmobiliario se basa en lo siguiente:
 - El fin primario tenido en cuenta para su creación y consolidado a través de las consecuencias, de variado vigor, que se disciplinan en torno a lo publicado.
 - Su unidad de objeto que conforman las que vienen a denominarse «situaciones jurídicas registrales», esto es, las circunstancias inherentes y mínimamente duraderas que afectan a los inmuebles y que no se limitan exclusivamente a los derechos reales.
 - La legislación diferenciada con la que cuenta y el reconocimiento, en su seno, de principios y técnicas de índole desconocida en la esfera común del Derecho, civil o administrativo.
 - La existencia de un ámbito específico, de una jurisdicción propia, entendida esta en el sentido más amplio del término (para nada equiparable a lo judicial), donde mayormente se aplica su normativa.
- El Registro de la Propiedad viene a definirse como una institución jurídica que mediante determinadas oficinas

públicas con competencia territorial y que funcionan a cargo de determinados funcionarios calificados sirve para dar noticia de la situación jurídica de las fincas.

- En su consideración como institución, dos serían los fines primordiales del Registro:
 - Asegurar la propiedad inmueble, esto es, dotar de confianza a los sujetos que participan en tráfico jurídico inmobiliario.
 - Ofrecer la posibilidad cierta de conocer el contenido de sus libros, la realidad jurídica publicada de las fincas.
- Los principios hipotecarios son por tradición los criterios básicos que conforman el sistema de publicidad jurídica inmobiliaria. Se obtienen por inducción del Derecho positivo, por lo que no tienen rango de principios generales del Derecho; no son reglas permanentes, de valor universal, que estén por encima del ordenamiento formulado, sino que son normas de Derecho positivo cambiantes y variables como los mismos medios de que el ordenamiento jurídico puede servir para la realización de la seguridad del tráfico inmobiliario.
- Por el principio de inscripción o, más propiamente, de oponibilidad, todas las situaciones jurídicas inscritas alcanzarían eficacia jurídico-real, eficacia frente a terceros, sin que estos puedan alegar el desconocimiento de lo publicado, la falta de directa o personal consulta a los libros del Registro para no tener que respetarlas. Lo publicado se presume *iuris et de iure* conocido, afectando a los terceros que no estén inscritos o lo hagan más tarde.
- En virtud del principio de legitimación se presume *iuris tantum* la exactitud del Registro, esto es, que el contenido del Registro refleja fielmente la realidad, en tanto no se declare su inexactitud. En su dimensión procesal, los efectos de la presunción de exactitud en que consiste el principio se despliegan a favor del titular inscrito de distinta forma según actúe como demandante, demandado o tercerista.

- **En calidad de demandante**, el titular inscrito puede ejercitar las acciones reivindicatoria, negatoria o confesoria con solo aportar la correspondiente certificación del Registro. El titular registral, además, se halla legitimado por el hecho de serlo para impetrar su más rápida defensa contra quien, sin título inscrito, se oponga a su derecho o lo perturbe en su ejercicio por el trámite del juicio verbal (art. 41 de la LH). Es la llamada «acción real registral». La naturaleza jurídica de esta acción es muy discutida. En todo caso, cualquiera que sea el criterio sostenido acerca de este procedimiento, presenta un carácter especial, singular y expeditivo, orientado a la protección de los derechos reales inscritos, en tanto que consecuencia de la fuerza legitimadora del Registro de la Propiedad, al presumirse concordantes Registro y realidad, en el sentido de que el derecho inscrito existe y pertenece a su titular en la forma determinada en el asiento respectivo, al extremo de que, para contradecir esta concordancia, deberá formularse oposición con base en alguna o algunas de las causas taxativamente contempladas en la ley. En tal sentido, la oposición del demandado únicamente podrá fundarse en alguna de las causas siguientes:

- Falsedad de la certificación del Registro u omisión en ella de derechos o condiciones inscritas, que desvirtúen la acción ejercitada.
- Poseer el demandado la finca o disfrutar el derecho discutido por contrato u otra cualquier relación jurídica directa con el último titular o con titulares anteriores o en virtud de prescripción, siempre que esta deba perjudicar al titular inscrito.
- Que la finca o el derecho se encuentren inscritos a favor del demandado y así lo justifique presentando certificación del Registro de la Propiedad acreditativa de la vigencia de la inscripción.
- No ser la finca inscrita la que efectivamente posea el demandado.

Si la pretensión del demandante se estima, se mandará poner fin a la perturbación que se haya ocasionado en



el libre ejercicio de su derecho, reintegrándole, como en la reivindicatoria, en la posesión. Por su carácter sumario, por la tasación del objeto de conocimiento que caracteriza este singular procedimiento, la sentencia carecerá de efectos de cosa juzgada, pudiendo promover cualquiera de las partes el juicio declarativo que corresponda.

Junto a la «acción real registral», el titular inscrito puede, con la sola certificación del Registro, justificar su posesión para presentar el interdicto de retener o recobrar oportuno. Es la consecuencia primordial de la presunción posesoria que incorpora el artículo 38 de la Ley Hipotecaria. El demandado siempre podrá acreditar, obviamente en el mismo expediente, que la posesión alegada no se sostiene en los hechos, que él no pudo despojar al demandan-

te por cuanto a su entrada en el bien el titular registral no se encontraba poseyéndolo. Al limitarse a ello, la presunción, pues, no soliviantaría ninguna de las reglas propias de los interdictos.

• **ACTIVIDADES DE AUTOCOMPROBACIÓN**

A partir del contenido de la presente unidad didáctica, se propone la realización de las siguientes actividades de autocomprobación por parte del alumno, como ejercicio general de repaso y asimilación de la información básica proporcionada por el texto.

Enunciado 1

¿Qué dos presunciones son esenciales en el marco de nuestra legislación para la consecución de ese primer fin que se asigna a la publicidad registral, el de dotar de

mayor seguridad jurídica al tráfico inmobiliario?

Enunciado 2

¿Cuál es la virtualidad práctica de la llamada «acción real registral»?

En su dimensión procesal, los efectos de la presunción de exactitud se despliegan a favor del titular inscrito de distinta forma según actúe como demandante, demandado o tercerista

Enunciado 3

Teniendo en cuenta, como sabemos, que el derecho de hipoteca en nuestro





ordenamiento es una de esas contadas excepciones en que la inscripción se establece como constitutiva, ¿podría hipotecarse un bien por quien lo ha adquirido por documento privado?

Enunciado 4

¿A qué se alude con el término «cierre registral»?

Enunciado 5

¿Cuál de los medios de manifestación de los libros del Registro es el apropiado para demostrar en juicio la condición de propietario?

Existen básicamente dos medios para la manifestación de la información del Registro: la nota simple y la certificación

Solución 1

En primer lugar, la presunción absoluta, a la que se refiere el principio de inscripción u oponibilidad, por la cual todos los derechos inscritos se entienden conocidos a partir de su inscripción, siendo oponibles por el hecho de constar inscritos frente a cualquiera que no se encuentre inscrito al momento en que se haya registrado. Y en segundo lugar, la presunción relativa en que se cifra el principio de legitimación, y por la que lo publicado se entiende exacto en tanto en cuanto no se acredite lo contrario.

Solución 2

En función del artículo 41 de la Ley Hipotecaria, la «acción real registral» es la vía sumaria de la que dispone el titular inscrito frente a todo aquel que, sin estar inscrito, se oponga a su derecho o lo perturbe en su ejercicio. Por este medio se podrá obtener en mucho menor tiempo un pronunciamiento favorable similar al que se obtendría en el juicio declarativo común concebido para la protección de los derechos reales, ventaja vinculada directamente con la limitación que se establece en cuanto a los motivos de oposición, de defensa del demandado. Es por ello que la sentencia en este procedimiento no causará efecto de cosa juzgada.

Solución 3

Por más que pudiera formalizarse la hipoteca en escritura pública, en un mercado de crédito evolucionado como es el nuestro no encontrará el propietario quien le financie en tales condiciones, por cuanto la hipoteca no podría, una vez formalizada, inscribirse y, con ello, a la postre, quedar constituida. Sin inscripción, no habría garantía ni privilegio en favor del acreedor hipotecario.

Así las cosas, debería el propietario hacer todo lo posible para elevar a documento público el contrato que justificara su adquisición o, cuando no le resultara posible, obtener el oportuno e inscribible pronunciamiento judicial que lo declare propietario.

Surge, entonces, del supuesto que, por más que la inscripción sea voluntaria, la imposibilidad de hipotecar un inmueble sin pasar por el Registro supondría uno de los factores de mayor influencia práctica para que al final, «en los hechos», sea excepcional que los particulares se abstengan de registrar sus respectivos títulos.

Solución 4

A la norma que, establecida en el artículo 17 de la Ley Hipotecaria, impide que se inscriban o anoten títulos de contenido incompatible con el de los inscritos o presentados con fecha anterior, siempre que estos, los simplemente presentados, lleguen tras su calificación a inscribirse.

Solución 5

Ninguno de los beneficios procesales conferidos por la legitimación registral podrá disfrutarse, sea como demandante, demandado o a los efectos de presentar la oportuna tercería, si no se aporta el oportuno certificado registral. La nota simple informativa no basta, pues no da fe del contenido de los asientos del Registro.

EJERCICIOS VOLUNTARIOS

Tras el estudio de esta unidad didáctica, el estudiante puede hacer, por su cuenta, una serie de ejercicios voluntarios, como los siguientes:

Enunciado 1

En el año 2000 se constituye servidumbre de paso sobre un predio. La escritura no se presenta a inscripción.

En 2003 el titular del fundo gravado lo transmite a tercero, haciéndose la pertinente inscripción en el folio de la finca.

En 2007 el titular de la servidumbre presenta aquella primera escritura a inscripción.

El registrador deniega el asiento.

En el recurso que interpone el solicitante contra la calificación negativa del registrador alega que debe procederse a la inscripción: en primer lugar, porque los propietarios registrales de la finca al tiempo de formalizarse la escritura constitutiva de la servidumbre eran quienes la autorizaran en ese título; y en segundo lugar, porque al tratarse de una servidumbre aparente resultaría un derecho oponible al tercero que hubiera adquirido la finca estando pendiente el gravamen de inscripción.

¿Prosperaría el recurso planteado? ¿Qué principios registrales se encontrarían implicados en el supuesto?

Enunciado 2

En documento privado, Juan compra un inmueble propiedad de Pedro. En el título se hace constar que ya se ha hecho entrega del bien, no obstante pactarse que el contrato no será elevado a escritura pública hasta que Juan abone el saldo del precio que se compromete a ir pagando durante los próximos cinco años.

A los tres años, y habiendo Juan cumplido hasta la fecha con la obligación a su cargo, llega al Registro una anotación de embargo en juicio ejecutivo seguido contra Pedro.

¿Quedará Juan comprometido a resultas del embargo?

Enunciado 3

En mandamiento dictado en ejecución de un juicio declarativo en el que recayó sentencia firme de resolución de un contrato de compraventa de una plaza de garaje, contrato en el que se estipuló el aplazamiento de pago y se garantizó el mismo con condición resolutoria explícita debidamente inscrita, se ordena la reinscripción a favor del vendedor y la cancelación de los asientos posteriores que traigan causa del comprador.



Presentado el mandamiento en el Registro, se da la circunstancia de que se encuentran vigentes en el folio del inmueble varias anotaciones de embargo contra el comprador, anotaciones de fecha anterior a la anotación de la demanda de resolución y cuyos titulares no habrían intervenido en aquel juicio.

El registrador practica la cancelación de las anotaciones de embargo con base en el principio de prioridad.

¿Actuó correctamente el registrador al cancelar las anotaciones de embargo?

Solución 1

El recurso no podría prosperar. En su Resolución de 21 de agosto de 2009, la Dirección General de los Registros y del Notariado se habría ocupado exactamente del supuesto. A su juicio, la calificación del registrador en el supuesto sería ajustada a Derecho, por virtud del principio de prioridad, «ya que, habiendo tenido acceso al Registro un acto dispositivo por el que el titular transmite su dominio, no pueden tener acceso actos (aunque sean anteriores) otorgados por el titular anterior (cfr. art. 17 de la LH)».

En cuanto al segundo motivo alegado por el recurrente, relativo a la condición aparente de la servidumbre en cuestión, el argumento de que las servidumbres aparentes tienen efecto contra tercero, aunque no estén inscritas, no tendría mayor repercusión para producir la inscripción, pues ello podría «ser tenido en cuenta en el caso de un juicio, pero es indiferente a los efectos de lograr la inscripción».

Solución 2

Según el breve relato de hechos, Juan ha llegado a ser propietario del inmueble, por más que no pueda inscribir su derecho por el momento. «Registralmente», el embargo le sería, con todo, oponible. Ante ello, debería Juan accionar al objeto de que se levante el embargo y como consecuencia se ordene la cancelación de la pertinente anotación en el Registro.

En la legislación, el trámite idóneo sería el de la tercería de dominio, a desarrollar por el trámite del juicio ordinario ante el tribunal que conozca del procedimiento donde el embargo se haya adoptado.

En su seno, y ante la falta de documento público, Juan tendrá que probar, de modo que no existan dudas sobre la realidad de la transmisión realizada, que la tradición operó efectivamente a su favor antes del embargo, presupuesto inexcusable, se reitera por la jurisprudencia, para el éxito de su pretensión. De no lograrlo, no podrá evitar que, como consecuencia del procedimiento ejecutivo, el bien se subaste, pasando a manos de un tercero, quien habrá de adquirir el bien como si realmente Pedro no se lo hubiera transmitido.

Solución 3

En el supuesto no solo está implicado el principio de prioridad, sino también el de legitimación, pues se ha de decidir si la sentencia declarativa es por sí sola suficiente para cancelar los asientos posteriores a la inscripción del comprador y a favor de personas que traen causa de este aunque extendidos antes de anotarse en el Registro la demanda de resolución.

Visto así, la Dirección General se habría despachado sobre el supuesto afirmando lo siguiente:

«Es cierto que con la denominada condición resolutoria explícita y con su inscripción se pretende conferir eficacia real a la eventual acción resolutoria del contrato de compra por impago del precio aplazado (acción que de otro modo quedaría limitada a la esfera puramente personal de los contratantes) y evitar la aparición de terceros que por reunir los requisitos del artículo 34 de la Ley Hipotecaria harían inoperante ese juego resolutorio. Ahora bien de aquí no se sigue sin más que la sentencia declarativa de la resolución de la compraventa, dictada en pleito entablado solo contra el comprador permita la cancelación de los asientos posteriores que traigan causa de este último. Si se tiene en cuenta:

a) Que los efectos de la sentencia se concretan a las partes litigantes.

b) Que la rectificación de los asientos registrales presupone el consentimiento de sus titulares o una sentencia firme dictada en juicio declarativo entablado contra todos aquellos a quienes el asiento atribuye algún derecho.

c) Que es exigencia constitucional la de la protección jurisdiccional de los derechos.

d) Que se trata de anotaciones extendidas antes de la anotación de la demanda.

e) Que los titulares de tales anotaciones no solo pueden sino que deben ser traídos al procedimiento de resolución, para alegar lo que a derecho convenga en cuanto a ser cumplidos todos los presupuestos de la resolución (devolución de cantidades, etc.) [...]»

La certificación puede tener un contenido más amplio que el de la nota simple y se trata del único medio de acreditar fehacientemente el contenido del Registro

Todas ellas serían «consideraciones tales que conducen al resultado de que para que la sentencia despliegue toda su eficacia cancelatoria y afecte a titulares de asientos posteriores basta con que estos al menos hayan sido citados en el procedimiento, lo que en este caso no se ha efectuado, y que con su intervención o silencio aseguren que se cumplen todos los presupuestos para la resolución» (Resolución de 15 de noviembre de 2005; *vid.*, asimismo, las Resoluciones de 28 de mayo de 1992, 19 de noviembre de 1996 y 24 de febrero de 1998).

En consecuencia, el registrador no habría actuado correctamente al cancelar los asientos correspondientes a tales anotaciones.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Básica

CHICO Y ORTIZ, J.M.ª: *Estudios sobre Derecho hipotecario*, t. I, Madrid, Marcial Pons, 2000.

GARCÍA GARCÍA, J.M.: *Derecho inmobiliario registral o hipotecario*, tt. I y II, Madrid: Civitas, 1988 y 1993.

GÓMEZ GÁLLIGO, F.J.: «El principio de especialidad registral», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 625, 1994, págs. 2.389 y ss.

GONZÁLEZ Y MARTÍNEZ, J.: *Estudios de Derecho hipotecario. Orígenes, sistemas*



Doctrina

y fuentes, Madrid: Imprenta de Estanislao Maestre, 1924.

- *Principios hipotecarios*, Madrid: Asociación de Registradores de la Propiedad, 1931.
- *Estudios de Derecho hipotecario y Derecho civil*, t. I, Madrid: Ministerio de Justicia, 1948.

LACRUZ BERDEJO, J.L. y SANCHO REBULLIDA, F. DE A.: *Derecho inmobiliario registral*, t. III bis, Barcelona: Bosch, 1984.

ROCA SASTRE, R.M. y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L.: *Derecho hipotecario*, Barcelona: Bosch (varios tomos y ediciones).

SANZ FERNÁNDEZ, Á.: *Instituciones de Derecho hipotecario*, tt. I y II, Madrid: Reus, 1947 y 1953.

En la red

RAGEL SÁNCHEZ, L.F.: «La inoponibilidad», ponencia presentada en el Seminario Permanente Nulidad, Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza, con fecha 19 de abril de 2007, en <http://www.codigo-civil.org/nulidad/>.

RAJOY BREY, E.: «Los principios registrales de modernidad y su aplicación en el marco del Derecho comparado», en www.conafovi.gob.mx/suelo/Principios_Registrales-Derecho_Comparado.pdf.

Avanzada

ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, J.A.: *Derecho inmobiliario registral*, Granada: Comares, 2006.

DÍEZ-PICAZO, L.: *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, t. III, Cizur Menor: Thomson-Civitas, 2008.

HERNÁNDEZ GIL, F.: *Introducción al Derecho hipotecario*, Madrid: Revista de Derecho Privado, 1963.

MANZANO SOLANO, A. y MANZANO FERNÁNDEZ, M.ª DEL M.: *Instituciones de Derecho registral inmobiliario*, Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 2008.

PAU PEDRÓN, A.: *Manual de Derecho registral inmobiliario*. Madrid: Fundación para la Formación de Altos Profesionales, 1996.

PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M.: *Derechos reales. Derecho hipotecario*, t. II, Madrid: Centro de Estudios Registrales, 2001.

Impuesto sobre Actos Jurídicos Documentados: cantidad o cosa valuable en cambios de uso o destino

Javier E. Satué de Velasco
Notario de Reus (Tarragona)

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN
- II. PLANTEAMIENTO
- III. CANTIDAD O COSA VALUABLE

I. INTRODUCCIÓN

Un propietario se va a gastar en acondicionar un local situado en Cataluña como vivienda-loft la cantidad de 45.000 euros. El inmueble tiene un valor fiscal de 300.000 euros.

¿Es lógico, justo y proporcionado que pueda girarse una liquidación por Impuesto sobre Actos Jurídicos Documentados (IAJD) a la escritura que documente el cambio de destino de 4.500 euros, un 10 % del coste de la reforma?

Recientes criterios sostenidos por la Dirección General de Tributos (DGT) de la Generalitat de Catalunya a lo largo del año pasado en diferentes consultas, apoyados en argumentos del Tribunal Económico Administrativo Central (TEAC) o de la DGT del Ministerio, proponen un resultado favorable a la Administración en términos impositivos de AJD, lo que obliga a hacer un examen más detallado de los mismos.



II. PLANTEAMIENTO

De los cuatro requisitos que se desprenden del art. 31.2 TRITPyAJD (primera copia de escritura o acta notarial; que tenga por objeto cantidad o cosa valuable; que contenga actos o contratos inscribibles, y no estén sujetos a las otras modalidades impositivas: TPO u OS), ha venido generando conflictividad contenciosa sobre todo el re-

lativo a la valuabilidad del objeto, mientras que el de la inscribibilidad de la escritura o acta ha sido menos analizado.

El carácter cumulativo de todos los requisitos citados es condición indispensable para la realización del hecho imponible.

Pero la Administración Tributaria, por la cuenta que le trae, según parece, está haciendo desde hace tiempo una interpreta-

FICHA TÉCNICA

Resumen: Mediante el presente trabajo, se analiza la problemática que el cambio de uso o destino entraña para la aplicación del Impuesto sobre Actos Jurídicos Documentados. Así, recientes criterios sostenidos por la Dirección General de Tributos de la Generalitat de Catalunya a lo largo del año pasado en diferentes consultas, apoyados en argumentos del Tribunal Económico Administrativo Central o de la Dirección General de Tributos del Ministerio, proponen un resultado favorable a la Administración en términos impositivos del citado impuesto.

Palabras Clave: Impuesto sobre Actos Jurídicos Documentados, Administración Tributaria, valor fiscal.

Abstract: This work examines the problems that change of use or purpose can create with regard to the application of Stamp Duty. Thus, recent arguments put forward by the Taxation Directorate-General of the Catalonia Regional Government through-out the past year in a variety of consultations, supported by the reasoning of the Central Economic-Administrative Court or the Taxation Directorate-General of the Ministry, propose an outcome that is favourable to the Authorities in terms of the imposition of the said tax.

Keywords: Stamp Duty, Tax Authorities, fiscal value.

ción al menos forzada de estos dos últimos requisitos para hacer caer al instrumento en el ámbito de sujeción a AJD. De dichos requisitos, nos centraremos en el de la valuabilidad.

Lo decisivo es cuál es el contenido económico relacionado con el jurídico del otorgamiento a los efectos de determinar la base imponible

Veamos algunas declaraciones:

1.- Consultas DGT de Cataluña, referencias 203E y 271E, ambas de 2011, de fecha 18 de julio y 11 de octubre, respectivamente, de idéntico contenido.

En ellas se hace tributar por IAJD la primera copia autorizada de escritura de cambio de uso de local a vivienda, por ser inscribible y tener por objeto cantidad o cosa valuable, que se señala que es la propia vivienda o local.

2.- Consulta del mismo órgano de fecha 11 de julio de 2011, referencia 164E, relativa al cambio de uso de un edificio de viviendas a hotel, en términos similares, declarando que, en este caso, el objeto valuable es el edificio en su conjunto.

3.- Para terminar, otra consulta de fecha 1 de agosto de 2011, referencia 204E, relativa al conocido caso de la desafectación de la vivienda-portería, por con-

versión del hasta entonces elemento común de un edificio en propiedad horizontal a privativo, con modificación de cuotas.

Aquí se señala como objeto valuable la vivienda desafectada y se declara la no sujeción de la redistribución de cuotas consiguiente por no haberse alterado la superficie del resto de los pisos o locales del edificio, en consonancia con una consulta de la DGT del Ministerio de fecha 19 de junio de 2009, referencia V1458-09.

III. CANTIDAD O COSA VALUABLE

El art. 30.1 TRITPyAJD declara como base imponible de las primeras copias de escrituras públicas que tengan por *objeto directo* cantidad o cosa valuable el valor declarado, sin perjuicio de la comprobación administrativa.

Entre las acepciones del término *objeto*, el *DRAE* incluye las siguientes:

2. *m. Aquello que sirve de materia o asunto al ejercicio de las facultades mentales.*

3. *m. Término o fin de los actos de las potencias.*

4. *m. Fin o intento a que se dirige o encamina una acción u operación.*

Así, parece claro que la escritura de constitución de una servidumbre o de un usufructo tiene por «objeto directo» el contenido económico de la creación del dere-

cho real sobre un inmueble, y no el inmueble sobre el que recae.

Del mismo modo, el «objeto directo» de la ampliación de una obra nueva o de una responsabilidad hipotecaria dimanante de un préstamo es la parte ampliada y no todo el edificio o responsabilidad preexistente, o, como en el caso de la última consulta reseñada, el objeto es la vivienda desafectada y no el edificio en el que se halla.

Si se compra la mitad indivisa de una finca y esta compraventa se halla sujeta a IVA, no cabe dudar tampoco de que el IAJD se liquida sobre el valor atribuido al dominio de esa mitad indivisa y no sobre el valor de toda la finca.

Por tanto, **lo decisivo es cuál es el contenido económico relacionado con el jurídico del otorgamiento a los efectos de determinar la base imponible.**

Así, por ejemplo, en los casos de segregación o agregación, se fija expresamente como base imponible el valor atribuido a la porción separada o unida, y no al inmueble en su conjunto; en una obra nueva, se fija como base imponible el coste real de la misma, sin tener en cuenta el valor del inmueble sobre el que recae.

Pero recordemos que estamos en un terreno (el de los cambios de uso o destino) en que no hay declaración expresa legal que determine el objeto de la base imponible, como en los ejemplos mencionados, debiendo acudir a la formulación general del art. 31.2 TRITPyAJD.

De todas formas, y sin entrar en la naturaleza del IAJD, de su fundamento y de su justificación, y por mucho que su vocación parezca ser la de cajón de sastre impositivo, sigue sujeto a los principios básicos de la legislación tributaria, entre los que se hallan los de primacía de la ley (art. 9 CE), igualdad y capacidad económica, y sin que en ningún caso pueda tener carácter confiscatorio (art. 31 CE).

Lo cierto es que el Tribunal Constitucional no se ha pronunciado directamente sobre la constitucionalidad del IAJD, en el sentido de que pueda vulnerar o no dichos principios, si bien la jurisprudencia de Tribunal Supremo y de la Audiencia Nacional lo ha venido considerando como un gravamen documental, no ligado al hecho jurídico que contiene, que se devenga por



la protección jurídica que conlleva ser tal documento inscribible.

Cabe pensar, por tanto, que es porque la posibilidad de que se registre *añada* algo al efecto del documento o título *per se*, pres-tándole un plus de protección.

Quedará, sin embargo, aun admitiendo que no está ligado su devengo al hecho imponible que constituye su objeto por esa vía, relacionado siempre con este, pues se liquida en cuanto implica *cantidad o cosa valuable*.

Concretando: si se equipara la base imponible del cambio de uso de un inmueble con el valor total del mismo, parece claro que:

- Se están tratando «igual» dos supuestos diferentes, generando desigualdad.
- Se grava una capacidad económica distinta de la que se ha puesto de manifiesto en el instrumento.
- Se está aplicando al «objeto directo» del documento, supuesto que se admita como valuable, el cambio de uso, un valor diferente, el del inmueble, aplicando un tipo que, dependiendo de las circunstancias, puede llegar a ser incluso calificado de «confiscatorio», pues no sería imposible que supusiera más importe que el coste real de ese cambio de uso o destino.

Aquí observamos, como es habitual, divergencias entre el criterio de la Administración y el de los tribunales:

- El TEAC acudió, en Resolución de 11 de enero de 1996, citada en las consultas 203 y 271E/2011 mencionadas, a la argumentación (más bien subterfugio) de que no cabe confundir el **objeto** de los negocios jurídicos con su *contenido*.

El caso resuelto trataba de una modificación de división horizontal que no alteraba las cuotas de los departamentos ni tampoco la naturaleza de los bienes integrados en cada cuota, decantándose por la sujeción, y decía lo siguiente:

Es cierto que el contenido de los actos escriturados no provoca movimientos patrimoniales; de ahí que no estén sujetos al impuesto como transmisiones patrimoniales onerosas, pero el objeto de los mismos es el edificio.

— El Tribunal Supremo, sin embargo, en Sentencia de 8 de abril de 2005, en relación con la transformación de unas acciones nominativas en acciones al portador, sin modificación del capital social, entendió que no había objeto valuable, al permanecer el valor nominal de cada acción uno y el mismo y entender que ese valor no era objeto de la escritura.

Si ello es así, cabrá concluir que el objeto directo, *ex art.* 30.1 TRITPyAJD, de la declaración del cambio de uso o destino de local a vivienda, o viceversa, será el contenido económico de ese cambio de uso precisamente, y no el inmueble en su conjunto, que ya no será un objeto «directo», sino, a lo más, «indirecto».

Lo contrario lleva a entender que el legislador ha podido introducir un requisito redundante en la ley, pues todo documento inscribible, al menos en el Registro de la Propiedad, tendrá siempre por objeto un inmueble o un derecho real sobre el mismo, que siempre es valuable.

Para apoyar esta argumentación, conviene detenerse en la interpretación que la propia Administración ha dado en ciertas «zonas de fricción», como la de las novaciones de préstamos y créditos hipotecarios.

Así, la DGT del Ministerio ha resuelto, en consulta V2966-11, de fecha 20 de diciembre pasado, que la inclusión de un pacto de ejecución extrajudicial por novación de un préstamo hipotecario no tiene por objeto cantidad o cosa valuable, reiterando implícitamente su doctrina sobre la no tributación por AJD en relación con la modificación del valor de tasación para subasta.

No parece que pueda dudarse que tal tratamiento tendrán otras modificaciones, como, por ejemplo, la de un domicilio para notificaciones.

Todas las escrituras que documentan estas modificaciones se refieren, sí, pero *mediatamente*, a un derecho inscrito, la hipoteca, pero en sí mismas documentan un «objeto directo» no valuable, no representan capacidad económica (normalmente, en la práctica, sucede lo contrario, baste pensar en la frecuente introducción de un periodo de carencia, por ejemplo) y, aunque la implicaran, no existe procedimiento objetivo ni legal para determinar el valor de esa modificación, de ese objeto directo, aunque

mediatamente repercuta en un derecho inscrito, conforme al art. 30.3 TRITPyAJD.

De la casuística contemplada se desprende claramente que la Administración bascula sin que el operador jurídico sepa a qué carta quedarse

Pero es cierto que la Administración bascula, sin que el operador jurídico sepa a qué carta quedarse; así, en consulta 220E/2011, la DGT catalana llega a considerar sujeta y no exenta la novación de un préstamo hipotecario en la que se modifican exclusivamente las comisiones pactadas.

Se basa para ello en un informe de la DGT del Ministerio, de fecha 12 de abril de 2010, que invoca el acceso al Registro de la novación sobre la base de los arts. 144 LH y 240 RH.

Pero este informe desconoce y obvia la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 4 de noviembre de 2002, que cita la de 2 de febrero de 1998, que niega el acceso al Registro de las comisiones, por no estar garantizadas especialmente *ex art.* 98 LH, y la multitud de resoluciones que niegan el acceso al Registro de pactos obligacionales.

Sobre la base del mismo informe citado, la DGT catalana también ha llegado a declarar sujeta y no exenta la modificación del sistema de amortización de un préstamo o crédito, sin distinguir entre ambos, por no hallarse declarada exenta esta modificación en el art. 9 de la Ley 2/1994, que se refiere solo a novaciones de tipo de interés, de plazo o ambas.

Y es que aquí el legislador, por vía indirecta, ha venido a declarar sujetos y no exentos de IAJD documentos cuyo acceso al Registro es superfluo, pues en nada afectan al derecho real inscrito, o incluso no procede.

Es ilustrativa, en este sentido, una sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 20 de febrero de 2003, que negó la sujeción a AJD de una escritura de carta de pago de precio aplazado que no estaba garantizado con condición resolutoria explícita ni otra garantía de tipo real, *pese a*

que pueda acceder la constancia del pago al Registro de la Propiedad, ex art. 58 RH.

Dice que **la ausencia de garantía real impide considerar, con la deseable contundencia a efectos fiscales, el carácter inscribible del acto o negocio al no producir perjuicio para terceros** de conformidad con el art. 11 LH.

Si esto es así en estos casos, debería serlo también respecto a aspectos obligacionales de un préstamo o crédito hipotecario que, aunque puedan acceder a «tabulas», no modifican respecto de tercero el derecho real inscrito, apartándose del objetivo propio y específico del Registro.

Solo forzando la interpretación del art. 144 LH, convirtiendo indirectamente el Registro en un recipiente indiscriminado de cláusulas que poco o nada tienen que ver con sus fines propios, cabe situar a muchos de esos supuestos como «inscribibles».

No obstante, de aceptarse la liquidación en estos supuestos, la cantidad o cosa valuable a considerar debería ser la diferencia de responsabilidad hipotecaria operada por

la modificación, como admitió el Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, en fecha 14 de febrero de 1995, en relación con una ampliación de plazo, señalando que la base imponible estaría compuesta por *el valor que supone para el prestatario la modificación*, y no por la responsabilidad hipotecaria total.

Volviendo al tema que nos ocupa, y precisado lo anterior, cabe seguir a partir de aquí dos vías: denegar que el cambio de uso suponga un contenido valuable *per se* o admitirlo.

a) **Primera vía: si se deniega que ello suponga alteración de valor**, la primera copia carece de uno de los requisitos exigibles y, por tanto, estaría no sujeta.

En este sentido, las alteraciones de descripción de las fincas, por su paso de rústica a urbana (¿hace falta incidir en la posible y abultada diferencia de valor?), destino de los cultivos, finalización de su construcción, introducción de una referencia catastral, etc., no tienen ni han tenido nunca la consideración de liquidables *per se*.

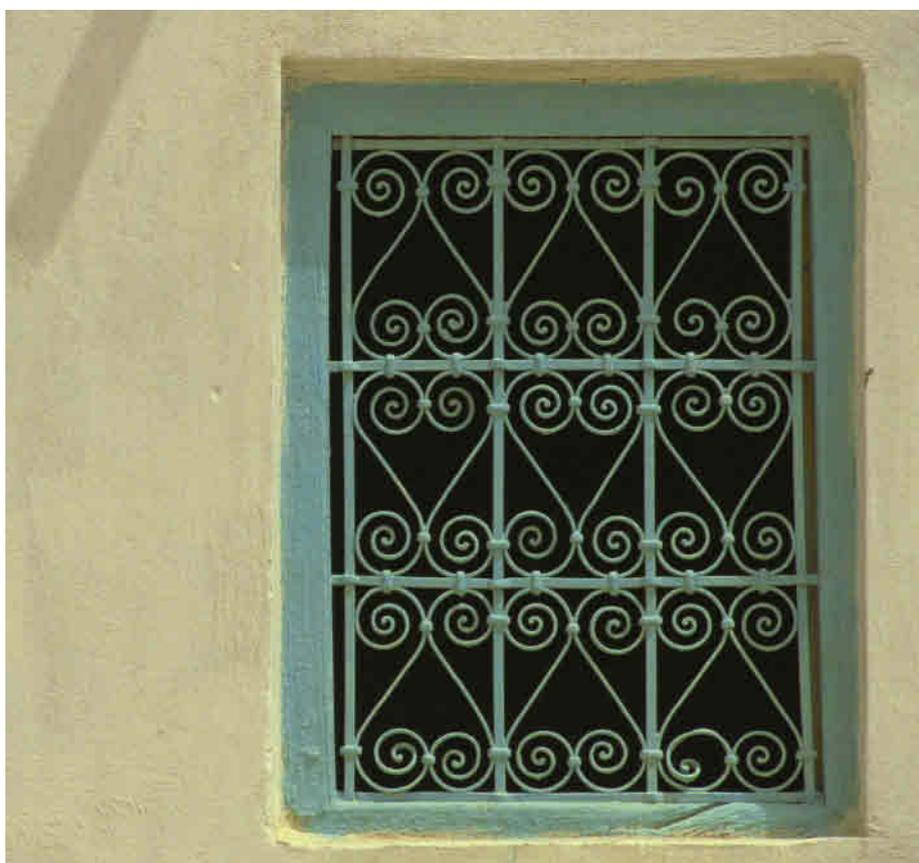
Se trata de meras adecuaciones o rectificaciones descriptivas que tienden a la concordancia entre realidad y Registro, basadas en modificaciones de tipo fáctico, evitando una doble tributación, por entenderse que los efectos jurídicos propios del Registro los produjo el acto o contrato originario que accedió al mismo, algo que, con matices, podría predicarse del cambio de uso, pues la finca sigue siendo la misma entidad individualizada que era antes de su modificación de destino y persiste en su extensión, figura, linderos y cuota.

No obstante, de seguirse el criterio de la Administración en estos ejemplos rectificatorios, puramente descriptivos o complementarios de un título previo, debería lógicamente resultar un tratamiento liquidable para todos ellos, pues, según ella misma, el «objeto» de todas esas operaciones sería un inmueble que siempre tiene contenido valuable y son, según el propio criterio de la Administración, «actos» inscribibles.

Como se ha apuntado, la Administración ha conceptualizado el requisito «cantidad o cosa valuable» de forma algo dispar, pues, mientras que aplicando el criterio seguido para el cambio de uso o destino el objeto es el inmueble, sea la vivienda, el local o el edificio en su conjunto, sin embargo, en el caso de la desafectación de la vivienda-portería el objeto valuable es esta nueva entidad individualizada, y no la totalidad del edificio en que se halla.

En este último caso, podría aducirse:

- **A favor de una liquidación por el valor del inmueble** que esa desafectación supone una redistribución de la *titularidad de las cuotas* correlativa, lo que conlleva una evidente repercusión económica, como, por ejemplo, para la equidistribución de cargas y gastos comunitarios o para la extinción del régimen y eventual demolición y venta del inmueble.
- **En contra de tomar dicho valor total del inmueble como base imponible**, además de las evidentes similitudes con una segregación, es que la cuota rectificada de cada entidad procede de una redistribución para dar porcentaje a la nueva





entidad individualizada en la que cada propietario *también* participa indirectamente a través de la comunidad, y no ha habido obras ni alteraciones físicas en el resto de elementos horizontales, criterio este en que se basó la consulta catalana 204E/2011 reseñada.

Sí parece más bien que la Administración ha aquilatado en estos casos las desorbitadas consecuencias fiscales resultado de una relativamente pequeña modificación del título constitutivo (piénsese en grandes comunidades de propietarios, por ejemplo, simples adecuaciones de linderos, superficie, distribución interior, etc.), basada en razones no confesadas de equidad del caso concreto.

Distintos de los casos citados, basados en razones fácticas, rectificatorias o complementarias, son los siguientes:

- En la declaración de obra nueva, en construcción o terminada, su acceso al Registro no tiene el sentido de una modificación puramente descriptiva, sino que trae causa de una mutación jurídico-real: la de la accesión subyacente (arts. 609 CC y 542-1 CCCat); ello abría base para extenderlo a otras accesiones que tuvieren acceso al Registro, como las derivadas de una nueva plantación.
- En la división horizontal, se produce también una mutación jurídico-real por la individualización jurídica de sus diferentes elementos y la repercusión *erga omnes* que conlleva.
- Parecido razonamiento puede predicarse de la segregación o división y sus contrarias operaciones de agregación o agrupación, y también respecto de una reparcelación (en esta última, la discusión ha recaído sobre si el ámbito de la exención contemplada en el art. 45.I.B.7 TRITPyAJD alcanza o no también al IAJD, habiéndose decantado el TEAC por la solución negativa, tratándose de modificaciones registrales, aunque sí aplicable la exención de IAJD a las transmisiones y adjudicaciones típicas a o desde juntas de compensación, si están sujetas a

IVA, exención que parece confirmar el Tribunal Supremo, con ocasión de un Recurso de Unificación de Doctrina 160/05, de fecha 12 de mayo de 2010, relativo a procesos de urbanización).

Estas mutaciones jurídico-reales son inscribibles, tienen por objeto cantidad o cosa valuable y por tanto, en principio, deben quedar sujetas, aunque puedan ser luego declaradas por la ley como exentas.

Pero no parece defendible que el cambio de uso o destino, aunque accesible al Registro, pueda conceptuarse como una mutación jurídico-real, pues la individualización jurídica de la finca no se ha alterado (ni su extensión, linderos o cuota) y, de acceder a tabulas con la nueva descripción, no pierden los derechos reales ya inscritos sobre la finca, sea su propio dominio o un *ius in re* aliena sobre ella, el rango o prioridad que les corresponda, ni la protección que pueda darles el art. 34 LH, en su caso.

Solo podría discutirse (y con matices) el efecto legitimador que derivara del art. 38 LH, asunto sobre el cual la jurisprudencia es contradictoria en cuanto a los datos físicos del inmueble inmatriculado.

Cuestión distinta y de derecho sustantivo es si esa alteración de destino requerirá el consentimiento auténtico de los titulares de los eventuales derechos reales en cosa ajena inscritos sobre el inmueble.

- b) **Segunda vía: admitido que el cambio de uso puede implicar un objeto valuable** (las consultas referidas se apoyan incidentalmente para ello señalando el cambio de valor catastral que se genera), ese contenido valuable parece que deberá quedar necesariamente restringido a una de estas dos soluciones:
1. **Aquella parte del valor del inmueble que ha experimentado variación como consecuencia de esa alteración.**

Ello puede implicar cierta perplejidad, si ese cambio de uso *disminuye* el valor del inmueble. ¿Cómo coonestar entonces la liquidación con una manifestación económica que supone la desvalorización de un

bien? Lo lógico sería que quedara no sujeto, en estos casos.

Si lo *augmenta*, por el contrario, será un «objeto directo» que tendrá como cantidad o cosa valuable la diferencia de valor experimentada por el inmueble, pero no ya todo el valor del mismo.

No parece defendible que el cambio de uso o destino, aunque accesible al Registro, pueda conceptuarse como una mutación jurídico-real

En este sentido, es la propia Administración la que puede suministrar un criterio de valoración, pues ella misma invoca los valores catastrales en los casos de cambio de uso o destino, pudiéndose seguir, por regla general, las instrucciones que publica anualmente.

2. **El coste real de las obras realizadas para producir ese cambio**, independientemente del aumento o de la disminución de valor del inmueble, en consonancia con el criterio seguido en la liquidación de las obras nuevas, como detalla la consulta vinculante de la DGT del Ministerio, referencia V0140-05, de 4 de febrero, citada en la consulta catalana 164E/2011, cuando fija como base imponible el valor real de coste, directo o indirecto, de la obra nueva.

Análogamente, entonces, el coste real de la reforma que provoque el cambio de uso será un criterio lógico, proporcional a la capacidad económica manifestada, igualitario y no confiscatorio de determinar la base imponible.

Desde un punto de vista práctico, quizá resulte conveniente en las escrituras de cambio de uso o destino aconsejar la fijación de un valor para dicho cambio por una de las dos soluciones apuntadas (diferencia de valor o coste real de la reforma), de manera que, evitando una disyuntiva liquidatoria del todo o nada, se ofrezca una «línea de retirada» fiscal que permita contender con la Administración si esta continúa por caminos que pueden calificarse como puramente recaudatorios.

Comentarios a algunas de las recientes disposiciones normativas de mayor interés notarial

Antonio Ángel Longo Martínez
Notario de Calafell

SUMARIO

- I. Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios
- II. Real Decreto 1360/2011, de 7 de octubre, y Orden EHA/2670/2011, de 7 de octubre, sobre transacciones económicas con el exterior
- III. Leyes 9, 10 y 11/2011, de 29 de diciembre, del Parlament de Catalunya
- IV. Ley 3/2012, de 22 de febrero, de modificación del Texto Refundido de la Ley de Urbanismo, aprobado por el Decreto Legislativo 1/2010, de 3 de agosto
- V. Real Decreto Ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos

I. Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios

Conforme a su **disposición final 5.ª**, la ENTRADA EN VIGOR de esta Orden se produ-



ce a los seis meses de su publicación, esto es, el **29 de abril de 2012**. Sin embargo, la misma disposición final señala que lo previsto en el Capítulo II del Título III, a excepción de la Sección 3.ª, entrará en vigor a los nueve meses de su publicación. Es decir, que de las disposiciones que luego examinaremos sobre **créditos y préstamos hipotecarios**, solo la parte relativa a los tipos de interés (Sección 3.ª) entró en vigor el 29 de abril; el resto lo hizo el **29 de julio**.

Dictada en desarrollo de la **Ley 2/2011, de 4 de marzo, de economía sostenible**, la Orden tiene, según su Preámbulo, un TRIPLE OBJETIVO:

- a) Por un lado, **concentrar, sistematizar y codificar en un único texto la normativa básica de transparencia**.
- b) En segundo lugar, **actualizar el conjunto de las previsiones relativas a la protección del cliente bancario**. La orden



FICHA TÉCNICA

Resumen: Comentario de autor sobre los principales y más recientes textos legales de interés para el colectivo de notarios.

Palabras clave: Notarios, textos normativos.

Abstract: Comment from the author on the main and most recent legal texts relevant to the group of notaries.

Keywords: Notaries, legal texts.

incluye, por ejemplo (art. 10), una mención expresa al asesoramiento, a fin de garantizar que la prestación de este servicio bancario se realice siempre en mejor interés del cliente, distinguiéndolo de la directa comercialización por parte de las entidades de sus propios productos.

- c) Y, finalmente, **desarrollar los principios generales previstos en la Ley de Economía Sostenible** en lo que se refiere al **préstamo responsable**, a fin de mejorar los **niveles prudenciales en la concesión de este tipo de operaciones de financiación**, mediante un sistema basado en la **evaluación de la solvencia**.

Adicionalmente, la norma aborda **otras áreas** sustanciales, entre las cuales destacan las tres siguientes:

- a) En primer lugar, se desarrolla de modo específico la normativa de **transparencia del préstamo hipotecario para la adquisición de vivienda**, derogando la contenida en la Orden de 5 de mayo de 1994.
- b) En el mismo marco, la Orden viene a ejecutar el **desarrollo de lo previsto en la disposición adicional 1.ª de la Ley 41/2007, de 7 de diciembre**, en lo que se refiere a la hipoteca inversa.
- c) Asimismo, regula los que serán **tipos de interés oficiales** conforme a la habilitación incluida en el art. 48.2 de la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre disciplina e intervención de las entidades de crédito. En consecuencia, se deroga la Orden de 12 de diciembre de 1989, sobre tipos de interés y comisiones, normas de actuación, información a clientes y publicidad de las entidades de crédito.

Dentro de las DISPOSICIONES GENERALES contenidas en el **Título I**, destaca la relativa a su **ámbito de aplicación (art. 2)** e **información contractual (art. 7)**.

- Dice el art. 2.1 que la presente Orden será de aplicación a los servicios bancarios dirigidos o prestados a **personas físicas**. Sin embargo, en el n.º 4 se indica que, cuando el cliente actúe **en el ámbito de su actividad profesional o empresarial**, las partes podrán acordar que **no se aplique total o parcialmente** lo previsto en esta Orden, **a excepción de lo establecido en el Capítulo II del Título III** (normas relativas a **créditos y préstamos hipotecarios**, que, por tanto, **siempre** son aplicables).

Conforme al art. 33, en los créditos al consumo se aplicará, en cuanto no estuviere previsto por la Ley 16/2011, de 24 de junio, lo dispuesto en este Título I, de disposiciones generales, y en el Capítulo I del Título III (o sea, en el art. 18), que luego veremos, sobre obligación de evaluación de la solvencia del deudor.

- En cuanto a la **«información contractual»** a que se refiere el **art. 7**, se regula la obligación que al respecto se impone a las entidades de crédito en dos ámbitos: el del **contenido** de los documentos contractuales y el de la conservación y **entrega** de los mismos al cliente.

A) Los **documentos contractuales** relativos a servicios bancarios, tanto de captación de fondos reembolsables como de concesión de crédito y préstamo, deberán recoger de forma explícita y clara los **siguientes extremos** (n.º 3):

- a) El tipo de interés nominal, la TAE u otra expresión equivalente del coste o remuneración total efectivos en términos de intereses anuales, conforme a lo que a estos efectos establezca el Banco de España teniendo en cuenta, en su caso, el valor pecuniario de toda remuneración en especie.
- b) La periodicidad con que se producirá el devengo de intereses, las fechas de devengo y liquidación de los mismos, la fórmula o métodos utilizados para obtener, a partir del tipo de interés nominal o de los otros factores del coste o la remuneración que resulten pertinentes, el importe de los intereses devengados y, en general, cualquier otro dato

necesario para el cálculo de dicho importe.

- c) Las comisiones y gastos repercutibles que sean de aplicación, con indicación concreta de su concepto, cuantía, fechas de devengo y liquidación, así como, en general, cualquier otro dato necesario para el cálculo del importe de tales conceptos.
- d) La duración del depósito o préstamo o crédito y, en su caso, las condiciones para su prórroga.
- e) Las normas relativas a las fechas valor aplicables.
- f) Los derechos y obligaciones que correspondan a la entidad de crédito para la modificación del tipo de interés pactado o para la modificación de las comisiones o gastos repercutibles aplicados, así como los derechos de que, en su caso, goce el cliente cuando se produzca tal modificación.
- g) Los derechos y obligaciones del cliente en cuanto a la cancelación del depósito o préstamo o al reembolso anticipado del mismo y el coste total que el uso de tales facultades supondrían.
- h) Las consecuencias para el cliente del incumplimiento de sus obligaciones, especialmente, del impago, en caso de crédito o préstamo.
- i) Los demás que establezca el Banco de España.

Menciones análogas, en la medida que proceda, deberán figurar, conforme a las precisiones que pueda

establecer el Banco de España, en el resto de contratos sujetos a la presente Orden.

- B)** Dicha información debe ser facilitada al cliente mediante la entrega (n.º 1) que **las entidades de crédito deberán hacer al cliente del correspondiente ejemplar del documento contractual** en que se formalice el servicio. Las entidades de crédito deberán conservar (n.º 2) el documento contractual y poner a disposición del cliente copia del mismo siempre que este lo solicite.

En las **operaciones formalizadas en documento notarial** se estará, en cuanto a la obtención de copias por parte de los clientes, a lo dispuesto en la normativa notarial.

En las operaciones formalizadas en documento notarial se estará, en cuanto a la obtención de copias por parte de los clientes, a lo dispuesto en la normativa notarial

El Título III, «Créditos, préstamos y servicios de pago», dedica su Capítulo I al «Préstamo responsable», disponiendo su **art. 18** un principio general conforme al cual la entidad de crédito, antes de que se celebre cualquier contrato de crédito o préstamo, deberá evaluar la capacidad del cliente para cumplir con las obligaciones derivadas del mismo.

Entre los aspectos a contemplar, destaca, en el caso de créditos o préstamos hipotecarios o con otras garantías reales, la valoración prudente de tales garantías **mediante procedimientos que eviten influencias o conflictos de interés que puedan menoscabar la calidad de la valoración.**

En todo caso, la Orden no deja de advertir de modo expreso que la evaluación de la solvencia prevista en este artículo se realizará **sin perjuicio de la libertad de contratación** que debe presidir las relaciones entre las entidades de crédito y los clientes, y **en ningún caso afectará a su plena validez y eficacia, ni implicará el traslado a las entidades de la responsabilidad por**

el incumplimiento de las obligaciones de los clientes.

El Capítulo II de dicho Título III contiene las **NORMAS RELATIVAS A LOS CRÉDITOS Y PRÉSTAMOS HIPOTECARIOS.**

Con carácter previo, hay que advertir que, conforme a la disposición derogatoria única, queda expresamente derogada la Orden de 5 de mayo de 1994, sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios. Sin embargo, como veíamos al principio, las normas de este Capítulo, a salvo la Sección 3.ª, que se refiere a los tipos de interés, no entra en vigor hasta el 29 de julio, con lo cual, si conjugáramos ambas disposiciones, tendríamos un periodo de tres meses en que no existiría normativa reglamentaria vigente sobre la materia. Dada la finalidad tuitiva de la norma, que quedaría frustrada si se admite esta interpretación, entiendo que esta es una laguna que puede subsanarse considerando vigente también hasta 29 de julio la Orden de 1994.

Dentro de las disposiciones generales de este Capítulo, el **art. 19** señala que el mismo **será de aplicación** a los servicios bancarios de crédito y préstamo hipotecario (en adelante, préstamos) cuando sean:

- Celebrados con un cliente, persona física.
- En los que:
 - La hipoteca recaiga sobre una vivienda.
 - La finalidad sea adquirir o conservar derechos de propiedad sobre terrenos o edificios construidos o por construir.

Frente a lo previsto en la Orden de 1994, que circunscribía su ámbito objetivo de aplicación a los préstamos hipotecarios (luego se entendió que abarcaba a los créditos) que tuvieran como garantía una vivienda y fueran de importe igual o inferior a 25 millones de pesetas, la nueva Orden amplía de modo importante dicho ámbito, bastando con que se haga constar que la finalidad de la operación, con independencia de su importe, es adquirir o conservar derechos de propiedad sobre un inmueble para que la normativa le sea aplicable. Puede suscitar alguna duda el caso de que el inmueble en cuestión sea una finca rústica, aunque lo genérico del término *terrenos* y la finalidad

protectora de la norma parecen aconsejar entenderla aplicable a las operaciones que afecten a dicho tipo de fincas.

La Sección 2.ª de este Capítulo regula la **INFORMACIÓN PRECONTRACTUAL** que debe suministrarse al cliente de un crédito o préstamo hipotecario, y que se desarrolla en cuatro etapas:

- La **Guía de acceso al préstamo hipotecario**, que regula el art. 20 y que será elaborada por el Banco de España, con la finalidad de que quienes demanden servicios bancarios de préstamo hipotecario dispongan, con carácter previo a la formalización de los mismos, de información adecuada para adoptar sus decisiones de financiación.
 - La **Ficha de Información Precontractual (FIPRE)** (art. 21), que deberá proporcionar la entidad de crédito al cliente que solicite información sobre los préstamos que oferta y que se ajustará al contenido del anexo I.
 - La **Ficha de Información Personalizada (FIPER)** (art. 22), que se suministrará una vez que el cliente haya facilitado la información que se precise sobre sus necesidades de financiación, su situación financiera y sus preferencias, y que se ajustará al contenido del anexo II.
- Toda información adicional que la entidad facilite al cliente figurará en un documento separado que deberá adjuntarse a la Ficha de Información Personalizada.
- La **oferta vinculante** (art. 23), a entregar cuando el cliente y la entidad hayan mostrado su voluntad de contratar un determinado préstamo hipotecario, se disponga de la tasación correspondiente del inmueble y se hayan efectuado las oportunas comprobaciones sobre su situación registral y sobre la capacidad financiera del cliente. La oferta vinculante es la FIPER del anexo II (si se hace a la vez, puede servir el mismo documento), en la que se especificará lo siguiente:

- Que se trata de una oferta vinculante.
- El plazo de vigencia de dicha oferta.

Toda información adicional que la entidad facilite al cliente en la oferta

vinculante figurará en un documento separado que deberá adjuntarse a la Ficha de Información Personalizada.

Salvo que medien circunstancias extraordinarias o no imputables a la entidad, la oferta vinculante tendrá un plazo de validez no inferior a catorce días naturales desde su fecha de entrega.

Como INFORMACIÓN ADICIONAL, en su caso, la Orden detalla específicamente la que la entidad deberá facilitar en los casos de pacto de variabilidad del tipo de interés, y que hacen referencia a:

1. Los **instrumentos de cobertura del riesgo de tipo de interés** que, en su caso, comercialice la entidad vinculados al préstamo concedido (art. 24), con expresa constancia, entre otros datos, de si su naturaleza implica que el producto no se limita a proteger al cliente frente al alza de tipos, ya sea porque el límite al alza vaya acompañado de un límite a la baja o por cualquier otra característica.
2. En caso de que se hubieran establecido **límites a la variación del tipo de interés, como cláusulas suelo o techo**, se recogerá (art. 25) el tipo de interés mínimo y el máximo a aplicar y la cuota de amortización máxima y mínima.
3. Se adjuntará, en un documento separado, una referencia especial a las **cuotas periódicas a satisfacer por parte del cliente en diferentes escenarios** de evolución de los tipos de interés (art. 26.2). A estos efectos, se presentarán, al menos, tres cuotas de amortización, calculadas mediante el empleo de los niveles máximos, medios y mínimos que los tipos de referencia hayan presentado durante los últimos quince años o en el plazo máximo disponible, si es menor.

La Sección 3.ª regula lo relativo a los TIPOS DE INTERÉS. Recordemos que entra en vigor el 29 de abril de 2012, frente al resto del capítulo, que no lo hizo hasta el 29 de julio⁽¹⁾.

- El art. 26 señala que las entidades de crédito **únicamente podrán utilizar** como índices o tipos de referencia aquellos que se hayan calculado a coste de mercado, no sean susceptibles de

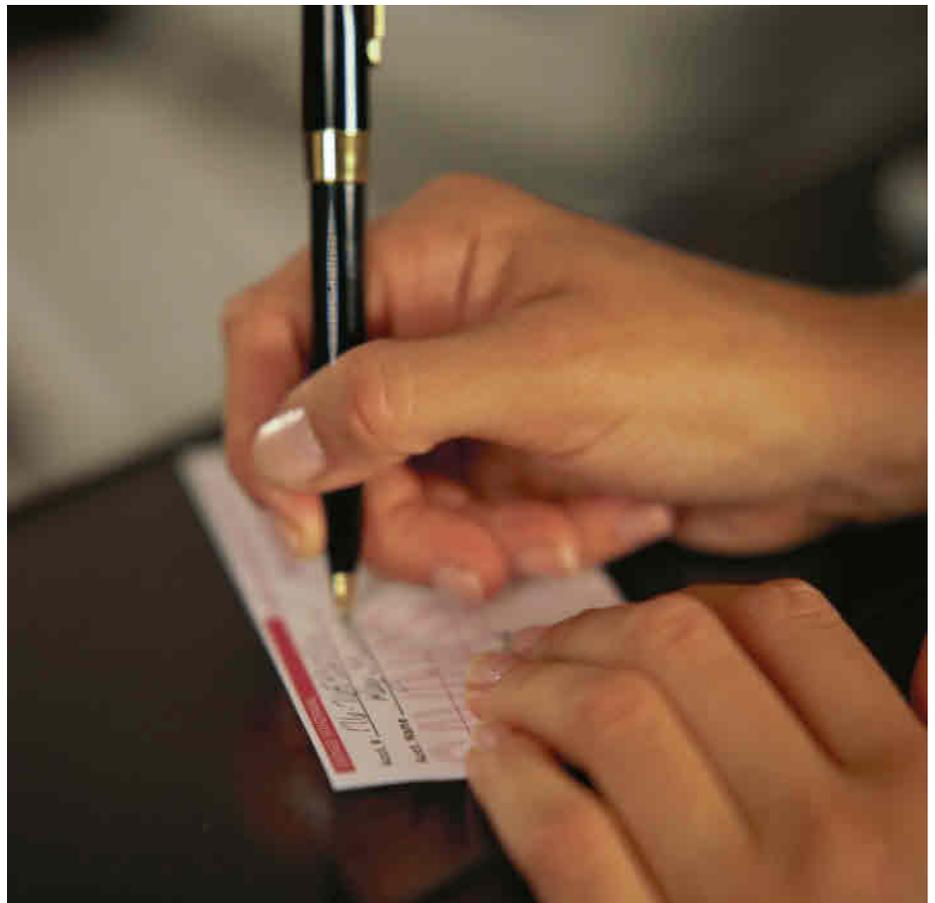
influencia por la propia entidad en virtud de acuerdos o prácticas conscientemente paralelas con otras entidades y en que los datos que sirvan de base al índice o tipo sean agregados de acuerdo con un procedimiento matemático objetivo.

- Tendrán la condición de **tipos de interés oficiales** (art. 27):

- a) Tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años, para adquisición de vivienda libre, concedidos por las entidades de crédito en España.
- b) Tipo medio de los préstamos hipotecarios entre uno y cinco años, para adquisición de vivienda libre, concedidos por las entidades de crédito en la Zona Euro.
- c) Tipo de rendimiento interno en el mercado secundario de la deuda pública de plazo entre dos y seis años.

- d) Referencia interbancaria a un año (Euribor).
- e) Permuta de intereses/Interest Rate Swap (IRS) al plazo de cinco años.
- f) El Mibor, exclusivamente para los préstamos hipotecarios formalizados con anterioridad al 1 de enero de 2000, conforme a lo previsto en el art. 32 de la Ley 46/1998, de 17 de diciembre, sobre introducción del euro.

Eso implica que **desaparecen, como tales tipos oficiales**, el IRPH de bancos, el IRPH de cajas y el tipo CECA. Sin embargo, la disposición transitoria prevé que dichos tipos, si estuvieran siendo empleados en préstamos a interés variable a la entrada en vigor de esta Orden, continuarán siendo considerados aptos a todos los efectos y seguirán siendo publicados mensualmente por el Banco de España. Su desaparición completa se producirá habiendo



transcurrido un año desde la entrada en vigor de la Orden y su normativa de desarrollo, siempre que en ese plazo se hubiese establecido el correspondiente régimen de transición para los préstamos afectados.

- El art. 28 regula los índices y tipos de referencia aplicables para el cálculo del valor de mercado en la COMPENSACIÓN POR RIESGO DE TIPO DE INTERÉS prevista en el art. 9.2 de la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, por la que se modifica la Ley 2/1981, de 25 de marzo. Se considerarán índices o tipos de interés de referencia a estos efectos los tipos Interest Rate Swap (IRS) a los plazos de 2, 3, 4, 5, 7, 10, 15, 20 y 30 años, que publicará el Banco de España y a los que se añadirá un diferencial que se fijará teniendo en cuenta los más comúnmente aplicados para los préstamos hipotecarios para adquisición de vivienda en España a diferentes plazos de amortización.

Se aplicará el tipo de interés de referencia de los anteriores que más se aproxime al plazo del préstamo hipotecario que reste desde la cancelación anticipada hasta la próxima fecha de revisión del tipo de interés.

La forma de cálculo de los índices y tipos anteriores se determinará mediante una circular del Banco de España.

Ahora se alude a «documentos contractuales y escrituras públicas», distinción no contenida en la Orden de 1994, que se refería directamente a las «escrituras públicas»

La Sección 4.ª, DOCUMENTO CONTRACTUAL Y ACTO DE OTORGAMIENTO, integrada por los arts. 29 y 30, es, sin duda alguna, la parte de la regulación de mayor interés notarial.

- El art. 29, «Documentación contractual», dispone lo siguiente:

Los documentos contractuales y las escrituras públicas en las que se formalicen los préstamos contendrán, debidamente separadas de las restantes, cláusulas financieras cuyo contenido mínimo se ajustará a la información personalizada

prevista en la Ficha de Información Personalizada. Las demás cláusulas de tales documentos contractuales no podrán, en perjuicio del cliente, desvirtuar el contenido de aquellas.

En particular, con las peculiaridades previstas en los siguientes apartados, se fijará el tipo de interés aplicable, así como la obligación de notificar al cliente las variaciones experimentadas en ese tipo de interés.

Esta norma contiene algunas novedades respecto de su antecedente, contenida en la Orden de 1994:

1. Por un lado, que aun estando en sede de préstamos hipotecarios, que necesariamente se han de formalizar en escritura pública, se habla de los «documentos contractuales y las escrituras públicas», distinción no contenida en la Orden de 1994, que se refería directamente a las «escrituras públicas».
2. La sutil diferencia entre esta redacción y la que contiene la Orden de 1994, según la cual «deberán contener, debidamente separadas de las restantes, cláusulas financieras que ajustarán **su orden** y contenido a lo establecido en el anexo II de la presente Orden». Sería deseable que en la interpretación y aplicación de la nueva norma se entienda que debe respetarse también el orden de clausulado que figura en la FIPER y en la oferta vinculante, por cuanto ello supone un elemento de transparencia para el cliente y de mejor control por parte del Notario.
3. Por último, la obligación de notificar al cliente las variaciones del tipo de interés supone también una novedad, por cuanto la Orden de 1994 la excluía en caso de utilización de tipos oficiales, calculados sobre datos agregados de acuerdo con un procedimiento matemático objetivo.

- Por su parte, el art. 30, «Acto de otorgamiento», sucesor del art. 7 de la Orden de 1994, viene a reproducir lo dispuesto en este sobre elección de Notario, derecho de examen del proyecto de escritura y renuncia al mismo.

Pero presenta, frente a la norma anterior, importantes novedades:

- En primer lugar, un oportuno reconocimiento del deber genérico de control de legalidad.
- En ejercicio del cual, si el préstamo no se ajusta a esta Orden (y a la legalidad vigente, por supuesto), el Notario deberá denegar la autorización. En la Orden de 1994, el único deber reseñado era el de advertir al prestatario en determinados supuestos e informarle de su derecho a desistir si había discrepancias entre oferta vinculante y escritura.

La cuestión a resolver es qué debe entenderse por «préstamo que no se ajusta a esta Orden». Porque *préstamo*, como tal, es el formalizado en la escritura, a la que la Orden dedica únicamente estos dos artículos, refiriéndose en todo lo demás a la fase precontractual.

Por tanto, el único supuesto claro de préstamo que no se ajusta a esta Orden sería el que no tiene el contenido mínimo del art. 29, es decir, el previsto como propio de la FIPER y de la oferta vinculante.

Por otro lado, el art. 30 sigue diciendo que, *asimismo*, el Notario deberá realizar una serie de comprobaciones, informaciones y advertencias. Parece lógico entender que ese «asimismo», puesto en relación con la obligación de denegar la autorización si el préstamo no cumple lo previsto en la Orden, implica que en los casos a que se refiere la norma a continuación no existe deber de abstención por parte del Notario. Y así resulta lógico, cuando menos, respecto de las obligaciones de informar y advertir, que resultaría extraño cumplir si ya ha habido una negativa a autorizar el documento.

Sin embargo, y en cuanto al deber de comprobar, puede ocurrir que el resultado de alguna de las comprobaciones que «asimismo» debe hacer el Notario dé lugar a considerar que la operación de préstamo (entendida como todo el *iter* negocial y comprensiva, por lo tanto, de los tratos preliminares) no cumple lo previsto en la Orden. Así, se dice que el Notario habrá de:



a) Comprobar si el cliente ha recibido adecuadamente y con la suficiente antelación la FIPER y, en su caso, si existen discrepancias entre las condiciones de la oferta vinculante y el documento contractual finalmente suscrito, e informar al cliente tanto de la obligación de la entidad de poner a su disposición la FIPER como de aceptar finalmente las condiciones ofrecidas al cliente en la oferta vinculante dentro del plazo de su vigencia.

i) Empezando por el final, es interesante la sustitución de la advertencia al cliente de su derecho a desistir de la operación por la de la obligación de la entidad de suscribir el contrato con arreglo a la oferta vinculante.

ii) Pero ¿cómo se comprueba si el cliente ha recibido adecuadamente y, sobre todo, con la suficiente antelación la FIPER? ¿Qué es «suficiente antelación», cuando no hay un plazo fijado? ¿O se refiere al de tres días para tener el proyecto de escritura a su disposición?

b) En el caso de préstamos a tipo de interés variable, comprobar si el cliente ha recibido la información prevista en los arts. 24, 25 y 26 (es decir, la «información adicional» a la que antes nos referíamos) y advertirle expresamente cuando se dé alguna de las circunstancias que en relación con dicho tipo de contratos menciona la Orden, siguiendo en este punto (y ampliando, en algún caso) lo previsto en la Orden de 1994.

c) Comprobar que ninguna de las cláusulas no financieras del contrato implica para el cliente comisiones o gastos que debieran haberse incluido en las cláusulas financieras.

Pues bien, no resulta con la claridad que a mi juicio habría resultado deseable cómo debe actuar el Notario si el cliente no ha recibido adecuadamente la FIPER, o la información sobre instrumentos de cobertura, cláusulas suelo-techo, o la simulación de cambio de tipo de interés. ¿Son supuestos que obligan a denegar la autorización o la permiten si el clien-



te así lo solicita, una vez advertido al respecto? Las peculiaridades de cada caso pueden ser muy diferentes y probablemente nos llevarían a respuestas también distintas, pero si pretendemos encontrar una regla general a modo de punto de partida, a mi juicio, podría considerarse como tal la de que el Notario deberá, inexcusablemente, asegurarse, en primer lugar, de que la escritura recoge, en la forma prevista en la Orden, todas las condiciones que esta dispone como contenido mínimo obligatorio (entre las que debería figurar, porque a la misma parece que hay que entender extensible la remisión del art. 29, la citada «información adicional» de los arts. 24, 25 y 26) y, en segundo lugar, de que el cliente, plenamente consciente del contenido de la escritura, lo es también no ya de que no puede ser obligado a otorgar un contrato que contradiga cualquiera de las condiciones ofertadas por la entidad de crédito, sino que, por el contrario, puede exigir de esta la formalización de la escritura con estricto cumplimiento de dichas condiciones. A partir de ahí, autorizar o no la escritura en caso de apreciar determinados defectos, ausencias o discordancias en la información previa suministrada requiere una muy prudente valoración de la naturaleza de aquellas y de las circunstancias concurrentes, valoración que deberá hacerse siempre sobre la base de la mejor protección del cliente. Puede que, en ocasiones, igual

que ocurre en determinados supuestos de vulneración de la normativa sobre condiciones generales de contratación, una interpretación estricta que lleve a denegar la autorización le cause al cliente mayor daño que la autorización consentida por el mismo, debidamente informado. Sin pretender establecer ninguna equiparación en cuanto a la caracterización jurídica del supuesto, solo recordar lo que el profesor José María MIQUEL GONZÁLEZ califica como *casos de ineficacia relativa*: hay normas imperativas, dice, relativas o parcialmente imperativas, como son las que tratan de proteger a una parte y no a otra; la nulidad se produce si se contra viene la norma imperativa en perjuicio del adherente, o *dicho más claramente: la nulidad la puede invocar el adherente, pero no se le puede imponer en contra de su voluntad* («La nulidad de las condiciones generales», 2006, Especial Coloquio, <http://www.codigo-civil.info/nulidad/lo-del/document.php?id=343#tocto8>).

Dos novedades de la normativa en este apartado son las siguientes:

1. La obligación de informar al cliente de los costes exactos de la intervención notarial, que no va a resultar del todo fácil cumplir en el mismo acto de otorgamiento.
2. La mención expresa de que la decisión por la que en su caso se deniegue la autorización del préstamo

deberá efectuarse mediante escrito motivado, ordenado en hechos y fundamentos de Derecho, y que dicha decisión será recurrible ante la Dirección General de los Registros y del Notariado en los plazos y forma previstos para el recurso de alzada.

El capítulo relativo a los préstamos y créditos hipotecarios se cierra con dos secciones, la 5.ª (art. 31) y la 6.ª (art. 32), relativas, respectivamente, al CÁLCULO DE LA TASA ANUAL EQUIVALENTE y al régimen de transparencia de la llamada HIPOTECA INVERSA, destacando en esta última la obligación de prestar al cliente, a más tardar con motivo de la entrega de la oferta vinculante, un servicio de asesoramiento independiente y previo en los términos previstos en el art. 10, que remite al análisis objetivo y suficientemente amplio de los servicios disponibles en el mercado y a la consideración tanto de la situación personal y financiera del cliente como de sus preferencias y objetivos.

Desaparece la obligación hasta ahora prevista de que los residentes declararan, dentro de los treinta días siguientes, las cuentas que en su caso abrieran en el extranjero, así como que facilitarán la información relativa a los movimientos a crédito y a débito de las mismas

El art. 30, al señalar las obligaciones del Notario en el acto del otorgamiento, señala en su n.º 3, letra g), que, en el caso de hipoteca inversa, deberá verificar la existencia del correspondiente asesoramiento independiente, y si la operación se realiza en contra de la recomendación contenida en el mismo, advertir de este extremo al cliente.

II. Real Decreto 1360/2011, de 7 de octubre, y Orden EHA/2670/2011, de 7 de octubre, sobre transacciones económicas con el exterior

Con entrada en vigor, en ambos casos, el 1 de junio de 2012, el objeto principal de estas disposiciones, según sus respectivos preámbulos, es sustituir aquellas obligaciones de las entidades de remitir información

de la que no disponen de forma inmediata y automatizable e incorporar, por el contrario, la obligación de remitir aquella que sí es de disposición inmediata. De este modo, se suprime el deber de las entidades registradas de exigir a sus clientes los datos que completan la información de las operaciones en que intervienen para remitirla, posteriormente, al Banco de España.

El mantenimiento de la información de la que se dispone en la actualidad se conseguirá, no obstante, mediante la información automática suministrada por las entidades registradas y la obtenida a partir de los datos que requiera el Banco de España a quienes realizan actos, negocios, transacciones y operaciones con el exterior, de conformidad con la obligación establecida en el art. 3 de la Ley 19/2003, de 4 de julio, sobre régimen jurídico de los movimientos de capitales y de las transacciones económicas con el exterior⁽²⁾.

Esta previsión se materializa en la modificación de los arts. 5, 6 y 9 del Real Decreto 1816/1991, de 20 de diciembre, y de los arts. 2, 6 y 8 de la Orden Ministerial de 27 de diciembre de 2001.

A destacar que desaparece la obligación hasta ahora prevista en el art. 6.2 del citado Real Decreto de que los residentes declararan, dentro de los treinta días siguientes, las cuentas que en su caso abrieran en el extranjero, así como facilitarán la información relativa a los movimientos a crédito y a débito de las mismas.

Del mismo modo, desaparece la obligación específica que preveía el art. 8 de la Orden Ministerial de declarar al Banco de España las operaciones de financiación y aplazamiento de cobros y pagos por más de un año, así como las compensaciones de créditos y débitos, cuando derivaran de operaciones comerciales o prestación de servicios.

Sin embargo, la efectividad de dichas supresiones hay que entenderla postergada, según las respectivas disposiciones transitorias, hasta el 31 de diciembre de 2013.

Desde el punto de vista notarial, lo más importante es la modificación de los MODOS DE ACREDITAR LA CONDICIÓN DE RESIDENTE O NO RESIDENTE a los efectos previstos en esta normativa⁽³⁾.

Hay que tener en cuenta al respecto que los medios establecidos por el art. 2 del Real Decreto 1816/1991, que ahora se reforma, se complementaron en su momento con los recogidos en la Orden Ministerial de 28 de mayo de 2001, que no queda derogada expresamente, y que, en consecuencia, subsistente en lo que no sea incompatible, hace que el esquema siga estando configurado por ambas normas, aunque algunas de las formas de acreditación puedan parecer ahora irrelevantes. Dicho esquema fue recogido en un trabajo personal publicado en el n.º 7-8 de *La Notaria* del año 2001, que reproducimos más adelante, actualizándolo.

Parece oportuno comentar, en primer lugar, la supresión de la norma que contenía el art. 2.1 del Real Decreto, según la cual se consideraban «residentes, a efectos de lo dispuesto en el presente Real Decreto, los establecimientos y sucursales en territorio español de personas físicas residentes en el extranjero o de personas jurídicas extranjeras. Análogamente, se consideran no residentes los establecimientos y sucursales en el extranjero de personas físicas residentes en España o de personas jurídicas españolas». No se trataba de una presunción, puesto que la normativa exigía y sigue exigiendo la acreditación de la residencia o no residencia correspondiente a dichos establecimientos o sucursales, sino de una norma de carácter aclaratorio o interpretativo que ahora no se ha entendido necesario mantener, por cuanto la misma se halla recogida dentro de la más general del art. 2 de la Ley 19/2003. La única presunción que existe es la del art. 2.2, letra c), del Real Decreto, sobre residencia en España de «las personas físicas de nacionalidad española y las personas jurídicas domiciliadas en España», que hace innecesario el hecho de prever formas de acreditación para las mismas.

A partir de ahí, dicho esquema sería:

A) En cuanto a la ACREDITACIÓN DE LA CONDICIÓN DE RESIDENTE:

a) Personas físicas extranjeras [art. 2.2, letra a), del Real Decreto]:

1. Tarjeta, carné u otro documento público en el que conste la concesión de la autorización de residencia por la autoridad competente.

Dentro de este medio de acreditación, hay que en-



tender incluido el habitual Certificado de Registro de Ciudadano de la Unión, que hace referencia expresa a la inscripción en dicho Registro, de conformidad con lo establecido en los arts. 3.3 y 7.1 del Real Decreto 240/2007⁽⁴⁾, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los estados miembros de la Unión Europea y de otros estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo.

2. Alternativamente, certificación de residencia fiscal expedida por las autoridades fiscales españolas.

Es una novedad introducida por la reforma que estudiamos. La expedición de dichos certificados está prevista en el art. 117.1, letra j), de la Ley General Tributaria y el procedimiento para su obtención, en los arts. 70 a 76 del Real Decreto 1065/2007, de 27 de julio. Puede visitarse: <https://www.agenciatributaria.gob.es>.

- b) Establecimientos o sucursales en España de personas jurídicas extranjeras o de personas físicas residentes en el extranjero [art. 2.2, letra b), del Real Decreto]:

Mediante cualquier documento público en el que consten los datos correspondientes a su constitución, de acuerdo con la legislación española, o certificado de inscripción en el Registro Mercantil.

- B) En cuanto a la ACREDITACIÓN DE LA NO RESIDENCIA, no existe una presunción paralela a la vista para los nacionales españoles en relación con la residencia. Es decir, no se presume que la no nacionalidad española implique la no residencia, sino que la misma debe acreditarse. De las reglas contenidas en el Real Decreto 1816/1991 y en el art. 3 de la Orden Ministerial de 28 de mayo de 2001 resultan, en síntesis, los siguientes modos de acreditación:



a) Personas físicas:

1. Certificación consular (caso de españoles) o certificación negativa expedida por la autoridad competente (caso de extranjeros), con dos meses de antigüedad máxima [art. 2.3, letras a) y b), del Real Decreto].
2. Certificación expedida por las autoridades fiscales del país de residencia [art. 2.3, letra c), del Real Decreto, introducido en la reforma que comentamos].
3. Declaración del inversor. El art. 2.3, letra c), del Real Decreto permite la simple declaración del inversor en la que manifieste que es residente fiscal en otro Estado y que no dispone de establecimiento permanente en España, a la vez que asuma el compromiso de comunicar cualquier alteración de dichas circunstancias.

El art. 3.1, letras a) y b), de la Orden Ministerial de 28 de mayo de 2001 ya permitía esta declaración, pero solo a falta de la certificación del n.º 1 y en caso de urgencia, exigiendo que, una vez obtenida, se remitiera en el plazo máximo de un mes a

la Dirección General de Comercio e Inversiones. En cuanto al Real Decreto, de superior rango normativo, modifica los requisitos y suprime, a mi entender, los que recogía la Orden Ministerial, que ahora se omiten, por lo que puede entenderse que desaparece la obligación (en todo caso, posterior a la declaración formalizada) de obtener y remitir la certificación.

4. Certificación, escrito bancario o referencia en la diligencia bancaria de conformidad del cheque acreditativos de que el pago del importe de la inversión procede de una cuenta de un no residente abierta a su nombre en una entidad registrada [art. 3.1, letra c), de la Orden Ministerial de 28 de mayo de 2001].
5. Los diplomáticos extranjeros acreditados en España y el personal extranjero que preste servicios en embajadas o consulados extranjeros o en organizaciones internacionales en España, mediante tarjeta de identidad expedida por el Ministerio de Asuntos Exteriores.

Curiosamente, desaparece la norma contenida en la anterior

letra e) del art. 2.4 del Real Decreto, según la cual «el personal diplomático español acreditado en el extranjero y el personal español que, sin tener la anterior condición, preste servicios en embajadas y consulados españoles, así como en organizaciones internacionales», podía acreditar su no residencia «mediante pasaporte diplomático o certificación del Jefe de Misión, Cónsul o autoridad competente de la Organización correspondiente en los que conste tal situación». Es dudoso que todos los supuestos a que se refería dicha norma puedan entenderse englobados en la regla más genérica del n.º 1 antes citado.

b) Personas jurídicas:

1. Las domiciliadas en el extranjero, mediante documento fehaciente que acredite su domicilio social [art. 2.3, letra d), del Real Decreto].
2. Las sucursales y establecimientos en el extranjero de personas jurídicas españolas o personas físicas residentes en España, mediante certificación del Cónsul español correspondiente de que se hallan constituidos en el país de que se trate [art. 2.3, letra e), del Real Decreto].

III. Leyes 9, 10 y 11/2011, de 29 de diciembre, del Parlament de Catalunya

Conocidas como leyes «ómnibus», se contienen en las mismas una serie de modificaciones en el contenido de normas de aplicación directa en la actividad notarial. Pueden destacarse las siguientes:

1. *Modificación de la Ley 18/2007, de 28 de diciembre, del derecho a la vivienda*

Introducidas por la Ley 9/2011, algunas de las novedades tienen una evidente importancia socioeconómica. Así:

- La derogación de la norma (arts. 42.6 y 42.7) que preveía la EXPROPIACIÓN DEL

USUFRUCTO de la vivienda desocupada que se sitúe en área de demanda residencial fuerte y acreditada [art. 5.2, letra b), modificado].

- La reducción de las obligaciones de DISPONER DE UN PARQUE MÍNIMO DE VIVIENDAS DESTINADAS A POLÍTICAS SOCIALES de como mínimo un 15 % del total de viviendas existente, que se limita ahora a esas áreas calificadas como ámbitos de demanda residencial fuerte y acreditada (art. 73.1, modificado).
- Se derogan las normas que preveían la LOCALIZACIÓN UNIFORME PARA TODOS LOS ÁMBITOS DE ACTUACIÓN DE LAS RESERVAS PARA VIVIENDAS DE PROTECCIÓN OFICIAL, evitando la concentración excesiva y la segregación espacial (art. 17.2), previsión que pasa a estar recogida únicamente en el Texto Refundido de la Ley de Urbanismo.
- Desaparece en el art. 79 el PLAZO MÍNIMO DE TREINTA AÑOS de la calificación para viviendas de protección oficial.
- La IMPOSIBILIDAD DE QUE EL PROPIETARIO DE UNA VIVIENDA DE PROTECCIÓN OFICIAL ADQUIERA OTRA VIVIENDA EN PROPIEDAD se limita a los cinco años siguientes a la adquisición de vivienda protegida (art. 81.4).
- En el PROCEDIMIENTO DE ADJUDICACIÓN DE VIVIENDAS DE PROTECCIÓN OFICIAL (art. 101.1), que antes preveía una doble posibilidad, consistente en que lo gestionara la Administración o que lo hiciera el promotor, con intervención de fedatario público, ahora se dispone que en todo caso lo gestionan los promotores por cuenta propia, a la vez que desaparece la intervención de fedatario público. Donde se preveía una selección por sorteo, ahora se limita a decir que se deben seguir los principios de concurrencia, transparencia y objetividad, con un sistema de comunicaciones previa y posterior a la Administración. Resulta confusa, por lo demás, en la regulación del procedimiento propiamente dicho, la necesidad o no de tomar como base la lista de inscritos en el registro de solicitantes de viviendas de protección oficial, a pesar de que de la norma del art. 92.2 sigue resultando el principio de que solo podrán optar a una vivienda de protección oficial los inscritos en dicho registro, salvo en

las adjudicaciones destinadas a hacer frente a situaciones de emergencia en el marco de las prestaciones que corresponden a los servicios de asistencia y bienestar sociales.

- Quizá las novedades de mayor importancia inmediata en la actividad notarial diaria son las que se introducen en relación con la CÉDULA DE HABITABILIDAD. Pueden distinguirse las siguientes:

A) En cuanto al ÁMBITO OBJETIVO DE EXIGIBILIDAD de la cédula, la regulación de las llamadas *viviendas con actividades económicas*.

En el art. 3, letra l), que ahora se reforma, la Ley definía la *vivienda de uso turístico*, refiriéndose como tal a aquella «cuyo uso ceden los propietarios a terceros, con la autorización de la Administración competente, en condiciones de inmediata disponibilidad para una estancia de temporada, en régimen de alquiler o cualquier otra forma que implique contraprestación económica». Y más adelante, en el art. 26.7, decía que «los establecimientos de alojamiento turístico no se consideran viviendas a efectos de la exigencia de la cédula de habitabilidad, salvo los establecimientos de turismo rural».

Recogía de este modo la Ley los conceptos *vivienda de uso turístico* y *establecimientos de alojamiento turístico*, que son objeto de una regulación específica en el Decreto 164/2010, de 9 de noviembre, de regulación de las viviendas de uso turístico, y en la Ley 13/2002, de 21 de junio, de turismo de Cataluña. El primero contiene una definición idéntica a la que hasta ahora recogía la Ley de la Vivienda (y muy parecida a la que la reforma operada por esta Ley 9/2011 introduce, a su vez, en el art. 50 bis, adicionado a la Ley 13/2002, de 21 de junio, de turismo de Cataluña), mientras que, con relación a los establecimientos de alojamiento turístico, la Ley 13/2002, de 21 de junio, establece lo siguiente:

A) En su art. 32.1, que:

Tienen la consideración de establecimiento de alojamiento turístico los que,



de forma habitual y con carácter profesional, ofrecen a los usuarios turísticos, mediante precio, alojamiento temporal que no constituya un cambio de residencia para la persona alojada, de acuerdo con las condiciones y las características establecidas por reglamento.

B) En su art. 39.1, que:

Los establecimientos de alojamiento turístico se clasifican en las siguientes modalidades:

a) *Establecimientos hoteleros.*

b) *Apartamentos turísticos.*

c) *Campings.*

d) *Establecimientos de turismo rural.*

e) *Cualquier otra que se establezca por reglamento.*

Dicha regulación suponía, de este modo, la introducción de un concepto, el de *vivienda de uso turístico*, en relación con el cual no se determinaban otros efectos que el de su consideración como tal vivienda. Y, por otro lado, la no extensión de dicha consideración, a efectos de exigencia de cédula de habitabilidad (y con la excepción de los establecimientos de alojamiento rural), a los *establecimientos de alojamiento turístico*, concepto que, en cambio, no era definido en esta Ley.

Ello significaba, por tanto, la no exigibilidad de la cédula de habitabilidad a los *apartamentos turísticos* a que se refiere la letra b) del art. 39.1 de la Ley de Turismo, frente a la exigibilidad que se predicaba para las *viviendas de uso turístico*, conceptos cuya distinción, que no resulta nada fácil, parece que hay que hacer depender del carácter profesional y/o habitual o no de la cesión de uso que se haga de los mismos.

La situación se clarifica ahora, una vez la Ley deja de referirse a la vivienda de uso turístico o a los establecimientos de alojamiento turístico para hacerlo, en el nuevo art. 3, letra l), a la *vivienda con actividades económicas*, que es aquella «que no es domicilio habitual y permanente y que se utiliza para la obtención de

rendimientos de actividades económicas reguladas por la normativa sectorial aplicable», ampliando así, al parecer, el ámbito de destinos que pueden generar rendimientos económicos, más allá de su cesión para uso turístico, y disponiendo en el art. 26.7 que «las viviendas con actividades económicas se consideran viviendas a efectos de la exigencia de la cédula de habitabilidad».

De este modo, y en orden a determinar en estos casos la necesidad de que la edificación cuente o no con cédula de habitabilidad, parece confirmarse que siempre que dicha edificación pueda calificarse de *vivienda*, con arreglo a la definición del art. 3, letra a), de la Ley, deberá disponer de cédula de habitabilidad, aun cuando la misma sea calificable como vivienda «con actividades económicas» o «de uso turístico», o como «establecimiento de alojamiento turístico». Todo ello sin perjuicio de que, no obstante la exigibilidad de cédula para dichas edificaciones, la acreditación de la misma en caso de transmisión sea o no necesaria, como luego veremos.

B) En relación con el VALOR Y EFECTOS DE LA CÉDULA DE HABITABILIDAD, es importante el nuevo n.º 5 bis del art. 26, según el cual:

El otorgamiento de la cédula de habitabilidad implica exclusivamente que la vivienda cumple los requisitos técnicos de habitabilidad de la normativa vigente y no supone la legalización de las construcciones en lo que concierne a la adecuación del uso de vivienda a la legalidad urbanística. Para proteger los derechos de los adquirentes, cuando en la tramitación de la solicitud de la cédula de habitabilidad se ponga de manifiesto que el uso de un inmueble como vivienda puede no adecuarse a la legalidad urbanística, debe hacerse constar esta circunstancia en el documento de otorgamiento de la cédula y el fedatario público debe ponerlo en conocimiento del adquirente en el momento de autorizar el documento de transmisión.

Esta norma debería permitir solventar los problemas que se venían planteando en relación con aquellas viviendas a las que no se les daba la

cédula por razones ajenas al cumplimiento de los requisitos de habitabilidad. Ahora quedará claro, porque así constará en la cédula, que su otorgamiento no implica ningún tipo de conformidad de la construcción con la legalidad urbanística, en caso de que esta pudiere haber sido vulnerada. Deberá prestarse atención, por tanto, al contenido de la cédula, porque la norma prevé un lógico deber del Notario de advertir al adquirente en estos casos.

C) En el ámbito relativo a la COLABORACIÓN DE NOTARIOS Y REGISTRADORES, se da nueva redacción al desde el principio polémico art. 132, letra a), que pasa ahora a decir lo siguiente:

Requisitos para transmitir o ceder el uso de viviendas

Los notarios, antes de autorizar la suscripción de un acto de transmisión o cesión del uso de viviendas, deben exigir el cumplimiento de las disposiciones de la presente ley, especialmente las siguientes⁽⁵⁾:

a) *La vivienda debe disponer de cédula de habitabilidad vigente o, en el caso de viviendas de protección oficial, de la calificación definitiva. Estos documentos deben entregarse a los adquirentes o usuarios. En el supuesto de transmisión de viviendas que no sean de nueva construcción, los adquirentes pueden exonerar de forma expresa de esta obligación de los transmitentes en los siguientes supuestos:*

PRIMERO.—*Cuando la vivienda usada o preexistente deba ser objeto de rehabilitación o de derribo. En el supuesto de rehabilitación, la exoneración comporta la obligación de presentar al fedatario público autorizante un informe emitido por un técnico competente en que se acredite que la vivienda puede obtener la cédula de habitabilidad una vez ejecutadas las obras de rehabilitación necesarias para cumplir la normativa técnica de habitabilidad.*

SEGUNDO.—*Cuando el destino del inmueble o entidad objeto de transmisión no sea el del uso como vivienda, si el transmitente y el adquirente lo reconocen de forma expresa.*

TERCERO.—Cuando se cumpla cualquier otro supuesto de exoneración que se determine por reglamento.

Esta norma se completa con la adición de un apartado, el 5, al art. 135 de la Ley, con el siguiente texto:

5. En los supuestos a que se refiere el apartado 1 del art. 132, letra a), los registradores deben hacer constar, en una nota marginal en la inscripción, que la vivienda transmitida queda sujeta a la ejecución de las obras de rehabilitación o de derribo. Dicha nota marginal se cancela con la presentación de la cédula de habitabilidad, una vez finalizadas las obras de rehabilitación, o con la certificación municipal acreditativa del derribo realizado.

Así, la posibilidad de exoneración por el adquirente de la entrega de la cédula de habitabilidad, siempre tratándose de viviendas que no sean de nueva construcción, se concreta:

a) A los supuestos en que la vivienda vaya a rehabilitarse o demolerse. La Ley recoge aquí el supuesto de excepción que, refiriéndose a la rehabilitación, venía ya en la redacción inicial (si bien en términos que suscitaron muchas dudas y controversia) e incorpora ahora el supuesto de vivienda para derribo, que ya introdujo el Decreto 55/2009, de 7 de abril, en cuyo art. 9 se dispone lo siguiente:

1. Las personas adquirentes de una vivienda pueden exonerar de forma expresa a las transmitentes de la obligación de entregarles la cédula de habitabilidad solo en caso de viviendas usadas o preexistentes que deban ser objeto de obras de rehabilitación que permitan el cumplimiento de las condiciones de habitabilidad o si la vivienda se adquiere para su derribo.

2. En el caso de exoneración por realización de obras de rehabilitación, se debe entregar un informe, emitido por un técnico o técnica competente, que acredite que la vivienda puede obtener la cédula de habitabilidad, en cuanto al cumplimiento de las condiciones de habitabilidad previstas en este Decreto, después de la

ejecución de las obras de rehabilitación. El informe debe ir acompañado de un certificado vigente, emitido por el Ayuntamiento del término municipal donde se ubique la finca, en el que se acredite que el uso de vivienda está autorizado, según la normativa urbanística, y que la finca no está sometida a ningún expediente de protección de la legalidad urbanística.

Las personas adquirentes de las viviendas deben finalizar las obras que el informe técnico determine y solicitar la cédula de habitabilidad en el plazo máximo de tres años desde la fecha de adquisición de la vivienda y, en todo caso, antes de volver a transmitirla por cualquiera de los títulos previstos en el apartado 2 del art. 8. Esta obligación se debe hacer constar mediante nota marginal en el Registro de la Propiedad, que podrá ser cancelada mediante la presentación de la cédula de habitabilidad una vez obtenida.

3. En el caso de previsión de derribo de la vivienda adquirida, a fin de que se pueda producir la exoneración de la obligación de entregar la cédula de habitabilidad, será necesario que el adquirente la derribe en un plazo máximo de un año desde su fecha de adquisición. Esta obligación se debe hacer constar mediante nota marginal en el Registro de la Propiedad, que podrá ser cancelada mediante certificación municipal acreditativa de que el derribo se ha efectuado.

4. Los notarios y notarias deben enviar con periodicidad mensual al departamento de la Generalitat competente en materia de vivienda una relación con los datos básicos de los actos de transmisión de viviendas en que se hayan producido los supuestos de exoneración de la obli-



gación de presentar la cédula previstos en este artículo.

Al tratar acerca de dicha regulación en la oportuna sesión de actualización celebrada en el Colegio de Notarios, decíamos que los supuestos de hecho, con sus requisitos y características, son, en consecuencia:

1. Segunda o ulterior transmisión de vivienda cuyo adquirente vaya a rehabilitar o derribar.
2. Exoneración formal por parte del adquirente.
3. Para el supuesto de rehabilitación, documentación adicional:
 - El informe del técnico competente, limitado a concretar las obras a ejecutar, y acreditar que, después de las mismas, la vivienda cumpliría con las condiciones de habitabilidad previstas en el Decreto (el Preámbulo excluye de su contenido cualquier referencia a aspectos relativos a la legalidad urbanística).
 - Certificado municipal vigente que acredite la autorización del uso como vivienda y la inexistencia de expediente de protección de la legalidad urbanística.
4. Obligaciones del adquirente:
 - Supuesto de rehabilitación: finalizar las obras y solicitar la cédula en el plazo de tres años, siempre antes de volver a transmitirla mediante título que conlleve la necesidad de entregar la cédula.
 - Supuesto de derribo: efectuar el derribo en el plazo máximo de un año.
5. Cautelas especiales:
 - Constancia de dichas obligaciones en el Registro de la Propiedad, mediante nota marginal, cancelable al presentar la cédula de habitabilidad,



en el caso de rehabilitación, o certificación municipal acreditativa de haberse efectuado el derribo, en el segundo supuesto.

- Remisión mensual por los notarios a la Generalitat de los supuestos de exoneración que se hayan formalizado.

Por lo que se refiere a la constancia de las obligaciones asumidas, no parece que el incumplimiento de las mismas tenga otra consecuencia que el mantenimiento de dicha publicidad registral, que debería desaparecer al acreditarse el cumplimiento, aun fuera del plazo marcado.

Tampoco parece que la adquisición para derribo, con el consiguiente reflejo en el título y en el Registro, impida al adquirente cambiar de idea, acondicionar en su caso la vivienda y, obtenida la cédula de habitabilidad, cancelar la nota marginal. El riesgo de que ello abra la puerta a posibles actuaciones «fraudulentas» podría haberse reducido si para posibilitar la transmisión se hubiera exigido, al igual que en el supuesto de rehabilitación, algún tipo de documentación adicional, como la licencia de demolición.

En cualquier caso, la nueva obligación de remisión mensual por parte de los notarios de los supuestos de exoneración permitirá a la Generalitat el seguimiento de los mismos y la actuación administrativa que proceda en los casos de eventual incumplimiento.

- b) A aquellos casos en que, a pesar de que el título y/o el Registro publiquen una descripción de la finca como vivienda, transmitente y adquirente hagan constar de forma expresa en la escritura que el destino de la misma no es su uso como vivienda.

Parece importante observar que el reconocimiento expreso debe ser hecho por transmitente y adquirente, y no solo por adquirente. Ello excluiría, en principio, los supuestos en los que el adquirente pretendiera dar al inmueble un uso distinto, si hasta entonces el que se le había dado era el de vivienda; de otro modo, resultaría absurdo vincular al transmitente a una declaración expresa de lo que no serían sino meras intenciones de la parte adquirente. Por el contrario, lo que sí quizá cabría es el supuesto inverso: si lo que se vende es un despacho (por mucho que venga descrito como vivienda) y ambas partes lo reconocen, debería poderse autorizar la escritura, con independencia de que el adquirente pretendiera luego darle un destino como vivienda y de los requisitos que para ello debiere cumplir.

En este supuesto de posibilidad de exoneración encajaría también ahora la transmisión de una casa rural a que se refería la Ley antes de la reforma, puesto que, aun cuando por descripción y por características pudiera ser calificable como vivienda, este no sería su destino real.

- c) Por último, la Ley abre la puerta a aquellos supuestos de exoneración que reglamentariamente pudieran regularse.

2. *Modificación de la Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro II del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia*

La Ley 10/2011 modifica la disposición transitoria primera, n.º 2, de la Ley de aprobación del libro II, en la que hasta ahora se preveía que:

Los poderes en previsión de una situación de incapacidad otorgados, en aplicación del Derecho estatal supletorio, antes de la entrada en vigor de la presente Ley, quedan sujetos, en cuanto a su eficacia y régimen de ejercicio, a lo establecido por el Código Civil.

La referencia al Código Civil es, obviamente, al Código Civil de Cataluña, con lo cual dichos poderes, anteriores a la aprobación del libro II, quedaban sujetos a lo que en dicho libro se dispone y, en consecuencia y más concretamente, a la necesidad de autorización judicial prevista en el art. 222-44.3, según el cual:

El apoderado, de acuerdo con el art. 222-2.1⁽⁶⁾, necesita la autorización judicial para los mismos actos que el tutor, salvo que el poderdante la haya excluido expresamente.

Y dado que dicha necesidad de exclusión por parte del poderdante no existe en el ámbito del Código Civil estatal, con arreglo al cual se otorgaban hasta entonces dichos poderes, ninguna escritura la contenía.

El problema lo resuelve ahora el art. 45 de la Ley 10/2011, que modifica el redactado de dicha disposición transitoria, que pasa a decir que:

2. Los poderes en previsión de una situación de incapacidad otorgados antes de la entrada en vigor de la presente Ley quedan sujetos, en cuanto a su eficacia y régimen de ejercicio, a lo establecido por el Código Civil, salvo lo exigido por el art. 222-44.3.

3. *Modificación de la Ley 2/2007, de 5 de junio, del DOGC*

De mucha menor trascendencia que las anteriores, pero de posible gran utilidad práctica, son las reformas que la Ley 11/2011 hace al introducir una disposición adicional, la 4.ª, a la Ley 2/2007, de 5 de junio, del DOGC, conforme a la cual se regula un llamado «enlace al Registro de planeamiento urbanístico de Cataluña», disponiendo que:

La publicación de los acuerdos de aprobación definitiva de los instrumentos de planeamiento urbanístico que, de acuerdo con la legislación aplicable, deba efectuarse en el DOGC, a efectos de su ejecutividad, debe incluir, como anexo al correspondiente edicto, el texto de las normas urbanísticas y debe proporcionar un enlace al Registro de planeamiento urbanístico de Cataluña que permita la consulta telemática e inmediata del contenido de los documentos que conforman

el plan, con plena garantía de su autenticidad e integridad.

La nueva obligación de remisión mensual por parte de los notarios de los supuestos de exoneración permitirá a la Generalitat el seguimiento de los mismos y la actuación administrativa que proceda en los casos de eventual incumplimiento

Este artículo, conforme a la disposición adicional 7.^a, no entra en vigor hasta los seis meses de la publicación de esta Ley en el DOGC, es decir, hasta el 30 de junio de 2012.

Por otro lado, el art. 90 añade a la misma Ley otra disposición adicional, la 5.^a, que prevé la creación, mediante la base de datos del DOGC, de un portal web llamado *Portal Jurídic de Catalunya*, mediante el cual se hace la difusión del Derecho vigente en Cataluña, incorporando «todas las normas publicadas en el DOGC con rango de ley y con rango reglamentario, tanto en la versión oficial publicada en el DOGC como en la versión consolidada».

IV. Ley 3/2012, de 22 de febrero, de modificación del Texto Refundido de la Ley de Urbanismo, aprobado por el Decreto Legislativo 1/2010, de 3 de agosto

La reforma, que según su Exposición de Motivos tiene como objetivo potenciar la agilidad y reestructuración de la Administración, la simplificación de la regulación administrativa y la promoción de la actividad económica, puede analizarse, en sus aspectos más importantes, distinguiendo las siguientes materias o ámbitos:

A) En materia de PLANEAMIENTO URBANÍSTICO, destacan:

1. La concentración en la legislación urbanística de toda la regulación del procedimiento de evaluación ambiental de los planes urbanísticos, introduciendo al respecto un **nuevo art. 86 bis** conteniendo dicha regulación unitaria.
2. La previsión de que el plan de ordenación urbanística municipal pueda

establecer la ordenación detallada con el nivel y la documentación propios de un plan parcial urbanístico sin necesidad de tramitar un plan parcial para desarrollar el sector. Dispone al respecto el nuevo art. 33.4:

4. Para la transformación urbanística de un sector de suelo urbanizable delimitado, se precisa la formulación, la tramitación y la aprobación definitiva de un plan parcial urbanístico, salvo en los supuestos en que, de acuerdo con la presente Ley, la ordenación urbanística detallada se establezca mediante:

a) Un plan de ordenación urbanística municipal.

b) Un plan director urbanístico de delimitación y ordenación de áreas residenciales estratégicas o de sectores de interés supramunicipal.

Si se trata de suelo urbanizable no delimitado, el plan parcial urbanístico ha de ser de delimitación, debe haberse aprobado definitivamente y ha de acreditar que la actuación sea coherente con los parámetros determinados, de acuerdo con el art. 58.1.d y e y 8, por el correspondiente plan de ordenación urbanística municipal.

A los «sectores de interés supramunicipal» se refiere el nuevo art. 157 bis, el n.º 1 del cual establece:

1. *Los sectores de interés supramunicipal son actuaciones de especial relevancia social o económica o de características singulares que promueve la Administración de la Generalitat mediante la elaboración de planes directores urbanísticos cuya aprobación definitiva permite llevar a cabo directamente la transformación urbanística del suelo.*

3. El impulso a la publicidad de los planes aprobados por la Administración de la Generalitat mediante la obligada incorporación en el DOGC de los acuerdos de aprobación definitiva, de un enlace con el Registro de Planeamiento Urbanístico de Cataluña que permita la consulta telemática inmediata del contenido de los documentos que conforman el plan. Se modifica, en este sentido, el **art. 103** del Texto Refundido, en sintonía con la reforma que más

arriba veíamos que se introducía en la Ley 2/2007, de 5 de junio, del DOGC. Según la disposición final 4.^a, apartado 2, esta obligación entra en vigor el 30 de junio de 2012.

4. En cuanto al planeamiento urbanístico derivado, se suprime la obligación de aprobar los proyectos de urbanización como condición de eficacia de los planes parciales y se permite optar: a) por seguir el esquema clásico de fases diferidas de planeamiento y de ejecución; b) por efectuar una tramitación simultánea de los instrumentos, o c) por incorporar directamente en el plan derivado las características y el trazado de las obras de urbanización. Se **derogan** a estos efectos los **apartados 7 y 8 del art. 89**.

5. Se amplía a un año el plazo para acreditar la constitución de la garantía de la ejecución de las obras de urbanización, modificándose el **apartado 3 del art. 106**.

6. Se potencian los planes especiales urbanísticos, diferenciando entre los planes especiales urbanísticos que desarrollan las previsiones sustantivas del planeamiento territorial o urbanístico general [y, dentro de estos, los que están previstos expresamente en este planeamiento (art. 67.2) y los que no lo están (art. 67.3)] y los planes especiales urbanísticos autónomos (art. 68) que se pretende resulten «instrumentos de planeamiento más ágiles y eficientes para implantar nuevas infraestructuras básicas tendentes a cubrir necesidades inmediatas no previstas en el planeamiento territorial o el planeamiento urbanístico general», sin que la eventual conceptualización de estas infraestructuras como sistema urbanístico general se constituya en límite infranqueable al respecto (art. 55.3).

7. La modificación de los planes de ordenación urbanística municipal que comporten un incremento del aprovechamiento conllevarán la obligación de cesión de un porcentaje fijo del 15 % del suelo con aprovechamiento, eliminándose el porcentaje variable entre el 15 % y el 20 %, dadas «las dificultades que



en la práctica se plantean para determinar, a partir de datos objetivos, el porcentaje concreto que corresponde aplicar en cada caso y para establecer el listón a partir del cual opera el porcentaje máximo». Se modifican a tal fin los arts. 40, 43 y 45 del Texto Refundido.

- B) En cuanto a las RESERVAS MÍNIMAS PARA VIVIENDA DE PROTECCIÓN PÚBLICA que deben contener los planes de ordenación urbanística municipal, la Exposición de Motivos recuerda que ya la Ley 7/2011, de 27 de julio, de medidas fiscales y financieras, suprimió formalmente la exigencia que la reforma de 2007 había introducido para los municipios de más de 10.000 habitantes y para las capitales de comarca de prever una reserva adicional del 10 % para la nueva tipología de vivienda con protección oficial concertada en Cataluña.

Por ello, ahora esta Ley exime del cumplimiento de obligaciones mínimas en esta materia a los planes de ordenación urbanística municipal que solo distinguen entre suelo urbano y suelo no urbanizable y los de los municipios de menos de 5.000 habitantes, no capitales de comarca, que no superen una determinada dinámica edificadora, sin perjuicio de la obligación de estos planes de reservar *suelo suficiente* para cumplir los objetivos definidos en la memoria social y de respetar las determinaciones que el planeamiento territorial y el planeamiento director urbanístico hayan podido establecer. Recuerda, sin embargo, la Exposición de Motivos que la reforma mantiene la obligación de emplazar las reservas evitando la concentración excesiva de viviendas de este tipo para favorecer la cohesión social y evitar la segregación territorial de los ciudadanos por razón de su nivel de renta.

- C) Por otro lado, y en relación con la RESERVA PARA EL SISTEMA GENERAL DE ESPACIOS LIBRES PÚBLICOS, se prevé, en atención a las peculiaridades de los municipios de población inferior a 3.000 habitantes de escasa complejidad urbanística, regidos por un plan de ordenación urbanística municipal que solo distingue entre suelo urbano y suelo no urbanizable, que este plan pueda establecer la reserva que resulte

adecuada a las necesidades del municipio, sin sujeción a un mínimo legalmente establecido.

- D) En relación con la COMPATIBILIDAD ENTRE SISTEMAS URBANÍSTICOS PÚBLICOS Y CALIFICACIONES DE APROVECHAMIENTO PRIVADO, el art. 35 recibe una nueva redacción, mediante la cual se desarrolla en detalle la previsión genérica que se contenía en el texto modificado.

Así, antes la norma señalaba escuetamente que:

Cuando, de acuerdo con los supuestos que se establecen por la legislación urbanística, el planeamiento urbanístico prevea la compatibilidad del aprovechamiento privado y el destino a sistemas de titularidad pública del suelo, del vuelo o del subsuelo de un terreno, se puede constituir el régimen de propiedad horizontal adecuada de entre los previstos en la legislación civil catalana, con las limitaciones y servidumbres que procedan para la protección del dominio público.

En cambio, ahora se dice lo siguiente:

1. Los terrenos que el planeamiento urbanístico reserva a sistemas urbanísticos, que la Administración actuante ha obtenido o ha de obtener mediante la cesión obligatoria o la expropiación urbanísticas, deben destinarse íntegramente al uso público previsto, sin perjuicio del régimen de compatibilidad de usos regulado por el presente artículo.

2. El planeamiento urbanístico puede prever que el subsuelo de los sistemas urbanísticos de titularidad pública sea destinado a usos distintos de los atribuidos al suelo, siempre que sean compatibles con la funcionalidad del sistema. Esta compatibilidad de usos distintos solo puede comportar una calificación urbanística de aprovechamiento privado en subsuelo si el planeamiento urbanístico ordena nuevos sistemas urbanísticos, no previstos en el planeamiento urbanístico anterior, que no son exigibles en cumplimiento de los estándares mínimos establecidos por la legislación urbanística o por el planeamiento urbanístico general. En el caso del sistema viario, la calificación urbanística de aprovechamiento privado del subsuelo solo puede admitirse si dicho sistema no forma parte de la

red que estructura el tejido urbano o la trama urbana.

3. El planeamiento urbanístico puede calificar como sistema de titularidad pública parte de las edificaciones existentes, de las edificaciones de nueva construcción o del vuelo o del subsuelo de los inmuebles, por razón de la necesidad de implantación de equipamientos comunitarios, así como para facilitar el acceso de los peatones en los sistemas viario y de espacios libres. La obtención de estos sistemas puede efectuarse por expropiación, si el inmueble afectado no forma parte de un polígono de actuación urbanística que prevea la cesión gratuita del sistema.

4. Si, de acuerdo con los apartados 2 y 3, el planeamiento urbanístico prevé la compatibilidad de una calificación urbanística de aprovechamiento privado y el destino a sistemas de titularidad pública del suelo, del vuelo o del subsuelo de un terreno, puede constituirse el régimen de propiedad horizontal más adecuado de entre los establecidos por la legislación civil catalana, con las limitaciones y servidumbres que procedan para la protección del dominio público.

5. El régimen de compatibilidad regulado por el presente artículo no impide el uso privativo de los bienes de dominio público que, de acuerdo con la legislación sobre patrimonio de las administraciones públicas, no conlleva la transformación o modificación de este dominio.

Esta Ley exime del cumplimiento de obligaciones mínimas en esta materia a los planes de ordenación urbanística municipal que solo distinguen entre suelo urbano y suelo no urbanizable y los de los municipios de menos de 5.000 habitantes, no capitales de comarca, que no superen una determinada dinámica edificadora

- E) En el SUELO NO URBANIZABLE, y con la finalidad de favorecer la conservación y la recuperación del patrimonio rural, de incentivar la reactivación económica y el desarrollo del mundo rural, la Ley amplía, por un lado, los usos admisibles

en las masías y casas rurales susceptibles de reconstrucción y rehabilitación, y permite la catalogación, por razones arquitectónicas o históricas, de otras edificaciones anteriores a la entrada en vigor del primer instrumento de planeamiento urbanístico general en cada municipio, susceptibles de rehabilitación o reconstrucción de cara a ser destinadas a los mismos usos permitidos en el caso de las masías y las casas rurales, exceptuando la vivienda; se modifica para ello el apartado 3 del **art. 47**, al que se añade un nuevo apartado, el 3 bis. Por otro lado, simplifica el procedimiento para la autorización de obras en las masías y otras edificaciones rurales catalogadas y de las nuevas construcciones ligadas a actividades rústicas, modificando el apartado 3 del **art. 48**⁽⁷⁾.

Un matiz a destacar: la sustitución del «pero sí», que excluía claramente las obras de consolidación o aumento de volumen, por el «salvo», que parece permitir dichas obras si tienen la consideración de reparaciones autorizadas por la Ley

F) La reforma también amplía los usos provisionales susceptibles de ser autorizados en EDIFICIOS FUERA DE ORDENACIÓN en suelo urbano a todos los que resulten admitidos en la zona urbanística en que estén incluidos los terrenos, siempre que no requieran la ejecución de obras que excedan de las propias del régimen de provisionalidad y del régimen de fuera de ordenación. Además, la reforma incluye explícitamente entre las obras provisionales aquellas que estén vinculadas a actividades económicas preexistentes y, respecto al régimen fuera de ordenación, las obras destinadas a facilitar la accesibilidad y la supresión de barreras arquitectónicas.

Se modifica el **art. 53**, cuyo apartado 3 establece lo siguiente:

3. Solo pueden autorizarse como usos provisionales:

a) El almacenaje o el depósito simple y mero de mercancías o de bienes muebles.

b) La prestación de servicios particulares a los ciudadanos.

c) Las actividades del sector primario y las actividades comerciales que estén relacionadas.

d) Las actividades de ocio, deportivas, recreativas y culturales.

e) La exhibición de anuncios publicitarios mediante paneles.

f) En las construcciones e instalaciones preexistentes en suelo urbano, los usos admitidos en la zona urbana, los usos admitidos en la zona urbanística en que estén incluidos los terrenos que ocupan.

Si estas construcciones e instalaciones están en situación de fuera de ordenación, la correspondiente autorización de usos y obras provisionales se sujeta a las determinaciones del presente artículo, con las limitaciones establecidas por el art. 108.

Puede señalarse que la ampliación de las letras e) y f) alcanza, como se ve, a las construcciones fuera de ordenación, pero desaparece respecto de las mismas la especialidad que recogía el antiguo art. 53.3, cuando decía:

Se puede autorizar la utilización provisional de los edificios y las instalaciones que están fuera de ordenación para instalar oficinas y para desarrollar actividades comerciales, además de los usos admitidos por el apartado 3. Esta autorización se sujeta en todo caso a las determinaciones de este artículo, con las limitaciones que señala el art. 108.

Ahora ya no se menciona la posibilidad de instalar oficinas, mientras que las actividades comerciales han de estar, conforme a la letra c), relacionadas con el sector primario.

Por lo que se refiere a la remisión al art. 108, este establecía con anterioridad que:

En las construcciones y las instalaciones que están fuera de ordenación no se pueden autorizar obras de consolidación ni de aumento de volumen, pero sí las reparaciones que exijan la salubridad pública, la seguridad de las personas o la buena conservación de dichas construc-

ciones e instalaciones. Las obras que se autoricen no comportan aumento del valor de expropiación.

El nuevo **apartado 2 del art. 108**, al que se remite el art. 53, señala que:

2. En las construcciones e instalaciones que están fuera de ordenación no pueden autorizarse obras de consolidación ni de aumento de volumen, salvo las reparaciones que exijan la salubridad pública, la seguridad de las personas o la buena conservación de dichas construcciones e instalaciones, así como las obras destinadas a facilitar la accesibilidad y la supresión de barreras arquitectónicas de conformidad con la legislación sectorial en esta materia. Las obras que se autoricen en ellas no suponen aumento del valor ni en el caso de expropiación ni en el caso de reparcelación.

Se observa un matiz interesante, que se deriva de la sustitución del «pero sí», que excluía claramente las obras de consolidación o aumento de volumen, por el «salvo», que parece permitir dichas obras si tienen la consideración de reparaciones autorizadas por la Ley.

G) La Exposición de Motivos anuncia que la Ley «especifica el contenido que deben tener las CERTIFICACIONES DE LOS ACUERDOS DE APROBACIÓN DEFINITIVA DE LOS PROYECTOS DE REPARCELACIÓN A LOS EFECTOS DE INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD y aclara que para la inscripción se debe acreditar el pago o la consignación, únicamente, de las indemnizaciones que deban satisfacerse por la extinción de derechos de propiedad sobre las fincas aportadas a personas que, por la escasa cuantía de sus derechos, no resulten adjudicatarias de fincas». La cuestión viene regulada actualmente en el **art. 128** del Texto Refundido vigente, con el siguiente contenido:

Art. 128. Certificación de los proyectos de reparcelación

1. El organismo competente para la aprobación definitiva de un proyecto de reparcelación tiene que expedir una certificación, de acuerdo con lo que establece la legislación hipotecaria, de cara a la inscripción del proyecto en el Registro de la Propiedad.



2. En el supuesto de reparcelación voluntaria, la presentación de la escritura pública y la certificación del acuerdo de aprobación de la reparcelación son suficientes para la inscripción en el Registro de la Propiedad.

Y dicho contenido se deja inalterado, si bien se le adiciona un apartado 3, del siguiente tenor:

3. Las certificaciones del acuerdo de aprobación a que se refieren los apartados 1 y 2 deben incluir la especificación de que la aprobación definitiva ha sido notificada a todas las personas titulares interesadas. En el supuesto de que haya que satisfacer indemnizaciones por la extinción de derechos de propiedad sobre las fincas aportadas a personas que, por la escasa cuantía de sus derechos, no resulten adjudicatarias de fincas, la certificación debe acompañarse con la acreditación del pago o de la consignación de estas indemnizaciones.

Con lo cual se concreta como norma la previsión de la Exposición de Motivos acerca del pago de indemnizaciones, pero no se añade nada en orden a la inscripción de las certificaciones en el Registro, cuyo contenido seguirá siendo, según el art. 128.1, el que esté «de acuerdo con lo que establece la legislación hipotecaria».

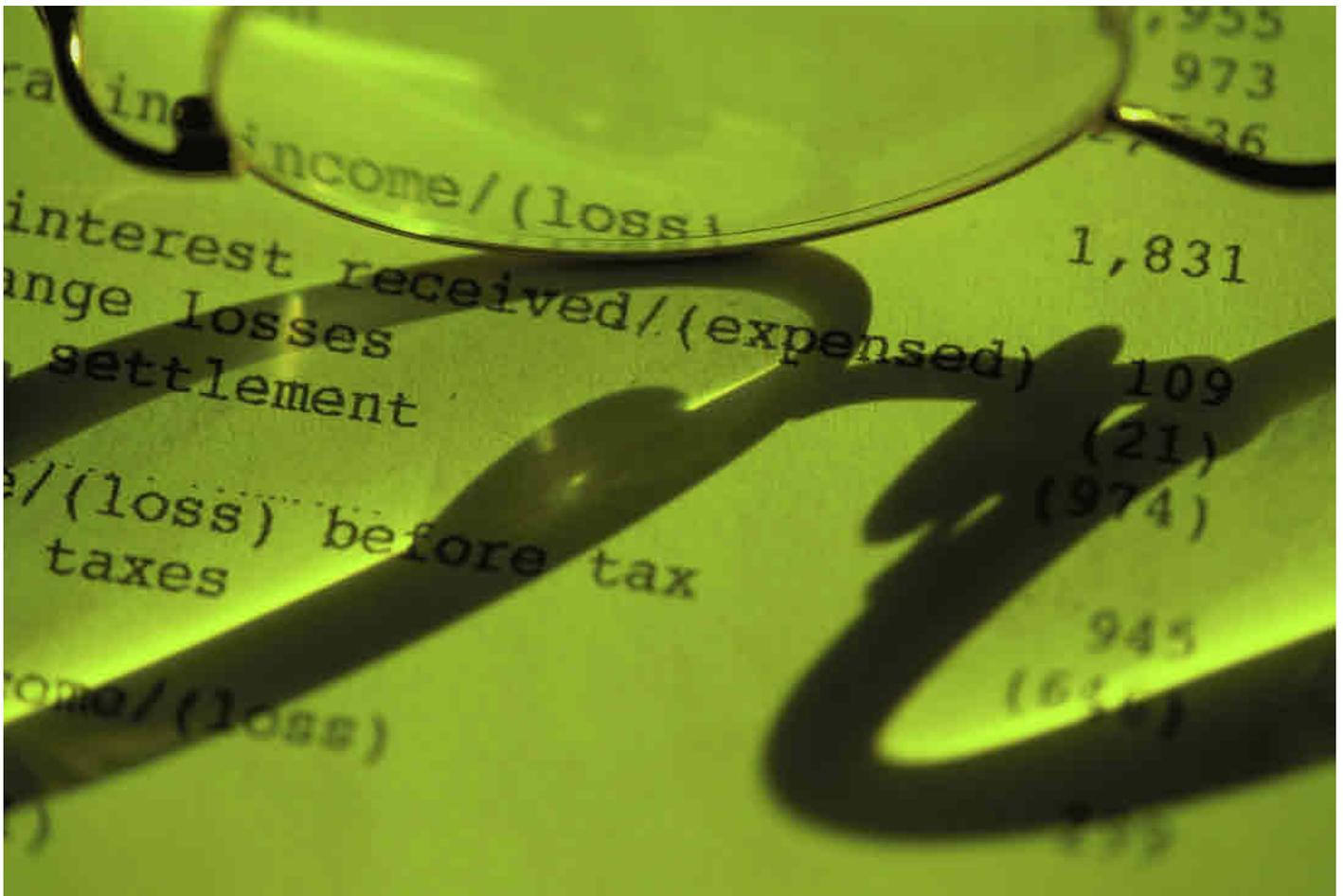
- H) El art. 62 de la Ley modifica el **art. 170** del Texto Refundido, relativo a las **CONDICIONES RESOLUTORIAS A LAS QUE DEBEN SUJETARSE LAS TRANSMISIONES DE BIENES DE LOS PATRIMONIOS PÚBLICOS DE SUELO Y DE VIVIENDA**, haciendo desaparecer las referencias que se contenían a la escritura pública de enajenación, sustituyéndolas por «el documento público en que conste la transmisión».
- I) En materia de intervención de la edificación, cabe destacar la **SUPRESIÓN DE LA LICENCIA DE PRIMERA OCUPACIÓN**,

que se sustituye por un régimen de comunicación previa.

Se añade un nuevo apartado, el 5, al **art. 187** del Texto Refundido de la Ley de Urbanismo, con el siguiente texto:

5. Queda sujeto al régimen de comunicación previa al Ayuntamiento, de acuerdo con el procedimiento que establece la legislación de régimen local, la primera utilización y ocupación de los edificios y construcciones. La comunicación ha de acompañarse de la certificación del facultativo director que acredite la fecha de finalización de las obras y de que estas se han efectuado de acuerdo con el proyecto aprobado o con las modificaciones posteriores y las condiciones impuestas, y que la edificación está en condiciones de ser utilizada.

Es una novedad que debemos poner en relación:



- De una parte, con lo previsto en el art. 20 de la Ley del Suelo estatal, cuyo apartado 1, párrafo 2.º, tiene ahora la siguiente redacción, dada por el Real Decreto Ley 8/2011, de 8 de julio:

*Tratándose de escrituras de **declaración de obra nueva terminada**, exigirán, además de la certificación expedida por técnico competente acreditativa de la finalización de esta conforme a la descripción del proyecto, los documentos que acrediten los siguientes extremos:*

*a) **El cumplimiento de todos los requisitos impuestos por la legislación reguladora de la edificación para la entrega de esta a sus usuarios.***

*b) **El otorgamiento de las autorizaciones administrativas necesarias para garantizar que la edificación reúne las condiciones necesarias para su destino al uso previsto en la ordenación urbanística aplicable y los requisitos***

de eficiencia energética tal y como se demandan por la normativa vigente.

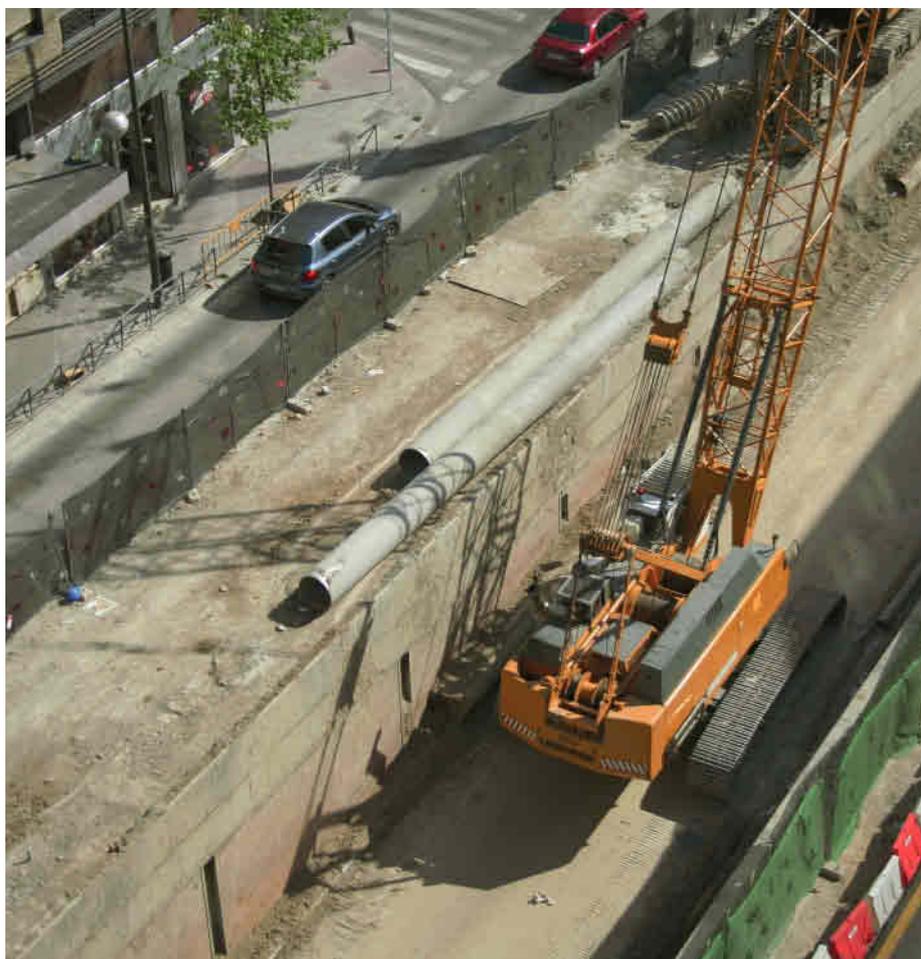
La interpretación que parece que debe darse al precepto se traduce en la exigibilidad de la licencia de primera ocupación, a la que expresamente hace referencia la Exposición de Motivos del Real Decreto Ley. Consecuencia de lo cual es que la sustitución en Cataluña de la licencia de primera ocupación por un régimen de simple comunicación previa provoca la inexistencia, a la hora de autorizar escrituras de obra nueva terminada, de esa «autorización administrativa» de que habla la Ley del Suelo⁽⁸⁾.

- Por otro lado, la desaparición de la licencia de primera ocupación afecta también al régimen de la cédula de habitabilidad, las verdaderas diferencias de la cual respecto de la licencia de primera ocupación nunca han llegado a estar suficientemente claras.

La cédula de habitabilidad, según el art. 7 del Decreto 55/2009, de 7 de abril, acredita que una vivienda cumple las condiciones de calidad previstas en la Ley del Derecho a la Vivienda, y en el citado Decreto, y que, por lo tanto, es apta para residencia humana, lo que no comporta formalmente una fiscalización del cumplimiento de los requisitos urbanísticos (la vivienda puede ser realmente habitable, pero tener más superficie de la autorizable, por ejemplo), fiscalización que parecía reservarse para la licencia de primera ocupación, cuya tramitación, además, preveía una inspección *in situ* que no se daba para el otorgamiento de la cédula de habitabilidad. A ello había que añadir que para obtener la «cédula de habitabilidad de primera ocupación» (obras nuevas), la regulación contenida en los arts. 13 a 17 del Decreto 55/2009, de 7 de abril, prevé que su solicitud debía acompañarse de la licencia urbanística de primera ocupación; si no se disponía de ella, debía acompañarse de la solicitud de la misma, con la licencia de obras y el certificado de cumplimiento del programa de control de calidad. Por tanto, siendo posible acompañar únicamente la solicitud de la licencia de primera ocupación, no se podía tener la certeza de que, otorgada la cédula de habitabilidad, se hubiere expedido también la licencia de primera ocupación y hecho, por tanto, la comentada fiscalización.

No obstante lo anterior, la redacción del art. 26.5 de la Ley del Derecho a la Vivienda, hasta la reforma practicada por la Ley 9/2011, introducía un elemento de duda, al señalar que «en ningún caso puede otorgarse la cédula de habitabilidad a los edificios cuya ocupación como vivienda no cumpla los **requerimientos urbanísticos** o de vivienda legalmente exigidos». *A contrario sensu*, podía entenderse que, otorgada la cédula de habitabilidad, se debían considerar cumplidos tales requerimientos urbanísticos.

La reforma de dicha redacción («en ningún caso puede otorgarse la cédula de habitabilidad si no se cumplen las condiciones técnicas legalmente exigidas por la normativa de habitabilidad») y la introducción en el art. 26 del n.º 5 bis disipan tales dudas, al indicar el mismo que:





El otorgamiento de la cédula de habitabilidad [...] no supone la legalización de las construcciones en lo que concierne a la adecuación del uso de vivienda a la legalidad urbanística.

- La situación a que nos conducía todo ello es que hasta ahora, para la autorización de escrituras de obra nueva terminada, debíamos exigir la licencia de primera ocupación, sin que nos sirviera la cédula de habitabilidad (aunque hay quien sí la consideraba suficiente, en base a la anterior redacción del art. 26.5 de la Ley del Derecho a la Vivienda, hasta la reforma del mismo). Y para las escrituras de compraventa, debíamos exigir la cédula de habitabilidad, sin que (dados los términos de la exigencia prevista en la Ley 18/2007, de 28 de diciembre, del derecho a la vivienda, y en el Decreto 55/2009) se considerara suficiente la licencia de primera ocupación.

A partir de esta Ley, parece que habrá que entender que, de cara a obtener la cédula de habitabilidad en vivienda de nueva construcción, se deberá aportar, en vez de la licencia de primera ocupación o su solicitud, la comunicación previa que sustituye a dicha licencia.

Por tanto, y por lo que se refiere a las escrituras de declaración de obra nueva terminada, no disponiendo ya de esa «autorización administrativa» de que habla la Ley del Suelo, cabe preguntarse si el cumplimiento de su art. 20.1 pasa por alguna de las siguientes interpretaciones:

- a) Que, aunque no lo diga la Ley, la comunicación previa produce los mismos efectos que la antigua licencia de primera ocupación.
- b) Que estos efectos serán atribuibles a la cédula de habitabilidad.
- c) Que, en Cataluña, el requisito que prevé la Ley del Suelo es sencillamente no exigible.

En mi opinión, debería considerarse admisible cualquiera de las dos primeras interpretaciones. Desaparecida esa fiscalización municipal de la que hablábamos en relación con la concesión de la licencia de primera ocupación, nos encontramos ante dos documentos (la que vamos a llamar *comunicación de*

ocupación y la cédula de habitabilidad) para cuya tramitación, ahora sí, se exigen los mismos requisitos materiales: proyecto aprobado por una licencia de obras y certificación técnica acreditativa de ajustarse la ejecución a dichos proyecto y licencia. Acreditado ante la Administración competente el cumplimiento de tales requisitos, basta la comunicación pertinente al Ayuntamiento para poder ocupar la vivienda y la solicitud a la Generalitat para que la concesión por parte de esta de la cédula de habitabilidad sea exclusivamente una cuestión de tiempo.

Por ello, entiendo que la escritura de declaración de obra nueva terminada debería poder autorizarse acreditando que se ha justificado ante el ayuntamiento la finalización de esta con el certificado técnico correspondiente y que se ha hecho la «comunicación de ocupación». Y, naturalmente, si entendemos dicha «comunicación de ocupación» como un trámite previo necesario para la solicitud de la cédula de habitabilidad, la presentación de esta debería ser también documento suficiente para entender cumplido el requisito que comentamos. Considero que no representa al respecto un obstáculo el nuevo art. 26.5 bis de la Ley del Derecho a la Vivienda, al que antes nos referíamos, cuyo ámbito de aplicación más lógico es el de las viviendas preexistentes que se pretende transmitir, más aún teniendo en cuenta que, de haberse observado algún posible incumplimiento de la legalidad urbanística, la propia cédula así debería reflejarlo.

Por lo que se refiere a las escrituras de compraventa en primera transmisión, los mismos argumentos permitirían considerar que la escritura puede autorizarse justificando que se ha hecho la solicitud de la cédula y que se ha acompañado la misma con la documentación ya dicha: certificado técnico y «comunicación de ocupación»; en este caso, como decíamos, el otorgamiento de la cédula es un acto obligado para la Administración. Sin embargo, lo cierto es que ese argumento se ha utilizado cuando se ha pretendido cuestionar la exigibilidad de la cédula en las segundas y ulteriores transmisiones de vivienda, si existe un certificado técnico acreditativo de la habitabilidad, y ha sido no

obstante rechazado no solo por la Administración, a la hora de interpretar el originario art. 132, letra a), de la Ley del Derecho a la Vivienda, sino también por el propio legislador, cuando ha tenido la oportunidad, tanto al desarrollar la norma en el Decreto 55/2009, de 7 de abril, como ahora, al modificarla. En consecuencia, la regla general en cualquier transmisión de vivienda, sea primera o posterior, es la exigibilidad de la cédula en el momento del otorgamiento de la escritura, mientras que solo los supuestos antes estudiados permiten excepcionar dicha exigibilidad.

De nuevo llama la atención el injustificado peregrinaje al que la ley somete al ciudadano y que, pese a haber sido ya denunciado por el propio legislador de la Ley del Derecho a la Vivienda en su Preámbulo, subsiste en la actualidad

Todo lo cual no impide seguir llamando la atención sobre el injustificado peregrinaje al que la ley somete al ciudadano y que, pese a haber sido ya denunciado por el propio legislador de la Ley del Derecho a la Vivienda en su Preámbulo, subsiste en la actualidad, puesto que, en viviendas de obra nueva, si bien ahora no hay que esperar a la licencia de primera ocupación, sí hay que presentar al Ayuntamiento la comunicación de ocupación y a la Generalitat, a continuación, la solicitud de la cédula.

En relación con la ACCIÓN DE RESTAURACIÓN DE LA REALIDAD FÍSICA ALTERADA Y DEL ORDEN JURÍDICO VULNERADO, se modifica el art. 207 del Texto Refundido, dándole mayor precisión, aun sin alterar su contenido esencial:

Art. 207. Prescripción de la acción de restauración y de la orden de restauración

1. La acción de restauración de la realidad física alterada y del orden jurídico vulnerado prescribe **a los seis años de haberse producido la vulneración de la legalidad urbanística o, en su caso, la finalización de las actuaciones ilícitas o el cese de la actividad ilícita**. Si estas actuaciones tienen el aparato de un título



Práctica

administrativo ilícito, la acción de restauración prescribe a los seis años de haberse producido la correspondiente declaración de nulidad o anulabilidad, ya sea en vía administrativa, ya sea por sentencia judicial firme.

2. Las órdenes de restauración y las obligaciones derivadas de la declaración de indemnización por daños y perjuicios prescriben a los seis años.

3. No obstante lo dispuesto por los apartados 1 y 2, la acción de restauración y la orden dictada de restauración no prescriben nunca con relación a las vulneraciones de la legalidad urbanística que se producen en terrenos que el planeamiento urbanístico destina al sistema urbanístico de espacios libres públicos o

al sistema viario, o clasifica o tiene que clasificar como suelo no urbanizable en virtud de lo dispuesto por el art. 32.a.

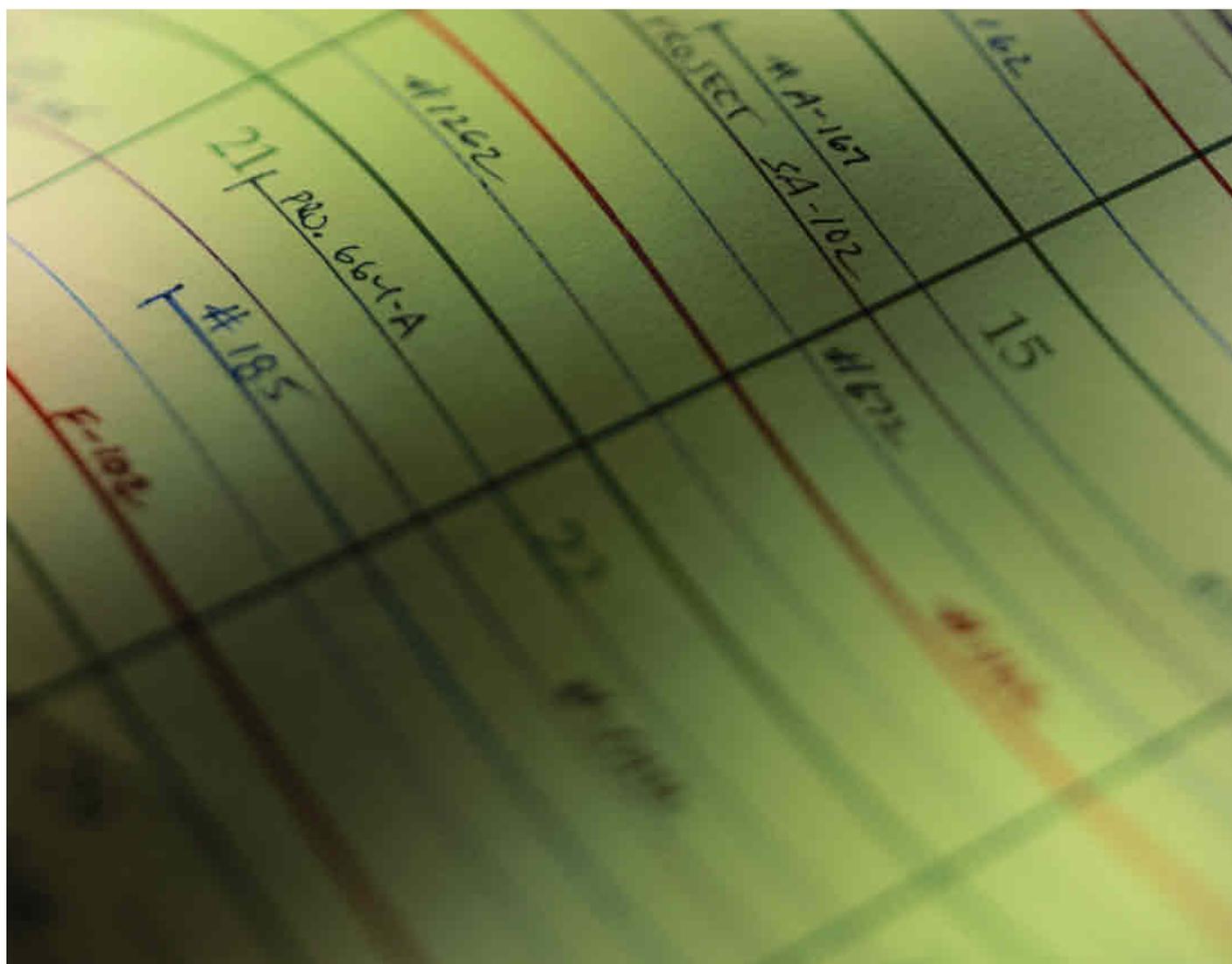
La materia tiene su mayor trascendencia visible, en el ámbito notarial, en las declaraciones de obra nueva. De modo que, aun cuando la infracción pueda prescribir antes, conforme a lo previsto en el art. 227 del Texto Refundido (cuatro años para las infracciones «graves»), la escritura no podrá autorizarse hasta que haya finalizado el plazo de seis años, conforme al art. 20.4 del Texto Refundido estatal, que se refiere a las «construcciones, edificaciones e instalaciones respecto de las cuales ya no proceda adoptar medidas de restablecimiento de la legalidad urbanística que impliquen su demolición, por haber

transcurrido los plazos de prescripción correspondientes».

V. Real Decreto Ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos

El OBJETO del Real Decreto Ley que entró en vigor el 11 de marzo de 2012 se determina en su art. 1, esto es, establecer medidas conducentes a procurar:

- a) La **reestructuración de la deuda hipotecaria** de quienes padecen extraordinarias dificultades para atender su pago.
- b) Mecanismos de **flexibilización de los procedimientos de ejecución hipotecaria**.





A) Las medidas de REESTRUCTURACIÓN DE LA DEUDA HIPOTECARIA se contienen en el Capítulo II (arts. 3 a 7).

Las mismas se aplican (art. 2) a los deudores que la Ley califica como situados en el **umbral de exclusión**. Los requisitos para que se dé dicha situación los enumera el art. 3⁽⁹⁾, conforme al cual pueden distinguirse unos **requisitos** de tipo objetivo y otros de tipo subjetivo:

a) Los requisitos de tipo objetivo hacen referencia al préstamo o crédito a reestructurar y a su garantía:

1. El crédito o préstamo hipotecario debe haberse concedido para financiar la adquisición de la única vivienda propiedad del deudor.
2. Esa vivienda debe constituir el domicilio habitual del mismo.
3. No deben existir otras garantías reales que dicha hipoteca.

b) Los requisitos subjetivos hacen referencia a la situación del deudor y, en su caso, de los garantes personales:

b.1) Los deudores que formen parte de la misma unidad familiar y, en su caso, los codeudores que no formen parte de ella deben:

1. Carecer de rentas derivadas del trabajo o de actividades económicas.
2. Estar pagando una cuota superior al 60 % de los ingresos netos que perciba el conjunto de los miembros de la unidad familiar.
3. Carecer de cualesquiera otros bienes o derechos patrimoniales suficientes.

b.2) Los garantes personales, si existen, deben reunir estos dos últimos requisitos (proporción de la cuota respecto de los ingresos netos y carencia de otros bienes suficientes).

La acreditación de hallarse incluido dentro del «umbral de exclusión» tal como aquí viene caracterizado suscita algunas dudas que las entidades financieras deberán resolver, pues son ellas mismas

quienes deberán efectuar la comprobación de los citados requisitos en la forma prevista en el n.º 2 del mismo art. 3.

Los **efectos** de dicha acreditación son los siguientes:

1. Limitación de los intereses de demora a un máximo de sumar a los intereses remuneratorios un 2,5 % sobre el capital pendiente (art. 4).
2. Sujeción al Código de Buenas Prácticas previsto en el anexo al Real Decreto Ley (art. 5), que será obligatorio para la entidad de crédito que se hubiere adherido al mismo (art. 5.4), adhesión que se entenderá hecha por un periodo de dos años, prorrogable anualmente, salvo denuncia expresa, y cuyo cumplimiento será supervisado por una entidad de control en la forma prevista en el art. 6. El BOE del 12 de abril publica la lista de las ochenta y seis entidades adheridas inicialmente⁽¹⁰⁾.

El Código de Buenas Prácticas tiene las siguientes características:

1. Sus previsiones solo se aplican si, además de los requisitos exigidos para entender al deudor situado dentro del umbral de exclusión, el precio de adquisición de la vivienda no supera los topes del art. 5.2, que se determinan en función de la población del municipio⁽¹¹⁾.
2. Sus efectos se desarrollan en tres fases:
 - A) Medidas previas a la ejecución hipotecaria:
 - a) Pueden solicitarse incluso iniciado el procedimiento de ejecución, hasta el anuncio de la subasta.
 - b) Hecha la solicitud, la entidad deberá presentar, en el plazo de un mes, un plan de reestructuración de la deuda, que deberá incluir:
 - Una carencia en la amortización de capital de cuatro años.
 - La ampliación del plazo de amortización hasta cuarenta años desde la concesión del préstamo.

- La reducción del tipo de interés aplicable a Euribor + 0,25 puntos durante la carencia.
 - c) La novación que se formalice estará exenta del Impuesto sobre Actos Jurídicos Documentados (art. 8).
 - d) Si la refinanciación planteada significa que la cuota hipotecaria sigue siendo superior al 60 % de los ingresos conjuntos de la unidad familiar, el plan se considera inviable, de lo cual la entidad debe advertir al presentarlo, señalando la posibilidad de solicitar las medidas complementarias siguientes.
- B) Medidas complementarias, cuando el plan resulte inviable:
- a) El deudor podrá solicitar una quita en el capital pendiente de amortización que la entidad tendrá facultad para aceptar o rechazar en el plazo de un mes a contar desde la acreditación de la inviabilidad del plan.
 - b) Puede ser solicitada aun después de haberse anunciado la subasta.
 - C) Medidas sustitutivas, si ninguna de las dos fases anteriores resulta viable:
 - a) El deudor podrá solicitar, en el plazo de doce meses desde la solicitud de reestructuración, la dación en pago de la vivienda, quedando obligada la entidad a aceptarla.
 - b) La entrega de la vivienda podrá hacerse a la propia entidad o a un tercero que esta designe.
 - c) El deudor podrá permanecer un plazo mínimo de dos años como arrendatario pagando una renta anual equivalente al 3 % del importe de la deuda pendiente en el momento de la dación. Durante dicho plazo, el impago de la renta devengará un interés de demora del 20 %. La disposición adicional única del Real Decreto Ley establece

unas previsiones aplicables a estos contratos, introduciendo algunas modificaciones en la Ley de Arrendamientos Urbanos⁽¹²⁾.

- d) La dación en pago no será aplicable cuando ya se haya anunciado la subasta o si la vivienda está gravada con cargas posteriores.
- e) La entidad será sustituta del cedente, en el Impuesto sobre el Incremento del Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana, sin facultad de repercutir de este lo en su caso pagado; la eventual ganancia patrimonial estará exenta de IRPF (art. 8).

La *cancelación de hipoteca* derivada de la dación en pago tendrá bonificados los aranceles en un 50 %.

3. El art. 7 del Real Decreto Ley establece la responsabilidad del deudor que busque beneficiarse fraudulentamente de las previsiones contenidas en el Código de Buenas Prácticas.

B) En cuanto a los mecanismos de FLEXIBILIZACIÓN DE LOS PROCEDIMIENTOS DE EJECUCIÓN HIPOTECARIA que anuncia el art. 1, se concretan y limitan al procedimiento de ejecución extrajudicial, que se modifica (Capítulo IV, art. 12) cuando se siga contra la vivienda habitual del deudor.

La principal característica de la reforma es la limitación a una única subasta, por el tipo pactado en la escritura, frente a las tres subastas previstas para dicho procedimiento, con carácter general, en los arts. 129 LH y 234 a 236 RH

La principal característica de la reforma es la limitación a una única subasta, por el tipo pactado en la escritura, frente a las tres subastas previstas para dicho procedimiento, con carácter general, en los arts. 129 LH y 234 a 236 RH. El acta deberá quedar abierta hasta que trans-

curra el último de los plazos previstos en el procedimiento, pues, según cuál fuera el resultado de la subasta, caben adjudicaciones posteriores. Las opciones son las siguientes:

- 1.ª opción: que NO haya posturas. En este caso (n.º 5), el acreedor tiene veinte días para adjudicársela por el 60 % del valor de tasación.
- 2.ª opción: que SÍ haya posturas y ALGUNA/S supere/n el 70 % del valor de tasación. En este caso, se adjudica al mejor postor (n.º 1).
- 3.ª opción: que SÍ haya posturas, pero NINGUNA supere el 70 % del valor de tasación. En este caso, el desarrollo es el siguiente:
 - a) El deudor (n.º 2) tiene diez días para presentar a un tercero que ofrezca:
 - Más del 70 % del valor de tasación.
 - Lo suficiente para cubrir la deuda.
 - b) Si no lo hace, el acreedor tiene (n.º 3) cinco días para adjudicársela por el 60 % del valor de tasación.
 - c) Si el acreedor tampoco lo hace, se la adjudica (n.º 4) el mejor postor, si su postura:
 - Supera el 50 % del valor de tasación.
 - Cubre la cantidad reclamada por todos los conceptos.
 - d) Si no se da ninguno de dichos requisitos, se aplica el art. 236, letra n), RH y, en consecuencia, se cierra el acta, quedando expedita la vía judicial.

El resultado es que nunca va a haber una adjudicación por menos del 50 % del valor de tasación, que sube al 60 % si el adjudicatario es el acreedor, con lo cual se sigue la línea marcada desde este Colegio, en primer lugar, y a continuación, desde el Consejo General del Notariado, evitando los perjuicios derivados de la aplicación literal del Reglamento

Hipotecario en la regulación de este procedimiento con carácter general.

El diseño, en cualquier caso, no deja de suscitar dudas⁽¹³⁾ y cabe que sea mejorado cuando el legislador cumpla con su previsión de reformar en su conjunto el procedimiento extrajudicial (disposición final 3.ª). Los mayores problemas parece que se presentan en relación con la necesidad de confirmar que la hipotecada es la vivienda habitual del deudor y con la manera de hacer dicha confirmación.

A reserva de opiniones mejor fundadas, y dado que la finalidad del procedimiento es incrementar la protección del deudor en dichos casos, la regla principal sería la de exigir siempre al requirente una manifestación al respecto, y, de negar este que la hipotecada sea la vivienda habitual del deudor, pedirle una prueba razonable de la que dejar constancia, teniendo en cuenta:

- Que la habitualidad debe darse en el momento de la ejecución.
- Que no debe considerarse suficiente, ni en un sentido ni en otro, la mera manifestación hecha en la escritura de hipoteca.
- Que si el deudor reconoce que no es la vivienda habitual, debe considerarse prueba suficiente.
- Que parece admisible (y conveniente, a falta de mejores pruebas), dado que el sistema no introduce modificaciones hasta el momento de la subasta, publicar los edictos haciendo constar los datos de que se dispongan, en orden a que pueda en su caso el deudor presentar prueba al respecto.

Como cuestión de Derecho transitorio, cabe recordar la Circular del Consejo General del Notariado según la cual:

Atendida la importancia de la materia y en aras de hacer efectivos los prin-



cipios constitucionales previstos en los arts. 39 («Protección de la familia») y 47 («Derecho a una vivienda digna») de la Constitución Española, entiende que lo dispuesto en el art. 12 de dicho Real Decreto Ley debe entenderse **de aplicación a todo procedimiento de ejecución extrajudicial que no hubiera concluido al tiempo de su entrada en vigor**, ya se trate de aquel en el que todavía no se ha producido subasta, en cuyo caso deberá sujetarse el procedimiento a la innovación legal (esto es, solo una subasta, si la vivienda es habitual), como si se hubiera producido primera o segunda subasta, en cuyo caso será de aplicación para la tercera subasta que estuviera anunciada los límites en cuanto al valor de adjudicación de la única subasta prevista en el art. 12 del Real Decreto Ley 6/2012.

«Lo esencial, pues, es que, respecto de todo procedimiento de ejecución extrajudicial de vivienda habitual, no se produzcan adjudicaciones por valor inferior al del 60 % del tipo de la primera subasta, si ya se hubiera celebrado esta. Igualmente, de haberse producido esa primera subasta, para la segunda o, en su caso, tercera será de aplicación dicho límite del 60 %».

- (1) No debe entenderse anticipada, sin embargo, y a pesar de incluirse en esta Sección, la entrada en vigor de la norma que acabamos de comentar (art. 26.2) sobre información respecto a la variabilidad de las cuotas, puesto que es adicional a la que, con carácter general, se deberá suministrar a partir del 29 de julio.
- (2) Recordemos que la Ley 19/2003, de 4 de julio, sobre régimen jurídico de los movimientos de capitales y de las transacciones económicas con el exterior, establece, en su art. 1, un principio general de libertad en relación con «cualesquiera actos, negocios, transacciones y operaciones entre residentes y no residentes que supongan o de cuyo cumplimiento puedan derivarse cobros y pagos exteriores, así como las transferencias de o al exterior y las variaciones en cuentas o posiciones financieras deudoras o acreedoras frente al exterior, sin más limitaciones que las dispuestas en esta Ley y en la legislación sectorial específica», pero, al mismo tiempo, determina, en su art. 3, que, a efectos de información administrativa y estadística, todos estos actos, negocios, transacciones y operaciones deberán ser declarados por las personas

físicas o jurídicas que los realicen y por las entidades de crédito, las empresas de servicios de inversión y otros intermediarios financieros que intervengan en su realización por cuenta de sus clientes.

- (3) También aquí puede recordarse que la Ley 19/2003, en su art. 2, vincula los conceptos *residencia* y *no residencia* en España, por lo que a las personas físicas se refiere, con el de *residencia habitual*, y este, a su vez, con lo previsto al respecto en la normativa fiscal; en cuanto a las personas jurídicas, los vincula con su domicilio social.
- (4) Todo ciudadano de un Estado miembro de la Unión Europea o de otro Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo tiene derecho de residencia en el territorio del Estado español por un período superior a tres meses si:
 - a) Es un trabajador por cuenta ajena o por cuenta propia en España.
 - b) Dispone, para sí y los miembros de su familia, de recursos suficientes para no convertirse en una carga para la asistencia social en España durante su período de residencia, así como de un seguro de enfermedad que cubra todos los riesgos en España.
 - c) Está matriculado en un centro público o privado, reconocido o financiado por la Administración educativa competente con arreglo a la legislación aplicable, con la finalidad principal de cursar estudios, inclusive de formación profesional, y cuenta con un seguro de enfermedad que cubra todos los riesgos en España y garantice a la autoridad nacional competente, mediante una declaración o por cualquier otro medio equivalente de su elección, que posee recursos suficientes para sí y los miembros de su familia para no convertirse en una carga para la asistencia social del Estado español durante su período de residencia.
 - d) Es un miembro de la familia que acompaña a un ciudadano de la Unión Europea o de otro Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, o va a reunirse con él, y que cumple las condiciones contempladas en las letras a), b) o c).
- (5) REDACCIÓN ANTERIOR:
 - a) La vivienda debe gozar de cédula de habitabilidad vigente o, en el caso de las viviendas de protección oficial, de la calificación definitiva y, en los casos de municipios acogidos a lo dispuesto en el art. 26.5, de la licencia de primera ocupación para las viviendas libres, documentos que deben entregarse a los adquirentes o usuarios. Solo en el supuesto de transmisión de viviendas que no sean de nueva construcción, los adquirentes pueden exonerar de forma ex-

presa de esta obligación a los transmitentes siempre que, mediante un informe emitido por un técnico competente, se acredite que la vivienda puede obtener la cédula de habitabilidad después de la ejecución de las obras de rehabilitación.

- (6) Art. 222.2. Poder en previsión de pérdida sobrevenida de capacidad
 - 1. No es preciso poner en tutela a las personas mayores de edad que, por causa de una enfermedad o deficiencia persistente de carácter físico o psíquico, no pueden gobernarse por sí mismas, si a tal efecto han nombrado a un apoderado en escritura pública para que cuide de sus intereses.
 - 2. El poderdante puede ordenar que el poder produzca efectos desde el otorgamiento o bien establecer las circunstancias que deben determinar el inicio de la eficacia del poder. En el primer caso, la pérdida sobrevenida de capacidad del poderdante no comporta la extinción del poder. El poderdante también puede fijar las medidas de control y las causas por las que se extingue el poder.
 - 3. Si en interés de la persona protegida llega a constituirse la tutela, la autoridad judicial, en aquel momento o con posterioridad, a instancia del tutor, puede acordar la extinción del poder.
- Art. 222.44. Autorización judicial
 - 1. La autorización judicial se concede en interés de la persona tutelada en caso de utilidad o necesidad debidamente justificadas, previa audiencia del Ministerio Fiscal.
 - 2. La autorización no puede concederse de forma general. Sin embargo, puede otorgarse con este carácter para una pluralidad de actos de la misma naturaleza o referidos a la misma actividad económica, aunque sean futuros. En todos los supuestos, deben especificarse las circunstancias y características fundamentales de dichos actos.
 - 3. **El apoderado, de acuerdo con el art. 222.2.1, necesita la autorización judicial para los mismos actos que el tutor, salvo que el poderdante la haya excluido expresamente.**
 - 4. La autoridad judicial, si la repercusión económica del acto de disposición o gravamen que debe autorizarse supera los 50.000 euros, puede solicitar al tutor que aporte un informe técnico elaborado por un agente de la propiedad inmobiliaria, un economista o un censor jurado de cuentas o auditor independiente, según la naturaleza del acto. Tienen la consideración de independientes los profesionales imparciales escogidos por los colegios profesionales de listas o censos predeterminados.
- (7) 3. La aprobación definitiva de los proyectos de actuaciones específicas de interés

público no incluidas en un plan especial urbanístico es requisito para poder tramitar las licencias o autorizaciones municipales relativas a la actuación, que, sin embargo, pueden ser tramitadas simultáneamente, condicionadas siempre a la aprobación del proyecto. No obstante, pueden establecerse por reglamento los supuestos en que, dada la escasa entidad de las obras o de la superficie de suelo afectada por la actuación, no es exigible la aprobación del proyecto. En dichos supuestos, para otorgar las correspondientes licencias o autorizaciones municipales, se requiere el informe previo favorable de la comisión territorial de urbanismo que corresponda.

- (8) La regulación de la licencia de primera ocupación se contenía en los arts. 90 y 91 del Decreto 179/1995, de 13 de junio, del reglamento de obras, actividades y servicios de los entes locales, que ahora se derogan. Según el primero, la misma «acredita el cumplimiento de las condiciones impuestas en la licencia de obras», norma que venía recogida también en el apartado 2 del art. 27 de la Ley 18/2007, de 28 de diciembre, del derecho a la vivienda, el cual, a su vez, había sido modificado (desapareciendo dicho apartado) por la Ley 9/2011, de 29 de diciembre, de promoción de la actividad económica (DOGC de 30 de diciembre), limitándose desde entonces a decir lo que antes era su apartado 1: «La licencia de obras de edificación garantiza que el proyecto cumple las condiciones de calidad de la vivienda y del edificio de viviendas que establece el art. 22». Es decir, con el régimen anterior, podíamos concluir que la licencia de obras acreditaba que el proyecto se ajusta a la ley, y la licencia de primera ocupación, que la obra ejecutada se ajusta a la licencia de obras. Ahora, esta segunda acreditación relativa a la obra ya ejecutada y la correspondiente

autorización administrativa que la misma conllevaba han desaparecido.

- (9) Se considerarán situados en el umbral de exclusión aquellos deudores de un crédito o préstamo garantizado con hipoteca sobre su vivienda habitual cuando concurren en ellos todas las circunstancias siguientes:
- a) *Que todos los miembros de la unidad familiar carezcan de rentas derivadas del trabajo o de actividades económicas. A estos efectos, se entenderá por unidad familiar la compuesta por el deudor, su cónyuge no separado legalmente o pareja de hecho inscrita y los hijos, con independencia de su edad, que residen en la vivienda.*
 - b) *Que la cuota hipotecaria resulte superior al 60 % de los ingresos netos que perciba el conjunto de los miembros de la unidad familiar.*
 - c) *Que el conjunto de los miembros de la unidad familiar carezca de cualesquiera otros bienes o derechos patrimoniales suficientes con los que hacer frente a la deuda.*
 - d) *Que se trate de un crédito o préstamo garantizado con hipoteca que recaiga sobre la única vivienda en propiedad del deudor y concedido para la adquisición de la misma.*
 - e) *Que se trate de un crédito o préstamo que carezca de otras garantías, reales o personales, o, en el caso de existir estas últimas, que en todos los garantes concurren las circunstancias expresadas en las letras b) y c).*
 - f) *En el caso de que existan codeudores que no formen parte de la unidad familiar, deberán estar incluidos en las circunstancias a), b) y c) anteriores.*
- (10) Se trata de la práctica totalidad de las entidades, a excepción de aquellas entidades extranjeras con sede en España, como Citibank, Deutsche Bank, Banco Caixa Geral, Banco Espírito Santo, Lloyds Bank International o el Banco Pichincha.
- (11) La clasificación es la siguiente:

a) *Para municipios de más de 1.000.000 de habitantes: 200.000 euros.*

b) *Para municipios de entre 500.001 y 1.000.000 de habitantes o los integrados en áreas metropolitanas de municipios de más de 1.000.000 de habitantes: 180.000 euros.*

c) *Para municipios de entre 100.001 y 500.000 habitantes: 150.000 euros.*

d) *Para municipios de hasta 100.000 habitantes: 120.000 euros.*

- (12) Los contratos de arrendamiento que se suscriban como consecuencia de la aplicación del Código de Buenas Prácticas se considerarán contratos de arrendamientos de vivienda y estarán sujetos a la Ley de Arrendamientos Urbanos, excepto a lo previsto en sus arts. 9 y 18 (plazo mínimo y actualización de renta), con las especialidades que se regulan a continuación:

— *La duración será de dos años, sin derecho a prórroga, salvo acuerdo escrito de las partes.*

— *La renta durante el período de dos años quedará establecida de conformidad con los parámetros del Código de Buena Prácticas. Después, se aplicarán criterios de mercado.*

— *Procederá el desahucio del arrendatario tras seis meses de impago de la renta sin que este se haya regularizado en su integridad. También, si transcurrido el plazo de dos años de duración, el arrendatario no desalojara la vivienda.*

- (13) ¿Podría el deudor, por sí mismo, mejorar la postura inferior al 70 % o únicamente «si presenta a un tercero»? ¿Cabría esa misma opción cuando no ha habido posturas o solo «cuando la mejor postura presentada fuera inferior al 70 %»? ¿Debe entenderse (como parece lógico) que el valor mínimo por el que el acreedor se adjudicaría la finca en la opción 3, letra b), será igual al de la postura efectuada?

Comparar. Conversaciones con Rodolfo Sacco

Rodrigo Míguez Núñez
 Doctor en Derecho Civil
 por la Universidad de Turín.

Doctor en Derecho y Ciencias Sociales
 por la EHESS de París.

Investigador en Derecho Privado
 en la Universidad de Turín.

Profesor asociado del International
 University College de Turín

I. Italia y el Derecho Comparado

1. La ciencia jurídica italiana es célebre
 por su rica tradición en Derecho Com-

parado. Me pregunto si existe una causa estructural que explique el éxito de la comparación jurídica italiana respecto a otras experiencias europeas. ¿Podrías explicar los motivos que se hallan en la base de este fenómeno?

Rodolfo Sacco (R. S.) ⁽¹⁾: No es posible dar a tu pregunta una respuesta absoluta. Es factible, en cambio, sostener una hipótesis que me parece muy plausible.

Una nación puede tener un Derecho completamente autosuficiente, estructurado en fuentes nacionales, explicado e ilustrado por una doctrina nacional, aplicado por una jurisprudencia nacional.

Agreguemos que dicha nación puede estar convencida que su Derecho es el mejor imaginable o el único modelo de valores.

Si una nación se considera autosuficiente, no tiene necesidad de estudiar los modelos extranjeros. Podrá hacerlo por curiosidad o por amor al saber, pero no con el objeto de encontrar soluciones positivas a imitar, ni modelos científicos de los cuales aprender, ni precedentes judiciales útiles.

Si, además, dicha nación o cultura está convencida que el único modelo de valores es el propio, puede permitirse informarse sobre los modelos ajenos solo por pasatiempo o por amor a lo exótico, pero no lo hará para acrecentar su propia experiencia.



FICHA TÉCNICA



Resumen: El presente trabajo propone un diálogo sobre el recorrido y las proyecciones del Derecho Comparado a partir de la experiencia italiana. Se exploran diversos aspectos metodológicos relativos a la técnica moderna de la comparación. El texto corresponde a una serie de conversaciones mantenidas en Turín durante el mes de diciembre de 2010 con Rodolfo Sacco, quien, tras haber contribuido por más de sesenta años al establecimiento de las bases del Derecho Comparado en Italia, testimonia su inagotable labor difusora de las alternativas científicas de la comparación en diversos campos de las ciencias sociales.

Palabras clave: Derecho Comparado, Italia, ciencia jurídica, antropología, lingüística, Latinoamérica.

Abstract: This paper is in the form of a dialogue on the subjects of the Italian approach to studies in comparative law: the ground covered hitherto, and prognostications for the future. It explores various aspects of the methodology inherent in modern comparative technique. The text consists of a series of conversations with Rodolfo Sacco, which took place in Turin in December 2010. Professor Sacco has for over sixty years worked to lay the foundations of Italian comparative law, and this dialogue testifies to his unceasing efforts to disseminate scientific alternatives in comparative methodology in a number of different branches of the social sciences.

Keywords: Comparative law, Italy, legal science, anthropology, linguistics, Latin America.

Estaban convencidos de poseer el único modelo válido los doctores del Derecho Común, que consideraban *ius asininum* las costumbres de las aldeas y de los campos.

El Jurista italiano conoce dos verdades: advierte que su conocimiento jurídico se forma de componentes franceses, alemanes y americanos y sabe, además, que el Derecho italiano ha podido y puede crecer gracias a las ayudas provenientes del exterior

Estaban convencidos de poseer el único modelo válido los juristas formados sobre los supuestos del iluminismo y del racionalismo. Redactados los grandes códigos en torno al 1800, ellos creían que, fuera de las sugerencias provenientes de la razón, no podía existir un Derecho positivo capaz de colmar el espíritu humano.

Estaban convencidos de tener acceso al conocimiento perfecto del dato jurídico (capaz de transmitir una solución práctica incontestable) los juristas de la escuela conceptual y sistemática, encabezados por Savigny y Puchta.

Estaban convencidos de recorrer la única vía capaz de conducir al hombre a la prosperidad, lejos de los horrores del egoísmo, de la explotación y de los antagonismos

mos sociales, los juristas del área socialista (1917-1990).

Se sentían convencidos de poseer un sistema construido por un Dios omnisciente y omnipotente los musulmanes, para quienes el Derecho es revelado.

En otro ámbito, los franceses disponen de leyes francesas, ilustradas por una doctrina nacional fecunda y creativa, aplicada por una jurisprudencia nacional muy atenta y bien preparada.

Los ingleses poseen un sistema confeccionado mediante diversas estratificaciones sucesivas, un sistema siempre sensible a las exigencias sociales, siempre dispuesto a volver a discutir sobre la solución gradualmente edificada. Sus cortes tienen mucho mérito en dicha ininterrumpida creación. Además, una docta transmisión del saber jurídico se realiza en las universidades y cortes.

Los alemanes saben que, cuando el sistema basado sobre el método conceptual comenzó a delinearse, los escandinavos, los rusos, los balcánicos, los italianos y, siguiendo su ejemplo, los españoles, los portugueses y los latinoamericanos (en una palabra, todo el mundo entonces *romanista*, con la exclusión del área francófona) abandonaron sus propios métodos de análisis jurídico para apropiarse del método germánico e imitarlo.

En estas condiciones, se puede ya formular la hipótesis según la cual Francia, In-

laterra y Alemania no se sienten invitadas a comparar, pues dichas naciones disponen de un sistema autosuficiente y satisfactorio.

Una explicación especial debe buscarse para el caso de España: quizás la imitación del modelo extranjero ha ido acompañada por una admiración, algo enceguecida, del modelo imitado.

En Italia, la imitación de la ley, de la doctrina y, en menor medida, de la jurisprudencia francesas fue, durante gran parte del siglo XIX, completamente consciente. Fue también consciente la recepción de la doctrina germánica, sobrevenida durante el periodo 1880-1950. Fue asimismo consciente, luego de 1945, el préstamo de modelos americanos en el campo del Derecho Constitucional, de los derechos humanos, del procedimiento penal, etc.

El Jurista italiano conoce dos verdades: advierte que su conocimiento jurídico se forma de componentes franceses, alemanes y americanos y sabe, además, que el Derecho italiano ha podido y puede crecer gracias a las ayudas provenientes del exterior.

2. ¿Cómo nace el estudio del Derecho Comparado en Italia?

R. S.: Nadie ha intentado redactar una historia razonada, que sería, por cierto, interesante. Me parece que se han alternado, sucedido y acompañado obras de yuxtaposición de normas diversas, extraídas de sistemas diversos, que no son aún auténticas obras de comparación, pero que, en alguna medida, ofrecen a la comparación un precedente, una legitimación, una introducción.

En el siglo XIX, los juristas franceses colmaban las lagunas de los códigos con el análisis racionalista, mientras que los italianos, en cambio, recurrían al Derecho Romano, que, como base histórica de todos los sistemas continentales, era considerado un todo unitario junto a «los principios generales del Derecho». Cuando el Jurista italiano reflexionaba sobre el Derecho, le venía a la mente la regla de origen francés, en vigor en su país, y junto a ella, la regla romana. El escritor indicaba las fuentes presentes en el código, agregando los fragmentos del *Digesto*. Al interpretar, el precedente romano jugaba a favor de la solución que él adoptaba. La regla romana y la regla francesa podían ser paralelas o no coincidentes: el intérprete se pronunciaba al respecto y tal



confronto constituía, en modo embrionario, un juicio comparativo.

La regla fiel al modelo francés era vista como hija de la razón y, como tal, perfecta y no comparable a otra. Sin embargo, se admitía que los legisladores de cada Estado pudiesen competir para expresar la regla de la razón en el modo más fiel, más coherente (o menos lagunoso) y lingüísticamente más acertado. Aparecía, por ende, legítima la comparación entre «legislaciones», entre fenotipos legislativos derivados de un único genotipo⁽²⁾. He aquí, entonces, las ediciones del Código Albertino (adoptado en el Reino de Cerdeña), que portaban, de manera reducida, la regla tomada de los códigos del Reino de las Dos Sicilias, del Gran Ducado de Toscana, del Ducado de Parma y del Ducado de Módena. En Francia, en 1869, una célebre asociación de juristas, abierta también a extranjeros, se fundaba bajo el nombre de Société de Législation Comparée.

Notables autores se han medido con la yuxtaposición razonada de las fuentes escritas. El gran Gabba y Re con él, entre otros autores, se distinguieron al recopilar ordenadamente los datos sobre la condición jurídica de la mujer u otros argumentos⁽³⁾. Nos encontramos a fines del siglo XIX.

En un momento más reciente, durante el siglo XX, algunos especialistas en Derecho Comercial comenzaron a preguntarse con qué regla se confrontaría el comerciante si atravesaba la frontera de su país de origen. Ya no se trataba de averiguar qué legislador había formulado en modo superior una norma compartida por los demás. Esta vez se trataba de evidenciar las diferencias, los grandes o pequeños contrastes. He aquí la aparición de Sarfatti⁽⁴⁾, Sraffa⁽⁵⁾, Ascarelli⁽⁶⁾ y Rotondi⁽⁷⁾, autores que medían las distancias entre las varias soluciones jurídicas.

Mientras tanto, entre los civilistas, se verificaba el deseo de conocer las soluciones diversas a las propias. Estoy seguro que Pacchioni⁽⁸⁾ conocía bien al menos una parte de la doctrina inglesa. Venezian dominaba el Derecho austriaco y de otros países⁽⁹⁾. Curiosamente, estos doctos autores no lucían su saber, que consideraban fruto de una curiosidad, privada de auténtico valor formativo o cognoscitivo.

Sin embargo, a estas alturas existían todas las premisas para que la comparación naciera (y ya madura).

3. Los estudios comparativos en Italia nacen y continúan durante gran parte del siglo XIX con un marcado carácter ius-privatista. ¿Es posible afirmar que la comparación jurídica en Italia prefiere un área del Derecho a otra?

R. S.: El conocimiento del Derecho extranjero tiende a agotarse en una pura yuxtaposición de normas toda vez que la investigación del Jurista se limita al conocimiento de la regla y a su explicación. Requiere, en cambio, delicados confrontes, meticulosas mediciones de las semejanzas y de las diferencias allí donde la investigación del Jurista mire al conocimiento de los textos, al análisis de las construcciones teóricas que sirven para calificar los hechos y los nexos y, en fin, a la verificación de lo que ocurre en el momento de la aplicación de la norma.

La comparación es ciencia cuando fabrica tales cotejos y análisis. Pues bien, todo ello ha ocurrido con prioridad en el tiempo y con mayor riqueza de resultados en el ámbito del Derecho Civil. Pero luego ha ocurrido lo mismo en el área del Derecho Constitucional, en el campo del Derecho Comercial, en el área procesal (tanto civil como penal), en el sector del Derecho Penal, en el área del Derecho Administrativo... Hoy comienza a desarrollarse vigorosamente en el área del Derecho Fiscal, del Derecho relativo al culto (esto es, del Derecho Eclesiástico, de las relaciones entre Iglesia y Estado) y del Derecho de las comunidades de creyentes (esto es, el Derecho Canónico).

4. Te propongo una cuestión sobre la cual te habrán ya interrogado. Se afirma frecuentemente que los nombres de Mauro Cappelletti, Gino Gorla y Rodolfo Sacco constituyen la base del Derecho Comparado italiano. En sus obras sobre el contrato y sobre la responsabilidad civil, Gorla habla al civilista subrayando el valor de la comparación y del conocimiento del Derecho extranjero. Cappelletti, en sus trabajos publicados en inglés y en francés, habla al mundo sobre el uso del método comparativo en materias relativas al proceso civil, la jurisprudencia y la Justicia. Tú, en cambio, te has esforzado por desarrollar una terminología comparativa e introducir el estudio de la comparación en las facultades de Derecho. ¿Cuál es, desde tu perspectiva, la mayor contribución de cada uno en sus diversos ámbitos?

R. S.: Gorla es el primero en analizar críticamente las relaciones entre el dato normativo y el aparato conceptual, sobre el cual se basan las clasificaciones y las definiciones jurídicas. Luego analiza el Derecho extranjero y ello le ayuda a verificar si, en el interior del sistema que estudia, la norma codificada o verbalizada corresponde a la definición teórica de la categoría⁽¹⁰⁾.

Cappelletti⁽¹¹⁾ constriñe al Jurista italiano a observar de cerca y sin perjuicios el modelo extranjero y a preguntarse si aquel modelo podría servir a los italianos (tal cual o con las modificaciones que se puedan sugerir).

Yo he sostenido que no existe una verdadera comparación sino cuando se reconstruyen separadamente todos los formantes⁽¹²⁾ de cada uno de los sistemas estudiados: la legitimación de la norma (por ejemplo, la revelación divina en el Derecho islámico), el texto de la ley, los conceptos mediante los cuales se clasifican los hechos y las relaciones jurídicas, las reglas, las decisiones judiciales, sus motivaciones y, finalmente, los ejemplos propuestos por la doctrina para explicar la regla.

Cuando regresamos en el tiempo, nos encontramos con autores como Amari y Sarfatti, que se encuentran aún ligados a la legislación comparada (Amari) o a la yuxtaposición de normas (Sarfatti).

Francesco Saverio Nisio ha escrito que yo pienso pasar a la posteridad por la doctrina de la disociación de los formantes, pero que me equivoco, porque seré, en cambio, recordado por mi teoría del Derecho mudo

5. Si me permites insistir, ¿cuál crees que ha sido tu mayor aporte al conocimiento del Derecho Comparado?

R. S.: Al reseñar mi obra dedicada a la antropología jurídica⁽¹³⁾, Francesco Saverio Nisio⁽¹⁴⁾ ha escrito que yo pienso pasar a la posteridad por la doctrina de la disociación de los formantes, pero que me equivoco, porque seré, en cambio, recordado por mi teoría del Derecho mudo⁽¹⁵⁾.



De la disociación de formantes ya he hablado. En Francia y Bélgica, rige, desde hace más de doscientos años, el Código de Napoleón. En base a él, los franceses admiten que el acto de enajenación del heredero aparente sea eficaz respecto al tercero de buena fe, mientras que los belgas, sin embargo, adoptan la solución opuesta. La comparación debe dominar estas situaciones, preguntarse qué fuentes, además de la ley, operan en Francia y en Bélgica, y así sucesivamente.

En cuanto al Derecho mudo, ha precedido históricamente al Derecho establecido por escrito y a los actos jurídicos concluidos mediante declaraciones de voluntad. El hombre primitivo, de hecho, no tenía uso de la palabra y las reglas sociales que adoptaba (quizás no tan distintas de las de los primates) eran, por cierto, mudas. Cuando el hombre comenzó a hablar, no reemplazó de golpe todo el Derecho mudo con un nuevo Derecho hablado. Las viejas instituciones, en parte, subsistieron y el hombre no siempre se ha preocupado de verbalizarlas o escribirlas. Gracias a la costumbre, hoy sobreviven muchas reglas mudas (piénsese en la ocupación de hongos o bayas, donde se adquiere la propiedad aun donde el Código Civil asigna al titular del suelo la propiedad de los frutos; piénsese en los contratos y las relaciones de hecho). Dichas reglas juegan, asimismo, un rol importante en la aplicación del Derecho escrito, de las cuales, en no pocas ocasiones, solo el comparatista descubre su existencia⁽¹⁶⁾.

En Italia, la ciencia comparada goza hoy de buena salud. A estas alturas, todas las ramas del Derecho son estudiadas de forma comparada mediante análisis profundos

La pregunta a la que respondo es relativa a mi aporte al conocimiento del Derecho Comparado... Pues bien, yo he contribuido actuando en el ámbito de los mecanismos de la educación jurídica. Con un trabajo de más de treinta años (1961-1994), he convencido a todas las facultades de Derecho italianas para que enseñen el Derecho Comparado (según una solución ideal, ello debía ocurrir mediante la imposición de un curso de sistemas jurídicos comparados, continuado por cursos sobre la *common law*, Derecho islámico, Derecho africano, Derecho

del Extremo Oriente y, luego, por ramos, sobre Derecho Privado Comparado, Derecho Público Comparado, Derecho Penal Comparado, etc.). Además, he convencido a la Junta de Decanos para que exija que ningún estudiante pueda conseguir el título de Licenciatura en Derecho sino cuando haya seguido un curso de Derecho Comparado. Y he logrado que el Consejo Universitario Nacional hiciera suya dicha petición y, a estas alturas, ya en 1994, el Ministerio dispuso la regla en el modo que yo deseaba⁽¹⁷⁾.

6. ¿Han habido otros aportes originales en los estudios comparativos italianos más recientes?

R. S.: Los comparatistas italianos han abrazado temas de investigación sobre los cuales poco o nada se había reflexionado en el pasado. Entre ellos, el tema más frecuente y la literatura más visible es lo relativo a la ciencia de la traducción jurídica⁽¹⁸⁾, donde destacan nombres como los de Silvia Ferreri⁽¹⁹⁾, Barbara Pozzo⁽²⁰⁾, Elena Ioriatti⁽²¹⁾ y Gianmaria Ajani⁽²²⁾, entre otros.

En Italia, el encuentro entre comparatistas y antropólogos culturales ha permitido el nacimiento de la investigación en el área de la Antropología Jurídica. Nos hemos movido en este ámbito Francesco Remotti⁽²³⁾, Riccardo Motta⁽²⁴⁾, Alba Negri⁽²⁵⁾, Elisabetta Grande⁽²⁶⁾ y yo mismo⁽²⁷⁾.

Gracias al análisis disociado de los formantes, la comparación ha ofrecido al Jurista la posibilidad de conocer, con un juicio crítico meticuloso, su propio Derecho. He aquí que algún comparatista (como Raffaele Caterina⁽²⁸⁾) analiza sabiamente el itinerario cognoscitivo del ser humano. Naturalmente, para hacerlo, es necesario familiarizarse con las neurociencias.

La comparación analiza críticamente el valor de los conceptos y, por tal motivo, se interesa por el estudio de la ontología, especialmente aplicada.

7. ¿Cuál es el estado actual de la ciencia comparada en Italia?

R. S.: En Italia, la ciencia comparada goza hoy de buena salud. A estas alturas, todas las ramas del Derecho son estudiadas de forma comparada mediante análisis profundos.

Destacados comparatistas italianos dirigen investigaciones que envuelven la participación de científicos de todo el mundo: basta pensar en el *Common Core of European Private Law*⁽²⁹⁾, programado y dirigido por Ugo Mattei y Mauro Bussani, del cual se han publicado ya casi dos docenas de volúmenes y en el cual trabajan más de doscientos especialistas.

Diversas obras de comparatistas italianos han sido o son publicadas en inglés (Gino Gorla, Mauro Cappelletti, Ugo Mattei, Mauro Bussani, Elisabetta Grande, Silvia Ferreri, Barbara Pozzo, Antonio Gambaro, Gianmaria Ajani, Michele Graziadei, Guido Alpa o Rodolfo Sacco, entre tantos otros), en alemán, en francés (Gambaro, Sacco, Alpa), en portugués, en ruso, en chino...

II. La enseñanza y la difusión del Derecho Comparado

1. Durante más de treinta años has luchado, con éxito, por introducir cursos de Derecho Comparado en los programas de las facultades de Derecho italianas. ¿Por qué crees que la comparación jurídica se muestra indispensable para la formación del estudiante de Derecho?

R. S.: Quien conoce una ciencia, estudia los fenómenos que le atañen sin limitarse por las fronteras del Estado. El futuro veterinario estudia la zoología, y aunque sepa que trabajará en América, ¿su profesor le ocultará la existencia de elefantes, hipopótamos, gorilas o chimpancés? ¿Se le ocultará al futuro profesor de lengua y literatura castellanas que existe la lengua inglesa o que ha existido Shakespeare? ¿Se le esconderán al futuro profesor de historia el nombre y las andanzas de Napoleón, de Bismarck, de Hitler y de Lenin?

Quien estudia quiere conocer todos los datos, no solo los datos nacionales. Y hay una razón práctica aún más relevante para ello.

El mundo se encuentra cada día más conectado y las mutaciones son siempre más frecuentes. Se comercia entre fronteras; el contratante, cuya industria se emplaza en los Estados Unidos, impone a la contraparte argentina sus propias reglas. Otras veces puede ocurrir que nuestro país quiera imitar un instituto presente en el extranjero; una nación sobresale si co-



noce los modelos extranjeros, si reflexiona sobre su valor y si sabe apropiarse de las creaciones del vecino. En Italia, luego de la última guerra, hemos imitado varias reglas de tipo procesal-penal estadounidenses y desde algunas décadas la Unión Europea introduce en nuestro país reglas provenientes de la experiencia francesa, alemana o estadounidense. Si se está destinado a imitar, es mejor conocer y saber. El hombre de la calle no sabe, pero es necesario que el Jurista sepa.

Existe, además, una última y más significativa razón: hoy se constata que solo la comparación nos permite comprender el sentido de nuestro Derecho. La comparación evidencia los contrastes entre los formantes de nuestro sistema y nos describe las normas que viven, mudas o implícitas, en nuestro ordenamiento. La comparación, en definitiva, es el espejo del Derecho nacional.

2. Siendo más concretos, ¿cuáles son los pasos que el académico debería realizar para introducir la comparación jurídica en las facultades de Derecho?

Hoy se constata que solo la comparación nos permite comprender el sentido de nuestro Derecho. La comparación, en definitiva, es el espejo del Derecho nacional

R. S.: No es fácil responder a esta pregunta con una única y breve respuesta. Los profesores de Derecho interno o nacional (de Derecho Civil, por ejemplo) pueden dedicarse al Derecho Comparado, profundizar temas seleccionados, publicar obras científicas... La comparación tiene su propia fuerza, atrae lectores. En

su tiempo, todos los civilistas italianos leyeron las obras de Gorla, quien tenía la extraordinaria capacidad de hacernos ver que la solución extranjera podía adoptarse por el intérprete italiano sobre la base de nuestros textos legislativos. La difusión del saber comparatístico puede preparar el terreno para una segunda fase: la fase de la enseñanza del Derecho Comparado.

En otros casos, puede ocurrir que el profesor de Derecho interno, tras haberse apoderado del saber comparatístico, solicite a la facultad la autorización para impartir cursos de Derecho Comparado. Se tratará, en un primer momento, de cursos optativos, incorporados a un número limitado de facultades de Derecho. Luego, si el experimento ha sido bien conducido, la iniciativa se expandirá y se imitará⁽³⁰⁾. Es decir, se puede comenzar dando ejemplo.





3. Y en dicho escenario, ¿crees que el comparatista debe difundir su ciencia como un ramo autónomo? Y si es así, ¿cuáles son los medios de los que puede valerse para divulgarla: creación de revistas, institutos...?

R. S.: No existe una respuesta única a tu pregunta. Si se crea una revista de Derecho Comparado en un país donde el saber comparatístico no se encuentra difundido de modo generalizado, dicha revista no será leída por el cultor del Derecho interno y, por ello, los artículos relativos a materias de Derecho Comparado no tendrán visibilidad. Se producirá así un «aislamiento» del Derecho Comparado en unas circunstancias en que el objetivo a alcanzar es el opuesto, esto es, la divulgación de la comparación en la vasta comunidad de juristas. Cuando el peligro del «aislamiento» se supera, existen buenas razones para crear la revista⁽³¹⁾.

La revista mantiene unidos a los comparatistas. Todos los comparatistas tienen algo en común, en razón de los caminos recorridos, de los instrumentos utilizados, de las esperanzas, de las intolerancias comunes. Si existe la revista, esta refleja, de alguna forma, los modos de ser culturales y psicológicos del comparatista, que se reconoce en su revista y esta funciona como una suerte de asociación de comparatistas.

En segundo lugar, la revista publica aquellas noticias que interesan solo al comparatista. Le informa sobre la actividad de la Academia Internacional de Derecho Comparado, de la Asociación Internacional de Ciencias Jurídicas, de la Faculté Internationale de Droit Comparé. La revista ofrece noticias sobre los progresos que derivan (en todo el mundo) de la difusión de la comparación. Provee reseñas de doctrina y jurisprudencia, da informes sobre las principales novedades legislativas en los diversos sistemas.

Un discurso similar puede hacerse para la conjetura de institutos de Derecho Comparado⁽³²⁾. No deben nacer si corren el riesgo de «aislar» la disciplina. Deben nacer si sirven al fin de «conectar» las iniciativas de los comparatistas.

Por cierto, la revista o el instituto deben indudablemente nacer si se encuentra un financiamiento importante a tal objeto. Con el financiamiento se puede aspirar a reunir las más diversas y trascendentes

novedades del mundo: nuevas tendencias científicas, nuevas leyes, decisiones judiciales inesperadas, etc. Los datos a recopilar son ilimitados.

Si piensas en los antiguos países coloniales que crean un nuevo sistema; en los antiguos países socialistas obligados a realizar importantes decisiones; en el Extremo Oriente, que progresivamente se occidentaliza; en el renacimiento de antiguos sistemas sumergidos en Australia, Canadá, en diversos países de América Latina... Si piensas en las instituciones nuevas que hacen su aparición en el Derecho de Familia (el reconocimiento de las uniones de hecho o de las uniones entre homosexuales), en el Derecho de Bienes (*new properties*), etc.

Una revista como aquella de la que hablo debe recoger datos atinentes y minuciosos. Ello requiere una gran organización, la presencia de técnicos y traductores distribuidos en diversos países del mundo. Precisa, además, dirigentes capaces de guiar a los expertos y de filtrar los materiales. Una tarea de tamaño importancia podría ser solamente asumida por un gobierno o por una asociación de varias universidades.

III. Derecho Comparado: recorrido y contenido

1. *Se suele indicar como fecha de nacimiento de la ciencia del Derecho Comparado el primer Congreso de la Société de Législation Comparée de 1900. ¿Existe una razón que explique por qué la ciencia comparatista nace tarde en la historiografía jurídica?*

R. S.: Como ya hemos observado anteriormente, si el Jurista piensa que solo su propio modelo jurídico es el único justo y culturalmente válido, no tendrá interés por estudiar aquellos sistemas diferentes al suyo. Por el contrario, si el Jurista piensa que su Derecho se encuentra estrechamente ligado al modo de pensar de la comunidad a la que pertenece y considera que dicha comunidad tiene caracteres únicos, insulares, irrepetibles, etc., entonces el Jurista concluirá que su Derecho no es comparable con el de las otras comunidades.

Allí donde el Derecho sea percibido como sacro en cuanto modelado en base a una revelación o sobre una Justicia que

es la proyección de la verdad o de valores sobrenaturales, allí donde el Derecho sea percibido como deudor de sus normas a una entidad sobrehumana, universal (esto es, a la razón y a sus luces), el Jurista despreciará aquellos sistemas que diverjan del suyo. Fue este el comportamiento del doctor del Medioevo o del Jurista de la escuela racionalista.

Dondequiera que el Derecho sea percibido como producto de la propia comunidad y el Jurista estime que su comunidad sea infinitamente superior (por conocimiento, sabiduría o virtud) a las demás, este despreciará los sistemas diferentes al suyo. Fue así el actuar del Jurista romano o del inglés hasta hace dos siglos.

La comparación ha nacido cuando juristas de un país han soñado con un modelo jurídico diferente al suyo y lo han encontrado en un país vecino (Montesquieu descubre el Derecho inglés, que correspondía a las ideas racionalistas y liberales que se difundían entonces en Francia). La comparación ha tomado conciencia de sí misma cuando se ha pensado que el Derecho es obra de la comunidad que lo practica y que la cultura de cada comunidad tiene una dignidad para las demás, de modo que el Derecho de cada comunidad es tan legítimo como el de las demás (escuela histórica, que comienza con Savigny).

2. *Has indicado que, en un primer momento, el saber comparativo se limitaba al estudio y confronte de los datos legislativos de las diversas naciones, pero, en lo específico, ¿cuáles han sido las primeras temáticas de la comparación jurídica?*

R. S.: Históricamente, los primeros temas de la comparación han versado sobre los institutos del Derecho Constitucional⁽³³⁾. En cierto momento, en la Europa continental, los ciudadanos comenzaron a encontrar mal ensambladas las relaciones entre el poder público y el privado y constataron que, en Inglaterra, los recursos de la colectividad eran administrados por el Parlamento, que en aquel país operaba una Justicia independiente y que algunos derechos de la persona eran inviolables.

El descubrimiento de unos datos tan interesantes ha generado curiosidad y atracción. Sin embargo, los juristas se limitaron a recopilar los datos más evidentes, de lo que



derivó una simple descripción, más que un análisis comparativo de los sistemas.

3. Y luego, ¿qué sucedió?

R. S.: Hacia mediados del siglo XIX, el pensamiento alemán había alcanzado una plena conciencia sobre la multiplicidad de los ordenamientos y sobre la importancia del análisis comparativo. Jhering proclamaba que, en el futuro, el método de la ciencia jurídica sería comparatístico. En una parte de Alemania (Renania, Baden) se aplicaba el Derecho de origen francés o inspirado en el modelo francés, y por ello los profesores alemanes se dedicaron con empeño a su estudio (las primeras ediciones del célebre manual de Aubry y Rau son una traducción de la obra de Zachariae von Lingenthal; Windscheid, asimismo, estudió a fondo el sistema de la invalidez estatuido por el Código de Napoleón). Con todo, cabe señalar que no resultó de ello una comparación metodológicamente profunda y sistemática.

Más tarde, en Francia, maduraría una novedad más importante. Édouard Lambert explicó a los franceses el sistema de las fuentes inglesas, donde no es central la ley⁽³⁴⁾. Raymond Saleilles dio a conocer a los franceses la centralidad del concepto en la construcción del Derecho, según el método dominante entre los juristas alemanes⁽³⁵⁾.

Durante el siglo XX, el trabajo comparatístico ha seducido a una cantidad creciente de juristas; todos los institutos han sido estudiados con el nuevo espíritu. En cierto momento, han madurado dos hechos nuevos.

Por mérito de René David y de otros estudiosos, se han comenzado a puntualizar los caracteres generales, comunes a todas las reglas de un determinado ordenamiento, respondiendo a preguntas como: ¿se siente el Juez vinculado a lo que enseña la doctrina o la doctrina se da como tarea la ilustración de la obra del Juez?, ¿en qué medida el intérprete está dispuesto a alejarse de la letra de la ley si exigencias sociales trascendentes así lo requieren?, ¿en qué modo es educado y luego seleccionado el futuro Juez?⁽³⁶⁾.

Por mérito de Gorla, de Rudolf Schlesinger, mío y de otros juristas, se ha dado inicio a una comparación atenta a todos los indicadores: a las definiciones, al aporte que el intérprete agrega a la fuente y, junto

a la aplicación de la regla, a la casuística y a las generalizaciones que de ella pueden inferirse.

4. Pero, yendo más allá del influjo de la comparación en el Derecho positivo, ¿cuáles han sido los mayores aportes de la comparación en el análisis del fenómeno jurídico?

R. S.: Creo que la comparación le ha permitido a la ciencia del Derecho descubrir ciertos lentes de aumento muy útiles para la investigación.

El Jurista que conoce diversos ordenamientos puede descubrir que una regla, expresamente enunciada en un sistema (esto es, escrita en la ley y enseñada en la universidad), opera también en otro sistema donde el Juez la mete en acción, aunque sin formularla con claridad.

Es más, el Jurista que conoce diversos ordenamientos jurídicos descubre que a veces un texto de ley presente en diversos países es interpretado y aplicado en modo muy distinto, y ello lo invita a indagar sobre las técnicas interpretativas que han generado el fenómeno o sobre las fuentes agregadas que han operado superponiéndose al texto de la ley.

Los dos fenómenos que he mencionado tienen una importancia y majestuosidad tal que son capaces de conferir una riqueza y fertilidad sin igual al estudio del Derecho conducido con la utilización de la comparación.

5. ¿Cuáles son, a tu juicio, los valores que el Derecho Comparado debe promover y los fenómenos jurídicos que debe combatir?

R. S.: No incumbe a la comparación delinear la escala de valores del Jurista. No incumbe a la comparación en cuanto tal optar por la monarquía o por la república, entre el principio de la voluntad y el de la confianza, entre el mercado y el plan económico, entre el matrimonio indisoluble y el divorcio, entre la prohibición y la libertad de crear uniones de hecho extramatrimoniales, etc.

La escala de valores viene trazada por el politólogo. Por supuesto, el comparatista puede ser al mismo tiempo politólogo y puede entonces trazar una escala de valores, actuando como tal. Sin embargo, mien-

tras obre como comparatista, no elige entre los diversos valores, pero sí ordena todos los materiales en su poder, para así preparar la elección del politólogo.

Entretanto, el comparatista da a conocer los modelos que existen en otros ordenamientos. Luego, indica los inconvenientes que han producido las normas vigentes en el extranjero y los beneficios que han comportado. Analiza entonces la compatibilidad entre el modelo extranjero que alguno quisiera importar y el conjunto de nuestras normas, etc.

El Jurista que conoce diversos ordenamientos puede descubrir que una regla, expresamente enunciada en un sistema (esto es, escrita en la ley y enseñada en la universidad), opera también en otro sistema donde el Juez la mete en acción, aunque sin formularla con claridad

En otro ámbito, observamos que la comparación es altamente educativa, pues enseña el respeto por la cultura ajena. Da a conocer otras culturas y el conocimiento, cuando es verdadero, reporta siempre respeto. Recíprocamente, la comparación es la medicina contra la intolerancia, contra la incompreensión, contra las idiosincrasias culturales, contra la arrogancia, contra la prepotencia.

6. ¿Cómo ves el porvenir de la comparación jurídica?

R. S.: El avenir depende de aquello que el hombre sabrá y que hoy ignora. Si el hombre supiese ahora lo que está destinado a saber en los próximos cien años, el futuro se realizaría ya en el presente.

Una previsión del futuro tiene sentido solamente a modo de indicación de lo que sucederá como efecto del desarrollo de tendencias que comienzan a manifestarse (suponiendo que la tendencia no se invierta) o como inventario de las más recientes novedades.

La tendencia actual, creciente desde hace ya un siglo, es favorable al desarrollo de la investigación y la enseñanza en el área de la comparación. La pobreza que comportan



Internacional

el conocimiento y la enseñanza unilaterales se torna siempre más clara, evidente y notoria.

7. Frente al feliz vaticinio, ¿cuáles son los nuevos desafíos que afronta la disciplina?

R. S.: La comparación jurídica ha hecho nacer la ciencia de la traducción jurídica o traductología⁽³⁷⁾. Para saber si *contract* es traducible como *contrat*, es necesario comparar, y para hacer un discurso comparatístico en francés, debemos saber si podemos llamar *contrat* al *contract* inglés o americano. La comparación ha promovido la aplicación de las ciencias cognitivas al saber jurídico. Se pretende conocer todo en base

a procedimientos que permitan al hombre descubrir los datos que constituyen su ciencia. El comparatista quiere saber hasta qué punto dichos procedimientos son idénticos para todos los grupos humanos, para todas las culturas, bajo todos los cielos. En caso de diversidad, la comparación de datos jurídicos elaborados bajo cielos diversos sería problemática y necesitaría de una estrategia especial.

La comparación, que trabaja por medio de categorías, se encuentra con la ontología aplicada, que someterá a examen crítico, con preocupaciones teóricas y pragmáticas, los conceptos.

La comparación se dirige al hombre (a todos los hombres) y al Derecho. Y es tam-

bién hombre el salvaje que vive en el desierto del Kalahari, en África, o en las surgentes del Orinoco. La comparación genera la antropología jurídica, que estudia, sobre la base de datos reales, las relaciones generales que existen entre la cultura del hombre y el Derecho.

Paralelamente, la comparación se dirige al hombre del pasado lejano e intenta ofrecer hipótesis verosímiles sobre la macrohistoria del Derecho, esto es, sobre la familia del *homo ergaster*, sobre la propiedad del *homo rudolfensis*.

La macrohistoria no pertenece únicamente al historiador. Todo lo que ha existido en la microhistoria y en la historia deja sobrevivir elementos de importancia (a veces de suma importancia) en la realidad actual.

Solo la comparación podía evidenciar la presencia, en todo ordenamiento, de reglas no formuladas ni por el legislador, ni por el teórico, ni por el Juez, aunque todavía operantes en el ordenamiento, símiles por estructura a las antiguas reglas del hombre arcaico, aún no dotado del lenguaje articulado o aún no preparado para emplear el lenguaje articulado para las necesidades del Derecho.

8. Una significativa parte de la historia de la comparación ha sido escrita bajo el supuesto de la unificación del Derecho. Importantes instituciones, como la Academia Internacional de Derecho Comparado (1924), UNIDROIT (1928) y UNCTRAL (1966), han sido creadas bajo dicha hipótesis. Hoy, la Unión Europea emana normas que luego son adoptadas en forma armónica por los estados miembros y el Parlamento Europeo, desde 1989, se ha manifestado a favor de la adopción de un Código europeo común de Derecho Privado. La uniformización se desea, por lo que, de cara a los desafíos que plantea, quisiera saber cuál es, en tu opinión, el rol que compete a la comparación jurídica.

R. S.: La comparación, como la historia, como la biología, es, primeramente, un saber dirigido a lo real, a lo concreto.

En conformidad con la tarea a ella conatural, la comparación afirma la dinámica de la unificación. Podría ocurrir que, sin que la ley cambie, la jurisprudencia de un país mute, imitando a la del país vecino. Podría





también ocurrir que en aquel país, en el cual fuentes diversas y opuestas se superponen (como, por ejemplo, en los países africanos, donde se intercalan fuentes tradicionales y Derecho escrito), una fuente tradicional comience a desvanecerse en determinados sectores de la vida social, etc.

Además de ello, la comparación puede servir a un fin práctico, al pronosticar las dificultades que impiden la unificación o los problemas que derivan de ella.

Si se quiere unificar, es necesario ponderar bien las diversidades entre las normas que se pretenden suprimir y las que se desean introducir. Si se hiciera siempre este análisis, si se estuviera preparado para hacerlo, si se poseyeran los métodos apropiados para hacerlo, se descubriría con frecuencia que las diferencias mayores entre los sistemas a unificar existen en las reglas legales, en la enseñanza de los teóricos y en las generalizaciones formuladas por los tribunales, mientras que las reglas efectivamente aplicadas resultan menos distantes entre sí. En mis obras, he ilustrado a menudo este dato⁽³⁸⁾.

Una segunda apreciación incumbe al comparatista. Con la ayuda del sociólogo, el comparatista podrá extender el inventario de las eventuales reacciones de rechazo o, con mayor frecuencia, de fondo, incluso las posibles «hipercorrecciones», por las cuales se da una aplicación excesivamente amplia a la norma innovadora.

9. Después de más de un siglo de evolución, ¿qué balance se puede realizar sobre la comparación jurídica?

R. S.: Todo el mundo cree que a lo largo de todo el siglo XX y al inicio del nuevo siglo la comparación ha triunfado, ya que ha ofrecido su ayuda a la práctica, sugiriendo modelos a legisladores y jueces.

La comunidad de juristas ha tomado conciencia de la existencia de este nuevo saber. La documentación y la investigación en temas de Derecho Comparado se han extendido difusamente. La educación del joven Jurista se ha abierto a la comparación. En Italia, todo estudiante que pretenda una Licenciatura en Derecho debe afrontar al menos un examen de Derecho Comparado. Institutos de Derecho comparado han nacido en Hamburgo, Lausana, París y otros lugares.

Frente al primero de estos eventos, quisiera formular una reserva: la unificación del Derecho, la imitación, el trasplante de las normas, etc., pueden acaecer sin la comparación. El Derecho justinianeo se difundió en todo el mundo germánico y latino sin necesidad de comparación. El Derecho francés de los tiempos de Napoleón se difundió en todos los continentes sin haber sido precedido por un análisis comparatista. El pensamiento jurídico alemán se difundió en Escandinavia, Rusia, los Balcanes, Italia, España, Portugal y América Latina sin haber sido conducido por la ciencia comparatista.

El verdadero fruto del Derecho Comparado no consiste en el hecho de permitir la circulación de los modelos o la unificación del Derecho, sino en el hecho de hacernos conocer bien, mediante un correcto análisis, nuestro propio Derecho.

Ante todo, la comparación convence al Jurista del hecho que también los sistemas diferentes al suyo pueden merecer respeto y admiración (fue tal el mérito de Savigny, Saleilles y Lambert). Luego, enseña a conocer el Derecho partiendo del problema y no del concepto (Rabel). Y, posteriormente, enseña a investigar sistemáticamente las circunstancias de hecho que han determinado en modo efectivo la decisión del Juez (David). Enseña, además, a comprender, en el análisis de cada sistema, las distinciones, las contraposiciones y las generalizaciones localizables en cada uno de los demás sistemas considerados (Schlesinger)⁽³⁹⁾. De este modo, toma conciencia de la autonomía de los diversos formantes del Derecho (definición contenida en el texto legal, regla legal aplicativa, generalizaciones formuladas por el Juez y Derecho aplicado, categoría y ejemplificación enunciada por el teórico) como, asimismo, de la presencia de masas de Derecho no explicitado (Sacco).

La doctrina de las fuentes del Derecho, la relación entre Derecho y Estado y entre Derecho y lengua del Derecho resultan depuradas. Hoy no se piensa que «el Derecho es», sino que «el Derecho llega a ser».

Para resumir, repito cuanto he dicho: durante el último siglo, la comparación ha asumido tareas siempre más importantes; ha elaborado una teoría de las fuentes del Derecho fiable; ha descrito, contraponiéndolos entre sí, los formantes del Derecho y ha estudiado sus disociaciones; ha profundizado en el tema de la circulación de los modelos; se ha apasionado por la antropo-

logía jurídica, y ha propuesto el tema de la latencia del Derecho (esto es, el Derecho mudo), ofreciendo un punto de partida necesario para el análisis de la relación (todavía bastante misteriosa) entre Derecho y lengua.

IV. La comparación jurídica y otras ciencias

1. En tus obras, la comparación jurídica se presenta en un constante diálogo con otras ciencias sociales. ¿Por qué?

R. S.: La comparación tiene plena percepción de lo que las demás ciencias pueden enseñarle o le enseñan al Jurista. También el Jurista no comparatista sabe que el conocimiento de la visión de lo sobrenatural puede iluminar, en determinadas condiciones, la justificación del Derecho y su significado. Sabe cuánto debe al filósofo, qué le ha enseñado a pensar el Derecho; sabe cuánto debe al historiador; aprende del economista sobre el significado de la producción, del intercambio, del goce de los bienes económicos que luego el Derecho somete a su propio orden.

La unificación implica ponderar las diversidades entre las normas que se pretenden suprimir y las introducidas, concluyéndose que las diferencias mayores existen en las reglas legales, en la enseñanza de los teóricos y en las generalizaciones formuladas por los tribunales, y no en las reglas aplicadas en la práctica

Pero la «historia» enseñada al Jurista concierne el pasado hasta la época de los antiguos romanos o, incluso, hasta el tiempo de los grandes imperios medio-orientales de la Edad del Bronce. El comparatista, en cambio, puede estar interesado en ir más allá.

El Jurista estudia la teoría de las fuentes del Derecho, mientras que el comparatista quiere ir más allá; en último término, desea saber qué normas se encuentran impresas en nuestro ADN y cuáles son fruto de una creación cultural. El comparatista interroga al genetista, busca información entre los

cultores de la etnología humana y, por qué no, animal.

2. *Has introducido en los estudios comparados la expresión «criptotipo» y has hablado sobre el valor de la traducción jurídica en la comparación. Me parece que estos son instrumentos tomados de la lingüística. ¿Podrías explicarme cómo te has inspirado en ella y cuál es su alcance para el análisis comparativo?*

R. S.: He introducido entre los juristas el concepto *criptotipo*⁽⁴⁰⁾. He encontrado dicha expresión en la lingüística, siendo un término que puede servir en áreas mucho más extensas.

Criptotipo, palabra griega, significa 'categoría o regla implícita'. He tomado el vocablo de Whorf⁽⁴¹⁾, quien pone como ejemplo de criptotipo la regla según la cual en algunas lenguas se debe decir «tres trajes oscuros» y no «tres oscuros trajes», mientras se puede decir «tres viejos trajes», y ello aunque ninguna gramática registre la regla.

La utilización de la palabra *criptotipo* no implica ninguna parentela especial entre lingüística y comparación jurídica. El nexos entre la lingüística y la ciencia del Derecho, entre la traductología y la comparación, es, sin embargo y por razones evidentes, importantísimo.

Toda ciencia (y así el Derecho) se expresa en la lengua y por ello la lengua representa el instrumento de la formulación de la verdad científica. Pero, en el caso del Derecho, encontramos un vínculo mayor, pues la fuente autoritativa del Derecho consiste en una ley expresada en palabras, es decir, un dato lingüístico

Toda ciencia (y así el Derecho) se expresa en la lengua y por ello la lengua representa el instrumento de la formulación de la verdad científica. Pero, en el caso del Derecho, encontramos un vínculo de mayor factura entre lengua y objeto del conocimiento científico: la fuente autoritativa del Derecho consiste en una ley expresada en palabras, es decir, un dato lingüístico. Y entonces el Jurista y el lingüista se pregun-

tan, interesados en profundizar la cuestión: ¿aquella palabra, aquella frase, tiene un significado objetivo?, ¿el término jurídico tiene un referente que pueda servir para determinar un significado? Para comprender el texto, debemos interpretarlo, pero ¿qué quiere decir *interpretar*?, ¿cómo se desarrolla una interpretación en general y la interpretación del Derecho en particular?, ¿es cierto que el intérprete del Derecho puede precomprender el significado del texto aun antes de leerlo?

En el ámbito de la traducción, encontraremos los siguientes interrogativos. Puesto que al vocablo jurídico no le corresponde un referente, ¿es posible pensar que el término jurídico inglés tenga un correspondiente en lengua alemana, friulano o chino?, ¿en qué casos y en base a qué circunstancias podría existir correspondencia? Y si la correspondencia falta, ¿se puede comparar?, ¿se puede formular el resultado de la comparación?

A cuanto he dicho, agregaré un dato extrínseco. La ciencia lingüística se dirige, al igual que la ciencia del Derecho, a un particular aspecto de la cultura humana. La lingüística es más antigua que la ciencia jurídica, se mide con datos de mayor evidencia y más fácil constatación que los datos jurídicos y ha elaborado instrumentos de investigación y clasificación de primer orden. Los lingüistas han puesto desde hace mucho tiempo la comparación en el primer puesto entre sus armas. Desde los inicios del 1800 hasta la Primera Guerra Mundial, la lingüística ha progresado gracias a la comparación.

El Jurista debería informarse sobre el trabajo del lingüista para constatar si una parte de los instrumentos del glotólogo pudieren ser de su utilidad. Repito: pienso en la lingüística referida a las formas (vocablos, inflexiones), no en la semántica, ni en la gramática generacional, surgidas durante el último siglo.

3. *Pero no solo se trata de la lingüística. Tu curiosidad por la realidad del otro te ha llevado a trabajar a menudo con los postulados de la antropología, campo en el cual has contribuido recientemente con dos obras⁽⁴²⁾. ¿Podrías explicarme cómo nace tu interés por dicha ciencia?*

R. S.: Tu pregunta versa sobre los detalles de mi vida como estudioso. He aquí la historia.

En 1969 dominaba dos sectores de la comparación: el área romanista y la socialista. Creía también necesario dedicarme al estudio detallado de los sistemas de la *common law*. El destino quiso, sin embargo, que partiera a Somalia, a presidir la naciente Facultad de Derecho, donde se hablaba italiano. Debía afrontar grandes problemas que nadie había previsto. Primeramente, ¿qué Derecho se debía enseñar? Los docentes conocían solo el Derecho italiano y podían informarse sin mayor dificultad sobre el Derecho somalí escrito, pero no sobre el Derecho tradicional.

Pero bien, dejemos por ahora aparte los problemas de la enseñanza y hablemos de los problemas científicos. Me encontraba en presencia de un Derecho formado por cuatro estratos sobrepuestos y cada estrato influía sobre los otros, modificándolos. Existía un estrato tradicional (el *xeer*), que era juzgado, además de por los jueces del Estado, por unas autoridades tradicionales no reconocidas pero tampoco prohibidas por el Estado. Existía un estrato islámico, objeto de impresionantes deformaciones locales. Existía un estrato, compuesto por leyes escritas, implantado por británicos e italianos durante el periodo colonial. Existía luego el estrato creado en el periodo de postindependencia, compuesto por leyes nuevas.

Quise entonces entender el sistema somalí y así estudié el *xeer*. Publiqué una obra sobre Derecho somalí⁽⁴³⁾ que fue elogiada por Allott⁽⁴⁴⁾. Entonces quise estudiar el Derecho africano en su totalidad, encontrándome en todo lugar a los cuatro estratos, con caracteres tendencialmente uniformes.

El estrato tradicional me apasionó, hice investigación de campo, quise saber siempre más y, para saber más, debí proceder con los métodos del antropólogo, esforzándome por transformarme en uno de ellos.

4. *¿Crees entonces que la formación del comparatista debe necesariamente enriquecerse (sin importar el área geográfica objeto de su estudio) con el estudio de la antropología? ¿Qué le enseña la antropología al Derecho Comparado?*

R. S.: El Jurista puede (y debe) aprender mucho del antropólogo. Aparentemente, la tarea del antropólogo es menos rica y menos colorida que la del Jurista. Este último sugiere fecundas interpretaciones del Derecho vigente y propone formas jurídicas



benéficas, inspirándose, si es necesario, en modelos extranjeros bien proyectados. El antropólogo no hace nada similar. Pero ello no disminuye la importancia de la antropología.

Hoy el Jurista se encuentra empeñado en el tema de la uniformización del Derecho e, inversamente, en el tema del respeto a las especificidades culturales de las diversas comunidades. La antropología profundiza en todos los temas relacionados con la evolución, la difusión y la imitación de modelos y, con ellos, el valor de la uniformidad y el de la diversidad.

El Jurista es inducido a ver la norma jurídica como una regla verbalizada, sea en el acto de su creación (revelación divina, ley), sea en el momento en que el Jurista toma conciencia de ella (redacción de la obra del teórico), sea mediante la obra del Juez que le da aplicación. La antropología, en cambio, le habla al Jurista sobre la importancia del dato mudo (implícito, inferencial) presente en el sistema.

El antropólogo coloca en el centro de su interés a los pueblos que han practicado hasta ahora un Derecho de tipo tradicional. El Derecho de estos pueblos se desarrolla hoy en un ambiente en el cual ha sido introducido el modelo europeo, que se ha expandido vigorosamente. Sin embargo, en aquellos países la tradición no ha decaído (pues está reconocida de modo oficial o se halla aparentemente sumergida) y se afirma en la realidad social. Por ello, la aplicación del modelo docto, europeo (expresado en los códigos y en la enseñanza universitaria), está sujeta a fuertes reacciones de fondo que, en algunos casos, sustraen la relación jurídica de la norma oficial y, en casos todavía más frecuentes, hacen deslizar en la interpretación de la norma escrita elementos extraños a ella. La antropología le enseña al Jurista el modo según el cual la dinámica de la norma se desarrolla incorporando elementos que son extraños a la voluntad del legislador que la ha programado⁽⁴⁵⁾.

5. *En tus escritos, has utilizado constantemente el conocimiento histórico con fines jurídicos y has reivindicado el rol del estudio de las instituciones de Derecho Romano para comprender el Derecho moderno⁽⁴⁶⁾. ¿Qué tarea les corresponde a la etnohistoria y a la historia en el estudio del Derecho Comparado? De todas las historias, ¿qué historia debería ser*

estudiada: la general o la del Derecho? Y ¿de qué época?

R. S.: Si la comparación se prohíbe a sí misma mirar hacia el pasado, el estudioso se interesará solo por los precedentes históricos estrictamente necesarios para comprender las reglas del presente. Pero este procedimiento, aunque difuso, es pobre, además de mistificador.

También en el presente operan en vastas áreas reglas de Derecho tradicional, sean visibles o sumergidas, y para certificar su sentido y su valor es necesario mirar más allá de la «modernidad» y de sus inmediatos precedentes.

Una vez más, el Jurista precisa de la antropología, que suple la prehistoria del Derecho y familiariza al propio Jurista con la idea de que no siempre ha existido un legislador, no siempre ha existido un Jurista especializado en las tareas que le son propias, no siempre ha existido un poder político centralizado. Solo escuchando al antropólogo, el comparatista (y, en general, el Jurista) podrá edificar una teoría del Derecho fiable.

Obviamente, para alcanzar dicho resultado con plenitud, es necesario estudiar la macrohistoria de la humanidad en sus dos millones y medio de años de evolución.

6. *¿Con qué científico social crees que debería dialogar con mayor frecuencia el estudioso del Derecho Comparado: con el historiador, con el cultor del Derecho positivo, con el antropólogo, con el lingüista? ¿Por qué?*

R. S.: La respuesta depende de los intereses específicos del comparatista.

Obviamente, sin diálogo con el cultor del Derecho positivo, el comparatista no tendrá los puntos de partida necesarios para su análisis.

En lo concerniente a la importancia de la antropología y de la lingüística, ya me he explayado en modo tal que no podría hablar sin repetirme.

Responderé a la pregunta en lo que atañe al diálogo con el historiador y el motivo que lo aconseja.

El Derecho es efectividad y el conocimiento del Derecho es, en este sentido, el conocimiento de lo real.

Hoy el Jurista se encuentra empeñado en el tema de la uniformización del Derecho e, inversamente, en el tema del respeto a las especificidades culturales de las diversas comunidades

El Jurista sabe que lo real (tanto material como natural) evoluciona. Dicha evolución no ha cesado y no tenemos motivos para pensar que la mutación nos llevará hacia un orden definitivo o destinado a señalar un punto de llegada inmutable de las transformaciones que lo han precedido.

Por su naturaleza, lo que la historia nos entrega no puede ser eterno.

El Derecho muta sin sosiego. El Jurista debe poseer los instrumentos cognoscitivos aptos para manejar la realidad sistematizada diacrónicamente y tales instrumentos son puestos a punto por el historiador y luego enseñados por él al Jurista. En el mundo real, todo lo que existe ha sido preparado por una realidad que lo precede. No se conoce lo real sin antes colocarlo en un orden diacrónico privado de particiones y de inmovilidad. El conocimiento de la historia nos ayuda a negar los caracteres del dogma o del dato absoluto.

El Jurista tiene entonces una deuda con el historiador, y ello no debe ocultarse. Las facultades de Derecho siempre han querido y quieren que la preparación del joven estudioso pase por una iniciación al estudio de la historia.

V. Latinoamérica

1. *Te propongo conversar sobre los vínculos entre la escuela comparatista italiana y Latinoamérica. Primeramente, me pregunto si ha existido un acercamiento o una atención por parte de la escuela turinesa al estudio en clave comparada del Derecho en Latinoamérica.*

R. S.: Para responder, debo distinguir entre los estudiosos turineses y la investigación realizada en Turín.



Internacional

Los juristas turineses han destacado por la atención prestada a Latinoamérica. Los nombres a indicar inmediatamente son Pierangelo Catalano⁽⁴⁷⁾, intrépido iniciador, y, sobre todo, Sandro Schipani, realizador de programas bien organizados y desarrollados⁽⁴⁸⁾. Ambos estudiosos se titularon en Turín, con tesis centradas en el Derecho Romano, bajo la dirección de Giuseppe Grosso (fallecido en 1974). Uno y otro enseñan en Roma. Por lo tanto, podemos afirmar que existen estudiosos turineses interesados en Latinoamérica y que hay investigación y enseñanza situadas en Roma. Schipani ha hecho escuela; su discípula Sabrina Lanni, una joven estudiosa muy bien preparada, tiene como único objeto de estudio Latinoamérica. El maestro y su alumna se encuentran, asimismo, en permanente contacto con un gran número de estudiosos latinoamericanos. Recientemente, Sabrina Lanni ha promovido y dirige una colección titulada *Roma e America. Sistema giuridico latinoamericano*. El primer volumen, *I diritti dei popoli indigeni in America Latina*, consta de once aportes de estudiosos latinoamericanos (antropólogos, historiadores, constitucionalistas, civilistas), además de un artículo de la propia Sabrina Lanni⁽⁴⁹⁾.

Yo, personalmente, no me he interesado mucho por el estudio de Latinoamérica. En una entrevista concedida a Schipani, llené diez páginas de respuestas, dilatándome sobre la naturaleza compleja de los ordenamientos latinoamericanos, parcialmente romanistas, parcialmente portadores de tradiciones locales precolombinas⁽⁵⁰⁾. En mi obra sobre los actos jurídicos⁽⁵¹⁾, he descrito la circulación de la figura del negocio jurídico en Latinoamérica. Mi contribución se ha limitado a dichos aportes.

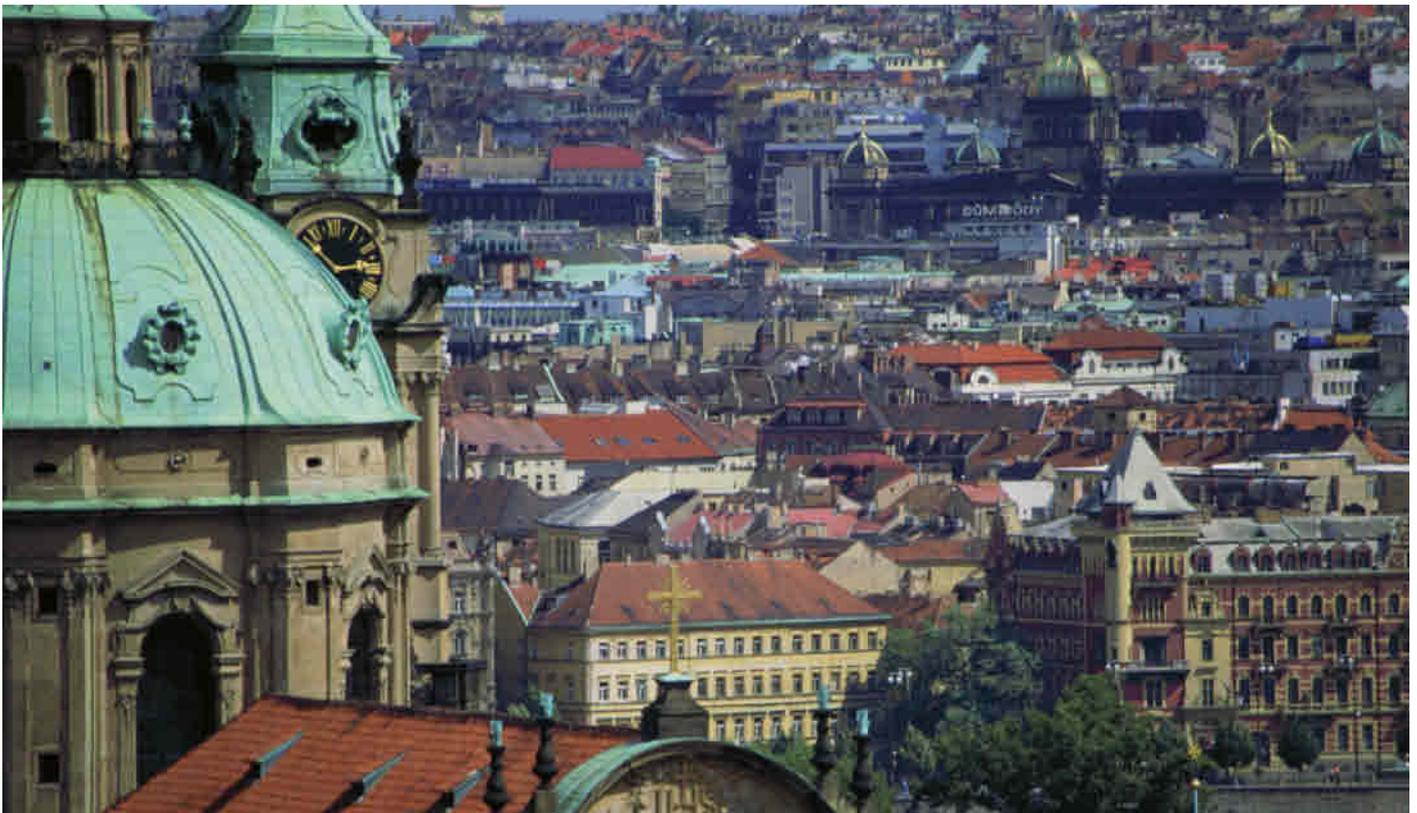
Estoy particularmente muy agradecido a los brasileños, que han traducido y publicado mi *Introduzione al Diritto Comparato*⁽⁵²⁾.

2. Latinoamérica no goza de una rica tradición en estudios de Derecho Comparado. Por un lado, los juristas no parecen interesados en el debate sobre las premisas científicas de la comparación (son raras las obras epistemológicas) y, por el otro, el sistema jurídico latinoamericano no ha suscitado el interés de los estudiosos europeos como otras áreas geográficas (por ejemplo, en el Tratado de Derecho Comparado dirigido por ti, no existe aún un volumen dedicado al Derecho de los

países latinoamericanos, pero sí sobre el sistema africano, el de Extremo Oriente, el socialista, etc.). ¿Por qué crees que los estudios de Derecho Comparado no se han desarrollado con fuerza en Latinoamérica?

R. S.: El volumen sobre el cual me interrogas no ha sido publicado aún. Los autores serán Sandro Schipani, David Fabio Esborraz y Sabrina Lanni.

Y hay más. Actualmente, estoy dirigiendo para la casa editorial Utet Giuridica la actualización de la gran enciclopedia *Digesto, quarta edizione*, que resale al siglo pasado, en sesenta y seis volúmenes. En dicha edición, se incluirán voces dedicadas a los sistemas jurídicos latinoamericanos, a los códigos civiles de Latinoamérica, a la integración del Derecho en la zona, a Argentina, Brasil, México y Venezuela, de la mano de Sandro Schipani, Sabrina Lanni y David Fabio Esborraz. Se ha previsto, además, una voz, muy prometedora, dedicada al Derecho a la tierra de los pueblos indígenas en América, la cual (lo sabes bien) ha sido encomendada a tu persona.





Por otra parte, es muy cierto lo que dices: en Europa nos hemos dedicado con pasión al estudio de la *common law*, del Derecho francés, del Derecho alemán y, luego, del de Asia Oriental, del de África, del Derecho islámico, etc., mientras que nos hemos preocupado en muy menor medida de Latinoamérica, así como al estudio de España y Portugal. Tú quieres que te diga las causas de ello e intentaré construir una hipótesis.

El comparatista de un país A es atraído por el estudio del Derecho de otro país. Si en este segundo país el Derecho es la expresión de un pensamiento diverso de aquel que domina en el país A, resulta especialmente atrayente por su importancia histórica, por su originalidad y por sus específicas características. En este cuadro, la *common law* se encuentra ligada a las particulares experiencias inglesas y luego americanas; el Derecho francés se asocia al Siglo de las Luces, a la Revolución y al bizarro periodo napoleónico, y así sucesivamente. Los países imitadores (o considerados imitadores) golpean la fantasía del investigador en modo menos agudo; los países similares al del estudioso suscitan menos pasión que otros en el operador.

3. Pero, de hecho, en Latinoamérica se compara, aunque se trate de una comparación limitada: el civilista y el constitucionista informan y refieren las soluciones europeas y de la common law, relegando muchas veces las de los países vecinos. ¿Has encontrado un fenómeno similar en las áreas geográficas que has estudiado? Si es así, ¿cuáles podrían ser las causas de tal evento?

R. S.: Para intentar darte una explicación, tomo el hilo de la respuesta que he dado a la pregunta precedente.

El Derecho de una gran parte de los estados latinoamericanos tiene un sistema de fuentes bastante homogéneo (códigos, leyes y Derecho tradicional), cuyos componentes se han formado radicándose en complejos culturales similares (catolicismo, racionalismo; imitación del modelo francés, directa o con mediación de los modelos euroibéricos; culturas mesoamericanas o andinas precolombinas). Por tal motivo, entre los estudiosos latinoamericanos, el descubrimiento del «otro» no genera sorpresa, no genera estupor, no genera ni indignación, ni admiración. Falta el estímulo que impulsa a la investigación sobre la

explicación de las diferencias que han de encontrarse en las diversas visiones y en la historia.

Con todo, la comparación entre sistemas latinoamericanos es fundamental y debe ser realizada. Desde hace algún tiempo, se distingue una macrocomparación (que opera entre sistemas de considerable diversidad) y una microcomparación (que opera entre sistemas similares).

La comparación no tiene miedo de las grandes diferencias: es lícito comparar el metabolismo de la jirafa con el de la ameba. La comparación no tiene miedo de las diferencias mínimas: es lícito comparar la sangre de dos gemelos. Es así como el saber del comparatista crece, apreciando las diferencias sobre conjuntos similares.

Creo que nos habituaremos a comparar la situación de un sistema en un momento dado con la situación que existía diez años atrás, a comparar el Derecho de los diversos estados de los Estados Unidos.

Hay, en definitiva, lugar para toda forma de comparación, y a la comparación endolatinoamericana le compete, sin duda alguna, un lugar privilegiado.

4. Antes que trabajan sobre la base del Derecho europeo romanista, como la Association Henri Capitant y la Associazione di Studi Sociali Latino-Americani, han contribuido a la coordinación entre Derecho escrito europeo y latinoamericano. Pero, además de la sistematización del Derecho formal, me pregunto qué rol les corresponde a tales instituciones en ambientes multiculturales. ¿Crees que deberían ampliar sus intereses hacia elementos no verbalizados o tradicionales del Derecho en Latinoamérica?

R. S.: Has mencionado dos institutos: La Association Capitant, que conozco bien, y la Associazione di Studi Sociali Latino-Americani, y me has hecho una pregunta. La respuesta es diferente para las dos organizaciones.

La primera (la Association Capitant) se llamaba hasta hace poco Association des Amis de la Culture Juridique Française, y si bien se ha modificado su nombre, sus intereses han estado siempre bien definidos: le interesan los sistemas romanistas en cuanto tales. No hay lugar en ella para la Amé-

rica precolombina o para el desarrollo de las culturas precolombinas. Ello, al menos, mientras se respete el nombre de dicha asociación.

Latinoamérica ha dado inicio, con posterioridad a otros continentes, a la revalorización de su Derecho tradicional con una florez admirable e impresionante

El discurso es, por cierto, diferente, si hablamos de la Associazione di Studi Sociali Latino-Americani. Cuando hablamos de Latinoamérica, la palabra indica solo la parte más visible y más operativa de aquella cultura y omitimos el otro componente, que desciende de las culturas precolombinas. Pero si decimos que «omitimos», no entendemos que «negamos». Desde el año 1979, la Academia Internacional de Derecho Comparado ha proclamado abiertamente la decisión de revalorizar los derechos entonces sumergidos, y aún vivos, en América, Australia y África. También la International Association of Legal Science, órgano de la UNESCO para las ciencias jurídicas, ha adoptado la misma postura (pienso en las jornadas de Dakar sobre la resistencia del Derecho africano⁽⁵³⁾).

Latinoamérica ha dado inicio, con posterioridad a otros continentes, a la revalorización de su Derecho tradicional con una florez admirable e impresionante.

La Associazione di Studi Sociali Latino-Americani tiene, entonces, motivos muy válidos para interesarse por el Derecho no verbalizado del área geográfica de su interés.

5. Sabemos que en el modelo latinoamericano se encuentran elementos romanos (unificados) y precolombinos y mesoamericanos (que divergen según el área geográfica de referencia). Por ello, y no obstante la fuerte influencia del derecho europeo de raíz ibérica, estimo que ciertas áreas del sistema latinoamericano deben ser observadas con lentes científicos diferentes respecto al modelo europeo romanista. Bajo este supuesto, ¿crees que el comparatista debe abrir un diálogo cultural con las etnias autóctonas presentes en el contexto latinoame-



ricano? ¿Cómo debería instaurarse dicho contacto?

R. S.: Indudablemente, el diálogo científico debe ser abierto, aunque el nombre a dar al diálogo merece una reflexión. El Jurista francés que estudia el Derecho islámico es un comparatista, pero el Jurista francés que estudia el Derecho de los wólof de Senegal es un antropólogo.

Y yo, cuando he estudiado los estratos recientes del Derecho somalí, he sido comparatista, pero cuando me he apasionado por el Derecho tradicional somalí y me he mirado en el espejo, he visto allí reflejado a un antropólogo.

Al igual que tu, Rodrigo, que has profundizado con agudeza sobre algunos datos del Derecho precolombino, discutiéndolos más tarde (en el Congreso ISAIDAT de 2011⁽⁵⁴⁾) con antropólogos provenientes de diversas partes del mundo al confrontarlos con el Derecho tradicional de la Polinesia, del Sahara, de la Cabília argelina, de Madagascar, de Quebec, etc.

6. Has afirmado que en Europa el comparatista tiene la tarea de dialogar sobre la base del Derecho Romano, que debería incluirse en su formación. Tal afirmación, imagino, es también válida para Latinoamérica, dado el substrato romanista de

nuestro sistema. Sin embargo, la presencia de culturas precolombinas y mesoamericanas y las hibridaciones jurídicas coloniales perpetuadas hasta nuestros días evocan al Jurista sudamericano la presencia de una cosmología jurídica alternativa respecto a la experiencia europea, cuyos elementos no escritos se revelan, en muchas ocasiones, a través de la observación directa de la realidad. ¿Cuál es, a tu juicio, la tarea que tiene por delante el comparatista en Latinoamérica en este particular escenario?

R. S.: Para responder, resumiré algunas cosas ya dichas.

Las culturas precolombinas y las hibridaciones jurídicas coloniales son un componente fundamental, interesantísimo, noble, de la historia y del presente latinoamericano.

El comparatista, en cuanto estudioso, tiene la tarea de confirmar sus contenidos, su presencia actual, las tendencias evolutivas a las que están sometidas, su grado de difusión, etc. No es necesario, por cierto, que todos los comparatistas se dediquen a dicha tarea. Pueden existir, en mérito, conjuntos definidos de especialistas. Y cuando mires estos especialistas de cerca, verás que son antropólogos.

Una segunda tarea que concierne al comparatista es la protección práctica de

estas experiencias. Durante siglos, el Derecho proveniente de Europa se ha demostrado agresivo e intolerante hacia las tradiciones locales. Actualmente, el estudioso invoca el respeto por el patrimonio cultural de cada nación y etnia. A este programa no se oponen obstáculos insuperables. Los mismos principios de la cultura occidental, inspirada en la igualdad de la dignidad de todos los hombres, patrocinan hoy la solución inspirada en la Justicia.

Bibliografía

ASERJ, «La résistance du Droit africain: Actes du Colloque de Dakar, 5-9 juillet 1977», en *Revue Sénégalaise de Droit*, n.º 21 (especial), Dakar, 1977.

AJANI, Gianmaria (et al.) (coord.), *The multilanguage complexity of European law: Methodologies in comparison. Workshop*, 17 nov. 2006, European University Institute y European Press Academic, Florencia, 2007.

AJANI, Gianmaria y GRAZIADEI, Michele, «Entrevista a Rodolfo Sacco», en *Annuario di Diritto Comparato e di Studi Legislativi*, Edizioni Scientifiche Italiane, Nápoles, 2010.

ALLOTT, Antony, «Book review», en *Int. Comp. Law. Q.*, n.º 35, Londres, 1986.

AMARI, Emerico, *Critica di una scienza delle legislazioni comparate*, Tipografia del R. I. de' Sordo-Muti, Génova, 1857.

ASCARELLI, Tulio, «La funzione del Diritto Comparato e il nostro sistema di Diritto Privato», en *Scritti in onore di Francesco Carnelutti*, Cedam, Padua, 1950.

— *Studi di Diritto Comparato e in tema di interpretazione*, Giuffrè, Milán, 1952.

CAPPELLETTI, Mauro y GARTH, Bryant, *Access to Justice: The worldwide movement to make right effective a general report*, Giuffrè, Milán, 1978.

CARROLL, John B. (coord.), *Language, thought and reality: Selected writings of Benjamin Lee Whorf*, Technology Press of Massachusetts Institute of Technology, Cambridge (Mass.), 1997 [1956].

CATALANO, Pierangelo, *Consolato e dittatura: L'esperienza romana della Repubblica del Paraguay*, Editori Riuniti, Roma, 1983.



CATALANO, Pierangelo (et al.), *Pensamiento constitucional de Simon Bolivar*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1983.

CATERINA, Raffaele (coord.), *I fondamenti cognitivi del Diritto: Percezioni, rappresentazioni, comportamenti*, B. Mondadori, Milán, 2008.

CENDON, Paolo (coord.), *Scritti in onore di Rodolfo Sacco: La comparazione giuridica alle soglie del III millennio*, Giuffrè, Milán, 1994.

DAVID, René, *Traité élémentaire de Droit Civil Comparé: Introduction à l'étude des droits étrangers et à la méthode comparative*, R. Pichon et R. Durand-Auzias, Paris, 1950.

— «Le rôle des juristes dans l'élaboration du Droit selon la conception traditionnelle du système de Droit Romano-germanique», en *Vom Deutschen zum Europäischen Recht*, n.º 8, Tübingen, 1963.

— *Les grands systèmes de Droit contemporains*, Dalloz, Paris, 1964.

FERRERI, Silvia (coord.), *Falsi amici e trappole linguistiche: Termini contrattuali anglofoni e difficoltà di traduzione*, Giappichelli, Turín, 2010.

FREEMAN, Michael y NAPIER, David (ed.), *Law and anthropology*, Oxford University Press, Oxford, 2009.

GABBA, Carlo Francesco, *Della condizione giuridica delle donne nelle legislazioni francese, austriaca e sarda*, Tipografia G. Ra-daelli, Milán, 1861.

GAMBARO, Antonio y SACCO, Rodolfo, «Sistemi giuridici comparati», en SACCO, Rodolfo (coord.), *Trattato di Diritto Comparato*, 3.ª ed., Utet, Turín, 2008.

GAMBARO, Antonio; SACCO, Rodolfo, y VOGEL, Louis, *Traité de Droit Comparé: Le Droit de l'Occident et d'ailleurs*, LGDJ, Paris, 2011.

GORLA, Gino, *Il contratto: Problemi fondamentali trattati con il metodo comparativo e casistico*, Giuffrè, Milán, 1954, 2 vols.

— *Le contrat dans le Droit continental et en particulier dans le Droit français et italien: Résumé d'un cours*, Institut Universitaire d'Études Européennes, Turín, 1958.

GRANDE, Elisabetta, *Transplants, innovation and legal tradition in the horn of Africa*, L'Harmattan, Turín, 1995.

— «L'apporto dell'antropologia alla conoscenza del Diritto: Piccola guida alla ricerca di nuovi itinerari», en *Riv. Crit. Dir. Priv.*, n.º 14, Nápoles, 1996.

IORIATTI, Elena (et al.) (coord.), *Tradurre il Diritto: Nozioni di Diritto e di linguistica giuridica*, Cedam, Assago, 2009.

LAMBERT, Edouard, *L'enseignement du Droit Comparé: Sa coopération au rapprochement entre la jurisprudence française et la jurisprudence anglo-américaine*, A. Rey y A. Rousseau, Lyon y Paris, 1919.

MOORE, Sally Falk (coord.), *Law and anthropology: A reader*, Blackwell, Malden (Mass.), 2005.

MOTTA, Riccardo, *Teorie del Diritto primitivo: Un'introduzione all'antropologia giuridica*, Unicopli, Milán, 1986.

— *L'addomesticamento degli etnodiritti: Percorsi dell'antropologia giuridica teorica ed applicata*, Unicopli, Milán, 1994.

MUNDY, Martha (coord.), *Law and anthropology*, Ashgate, Aldershot, 2002.

NADER, Laura, *The life of the law: Anthropological projects*, University of California Press, Berkeley, 2002.

NEGRI, Alba, *Il giurista dell'area romanista di fronte all'etnologia giuridica*, Giuffrè, Milán, 1983.

NISIO, Francesco Saverio, «Recensione», en *Quaderni Fiorentini*, n.º 38, Milán, 2009.

PACCHIONI, Giovanni, *L'Impero britannico e l'Europa continentale*, Istituto per gli Studi di Politica Internazionale, Milán, 1937.

PATERNOSTRO, Alessandro, *Diritto Costituzionale teorico, patrio e comparato: Lezioni dettate nell'anno scolastico 1878-79*, V. Morano, Nápoles, 1879.

POSADA, Adolfo, *Derecho Constitucional Comparado de los principales estados de Europa y América*, Librería de Victoriano Suárez, Madrid, 1894.

POZZO, Barbara (coord.), *Ordinary language and legal language*, Giuffrè, Milán, 2005.

RE, Camillo, *Del patto successorio: Studio di legislazione comparata*, Tipografia Vaticana, Roma, 1886.

REMOTTI, Francesco, *Temi di antropologia giuridica*, Giappichelli, Turín, 1982.

RILES, Annelise, «Representing in-between: Law, anthropology and the rhetoric of interdisciplinarity», en *U. Ill. L. Rev.*, n.º 3, Champaign, 1994.

— «Comparative law and socio-legal studies», en ZIMMERMAN, Reinhardt y REIMANN, Mathias (coord.), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford University Press, Oxford, 2006.

ROTONDI, Mario, *Diritto Comparato*, Utet, Turín, 1938.

ROULAND, Norbert, *L'anthropologie juridique*, 2.ª ed., Presses Universitaires de France, Paris, 1995.

RUDE-ANTOINE, Edwige y CHRÉTIEN-VERNICOUS, Geneviève (coord.), *Anthropologies et droits: État des savoirs et orientations contemporaines*, Dalloz, Paris, 2009.

SACCO, Rodolfo, «Il sistema delle fonti ed il Diritto di proprietà», en *Riv. Trim. Dir. e Proc. Civ.*, Milán, 1970.

— «Un cryptotype en Droit français: La remise abstraite», en *Études offertes à René Rodière*, Dalloz, Paris, 1981.

— *Il fatto, l'atto, il negozio*, Utet, Turín, 1985.

— *Le grandi linee del sistema giuridico somalo*, Giuffrè, Milán, 1985.

— «Les problèmes de traduction juridique», Giuffrè, Milán, 1986.

— «La traduction juridique: Un point de vue italien», en *Les Cahiers de Droit*, vol. 28, n.º 4, Quebec, 1987.

— «Crittotipo», en *Dig. Disc. Priv. (Dez. Civ.)*, 4.ª ed., Turín, 1990.

— «Legal formants: A dynamic approach to comparative law (installment I of II)», en *Am. J. of Comp. Law*, vol. 39, n.º 1, Ann Arbor, 1991.

— *La comparaison juridique au service de la connaissance du Droit*, Economica, Paris, 1991.



Internacional

— *Che cos'è il Diritto Comparato*, Giuffrè, Milán, 1992.

— *Introduzione al Diritto Comparato*, 5.^a ed., Utet, Turín, 1992.

— «Formante», en *Dig. Cisc. Priv. (Sez. Civ.)*, 4.^a ed., vol. 8, Turín, 1993.

— «Il Diritto muto», en *Riv. Dir. Civ.*, n.º 6, Padua, 1993.

— «Le Droit muet», en *RTD Civ.*, n.º 4, París, 1995.

— «Mute law», en *Am. J. of Comp. Law*, vol. 43, n.º 3, Ann Arbor, 1995.

— «L'Italie en tête: A propos de l'enseignement du Droit Comparé», en *RIDC*, n.º 1, París, 1995.

— *Le grandi epoche del Diritto*, L'Harmattan, Turín, 1996.

— *Einführung in die Rechtsvergleichung*, 2.^a ed., Nomos, Baden-Baden, 2001.

— «Introdução ao Direito Comparado», en *Revista dos Tribunais*, São Paulo, 2001

— «Traduzione giuridica», en *Dig. Disc. Priv. (Sez. Civ.)*, 4.^a ed., vol. agg., Turín, 2007.

— *Antropologia giuridica: Contributo ad una macrostoria del Diritto*, Il Mulino, Bolognia, 2007.

— «Elogio a la uniformidad del Derecho, elogio a la diversidad en el Derecho», en *Anuario de Derecho Civil*, n.º LXI-2, Madrid, 2008.

— *Anthropologie juridique: Apport à une macro-histoire du Droit*, Dalloz, París, 2008.

— *Le Droit africain: Anthropologie et Droit positif*, Dalloz, París, 2009.

SACCO, Rodolfo (coord.), *Le nuove ambizioni del sapere del giurista. Antropologia giuridica e traduttologia giuridica (Roma, 12-13 marzo 2008): Atti dei convegni Lincei 253*, Scienze e Lettere Editore Commerciale, Roma, 2009.

— *Les frontières avancées du savoir du Juriste: L'anthropologie juridique et la traduttologie juridique: Actes du Colloque ISAIDAT, Turin, 25-28 avril 2007*, Bruylant, Bruselas, 2011.

SACCO, Rodolfo y CASTELLANI, Luca (coord.), *Les multiples langues du Droit européen uniforme*, L'Harmattan, Turín, 1999.

SACCO, Rodolfo; GAMBARO, Antonio y MONATERI, Pier Giuseppe, «Comparazione giuridica», en *Dig. Disc. Priv. (Sez. Civ.)*, 4.^a ed., vol. 3, Turín, 1988.

SALEILLES, Raymond, *Essai d'une théorie générale de l'obligation d'après le projet de Code civil allemand*, F. Pichon, París, 1890.

— *La théorie possessoire du Code civil allemand*, F. Pichon, París, 1904.

SARFATTI, Mario, *Introduzione allo studio del Diritto Comparato*, Giappichelli, Turín, 1933.

SCHIPANI, Sandro, *Unificazione del Diritto e Diritto dell'integrazione in America Latina alla luce dello ius romanum commune*, Mucchi, Roma, 1997.

— «Codicivi civili nel sistema latinoamericano», en *Dig. Disc. Priv. (Sez. Civ.)*, 4.^a ed., Turín, 2010.

SCHIPANI, Sandro (coord.), *Diritto Romano, codificazioni e unità del sistema giuridico latinoamericano*, Giuffrè, Milán, 1981.

— *Augusto Teixeira de Freitas e il Diritto latinoamericano: Atti del Congresso Internazionale, Roma, 17-19 marzo 1986*, Cedam, Padua, 1988.

— *Mundus novus: America. Sistema giuridico latinoamericano: Congresso internazionale, Roma, 26-29 novembre 2003*, Tiellemedia, Roma, 2005.

SCHLESINGER, Rudolf B. (coord.), *Formation of contracts: A study of the Common Core of Legal Systems*, Oceana y Stevens & Sons, Nueva York y Londres, 1968, 2 vols.

Scintillae iuris: Studi in memoria di Gino Gorla, Giuffrè, Milán, 1994, 3 vols.

SRAFFA, Angelo, *Corso di Diritto Commerciale: Compilato da Raymond Ottolenghi*, Viretto, Turín, 1922.

STARR, June y GOODALE, Mark (coord.), *Practicing ethnography in law: New dialogues, enduring methods*, Palgrave Macmillan, Nueva York, 2002.

STORME, Marcel y CARPI, Federico, *In honorem Mauro Cappelletti (1927-2004): Tri-*

bute to an international procedural lawyer, Kluwer Law International, The Hague, 2005.

VENEZIAN, Giacomo, *Opere giuridiche*, Athenaeum, Roma, 1918-1925, 3 vols., post.

Siglas y abreviaturas

<i>Am. J. of Comp. Law</i>	<i>American Journal of Comparative Law</i>
ASERJ	Association Sénégalaise d'Étude et de Recherche Juridique
agg.	aggiornamento
cfr.	cónfer
coord.	coordinación
<i>Dig. Disc. Priv. (Sez. Civ.)</i>	<i>Digesto Discipline Privatistiche (Sezione Civile)</i>
ed.	edición
<i>et al.</i>	y otros
etc.	etcétera
<i>Int. Comp. Law. Q.</i>	<i>International and Comparative Law Quarterly</i>
n.º	número
pág., págs.	página, páginas
post.	póstumo
RIDC	<i>Revue Internationale de Droit Comparé</i>
RTD Civ.	<i>Revue Trimestrielle de Droit Civil</i>
<i>Riv. Crit. Dir. Priv.</i>	<i>Rivista Critica di Diritto Privato</i>
<i>Riv. Dir. Civ.</i>	<i>Rivista di Diritto Civile</i>
<i>Riv. Trim. Dir. e Proc. Civ.</i>	<i>Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura civile</i>
ss.	siguientes
<i>U. Ill. L. Rev.</i>	<i>University of Illinois Law Review</i>
vol., vols.	volumen, volúmenes
v.	véase



- (1) Rodolfo Sacco es profesor emérito de la Universidad de Turín; socio nacional de la Accademia dei Lincei de Roma; miembro correspondiente del Institut de France; expresidente de la International Association of Legal Science; doctor *honoris causa* por las universidades de París II, Ginebra, McGill y Tolón. Antecedentes biográficos en Paolo Cendon (coord.), *Scritti in onore di Rodolfo Sacco: La comparazione giuridica alle soglie del III millennio*, vol. I, Giuffrè, Milán, 1994, págs. IX-XLIII. Diversos aspectos de su vida y obra han sido revelados en Rodolfo Sacco, *Che cos'è il diritto comparato*, Giuffrè, Milán, 1992; Pierre Legrand, «Questions à Rodolfo Sacco», en *RIDC*, n.º 4, París, 1995, págs. 943-971.
- (2) Un primer ejemplo de este tipo de obras lo ofrece Emerico Amari, *Critica di una scienza delle legislazioni comparate*, Tipografía del R. I. de' Sordo-Muti, Génova, 1857.
- (3) Carlo Francesco GABBA, *Della condizione giuridica delle donne nelle legislazioni francese, austriaca e sarda*, Tipografía G. Radaelli, Milán, 1861; Camillo Re, *Del patto successorio: Studio di legislazione comparata*, Tipografía Vaticana, Roma, 1886.
- (4) Mario SARFATTI, *Introduzione allo studio del Diritto Comparato*, Giappichelli, Turín, 1933.
- (5) Angelo Sraffa, *Corso di Diritto Commerciale: Compilato da Raymond Ottolenghi*, Viretto, Turín, 1922.
- (6) Tullio ASCARELLI, «La funzione del Diritto Comparato e il nostro sistema di Diritto Privato», en *Scritti in onore di Francesco Carnelutti*, Cedam, Padua, 1950; Tullio ASCARELLI, *Studi di Diritto Comparato e in tema di interpretazione*, Giuffrè, Milán, 1952.
- (7) Mario ROTONDI, *Diritto Comparato*, Utet, Turín, 1938.
- (8) Giovanni PACCHIONI, *L'impero britannico e l'Europa continentale*, Istituto per gli Studi di Politica Internazionale, Milán, 1937.
- (9) Giacomo VENEZIAN, *Opere giuridiche*, Athenaeum, Roma, 1918-1925, 3 vols., post.
- (10) Temáticas en las que referimos dos pioneras obras: Gino Gorla, *Il contratto: Problemi fondamentali trattati con il metodo comparativo e casistico*, Giuffrè, Milán, 1954, 2 vols.; Gino Gorla, *Le contrat dans le Droit continental et en particulier dans le Droit français et italien: Résumé d'un cours*, Institut Universitaire d'Études Européennes, Turín, 1958. Sobre la trascendencia de su aporte, cfr. *Scintillae iuris: Studi in*

memoria di Gino Gorla, Giuffrè, Milán, 1994, 3 vols.

- (11) La obra de Cappelletti (1927-2004) es de una vastedad extraordinaria. Conocido a nivel mundial por sus investigaciones sobre el acceso a la Justicia, publicó sistemáticamente en italiano e inglés y enseñó en las facultades de Derecho de Florencia y Stanford. V. Mauro Cappelletti y Bryant Garth, *Access to Justice: The worldwide movement to make right effective a general report*, Giuffrè, Milán, 1978. Para detalles sobre su itinerario científico, cfr. Marcel Storme y Federico Carpi, *In honorem Mauro Cappelletti (1927-2004): Tribute to an international procedural lawyer*, Kluwer Law International, The Hague, 2005.
- (12) Dada su trascendencia, una breve profundización sobre la teoría de los formantes se torna necesaria. Por *formante* entiéndanse las diversas reglas (legales, jurisprudenciales, proposiciones doctrinarias, motivaciones de sentencias y doctrina, entre otras) que coexisten en un determinado ordenamiento jurídico. En la tesis de Sacco, el Jurista tiende con frecuencia a eliminar las complicaciones que derivan de la multiplicidad de formantes recurriendo al principio de la «unidad del ordenamiento jurídico». Es decir, se propende a ver en el interior del ordenamiento una voluntad del legislador que crea la norma y una doctrina y una jurisprudencia que la interpreta y aplica en modo coherente. En dicho panorama, los diversos formantes (legal, doctrinal, jurisprudencial) se presentan homogéneos en su nacimiento y aplicación, imputándose toda eventual contradicción al solo error del intérprete. Para Sacco, dicho *iter* lógico no puede ser aceptado por el comparatista, ya que la actividad comparativa revela (y con frecuencia) que los formantes de un sistema divergen. La divergencia, por su parte, podrá ser mayor o menor (o más o menos importante); así, la separación entre el código y su interpretación, máxima en sistemas como el francés o el italiano, resulta modesta en ordenamientos de estricto apego al *ius*-formalismo. Existen, por consiguiente, sistemas en los que la oposición entre formantes es más evidente (*sistema diffuso*) y otros en los que se tiende a una mayor unidad (*sistema compatto*). Asimismo, su número e importancia varían de un ordenamiento a otro; en Inglaterra, por ejemplo, muchos sectores del Derecho no se regulan por leyes, faltando dicho formante o encontrándose poco desarrollado.

El análisis disociado o independiente de los formantes (y, con ello, el rechazo a priori de la teoría de la unidad del ordenamiento) permite al comparatista establecer el grado y la envergadura de la oposición existente entre las diversas reglas de un sistema y, sobre todo, verificar en qué medida las fuentes formales de un país, el Derecho aplicado y el conocimiento de los juristas sobre el sistema se encuentran acordes. La aplicación de la teoría de los formantes es, por ende, elemental para el comparatista, pues le consiente comprender con detalle las semejanzas y las diferencias de los sistemas que confronta. Para un interesante ejemplo de disociación de formantes, v. Rodolfo Sacco, «Elogio a la uniformidad del Derecho, elogio a la diversidad en el Derecho», en *Anuario de Derecho Civil*, n.º LXI-2, Madrid, 2008, págs. 445-461. Para más antecedentes, cfr. Rodolfo SACCO, «Formante», en *Dig. Cisc. Priv. (Sez. Civ.)*, 4.ª ed., vol. 8, Turín, 1993, págs. 3-11; Rodolfo SACCO, *Introduzione al Diritto Comparato*, 5.ª ed., Utet, Turín, 1992, págs. 44 y ss., obra traducida en diversas lenguas: Rodolfo SACCO, *La comparaison juridique au service de la connaissance du Droit*, Economica, París, 1991; Rodolfo SACCO, «Legal formants: A dynamic approach to comparative law (installment I of II)», en *Am. J. of Comp. Law*, vol. 39, n.º 1, Ann Arbor, 1991, págs. 1-34; Rodolfo SACCO, *Einführung in die Rechtsvergleichung*, 2.ª ed., Nomos, Baden-Baden, 2001; Rodolfo SACCO, «Introdução ao Direito Comparado», en *Revista dos Tribunais*, São Paulo, 2001.

- (13) Rodolfo Sacco, *Antropologia giuridica: Contributo ad una macrostoria del Diritto*, Il Mulino, Bolonia, 2007; Rodolfo Sacco, *Anthropologie juridique: Apport à une macro-histoire du Droit*, Dalloz, París, 2008.
- (14) Francesco Saverio Nisio, «Recensione», en *Quaderni Fiorentini*, n.º 38, Milán, 2009, págs. 1870-1877.
- (15) Por *Derecho mudo* debe entenderse una fuente del Derecho positivo, opuesta a la fuente hablada (normas escritas elaboradas por el Estado), compuesta por la costumbre, usos, declaraciones tácitas o por el contenido que el intérprete asigna a expresiones vagas e indeterminadas tales como *culpa* o *mala fe*. Cfr. Rodolfo Sacco, «Il Diritto muto», en *Riv. Dir. Civ.*, n.º 6, Padua, 1993, págs. 689-702; Rodolfo Sacco, «Le Droit muet», en *RTD Civ.*, n.º 4, París, 1995, págs. 783-796; Rodolfo Sacco, «Mute law», en *Am. J. of Comp. Law*, vol. 43, n.º 3, Ann Arbor, 1995, págs. 455-467; Rodolfo Sacco, *Le grandi epoche del Di-*

- ritto, L'Harmattan, Turín, 1996, págs. 37 y ss.
- (16) En un original ensayo, Sacco ha descubierto en los intersticios de la legislación italiana los signos de un Derecho implícito que permite la entrada en fundo ajeno a fin de recoger bayas y hongos. Cfr. Rodolfo Sacco, «Il sistema delle fonti ed il Diritto di proprietà», en *Riv. Trim. Dir. e Proc. Civ.*, Milán, 1970, págs. 435-466.
- (17) Se trata de la nueva malla curricular de la Facultad de Derecho, aprobada por el Consiglio Universitario Nazionale en noviembre de 1993 y publicada en la *Gazzetta Ufficiale* del 23 de junio de 1994.
- (18) Materia en la que Sacco ha contribuido energicamente. Cfr. Rodolfo Sacco, «Les problèmes de traduction juridique», Giuffrè, Milán, 1986; Rodolfo Sacco, «La traduction juridique: Un point de vue italien», en *Les Cahiers de Droit*, vol. 28, n.º 4, Quebec, 1987, págs. 845-859; Rodolfo Sacco y Luca Castellani (coord.), *Les multiples langues du Droit européen uniforme*, L'Harmattan, Turín, 1999; Rodolfo Sacco, «Traduzione giuridica», en *Dig. Disc. Priv. (Sez. Civ.)*, 4.ª ed., vol. agg., Turín, 2007, pág. 724 y ss.
- (19) Silvia Ferreri (coord.), *Falsi amici e trappole linguistiche: Termini contrattuali anglofoni e difficoltà di traduzione*, Giappichelli, Turín, 2010.
- (20) Barbara Pozzo (coord.), *Ordinary language and legal language*, Giuffrè, Milán, 2005.
- (21) Elena Ioriatti (et al.) (coord.), *Tradurre il Diritto: Nozioni di Diritto e di linguistica giuridica*, Cedam, Assago, 2009.
- (22) Gianmaria Ajani (et al.) (coord.), *The multilanguage complexity of European law: Methodologies in comparison. Workshop, 17 nov. 2006*, European University Institute y European Press Academic, Florencia, 2007.
- (23) Francesco Remotti, *Temi di antropologia giuridica*, Giappichelli, Turín, 1982.
- (24) Riccardo Motta, *L'addomesticamento degli etnodiritti: Percorsi dell'antropologia giuridica teorica ed applicata*, Unicopli, Milán, 1994; Riccardo Motta, *Teorie del Diritto primitivo: Un'introduzione all'antropologia giuridica*, Unicopli, Milán, 1986.
- (25) Alba Negri, *Il giurista dell'area romanista di fronte all'etnologia giuridica*, Giuffrè, Milán, 1983.
- (26) Elisabetta Grande, «L'apporto dell'antropologia alla conoscenza del Diritto: Piccola guida alla ricerca di nuovi itinerari», en *Riv. Crit. Dir. Priv.*, n.º 14, Nápoles, 1996, págs. 467-500; Elisabetta Grande, *Transplants, innovation and legal tradition in the horn of Africa*, L'Harmattan, Turín, 1995.
- (27) Rodolfo Sacco, *Antropologia giuridica: Contributo ad una macrostoria del Diritto*, Il Mulino, Bologna, 2007; Rodolfo Sacco, *Anthropologie juridique: Apport à une macro-histoire du Droit*, Dalloz, París, 2008.
- (28) Raffaele Caterina (coord.), *I fondamenti cognitivi del Diritto: Percezioni, rappresentazioni, comportamenti*, B. Mondadori, Milán, 2008.
- (29) <http://www.common-core.org/>.
- (30) Fue esta la experiencia italiana. La introducción de la materia comparada en la Facultad de Derecho como ramo obligatorio para los estudiantes de primer y segundo año se debe al esfuerzo continuado y determinado de Rodolfo Sacco. Estando en Trieste (1956-1961), obtiene la activación y dicta personalmente el primer curso de Derecho Privado Comparado. En Pavía, donde enseña durante el periodo 1961-1971, presidiendo la Facultad de Derecho, programa y ejecuta un plan de estudios de perfil comparativo: se organizan cursos en materias de Derecho angloamericano (Rodolfo de Nova), Derecho Constitucional Comparado (Nanni Bognetti), Derecho de los países socialistas (Gabriele Crespi-Reghizzi), Derecho comunitario (Angelo Grisoli) y Derecho Privado Comparado (Rodolfo Sacco). En aquellos años, la Universidad Católica de Milán introduce el ramo del Derecho Privado Comparado con Sacco disponible para su instrucción. Paralelamente, Génova, Parma y Florencia se suman a la enseñanza de la comparación. Una vez en Turín (1971), Sacco dicta durante diecisiete años el curso de Derecho Privado Comparado y, como segunda materia, Derecho de los países socialistas o Derecho africano. En 1979, convence a la autoridad universitaria turinesa para que se dicte una cátedra sobre sistemas jurídicos comparados, materia confiada a Antonio Gambaro. En 1984, con Sacco a la cabeza del Comité Organizador, nace en Trento una nueva Facultad de Derecho dotada de un innovador programa: el estudiante debe seguir desde el primer año un curso de sistemas jurídicos; más tarde, debe elegir entre materias como Derecho angloamericano, africano o de los países de Europa Oriental. Cada materia se enseña de dos formas diferentes, comparada y municipal, y el estudiante opta por una u otra o por el cúmulo. El perfil comparativo de la nueva Facultad se sella con la publicación de un manifiesto (redactado por Sacco y suscrito por Francesco Castro, Paolo Cendon, Aldo Frignani, Antonio Gambaro, Michele Graziadei, Marco Guadagni, Attilio Guarneri, Piergiuseppe Monateri, Gianmaria Ajani y Ugo Mattei)
- de cinco puntos conocido con el nombre de *Tesi di Trento* (1987). Una ilustración de dicho manifiesto se puede leer en Rodolfo Sacco, Antonio Gambaro y Pier Giuseppe Monateri, «Comparazione giuridica», en *Dig. Disc. Priv. (Sez. Civ.)*, 4.ª ed., vol. 3, Turín, 1988, págs. 48 y ss. La experiencia de Trento resulta un éxito y la Facultad es durante largas décadas el centro de atracción mundial para especialistas del Derecho Comparado. Para un balance de lo hecho en dicha época a objeto de difundir la enseñanza del Derecho Comparado en Italia, v. Rodolfo Sacco, «L'Italie en tête: A propos de l'enseignement du Droit Comparé», en *RIDC*, n.º 1, París, 1995, págs. 131-133.
- (31) Es necesario apuntar que, por una suerte de acuerdo implícito, derivado del peligro de convertir en un gueto la disciplina, los comparatistas italianos han optado por privarse de una revista de Derecho Comparado. Así, y hasta fecha próxima, la ciencia comparada se divulgaba mediante la publicación de sus obras en revistas de Derecho de vasto contenido. Entre ellas, podemos mencionar la *Rivista Critica di Diritto Privato*, dirigida por Stefano Rodotà; la *Rivista di Diritto Civile*, que desde 1982, y bajo la iniciativa de Sacco, cuenta con una sección destinada a las novedades jurídicas extranjeras («Osservatorio sulle riforme legislative all'estero»), y el *Digesto*, que en su 4.ª ed. contiene información comparada de todos los institutos y sistemas. Con el desarrollo de la disciplina, el riesgo de aislamiento ha desaparecido, dando lugar a la aparición de relevantes iniciativas editoriales. En primer término, el *Annuario di Diritto Comparato e di Studi Legislativi*, única revista especializada en la materia, publicada en Roma desde 1927 hasta 1976, vive desde 2010 un brillante renacimiento de la mano de Felice Casucci, Rodolfo Sacco y Michele Graziadei, entre otros destacados estudiosos italianos. Recientemente ha sido creada, como iniciativa del Istituto Subalpino per l'Analisi e l'Insegnamento del Diritto delle Attività Transnazionali (ISAIDAT), la *ISAIDAT Law Review*, publicación periódica en línea destinada a los estudios comparativos y a la difusión del diálogo entre el Derecho y ciencias sociales. V. <http://isaidat.di.unito.it/index.php/isaidat>. Por su parte, en el sector del Derecho Público, se difunde desde hace dos decenios la *Rivista di Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, bajo la dirección de Giuseppe Franco Ferrari, mientras que el estrecho vínculo jurídico entre Latinoamérica y el Derecho Romano ha sido objeto de valiosos



- estudios comparados consignados en la revista *Roma e America* (1996), de Sandro Schipani. Sobre el aporte al diálogo científico que consiente la publicación de una revista de Derecho Comparado, Rodolfo Sacco se ha playado en Gianmaria Ajani y Michele Graziadei, «Entrevista a Rodolfo Sacco», en *Annuario di Diritto Comparato e di Studi Legislativi*, Edizioni Scientifiche Italiane, Nápoles, 2010, págs. 25-38.
- (32) Desde 1970, existe la Associazione Italiana di Diritto Comparato. En 1996, se crea, con sede en Turín, el Istituto Subalpino per l'Analisi e l'Insegnamento del Diritto delle Attività Transnazionali (ISAIDAT). En el 2010, nace la Società Italiana per la Ricerca nel Diritto Comparato (SIRD), bajo la iniciativa de Rodolfo Sacco, Antonio Gambaro, Michele Graziadei, Guido Alpa, Giovanni Conso, Alessandro Pizzorusso y Gustavo Zagrebelsky, entre otros destacados juristas.
- (33) Piéense, entre los hispanos, en la obra pionera de Adolfo Posada, *Derecho Constitucional Comparado de los principales estados de Europa y América*, Librería de Victoriano Suárez, Madrid, 1894. En doctrina italiana, cfr. Alessandro Paternostro, *Diritto Costituzionale teorico, patrio e comparato: Lezioni dettate nell'anno scolastico 1878-79*, V. Morano, Nápoles, 1879.
- (34) Así, Edouard Lambert, *L'enseignement du Droit Comparé: Sa coopération au rapprochement entre la jurisprudence française et la jurisprudence anglo-américaine*, A. Rey y A. Rousseau, Lyon y París, 1919.
- (35) Cfr. Raymond SALEILLES, *Essai d'une théorie générale de l'obligation d'après le projet de Code civil allemand*, F. Pichon, París, 1890; Raymond SALEILLES, *La théorie possessoire du Code civil allemand*, F. Pichon, París, 1904.
- (36) Son temáticas repetidas en diversos pasajes de las obras de René David. V. René David, *Traité élémentaire de Droit Civil Comparé: Introduction a l'étude des droits étrangers et à la méthode comparative*, R. Pichon et R. Durand-Auzias, París, 1950; René David, *Les grands systèmes de Droit contemporains*, Dalloz, París, 1964 (y sus once ediciones sucesivas); René David, «Le rôle des juristes dans l'élaboration du Droit selon la conception traditionnelle du système de Droit Romano-germanique», en *Vom Deutschen zum Europäischen Recht*, n.º 8, Tübingen, 1963, págs. 359-370.
- (37) Ha sido la principal atención de dos recientes congresos internacionales organizados por el ISAIDAT (Turín, 25-28 de abril de 2007) y por la Accademia Nazionale dei Lincei (Roma, 12-13 de marzo de 2008). V. Rodolfo Sacco (coord.), *Le nuove ambizioni del sapere del giurista. Antropologia giuridica e traduttologia giuridica (Roma, 12-13 marzo 2008): Atti dei convegni Lincei 253*, Scienze e Lettere Editore Commerciale, Roma, 2009; Rodolfo Sacco (coord.), *Les frontières avancées du savoir du Juriste: L'anthropologie juridique et la traductologie juridique: Actes du Colloque ISAIDAT, Turin, 25-28 avril 2007*, Bruylant, Bruselas, 2011.
- (38) Para un ejemplo ilustre, cfr. Rodolfo Sacco, «Elogio a la uniformidad del Derecho, elogio a la diversidad en el Derecho», en *Anuario de Derecho Civil*, n.º LXI-2, Madrid, 2008.
- (39) Se trata del método comparativo del *factual approach*, desarrollado por el profesor Rudolf Schlesinger (1908-1996), director de una serie de seminarios sobre la formación de contratos llevados a cabo entre los años 1957-1968 en la Universidad de Cornell. En ellos, juristas de diversas nacionalidades respondieron de forma resumida a una serie de preguntas precedidas de un *case*. Como resultado, se obtiene una generalización sobre la base de la identificación de los datos empíricos concretos de cada sistema. Cfr. Rudolf B. Schlesinger (coord.), *Formation of contracts: A study of the Common Core of Legal Systems*, Oceana y Stevens & Sons, Nueva York y Londres, 1968, 2 vols.
- (40) Término utilizado para indicar aquellas reglas que existen y que se aplican, pero que el Jurista no formula o que, incluso queriendo, no sabría formular. Se trata, por consiguiente, de reglas no verbalizadas, practicadas en un sistema en modo automático e inconsciente. Los criptotipos se presentan con regularidad en las sociedades poco propensas a la abstracción y a las definiciones (como las sociedades sin escritura, representadas por ciertos pueblos indígenas), las cuales ejecutan con frecuencia sus reglas jurídicas sin tentar (ni desear) elaborar definiciones o construcciones semánticas sobre su contenido. Con todo, el fenómeno no es privativo de dichas sociedades. La comparación, de hecho, ha evidenciado una infinidad de criptotipos en ámbitos jurídicos de mayor complejidad. Así, en distintas áreas territoriales, leyes idénticas dan lugar a soluciones aplicativas diversas y viceversa: soluciones aplicativas idénticas son el resultado de diversas leyes. Todo ello se explica por la presencia de un criptotipo, de una regla no verbalizada que ha operado entre la norma legislada, conocida y enseñada, y la norma efectivamente aplicada. Dada su cualidad implícita, los criptotipos son transmitidos de generación en generación con un eminente carácter de obviedad, hecho del cual deriva un importante corolario para el comparatista: la sujeción a los criptotipos de un sistema confiere al Jurista una «mentalidad», siendo la diferencia entre las diversas mentalidades el principal obstáculo para la comprensión entre estudiosos de proveniencia territorial diversa. Más detalles en Rodolfo Sacco, «Criptotipo», en *Dig. Disc. Priv. (Dez. Civ.)*, 4.ª ed., Turín, 1990, págs. 3-5; Rodolfo Sacco, «Un cryptotype en Droit français: La remise abstraite», en *Études offertes a René Rodière*, Dalloz, París, 1981, págs. 273 y ss.; Antonio Gambaro y Rodolfo Sacco, «Sistemi giuridici comparati», en Rodolfo SACCO (coord.), *Trattato di Diritto Comparato*, 3.ª ed., Utet, Turín, 2008, págs. 7-8. Esta última obra, en su reciente versión francesa, ha sido acogida con éxito entre los especialistas trasalpinos. V. Antonio Gambaro, Rodolfo Sacco y Louis Vogel, *Traité de Droit Comparé: Le Droit de l'Occident et d'ailleurs*, LGDJ, París, 2011.
- (41) John B. Carroll (coord.), *Language, thought and reality: Selected writings of Benjamin Lee Whorf*, Technology Press of Massachusetts Institute of Technology, Cambridge (Mass.), 1997 [1956].
- (42) Rodolfo Sacco, *Antropologia giuridica: Contributo ad una macrostoria del Diritto*, Il Mulino, Bolonia, 2007; Rodolfo Sacco, *Anthropologie juridique: Apport à une macro-histoire du Droit*, Dalloz, París, 2008; Rodolfo SACCO, *Le Droit africain: Anthropologie et Droit positif*, Dalloz, París, 2009.
- (43) Rodolfo Sacco, *Le grandi linee del sistema giuridico somalo*, Giuffrè, Milán, 1985.
- (44) Cfr. Antony Allott, «Book review», en *Int. Comp. Law. Q.*, n.º 35, Londres, 1986, págs. 223-225. Antony Allott (1924-2002) fue uno de los máximos exponentes de los juristas africanistas en el mundo. Fue, además, profesor y director de la célebre School of Oriental and African Studies de Londres.
- (45) Para un análisis general del recorrido y de las herramientas que ofrece la antropología al estudio del Derecho Comparado, cfr. Annelise Riles, «Representing in-between: Law, anthropology and the rhetoric of interdisciplinarity», en *U. Ill. L. Rev.*, n.º 3, Champaign, 1994, págs. 597-650; Annelise Riles, «Comparative law and socio-legal studies», en Reinhardt ZIMMERMAN y Mathias REIMANN (coord.), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford University Press, Oxford, 2006, págs. 775-814; Elisabetta Grande, «L'apporto dell'antropologia alla conoscenza del Diritto: Piccola guida alla



ricerca di nuovi itinerari», en *Riv. Crit. Dir. Priv.*, n.º 14, Nápoles, 1996. Un trato general sobre el aporte de la antropología a la ciencia jurídica en Norbert Rouland, *L'anthropologie juridique*, 2.ª ed., Presses Universitaires de France, París, 1995; Laura Nader, *The life of the law: Anthropological projects*, University of California Press, Berkeley, 2002; Martha Mundy (coord.), *Law and anthropology*, Ashgate, Aldershot, 2002; June Starr y Mark Goodale (coord.), *Practicing ethnography in law: New dialogues, enduring methods*, Palgrave Macmillan, Nueva York, 2002; Sally Falk Moore (coord.), *Law and anthropology: A reader*, Blackwell, Malden (Mass.), 2005; Rodolfo Sacco, *Antropologia giuridica: Contributo ad una macrostoria del Diritto*, Il Mulino, Bologna, 2007; Rodolfo Sacco, *Anthropologie juridique: Apport à une macro-histoire du Droit*, Dalloz, París, 2008; Michael Freeman y David Napier (ed.), *Law and anthropology*, Oxford University Press, Oxford, 2009; Edwige Rude-Antoine y Geneviève Chrétien-Vernicos (coord.), *Anthropologies et droits: État des savoirs et orientations contemporaines*, Dalloz, París, 2009.

- (46) Rodolfo Sacco, *Che cos'è il diritto comparato*, Giuffrè, Milán, 1992, pág. 47.
- (47) Pierangelo Catalano (et al.), *Pensamiento constitucional de Simon Bolivar*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1983; Pierangelo Catalano, *Consolato e dittatura: L'esperienza romana della Repubblica del Paraguay*, Editori Riuniti, Roma, 1983.

- (48) Gracias a su iniciativa, en 1997, ha sido instituido el Centro de Studi Giuridici Latinoamericani (CSGLA) en base a un acuerdo celebrado entre la Università degli Studi di Roma Tor Vergata y el Consiglio Nazionale delle Ricerche (CNR). Las actividades del CSGLA se desarrollan en dos campos: el científico y el didáctico. En particular, el CSGLA fomenta investigaciones sobre el subsistema jurídico latinoamericano, concentrándose en su formación y codificación, en la integración y la unificación del Derecho en Europa y en Latinoamérica (con especial miramiento hacia el Derecho de los contratos y la responsabilidad extracontractual) y en una variedad de temáticas tales como la deuda externa, la protección del consumidor y la protección del medio ambiente. La actividad del CSGLA se dirige, además, a la formación científica, brindando asistencia a investigadores y becarios y colaborando con doctorados o con cursos de formación en las materias de su competencia.

El aporte de Schipani al conocimiento del sistema jurídico latinoamericano se testimonia en un nutrido catálogo de obras y en la dirección de diversos congresos y revistas especializadas. Entre estas, destacamos: Sandro Schipani (coord.), *Diritto Romano, codificazioni e unità del sistema giuridico latinoamericano*, Giuffrè, Milán, 1981; Sandro Schipani (coord.), *Augusto Teixeira de Freitas e il Diritto latinoamericano: Atti del Congresso Internazionale, Roma, 17-19 marzo 1986*, Cedam, Padua,

1988; Sandro Schipani, *Unificazione del Diritto e Diritto dell'integrazione in America Latina alla luce dello ius romanum commune*, Mucchi, Roma, 1997; Sandro Schipani (coord.), *Mundus novus: America. Sistema giuridico latinoamericano: Congresso internazionale, Roma, 26-29 novembre 2003*, Tellemedia, Roma, 2005; Sandro Schipani, «Codici civili nel sistema latinoamericano», en *Dig. Disc. Priv. (Sez. Civ.)*, 4.ª ed., vol. agg., Turín, 2010, págs. 286-319.

- (49) El texto, en preparación, será publicado en breve por la editorial napolitana Edizioni Scientifiche Italiane.
- (50) Rodolfo Sacco, *Che cos'è il diritto comparato*, Giuffrè, Milán, 1992, págs. 151 y ss.
- (51) Rodolfo Sacco, *Il fatto, l'atto, il negozio*, Utet, Turín, 1985.
- (52) Cfr. Rodolfo SACCO, «Introdução ao Direito Comparado», en *Revista dos Tribunais*, São Paulo, 2001.
- (53) ASERJ, «La résistance du Droit africain: Actes du Colloque de Dakar, 5-9 juillet 1977», en *Revue Sénégalaise de Droit*, n.º 21 (especial), Dakar, 1977.
- (54) El Congreso, titulado «La terre et l'homme – The man and the land», se desarrolló en Turín entre el 12 y el 14 de abril de 2011, a partir de una iniciativa conjunta del ISAI-DAT y de la Società Italiana per la Ricerca in Diritto Comparato (SIRD). Su objeto fue el análisis multidisciplinario de la propiedad de la tierra en la visión de las culturas tradicionales.

Reseña de las principales sentencias del Tribunal Supremo

Por Redacción de LA LEY

Fechadas desde noviembre 2011 a junio 2012

ACCIÓN DECLARATIVA DE DOMINIO

Desestimada la acción reconvenicional ejercitada en la demanda principal, se estima la acción declarativa de dominio formulada en vía reconvenicional

Sentencia Tribunal Supremo, Sala Primera, núm. 182/2012, de 28 de marzo de 2012 (Ponente: Antonio Salas Carceller) LA LEY 32690/2012

Estimando el Juzgado de Primera Instancia la acción reivindicatoria ejercitada, la AP Cádiz, estimando el recurso de apelación interpuesto por el demandado reconviniente, desestimó dicha acción y estimó la acción declarativa de dominio ejercitada en vía reconvenicional. Declara el Tribunal Supremo no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la actora.

Aunque en la escritura notarial de compraventa conste la demandante reconvenida como titular y única compradora, la finca litigiosa fue vendida conjuntamente a ambas partes litigantes, que en aquel momento mantenían una relación sentimental. *Fiducia cum amico*. No puede la recurrente alegar una finalidad fraudulenta para consolidar una propiedad aparente y faltar a la confianza depositada por el fiduciante al consentir que apareciera ella externamente como titular única del bien. Probada la aportación económica efectuada por el demandado al pago del precio de su adquisición. Préstamo hipotecario asociado a una cuenta común de los litigantes.

ARRENDAMIENTOS URBANOS

Duración de los contratos de arrendamientos de local de negocio celebrados bajo la vigencia del RDL 2/1985 cuan-

do el arrendatario es persona jurídica y se pactó la prórroga forzosa

Sentencia Tribunal Supremo, Sala Primera, núm. 831/2011, de 17 de noviembre de 2011 (Ponente: Juan Antonio Xiol Ríos) LA LEY 236535/2011

Las sentencias de instancia desestimaron la demanda en la que el arrendatario ejercitaba acumuladamente acción de retracto y acción por la que solicitaba que se declarase que la arrendadora había incurrido en incumplimiento contractual al rescindir el arrendamiento sin justificación legal ni convencional. El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación.

Respecto a los contratos de arrendamiento de local de negocio celebrados a partir del 9 de mayo de 1985, que subsistan en la fecha de entrada en vigor de la LAU 1994, la disp. trans. Primera apartado 2 de dicha Ley remite con carácter general a la regulación anterior de dichos contratos y prevé, en cuanto a su duración, la aplicación de la tácita reconducción en los casos en los que no existiera sometimiento a prórroga forzosa. Pero junto a estos contratos en otros las partes decidieron voluntariamente el sometimiento a dicha prórroga. Consciente de ello, el legislador de 1994 dedicó la disp. trans. Tercera LAU 1994 a establecer una normativa que permitiría fijar una fecha de finalización de los contratos sometidos a prórroga forzosa. El análisis conjunto y sistemático de la disp. trans. Primera apartado 2 y de la disp. trans. Tercera permite declarar que el régimen fijado por esta última para los contratos celebrados antes de la entrada en vigor del RDL 2/1985 de 30 Abr. (medidas de política económica) resulta igualmente aplicable a los contratos celebrados tras dicha entrada en vigor, cuando las partes hubieran establecido la prórroga forzosa, pues si el legislador previó un fin para los contratos de arren-

damiento de local de negocio que legalmente debían estar sometidos a la prórroga forzosa, por razones de política legislativa, aún más debe estar previsto en los que se fijó convencionalmente, so pena de eliminar la esencia del arrendamiento. En definitiva, la disp. trans. Primera LAU 1994 remite expresamente al RDL 2/1985 y a la LAU 1964 para la regulación de los arrendamientos de local de negocio, por lo que se debe entender que la alusión a la tácita reconducción está únicamente prevista para aquellos contratos que se celebraron al amparo del RDL 2/1985 sin incluirse referencia alguna a una prórroga forzosa. Para el resto, esto es, para aquellos respecto a los que sí se estableció de modo voluntario un sistema de prórroga forzosa, resulta aplicable la LAU 1964, y en materia de finalización de la situación de prórroga, la disp. trans. Tercera LAU 1994, en cuyo apartado 4 se establece la duración de los contratos de arrendamientos de local de negocio celebrados al amparo de la LAU 1964, cuando, como en el caso de autos, el arrendatario es una persona jurídica.

Consideración como perjudicado del primer comprador de una vivienda arrendada cuyo arrendatario la adquirió por tanteo pero la vendió antes del plazo legal de 2 años

Sentencia Tribunal Supremo, Sala Primera, núm. 957/2012, de 11 de enero de 2012 (Ponente: Juan Antonio Xiol Ríos) LA LEY 8986/2012

El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda de resolución de compraventas de vivienda posteriores a la del demandante (la celebrada por el propietario arrendador con los inquilinos y la de estos con el tercer adquirente). La AP Madrid revocó la sentencia del Juzgado y estimó en parte la demanda. El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por el registrador codemandado.

El art. 51 LAU 1964 establece que si el arrendatario que ha adquirido la vivienda arrendada mediante el ejercicio de su derecho de tanteo, la transmite antes del transcurso de 2 años, la «parte perjudicada» podrá solicitar la resolución de ambas transmisiones. Aunque la jurisprudencia no ha tenido ocasión de pronunciarse expresamente sobre si la consideración de «parte perjudicada» está reservada solo al arrendador, no existe razón legal para no considerar como tal «parte perjudicada» a cualquier otro cuya adquisición se haya visto frustrada por el preferente derecho del arrendatario, al objeto de apreciar su legitimación de fondo para el ejercicio de la acción resolutoria regulada en el citado artículo. La circunstancia de que la legislación especial aplicable al caso buscara facilitar el acceso a la vivienda de los inquilinos, y que fuera esa finalidad social la que justificara en principio la resolución de la adquisición originaria realizada por estos y de las que de ella traigan causa cuando se vulnerase la prohibición temporal de disponer, no debe interpretarse en el sentido de que dicha facultad resolutoria aparezca limitada al arrendador que, por respetar el tanteo o el retracto de su inquilino, se vio imposibilitado de transmitir el bien libremente, sino que igualmente cabe atribuir esa misma condición y, consecuentemente, esa misma legitimación, a un adquirente anterior en la medida que también vio frustrado un derecho de adquisición sobre un bien inmueble que estaba en el libre comercio a resultas del ejercicio del derecho de adquisición preferente del inquilino, frustración que la ley solo justifica si el derecho de adquisición se ejercita con arreglo a Derecho, no entendiéndose como tal la que va seguida de una enajenación posterior dentro del límite temporal de dos años durante el que rige la prohibición de disponer.

APROPIACIÓN INDEBIDA

Titular fiduciario de una finca que la vende en concepto de dueño y se apropia del dinero obtenido sin informar al propietario ni abonarle cantidad alguna

Sentencia Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, núm. 262/2012, de 2 de abril de 2012 (Ponente: Cándido Conde-Pumpido Tourón) LA LEY 35412/2012

El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación interpuesto contra la sentencia dictada por la AP de Barcelona y confirma la condena a uno de los acusados por un delito de apropiación indebida.

En el caso, el recurrente que era titular meramente fiduciario de una Sociedad Limitada propietaria de una finca de gran valor, sociedad y finca que, en realidad seguían perteneciendo al perjudicado, como se pactó documentalmente entre ambos, aprovechó la confianza en él depositada para disponer como dueño de dicho activo patrimonial, vendiendo a un tercero la referida finca, por un precio final de 691.494 euros, dinero del que se apropió sin informar al propietario de la venta realizada ni abonarle cantidad alguna. Es claro que en la conducta del recurrente concurren todos los elementos integradores del tipo. El condenado recibió las participaciones de la sociedad propietaria de la finca a través de una venta simulada (simulación relativa), que disimulaba un acuerdo de fiducia fundado en la confianza y la buena fe (*fiducia cun amico*) para la conservación de los bienes a disposición de su propietario, a quien otorgó precisamente por ello un poder con plenas facultades de disposición, figurando el condenado como titular formal o aparente de la sociedad, pero reconociendo expresamente en un contrato simultáneo la propiedad del hoy perjudicado y su condición expresa de mero fiduciario. En estos casos se trata ordinariamente de transmitir ficticiamente la propiedad, con un fin (*causa fiduciae*) pactado entre las partes, mediante el cual se pretende un negocio jurídico diferente (negocio interno o disimulado) al negocio aparente (negocio externo o formal), a lo que se añade un pacto entre las partes (*pactum fiduciae*) al objeto de reconocer la titularidad real de la cosa. En consecuencia, la fiducia, en los casos como el presente de «fiducia cun amico» en que del «pactum fiduciae» se deduce que el transmitente conserva la propiedad, es un título de los que producen obligación de conservar y devolver el bien o activo patrimonial recibido, que en caso de quebrantamiento de la relación de confianza a través de la acción típica de apropiación del bien, es hábil para fundamentar la responsabilidad por tal delito.

COMPRAVENTA DE FINCA

Validez de la resolución de compraventa de inmueble realizada por la viuda del comprador en representación de sus hijos menores

Sentencia Tribunal Supremo, Sala Primera, núm. 339/2012, de 5 de junio de 2012 (Ponente: Antonio Salas Carceller) LA LEY 72580/2012

Las sentencias de instancia desestimaron la demanda en la que se solicitaba la declaración de nulidad del convenio de resolución de compraventa celebrado entre la viuda del comprador y la vendedora, y la rehabilitación del contrato. El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por los demandantes.



En el caso, fallecido el comprador, que dejaba viuda y cuatro hijos menores de su matrimonio así como otro de un matrimonio anterior declarado nulo, se consideró en interés de la herencia —y, por tanto, de quienes ahora demandan— que no convenía que la misma quedara sujeta a las obligaciones dimanantes del contrato celebrado, del que restaba por satisfacer como precio una elevada cantidad, a lo que se había comprometido el fallecido. En tales condiciones, la viuda y el albacea se reúnen con la vendedora y acuerdan libremente resolver el contrato mediante documento. En tal ocasión no aparece representado por su madre el hijo del anterior matrimonio —entonces menor de edad— el cual no es demandante en este proceso, y por ello es por lo que se atribuye al albacea la representación de los «herederos» que, desde luego, no le correspondía, siendo así que, no obstante, aunque no constara así en el documento, los intereses y derechos de los hijos menores de la viuda estaban suficientemente defendidos por la misma, que sí participó en el otorgamiento. Resulta así que, sin necesidad de consignación expresa, la madre, al convenir la resolución contractual en el expresado documento, estaba ejerciendo las funciones propias de la patria potestad —y, en concreto, las de representación del art. 154 CC—, sin que deba entenderse que en tal caso existía el conflicto de intereses entre madre e hijos a que se refiere el art. 162.2 CC, que habría exigido el nombramiento de un defensor judicial según lo establecido en el art. 163 CC. Dicho conflicto puede estar presente cuando los intereses y derechos de uno —titular o titulares de la patria potestad— y otro —el hijo— son contrarios u opuestos en un asunto determinado, de modo que el beneficio de uno puede comportar perjuicio para el otro. En el caso de autos, no existía conflicto alguno de intereses entre madre e hijos menores, pues fue precisamente el interés de éstos y de la propia herencia el que determinó la resolución contractual para evitar que la misma quedara sujeta al pago de un precio tan elevado, sin perjuicio de que la propia madre adquiriera a continuación la misma finca «pro indiviso» junto con las hermanas de su fallecido esposo, lo que suponía que la asunción de la obligación se reducía a solo una tercera parte del precio.

DEFENSA DE LA COMPETENCIA

Estaciones de servicio. La cuota de mercado de la proveedora determina que los contratos, por su duración, no estén incursos en la prohibición del art. 81.1 del TCE (hoy art. 101.1 del TFUE) y por tanto releva de examinar si dicha duración queda amparada por los Reglamentos de exención

Sentencia Tribunal Supremo, Sala Primera, núm. 31/2011, de 15 de febrero de 2012 (Ponente: Francisco Marín Castán) LA LEY 19504/2012

Las sentencias de instancia desestimaron la demanda de nulidad de los contratos de cesión de derecho de superficie y arrendamiento de industria con abastecimiento en exclusiva, que conformaban una única relación contractual compleja que vinculaba a los litigantes. El Tribunal Supremo desestima los recursos extraordinarios por infracción procesal y de casación interpuestos por las compañías mercantiles demandantes.

Arrendamiento de industria con exclusiva de abastecimiento. Demanda de nulidad formulada por la arrendataria. Desestimación. Regla «de minimis». La cuota de mercado de la proveedora, un 3'5%, determina que los contratos, por su duración, no estén incursos en

la prohibición del art. 81.1 del TCE (hoy art. 101.1 del TFUE) y por tanto releva de examinar si dicha duración queda amparada por los Reglamentos de exención 1984/1983 y 2790/1999. Matización del criterio de «la doble barrera» que permitiría declarar la nulidad, pese a la regla «de minimis», con base en el Derecho español de defensa de la competencia. Conforme al art. 3.2 del Reglamento 1/2003 «[l]a aplicación del Derecho nacional de la competencia no podrá resultar en la prohibición de acuerdos, decisiones o asociaciones de empresas o prácticas concertadas y que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros pero que no restrinjan la competencia en el sentido del apartado 1 del art. 81 del Tratado». Tampoco en virtud de las normas generales del Código Civil sobre obligaciones y contratos cabe acceder a la nulidad de los contratos ya que las pretensiones de las demandantes, resumidas en quedarse para sí, sin contraprestación alguna, unas estaciones de servicio construidas por la demandada y con derecho además a una indemnización, pugnan de forma evidente con las consecuencias que, conforme a la buena fe, impone a los contratantes el art. 1258 CC.

DESPIDO DE TRABAJADOR EN SITUACIÓN DE EXCEDENCIA

Cambio de doctrina respecto a los salarios de tramitación en los despidos de trabajadores en situación de excedencia

Sentencia Tribunal Supremo, Sala Cuarta, de lo Social, de 19 de diciembre de 2011 (Ponente: Fernando Salinas Molina) LA LEY 259322/2011

El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto contra la sentencia dictada por el TSJ Las Palmas, confirmándola en el concreto extremo cuestionado, en cuanto a la condena a la empresa al abono de los salarios desde la fecha del despido.

La cuestión debatida se centra en determinar si la declaración judicial de improcedencia del despido de un trabajador en situación de excedencia voluntaria por negativa, expresa o tácita, empresarial al reingreso, conlleva o no el abono de salarios de tramitación desde la fecha en que se fije como la del despido y en aplicación de las normas generales sobre nulidad o improcedencia del despido. Y dados los diversos criterios contenidos en las sentencias de casación unificadora, obligan, por razones de seguridad jurídica a que se concrete la doctrina que entienda jurídicamente como más correcta. Se llega a la conclusión de que, si bien durante el periodo durante el que el trabajador permanece en situación de excedencia voluntaria no tiene derecho a salarios pero que, cuando la empresa incumple con la obligación de readmisión, la consecuencia es la de que la situación del trabajador excedente no readmitido injustamente desde la fecha en que debería haberse cumplido la obligación de readmitir es análoga a la del trabajador injustamente despedido a partir de la fecha del despido, con obligación indemnizatoria de perjuicios en ambos casos —bajo la forma de salarios de tramitación o de indemnización compensatoria—. Por tanto, debe fijarse como doctrina unificada que la declaración judicial de improcedencia del despido de un trabajador en situación de excedencia voluntaria por negativa, expresa o tácita, empresarial al reingreso conlleva el abono de salarios de tramitación desde la fecha en que se fije como la del despido y en aplicación de las normas generales sobre nulidad o improcedencia del despido.

DIVORCIO. MODIFICACIÓN DE MEDIDAS

Criterios interpretativos de la expresión «vivir maritalmente con otra persona» recogida en el art. 101.1 CC como causa de extinción de la pensión compensatoria

Sentencia Tribunal Supremo, Sala Primera, núm. 42/2012, de 9 de febrero de 2012 (Ponente: Encarnación Roca Trías) LA LEY 12835/2012

El Juzgado de Primera Instancia estimó en parte la demanda de modificación de medidas adoptadas en sentencia de divorcio, aceptando la extinción de la pensión compensatoria reconocida a la esposa. La AP Valladolid revocó la sentencia del Juzgado y desestimó la demanda. El Tribunal Supremo estima el recurso de casación presentado por el demandante, casa en parte la sentencia recurrida y repone la de primera instancia.

En la interpretación del art. 101.1 CC, que establece la extinción de la pensión compensatoria por vida marital con otra persona, se han mantenido dos posturas en la doctrina: la de quienes entienden que el CC utiliza la expresión «vivir maritalmente» como equivalente a convivencia matrimonial, y la de quienes entienden que cualquier tipo de convivencia estable de pareja lleva a la extinción de la pensión y que no quedan incluidas las convivencias ocasionales o esporádicas. Pues bien, para dar sentido a dicha regla deben utilizarse dos cánones interpretativos: el de la finalidad de la norma y el de la realidad social del tiempo en que la norma debe ser aplicada. De acuerdo con el primero, la razón por la que se introdujo esta causa de extinción de la pensión compensatoria fue la de evitar que se ocultaran auténticas situaciones de convivencia con carácter de estabilidad, más o menos prolongadas, no formalizadas como matrimonio, precisamente para impedir la pérdida de la pensión compensatoria, ya que se preveía inicialmente solo como causa de pérdida el nuevo matrimonio del cónyuge acreedor. Utilizando el segundo canon interpretativo, es decir, el relativo a la realidad social del tiempo en que la norma debe aplicarse, debe señalarse asimismo que la calificación de la expresión «vida marital con otra persona» puede hacerse desde dos puntos de vista distintos: uno, desde el subjetivo, que se materializa en el hecho de que los miembros de la nueva pareja asumen un compromiso serio y duradero, basado en la fidelidad, con ausencia de forma; y otro, el elemento objetivo, basado en la convivencia estable. En general, se sostiene que se produce este convivencia cuando los sujetos viven como cónyuges, es decir, *more uxorio*, y ello produce una creencia generalizada sobre el carácter de sus relaciones. Los dos sistemas de aproximación a la naturaleza de lo que el Código denomina «vida marital» son complementarios, no se excluyen.

DIVORCIO. VIVIENDA FAMILIAR

La atribución del uso de la vivienda familiar a la esposa no puede basarse en la protección del interés de las hijas mayores de edad con las que convive

Sentencia Tribunal Supremo, Sala Primera, núm. 183/2012, de 30 de marzo de 2012 (Ponente: Encarnación Roca Trías) LA LEY 39626/2012

El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda de divorcio y, entre otras medidas, atribuyó el uso de la vivienda conyugal a la madre y a las hijas mayores de edad durante el plazo de un año. La AP Valencia suprimió la limitación temporal de un año y acordó que

la atribución del uso de la vivienda acabará cuando las hijas fuesen independientes. El Tribunal Supremo estima el recurso de casación interpuesto por el demandado, casa y anula en parte la sentencia recurrida y, desestimando en parte la demanda, declara que no procede atribuir el uso del domicilio familiar a las hijas del matrimonio ni a la madre, sino que se atribuye al padre.

En el caso, formulada demanda de divorcio, la Audiencia Provincial atribuyó el uso de la vivienda familiar a la esposa «atendiendo a las necesidades de las hijas mayores de edad». El Tribunal Supremo revoca dicho pronunciamiento y atribuye el uso de la vivienda al esposo, propietario de la misma. Según la doctrina jurisprudencial, la atribución del uso de la vivienda familiar a los hijos en el art. 96.1 CC se produce «como concreción del principio favor filii», pero cuando son mayores de edad rigen otras reglas. Y ello se justifica, en primer lugar, por la propia diferencia de tratamiento legal que reciben unos y otros hijos, y en segundo lugar, porque no cabe vincular el derecho de uso de la vivienda familiar con la prestación alimenticia prevista en el art. 93.2 CC, respecto de los hijos mayores que convivan en el domicilio familiar y carezcan de ingresos propios, ya que, a diferencia de lo que ocurre con los hijos menores, la prestación alimenticia a favor de los mayores contemplada en el citado precepto, la cual comprende el derecho de habitación, ha de fijarse —por expresa remisión legal— conforme a lo dispuesto en los arts. 142 y ss. CC que regulan los alimentos entre parientes, y admite su satisfacción de dos maneras distintas, bien incluyendo a la hora de cuantificarla la cantidad indispensable para habitación, o bien recibiendo y manteniendo en su propia casa el obligado al que tiene derecho a ellos. Por tanto, en el caso, las hijas del matrimonio no ostentan la titularidad del derecho de uso respecto a la vivienda familiar. Este uso podría haberse atribuido a la esposa pero las razones deberían haber estado fundadas en su propia necesidad e interés, debidamente probado, no en el de las hijas mayores que el art. 96 CC no tutela.

Admisión de la división material de la vivienda familiar en el procedimiento matrimonial

Sentencia Tribunal Supremo, Sala Primera, núm. 262/2012, de 30 de abril de 2012 (Ponente: Encarnación Roca Trías) LA LEY 58420/2012

El Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda de divorcio adoptando las medidas legales oportunas, entre ellas, la atribución a la madre del uso y disfrute de la planta alta del domicilio familiar y al padre la planta baja y sótano. La AP Málaga revocó la medida de dividir materialmente la vivienda familiar acordando en su lugar la atribución del uso y disfrute de la misma en su integridad a la madre como progenitor custodio de los hijos. El Tribunal Supremo estima el recurso de casación, casa la sentencia recurrida y repone la de primera instancia.

La disposición del art. 96 CC, en relación a la atribución del uso del domicilio a los hijos comunes y al cónyuge que ostente su guarda y custodia, está establecida para proteger el interés de los menores, no en interés de ninguno de los cónyuges mientras los niños sean menores de edad. De este modo, la división de un inmueble tiene como único límite esta protección. En el caso, el inmueble donde se halla ubicada la vivienda familiar es propiedad exclusiva del marido y la propuesta división no es tal, sino una redistribución de espacios en el inmueble que no altera su régimen pero permite obtener una funcionalidad adecuada para satisfacer los intereses presentes, ya que al ser posible esta nueva distribución se protege el interés de



los hijos menores y el del propio marido, ya que no puede privarse del uso y disfrute de la propiedad a quien es su titular sin vulnerar sus derechos a la propiedad privada y a disfrutar de una vivienda digna y adecuada —arts. 33 y 47 CE—. Cabe la división material de un inmueble en el procedimiento matrimonial cuando ello sea lo más adecuado para el cumplimiento del art. 96 CC, es decir, la protección del interés del menor y siempre que la división es posible y útil por reunir las viviendas resultantes las condiciones de habitabilidad.

FALTAS Y SANCIONES ADMINISTRATIVAS. TELECOMUNICACIONES

Se sanciona a una Comunidad de Propietarios por instalar en la azotea del edificio estaciones radioeléctricas sin habilitación legal y por obstaculizar la actividad inspectora

Sentencia Tribunal Supremo, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, de 15 de diciembre de 2011 (Ponente: Eduardo Espín Templado) LA LEY 267857/2011

El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación interpuesto contra sentencia del TSJ Madrid, que consideró conforme a Derecho la Resolución administrativa, que imponía a una Comunidad de Propietarios diversas sanciones por operar estaciones radioeléctricas sin habilitación legal y por la negativa y obstaculización a la actividad inspectora.

La sanción económica impuesta a la recurrente no se debe ni a la tenencia u operación de equipos de telecomunicaciones en cuanto tales ni, evidentemente, al mero alquiler de locales, sino que se impone por el funcionamiento ilegal de 4 emisoras de radio y 12 de televisión local, sin título habilitante y mediante equipos y en locales de su propiedad y con pleno conocimiento del desarrollo dicha actividad. Y de conformidad con la resolución sancionadora, avalada por la sentencia recurrida, se achaca a la comunidad recurrente la responsabilidad directa y continuada en dichas emisiones, que la resolución sancionadora considera como de participación esencial y necesaria en una actividad ilegal y la sala de instancia de cooperación necesaria, con reiterada resistencia a la actividad inspectora de la administración. Los elementos en los que se basa la imputación de participación o cooperación esencial en la actividad de emisión ilegal de radio y televisión constan como hechos probados y, en puridad, no son negados por la recurrente: así, no se pone en cuestión ni la propiedad de los locales y de los equipos de telecomunicaciones ni el conocimiento de la actividad que se desarrollaba con ellos. Ello es sin duda suficiente como para entender conforme a derecho la subsunción de la conducta de la comunidad de propietarios en la infracción sancionada —sin duda, junto con las sociedades que arrendaban los locales y operaban directamente los equipos—, conducta consistente en la operación de emisoras de radio y televisión sin la correspondiente habilitación y produciendo interferencias en canales legales.

FILIACIÓN NO MATRIMONIAL

Desestimación del recurso de casación formulado por una vía procesal inadecuada en un litigio sobre reconocimiento de filiación en el seno de una pareja de hecho compuesta por dos mujeres

Sentencia Tribunal Supremo, Sala Primera, núm. 997/2012, de 18 de enero de 2012 (Ponente: Encarnación Roca Trías) LA LEY 3936/2012

Las sentencias de instancia desestimaron la demanda de reconocimiento de filiación no matrimonial. El Tribunal Supremo desestima los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación presentados por la demandante.

En el caso, las sentencias de instancia desestimaron la acción de reconocimiento de filiación no matrimonial formulada por una mujer respecto a la hija de la que fue su compañera sentimental, y lo hicieron por considerar que la demandante carecía de legitimación activa al no ser ni madre biológica ni adoptiva de la menor. La actora formula recurso de casación al amparo del art. 477.2.1.º LEC, que establece que serán recurribles en casación las sentencias dictadas en segunda instancia por las Audiencias Provinciales «1.º cuando se dictaran para la tutela judicial civil de derechos fundamentales, excepto los que reconoce el art. 24 de la Constitución». El recurso no debió ser admitido y, por ende, debe ser desestimado ya que la demanda no se fundó en la lesión de ningún derecho fundamental. Aunque es cierto que se utilizaron en la argumentación referencias al derecho a no sufrir discriminación por razón de la orientación sexual de la actora, lo ejercitado fue una acción de reconocimiento de filiación, con base en el art. 7 L 14/2006 de 26 May. (técnicas de reproducción humana asistida), modificado por la L 3/2007 de 15 Mar. (rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas). La cuestión, por la novedad e interés del problema, podía perfectamente haber sido planteada por el cauce del art. 477.2.3.º, alegando el interés casacional, por fundarse en una norma, el art. 7 L 14/2006, de 26 de mayo, modificado por la L 3/2007 de 15 de marzo, que no llevaba más de cinco años en vigor en el momento de presentarse el recurso —art. 477.3 LEC—. No siendo admisible el recurso de casación, tampoco lo es el extraordinario por infracción procesal conforme a la disp. final 16, 5.ª, párrafo segundo LEC.

GESTIÓN TRIBUTARIA. NOTIFICACIONES ELECTRÓNICAS

Conformidad a derecho del Real Decreto que regula las notificaciones electrónicas en el ámbito tributario

Sentencia Tribunal Supremo, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, de 22 de febrero de 2012 (Ponente: Manuel Vicente Garzón Herrero) LA LEY 39805/2012

El Tribunal Supremo desestima el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Asociación Española de Asesores Fiscales y Gestores Tributarios frente al Real Decreto 1363/2010, de 29 de octubre, por el que se regulan supuestos de notificaciones y comunicaciones administrativas en el ámbito de la Agencia Tributaria, por ser conforme a derecho.

En el caso —impugnación del RD 1363/2010 de 29 Oct. (supuestos de notificaciones y comunicaciones administrativas obligatorias por medios electrónicos en el ámbito de la AEAT)— los recurrentes alegan falta de cobertura legal de la norma, argumentando que a tenor del art. 7 LGT son las leyes y reglamentos tributarios quienes constituyen la fuente del derecho en materia tributaria, y no tiene tal carácter la L 11/2007 de 22 Jun. (acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos), que es la que sirve de cobertura a la disposición impugnada. Tal argumento debe ser rechazado. Efecti-

vamente el art. 27.6 L 11/2007 contiene una habilitación para que reglamentariamente se determine el modo en que las «comunicaciones» pueden efectuarse. El término «comunicaciones» comprende también las notificaciones, por lo que no ofrece dudas que las notificaciones que el Real Decreto impugnado regula tienen la habilitación que el precepto de la ley expresada contiene. La misma consideración ha de ser hecha con respecto a la impugnación sustentada en la especialidad de las normas tributarias, pues es claro que al no estar reguladas las notificaciones electrónicas en las normas tributarias vigentes su regulación en las normas de derecho administrativo común constituye el mecanismo supletorio de regulación que la LGT consagra, lo que excluye la vulneración alegada. Con respecto a la falta de mención de los requisitos a que los reglamentos deben sujetarse en materia de notificaciones y que vienen fijados en la ley, es claro, asumiendo las observaciones formuladas por la AEAT, que ha de concluirse que el ámbito subjetivo de personas afectadas por la disposición impugnada, y dadas las características de estas, no se puede aceptar que se trate de un requisito técnico que pueda considerarse de imposible cumplimiento para las entidades destinatarias de las notificaciones.

HIPOTECA

Constituida en garantía de obligaciones hipotecarias al portador, en virtud de un supuesto acuerdo adoptado en Junta General de la sociedad demandante (dueña de las fincas hipotecadas) que, en realidad, nunca llegó a celebrarse

Sentencia Tribunal Supremo, Sala Primera, núm. 108/2012, de 21 de febrero de 2012 (Ponente: Xavier O'Callaghan Muñoz) LA LEY 24554/2012

Las sentencias de instancia estimaron la demanda de nulidad de hipoteca y de las obligaciones hipotecarias al portador, emitidas y garantizadas con la hipoteca, condenando a los demandados a devolver la posesión de las fincas hipotecadas y los rendimientos percibidos por la explotación de la industria instalada en dichas fincas. El Tribunal Supremo declara no haber lugar a los recursos por infracción procesal y de casación formulados por algunos de los demandados.

Ejecución de las obligaciones hipotecarias por los adquirentes de las mismas. Demanda dirigida contra los constituyentes de la hipoteca, contra el autor de la certificación falsa de la Junta y contra los titulares de las cédulas hipotecarias que instaron las correspondientes ejecuciones. Estimación. Nulidad de la hipoteca y de las obligaciones hipotecarias con obligación de devolver las fincas hipotecadas y los rendimientos obtenidos con la industria instalada en ellas. Ausencia de buena fe de los adquirentes de las cédulas hipotecarias. Estos adquirieron las obligaciones hipotecarias, instaron su ejecución y se adjudicaron las fincas, estando vigente la anotación de demanda en la que se invocaba la nulidad de la escritura de emisión de obligaciones. Por tanto, conocían la inexactitud del Registro.

NOTARIOS. RÉGIMEN DISCIPLINARIO

El Tribunal Supremo confirma la sanción impuesta a un notario que llegó a autorizar más de cien escrituras y actas diarias por ser imposible que estuviera presente en el otorgamiento de todas ellas

Sentencia Tribunal Supremo, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, de 28 de febrero de 2012 (Ponente: Luís María Díez-Picazo Giménez) LA LEY 15840/2012

El Tribunal Supremo desestima recurso de casación interpuesto contra sentencia del TSJ Madrid, que confirma resolución de la DGRN en el extremo que sanciona a un notario por la autorización de instrumentos notariales sin su presencia física.

En el caso, el recurrente —notario sancionado por la autorización de instrumentos notariales sin su presencia física— aduce que no ha habido ninguna prueba directa de su falta de presencia, sino que la resolución sancionadora, y luego la sentencia impugnada, se apoya en una mera prueba indirecta o indiciaria: a partir de la constatación del número de documentos autorizados determinados días y aplicando la experiencia sobre el tiempo medio que un notario experimentado utiliza por documento, infiere la imposibilidad de que el recurrente hubiera estado presente en todos aquéllos casos. Pues bien, tal argumento debe ser rechazado. Es claro, así, que partiendo de ciertos datos estadísticos cuya exactitud no es cuestionada, se infiere lógica y motivadamente que fue imposible la presencia física del recurrente en el otorgamiento de todos los documentos autorizados con su firma —más de cien escrituras y actas diarias, acercándose en ocasiones a las 200, cuando el tiempo empleado para autorizar una compraventa, hipoteca y aval, según un notario experimentado, es de 35 min. por acto—. El recurrente no indica con exactitud dónde radicaría la falta de lógica o la falta de motivación, sino que en realidad cuestiona la idoneidad misma de la prueba indirecta, prueba que está perfectamente admitida en el ordenamiento español, incluso en materia penal. Por lo demás, la invocación del art. 193 D 2 Jun. 1944 (Regl. notarial), que no exige ya la lectura del documento por parte del notario, no puede ser tomada en consideración. No solo se refiere a una versión del citado precepto reglamentario posterior a los hechos y al propio acto administrativo que le impone la sanción, sino que poco tiene que ver con lo que aquí se discute. Que el notario no tenga ya el deber de leer el documento a los otorgantes no significa que no deba estar presente. Además, que la lectura por el notario pueda ahora ser sustituida por otros medios tendentes al mismo resultado —el conocimiento por los otorgantes del contenido de los correspondientes documentos— no implica necesariamente que se acorte el tiempo razonablemente requerido para el correcto ejercicio de la función notarial.

NOTARIO. RESPONSABILIDAD

Responsabilidad del notario que otorgó un acta de notoriedad declarando a una persona única heredera sin comprobar mínimamente la existencia de otros posibles herederos

Sentencia Tribunal Supremo, Sala Primera, núm. 610/2012, de 23 de diciembre de 2011 (Ponente: Ramón Ibáñez de Aldecoa Lorente) LA LEY 272746/2011

La AP Asturias confirma la sentencia del Juzgado que estimó en parte la acción de reclamación de daños y perjuicios dirigida contra el heredero que mediante engaño consiguió que un notario, también demandado, otorgase acta de notoriedad declarándole único heredero de sus padres.



En el caso, el demandado consiguió mediante engaño que un notario, codemandado, otorgase acta de notoriedad declarándole único heredero abintestato de sus padres, aceptando posteriormente la herencia y constituyendo varias hipotecas sobre el único inmueble integrante del caudal relicto, inmueble que fue adjudicado a un tercero en proceso de ejecución hipotecaria. El demandante, coheredero, ejercita acción de responsabilidad civil contra ambos solicitando que le indemnicen conjunta y solidariamente. La demanda es estimada. La responsabilidad del heredero demandado es evidente dada su actuación dolosa, mintiendo descaradamente sobre su condición de hijo y heredero único de sus padres. En cuanto al notario, la negligencia imputable resulta evidente, dado que entre la documentación que el heredero demandado le proporcionó con su solicitud, estaba la certificación literal de defunción de su madre, en la que se hacía constar con toda claridad que quien hizo la declaración de fallecimiento fue una hija suya, de quien se facilitaba incluso su domicilio. Si la actuación del notario iba dirigida a la declaración de quiénes eran las personas con derechos en las herencias de los padres de los litigantes, con exclusión de cualquier otra, ha de concluirse que al notario le era exigible comprobar, al menos, dada la trascendencia de la declaración que iba a efectuar, si de las pruebas que se le facilitaban por el propio solicitante, se desprendía o no que eran las personas que él decía, y solo ellas, quienes ostentaban algún derecho en la herencia del causante o si, por el contrario, se desprendía que existían o podían existir otras personas interesadas en la herencia, y es evidente que, en este caso, el notario prescindió de hacer esa mínima comprobación, que habría exigido tan solo una simple lectura de la escasísima documentación que se le facilitó.

PENSIÓN COMPENSATORIA

El pacto entre los cónyuges relativo al pago de la pensión no tuvo como función la compensación del desequilibrio económico que pudiera surgir como consecuencia de la separación

Sentencia Tribunal Supremo, Sala Primera, núm. 233/2012, de 20 de abril de 2012 (Ponente: Encarnación Roca Trías) LA LEY 56725/2012

Las sentencias de instancia estimaron en parte la demanda de modificación de medidas adoptadas en sentencia de separación y acordaron la extinción de la pensión compensatoria pactada a favor de la esposa en el convenio regulador homologado por dicha sentencia. El Tribunal Supremo estima el recurso de casación, casa y anula en parte la sentencia recurrida y dicta nueva sentencia desestimando la demanda interpuesta, manteniendo la pensión compensatoria pactada a favor de la esposa.

En el caso, el pacto entre la recurrente y su marido, relativo al pago de una pensión compensatoria, no tuvo como función la compensación del desequilibrio económico que pudiera surgir como consecuencia de la separación matrimonial, sino que tuvo otra función. Esta función se observa cuando las partes establecieron que «con independencia de lo pactado, la esposa queda en total libertad para trabajar e iniciar otra vida laboral o comercial, sin que ello suponga detrimento en el importe de la pensión a satisfacer por el esposo». Esta parte del pacto constituye una expresión clara de que era voluntad expresa de ambos que la denominada pensión, que se pactaba en el convenio de referencia, debía abonarse a pesar de la actividad laboral o comercial de la acreedora de dicha pensión. Fuera cual fue-

ra la razón y el origen de este pacto, que no se ha impugnado, la entrada de la recurrente en el mercado de trabajo no permite la extinción de la pensión compensatoria pactada con esas condiciones, porque en dicho pacto no se contempla el desequilibrio, sino que se acuerda el pago de una cantidad, abstracción hecha del mismo y de las circunstancias posteriores en el ámbito económico de la esposa.

PROCEDIMIENTO CONCURSAL

No puede calificarse como crédito contra la masa el nacido de los pagos hechos por la fiadora de la concursada tras la declaración de concurso

Sentencia Tribunal Supremo, Sala Primera, núm. 181/2012, de 26 de marzo de 2012 (Ponente: José Ramón Ferrándiz Gabriel) LA LEY 32698/2012

Las sentencias de instancia desestimaron la demanda incidental sobre reconocimiento de un crédito contra la masa titularidad de la demandante en concepto de pagos por ejecución de contrato de aval y de comisiones de aval. El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por el demandante.

El art. 84.2.6.º L 22/2003 de 9 Jul. (concursal) establece que tendrán la consideración de créditos contra la masa «los que, conforme a la propia Ley, resulten de prestaciones a cargo del concursado en los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento que continúen en vigor tras la declaración de concurso». Para determinar en qué consiste la reciprocidad del vínculo contractual hay que partir de que no existe solo porque las dos partes contratantes queden obligadas. Antes bien, es necesario que entre los respectivos deberes de prestación exista una interdependencia o nexo causal determinante de que cada uno sea y funcione como contravalor o contraprestación del otro. En el caso, el demandante solicita que se califique como crédito contra la masa, el nacido de los pagos que, como fiadora de la concursada, había realizado a los acreedores de esta tras la declaración de concurso. La demanda es desestimada. La reciprocidad no es calidad atribuible al derecho del fiador al reintegro de lo que pagó a los acreedores de la concursada, pues no tiene correspondencia con contraprestación alguna a favor de la obligada al reembolso y a cargo del fiador. Tampoco el crédito derivado de las comisiones convenidas a cargo de la deudora principal, concursada, es recíproco de la obligación asumida por el fiador de pagar o cumplir por ella, ya que la relación de fianza propiamente existe entre fiador y acreedor, que son las dos partes del contrato de garantía, aunque el último hubiera exteriorizado su aceptación ex post y por un acto concluyente —en el caso, al reclamar el pago al fiador—.

PROPIEDAD HORIZONTAL

Validez de la reserva de uso de un elemento común realizada en el título constitutivo de propiedad horizontal por el propietario único del inmueble

Sentencia Tribunal Supremo, Sala Primera, núm. 316/2012, de 28 de mayo de 2012 (Ponente: Román García Varela) LA LEY 65385/2012

El Juzgado de Primera Instancia estimó la acción reivindicatoria formulada por la comunidad de propietarios respecto a los trasteros o buhardillas ubicados bajo cubierta del edificio y ocupados por la

demandada, y desestimó la reconversión de la demandada solicitando la declaración de su dominio privativo sobre dichas estancias y de gozar y disponer de ellas. La AP de Asturias revocó la sentencia del Juzgado, estimó la demanda y desestimó la reconversión. El Tribunal Supremo estima el recurso de casación formalizado por la demandada, casa la sentencia recurrida y, en su lugar, rechaza la demanda y acoge la reconversión en el sentido indicado en el escrito de interposición del recurso de casación sobre la estimación solo del derecho de la recurrente de usar y disfrutar de los trasteros o desvanes con carácter privativo, sin limitación temporal alguna.

Aunque los desvanes se consideren elementos comunes es factible conferirles un uso privativo y, en este caso, el título constitutivo, instaurado por el único dueño del edificio, concede la reserva a los propietarios, conforme a los límites y las reglas establecidas en el art. 5 LPH, cuyo precepto no fue vulnerado ya que se verificó por quien estaba legitimado para ello, concretamente el titular exclusivo del edificio antes de la venta de pisos o locales. La cláusula de reserva concerniente al uso privativo de los desvanes es válida y no atenta contra precepto alguno, ya que las normas de la LPH, aunque imperativas, han de respetar el contenido del art. 1255 CC.

PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES

Anulación del art. 10.2 b) del Reglamento de Protección de Datos al diferir en su redacción con otro de una Directiva transpuesta

Sentencia Tribunal Supremo, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, de 8 de febrero de 2012 (Ponente: Juan Carlos Trillo Alonso) LA LEY 9144/2012

El Tribunal Supremo extiende el pronunciamiento de estimación del recurso contencioso-administrativo interpuesto contra el RD 1720/2007 de 21 Dic., que aprueba el Reglamento de desarrollo de la LOPD, realizado en anterior sentencia, al art. 10.2.b) del Reglamento, que se anula por ser disconforme a derecho.

En el caso, se extiende el pronunciamiento de estimación del recurso contencioso-administrativo interpuesto por una asociación contra el RD 1720/2007 de 21 Dic. (Reglamento de desarrollo de la LO 15/1999 de 13 Dic., protección de datos de carácter personal), que realizó el TS en anterior sentencia, al art. 10.2.b) del reglamento, que se anula por ser disconforme a derecho. Dicho precepto exceptúa el tratamiento o la cesión de los datos de carácter personal sin necesidad del consentimiento del interesado cuando los datos objeto de tratamiento o de cesión figuren en fuentes accesibles al público y el responsable del fichero, o el tercero a quien se comuniquen los datos, tenga un interés legítimo para su tratamiento o conocimiento, siempre que no se vulneren los derechos y libertades fundamentales del interesado. Entiende el TS que la conformidad a derecho de dicha norma reglamentaria no puede defenderse, como hace la abogacía del Estado, con apoyo en que su texto es mero desarrollo armónico del art. 6.2 LOPD. Tampoco ofrece duda que su redacción difiere de la del art. 7 f) Directiva 95/46 CE del Parlamento y del Consejo, de 24 Oct. 1995 (tratamiento y libre circulación de datos personales. Protección personas físicas), puesto que en este último artículo, siguiendo un sistema de lista, se establecen aquellos supuestos que los Estados miembros han de tener en cuenta para autorizar el tratamiento de datos personales, no conteniéndose en

él la mención contenida en el art. 10.2.b) del reglamento a que los datos objeto de tratamiento o cesión figuren en fuentes accesibles al público. A la vista del pronunciamiento del TJUE, necesariamente la solución del TS no puede ser otra que la de estimación de la impugnación de dicho precepto. Lo que expresa el TJUE es que con la exigencia de que «los datos figuren en fuentes accesibles al público» se excluye de forma categórica y generalizada todo tratamiento de datos que no figuren en tales fuentes, y declara tal proceder contrario al art. 7 f) de la Directiva, ya que tal circunstancia, referenciada en el precepto controvertido, no actúa como elemento de ponderación sino como —y a ello se refiere la sentencia europea—, como requisito habilitante que, por adicionarse a la previsión del art. 7 f) de la Directiva, en definitiva debe declararse el art. 10.2 b) RD 1720/2007, nulo.

REGISTRO DE LA PROPIEDAD

Inaplicación a los supuestos de doble inmatriculación de la protección que el art. 594 LEC da al adjudicatario en subasta de finca embargada no perteneciente al ejecutado

Sentencia Tribunal Supremo, Sala Primera, núm. 17/2012, de 25 de enero de 2012 (Ponente: Antonio Salas Carceller) LA LEY 3551/2012

Las sentencias de instancia declararon la existencia de una doble inmatriculación de la finca litigiosa y el pleno dominio de los demandantes sobre la misma. El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por el demandado.

El art. 594.1 LEC establece lo siguiente: «El embargo trabado sobre bienes que no pertenezcan al ejecutado será, no obstante, eficaz. Si el verdadero titular no hiciese valer sus derechos por medio de la tercería de dominio, no podrá impugnar la enajenación de los bienes embargados, si el rematante o adjudicatario los hubiera adquirido de modo irrevindicable, conforme a lo establecido en la legislación sustantiva». Según esta norma, el embargo como propio del ejecutado de un bien que no forma parte de su patrimonio no afecta, en principio, a su eficacia y se desplaza hacia el verdadero titular la carga de impugnar la traba mediante la tercería de dominio una vez que el embargo se ha producido. Si no lo hace, el procedimiento de ejecución sigue adelante y puede terminar con la adjudicación de los bienes; siendo así que tal adjudicación no podrá ser impugnada «si el rematante o adjudicatario los hubiera adquirido de modo irrevindicable, conforme a lo establecido en la legislación sustantiva». Esta norma no es aplicable a un supuesto como el de autos, de doble inmatriculación, en el que se estimó la demanda de los actores y se declaró su propiedad sobre la finca litigiosa, doblemente inmatriculada, al haberla adquirido por usucapión. Y no es aplicable porque lo realmente embargado fue la finca registral inscrita a nombre del deudor, adjudicada al demandado, y no la inscrita a nombre de los demandantes, con independencia de la coincidencia física entre una y otra, por lo que no podían estos ejercer acción de tercería de dominio aunque hubieran conocido la traba ni podía el Juzgado adoptar previsión alguna según lo establecido por el art. 593 LEC. La protección que da el art. 594 al adjudicatario en subasta de la finca embargada al deudor se refiere a la titularidad de la misma, que efectivamente adquiere, pero no sana el defecto en la inscripción, bien esté referido tal defecto a la propia existencia real de la finca o a sus circunstancias físicas, como tampoco decide inexorablemente



a su favor la situación de patología registral en que consiste la doble inmatriculación.

REGISTRO DE LA PROPIEDAD

Inscripción registral de escritura notarial alemana de venta de finca ubicada en España

Sentencia Tribunal Supremo, Sala Primera, núm. 998/2011, de 19 de junio de 2012 (Ponente: Antonio Salas Carceller) LA LEY 106763/2012

Las sentencias de instancia estimaron la demanda y declararon la nulidad de la Resolución de la DGRN que confirmó la negativa del Registrador a inscribir escritura de compraventa de una finca situada en España, otorgada por un Notario alemán, así como la procedencia de que se inscriba en el Registro de la Propiedad la citada compraventa. El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por el Abogado del Estado.

Inscripción de una escritura notarial de venta de finca ubicada en España, que fue formalizada ante Notario alemán. Validez en España de dicho título teniendo en cuenta las normas de Derecho Internacional Privado aplicables. Aptitud para generar la oportuna inscripción en el Registro de la Propiedad español. La necesidad de intervención en todo caso de un Notario español significaría la imposición de una limitación a la libertad de transmisión de bienes, en cuanto a su plenitud de efectos, que no resulta justificada en el estado actual de los ordenamientos comunitario y español. Aplicación al caso de lo dispuesto por el art. 1462 CC, que no limita sus efectos de «traditio ficta» a los supuestos en que la escritura pública de venta se hubiera otorgado ante Notario español. Admitida la equivalencia de forma entre un documento público notarial alemán y otro español a efectos de su validez en España, carecería de sentido la exigencia de volver a escriturar el mismo negocio ante un Notario nacional y habría de ser considerado dicho requisito como una reiteración en la exigencia y una duplicidad innecesaria. VOTO PARTICULAR.

SEPARACIÓN MATRIMONIAL

Mantenimiento del uso de la vivienda familiar por la esposa mientras dure la convivencia con el hijo mayor de edad incapacitado cuya patria potestad fue rehabilitada a su favor

Sentencia Tribunal Supremo, Sala Primera, núm. 325/2012, de 30 de mayo de 2012 (Ponente: Encarnación Roca Trías) LA LEY 69264/2012

Las sentencias de instancia estimaron la demanda de modificación de medidas adoptadas en sentencia de separación en el sentido de dejar sin efecto la pensión de alimentos acordada a favor de la esposa y la atribución del uso del domicilio conyugal a favor de ésta y del hijo mayor de edad. El Tribunal Supremo estima en parte el recurso de casación formulado por la esposa y casa en parte la sentencia recurrida manteniendo la atribución del uso de la vivienda familiar a la esposa.

Subsistiendo el matrimonio a pesar de la separación, los cónyuges tienen la cualidad de tales y por tanto puede existir obligación recíproca de prestarse alimentos, según dispone el art. 143.1 CC. En el caso, ha quedado probado que no existe necesidad de la

demandante. No es válido el argumento esgrimido en relación a la necesidad de atención al hijo incapacitado, cuya patria potestad se ha rehabilitado a favor de aquélla, tal como dispone el art. 171 CC. El cuidado del hijo debe ser tenido en cuenta en la determinación de la cuantía de los alimentos que le corresponden, cuestión que no es la propia de este procedimiento. Por otra parte, y respecto a la atribución del uso de la vivienda al hijo incapacitado y a la madre titular de patria potestad rehabilitada, los hijos incapacitados deben ser equiparados a los menores en este aspecto, porque su interés también resulta el más necesitado de protección, por lo que están incluidos en el art. 96.1 CC, que no distingue entre menores e incapacitados. Y al haber sido rehabilitada la patria potestad de la madre por haberse modificado judicialmente la capacidad del hijo, corresponde mantener el uso de la vivienda al hijo incapacitado y a la madre como progenitora que ostenta su guarda y custodia en virtud de la sentencia de incapacitación.

SOCIEDAD ANÓNIMA

Nulidad del acuerdo de no repartir dividendos adoptado por la mayoría con abuso de derecho

Sentencia Tribunal Supremo, Sala Primera, núm. 873/2011, de 7 de diciembre de 2011 (Ponente: Rafael Gimeno-Bayón Cobos) LA LEY 281251/2011

Las sentencias de instancia estimaron parcialmente la demanda de impugnación de acuerdos sociales. El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación interpuesto por la demandada.

El acuerdo de no repartir dividendos, cuando menos en abstracto y aparentemente, no vulnera el TR LSA desde el momento en el que la propia norma atribuye a la Junta General la facultad de decidir en tal sentido en el caso de que existan beneficios repartibles —art. 213.1—. En realidad, la aplicación de beneficios a reservas supone la capitalización de la sociedad, por lo que el acuerdo en tal sentido no se percibe como lesivo para los intereses de aquella, al menos desde la posición institucional. Ahora bien, no existe una posición uniforme sobre qué debe entenderse por «intereses de la sociedad», dadas las clásicas posiciones enfrentadas entre teorías institucionalista y contractualista. El art. 127 bis TR LSA parece inclinarse por un concepto institucionalista —los administradores deberán cumplir los deberes impuestos por las leyes y los estatutos con fidelidad al interés social, entendido como interés de la sociedad—. Sin embargo, la jurisprudencia no deja de tener en consideración criterios contractualistas. Desde esta perspectiva, en conexión con la causa lucrativa que constituye la causa de negocio societario, los acuerdos de la mayoría que no persiguen razonablemente el interés del conjunto de los accionistas desde la perspectiva contractual, ni los de la sociedad, desde la perspectiva institucional, y perjudican a los minoritarios, revelándose abusivos —tanto si se califica el ejercicio del voto como abuso de derecho, como si se entiende que constituye un abuso de poder— deben entenderse contrarios a los intereses de la sociedad, cuyo regular funcionamiento exige también el respeto razonable de los intereses de la minoría, de tal forma que, aunque el art. 115.1 TR LSA silencia el «abuso de derecho» y el «abuso de poder», ello no constituye un obstáculo insuperable para la anulación de los acuerdos sociales en tales supuestos, ya que, a tenor del art. 7 CC, son contrarios a la ley.

SOCIEDAD DE RESPONSABILIDAD LIMITADA

Plazo de prescripción de la acción de reclamación a los socios de las deudas sociales contraídas antes de la cancelación de la sociedad y no satisfechas en la liquidación

Sentencia Tribunal Supremo, Sala Primera, núm. 982/2011, de 22 de diciembre de 2011 (Ponente: Jesús Corbal Fernández) LA LEY 260778/2011

Las sentencias de instancia estimaron la demanda de reclamación de deudas sociales al socio que percibió la cuota de liquidación de la sociedad. El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación.

El art. 123.2 LSRL 1995 dispone que «los antiguos socios responderán solidariamente de las deudas sociales hasta el límite de lo que hubieran recibido como cuota de liquidación, sin perjuicio de la responsabilidad de los liquidadores en caso de dolo o culpa». La acción de que se trata no requiere como requisito de prosperabilidad una reapertura del proceso de liquidación ni la existencia de fraude ni reproche alguno de culpabilidad. Es suficiente que se acredite la existencia del crédito, que se ejercite la acción por el titular del crédito, o persona legitimada, y que se dirija contra el socio o socios que se han beneficiado del saldo positivo de la liquidación social, y hasta el límite de lo recibido como cuota de liquidación. Sobre el fundamento del precepto existen diversas posturas, con variadas perspectivas jurídicas. Se habla de asunción por los socios de la posición de la sociedad, asunción de garantía de las deudas sociales pendientes, sucesión del socio en la sociedad extinguida —de modo similar a lo que sucede con las sucesiones hereditarias a beneficio de inventario—, subrogación *ex lege*, enriquecimiento sin causa, y de afectación preferente del patrimonio social al pago de las deudas sociales —que constituye un principio general del régimen de las sociedades mercantiles: arts. 235 CCom., 277.2 TR LSA, 120 LSRL 1995—. En cualquier caso es una obligación legal para cuya efectividad no hay un plazo especial de prescripción extintiva, por lo que, la acción, como personal, queda sujeta al plazo general de quince años del art. 1964 CC.

SUCESIÓN HEREDITARIA

Admisión de la posibilidad de acumular en un solo proceso la división de los patrimonios hereditarios de ambos padres

Sentencia Tribunal Supremo, Sala Primera, núm. 11/2012, de 19 de enero de 2012 (Ponente: Xavier O'Callaghan Muñoz) LA LEY 2382/2012

Las sentencias de instancia estimaron la demanda de partición y adjudicación de los bienes de las herencias de los finados, padres de la actora, en la forma establecida en el cuaderno particional aportado con la demanda. El Tribunal Supremo declara no haber lugar a los recursos por infracción procesal y de casación interpuestos por uno de los demandados.

El Tribunal Supremo admite la posibilidad de que se acumulen en un solo proceso declarativo la división —partición y adjudicación— de varios patrimonios hereditarios, en concreto, en el supuesto de autos, de los patrimonios de los progenitores —padre y madre— de los litigantes. El art. 71 LEC establece la posibilidad de acumulación de acciones cuando no sean incompatibles entre sí y desarrolla el

concepto de la incompatibilidad. Esta no aparece en los casos de varias divisiones de patrimonios hereditarios, sino todo lo contrario: son los supuestos de división, en un solo proceso, de la herencia del padre y del abuelo o, lo más frecuente, del padre y de la madre. Conforme al citado art. 71 la acumulación objetiva implica una pluralidad de pretensiones que se sustancian en el mismo proceso, lo que se funda en razones de economía procesal y, en último término, en el derecho a la tutela judicial efectiva. Hay una unidad de demanda y una diversidad de objetos procesales, tramitados en un único proceso. La limitación que impone esta norma es que las pretensiones no sean incompatibles entre sí y tal como añade la misma, son incompatibles cuando se excluyan mutuamente o sean contrarias entre sí, lo que ocurre cuando las bases fácticas sean inconciliables o las bases jurídicas sean contrarias. Ninguna incompatibilidad aparece en la división de patrimonios hereditarios de personas ligadas entre sí y con las partes litigantes por vínculos conyugales o de filiación. Todo lo contrario: la acumulación es conforme a derecho, beneficiosa para las partes y conforme con el principio de tutela judicial y del derecho al proceso sin dilaciones indebidas que proclama el art. 24 CE.

URBANISMO

Confirmación de sentencia que entiende conforme a derecho un expediente de legalidad urbanística que declara ilegalizables, por incompatibles con el ordenamiento urbanístico, las obras de edificación de una vivienda unifamiliar, al no ajustarse al ordenamiento urbanístico la solicitud de licencia

Sentencia Tribunal Supremo, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, de 7 de diciembre de 2011 (Ponente: Mariano de Oro-Pulido López) LA LEY 241501/2011

El Tribunal Supremo desestima recurso de casación interpuesto contra sentencia del TSJ Galicia, confirmándola y por ende, la resolución que declara ilegalizables, por incompatibles con el ordenamiento urbanístico, las obras de edificación de una vivienda unifamiliar, por ser conforme a derecho.

Si bien existe una reiterada doctrina que declara que las licencias en contra de la legislación o planeamiento urbanístico no pueden adquirirse en virtud de silencio positivo, la cuestión a resolver en el caso, a través de recurso de casación, consiste en determinar si puede mantenerse tal afirmación a partir de la reforma del art. 43 LRJAP-PAC operada en virtud de la L 4/1999 de 13 Ene. (modificación de la LRJAP-PAC). Dicho artículo dispone que «los interesados podrán entender estimadas por silencio administrativo sus solicitudes en todos los casos, salvo que una norma con rango de ley o norma de derecho comunitario europeo establezca lo contrario». Pues bien, esto es precisamente lo que ocurre en materia de licencias, ya que así lo disponía el art. 242.6 LS 1992, y posteriormente así lo establece, con una redacción más general, el art. 8.1 b) LS 2008. La Sala de instancia al no entenderlo así, y afirmar la posibilidad de adquirir las licencias pese a estar en contra de la legislación o planeamiento urbanístico, incurrió en un error, lo que conduce a declarar la doctrina legal solicitada, esto es: «el art. 242.6 LS 1992, y el art. 8.1 b), último párr. LS 2008, son normas con rango de leyes básicas estatales, en cuya virtud y conforme a lo dispuesto en el precepto estatal, también básico, contenido en el art. 43.2 LRJAP-PAC, modificado por L 4/1999, no



pueden entenderse adquiridas por silencio administrativo licencias en contra de la ordenación territorial o urbanística».

VIVIENDA FAMILIAR

En los procedimientos matrimoniales seguidos sin consenso de los cónyuges, no pueden atribuirse viviendas o locales distintos de aquel que constituye la vivienda familiar

Sentencia Tribunal Supremo, Sala Primera, núm. 284/2012, de 9 de mayo de 2012 (Ponente: Encarnación Roca Trías) LA LEY 58285/2012

Las sentencias de instancia estimaron parcialmente la demanda de divorcio y, entre otras medidas, asignaron a la esposa el uso de un piso propiedad del marido que no constituía el domicilio familiar, para que lo destinase al ejercicio de su profesión de médico dentista. El Tribunal Supremo estima el recurso de casación interpuesto por el esposo y casa y anula en parte la sentencia recurrida dejando sin efecto la atribución a la esposa del uso del citado piso.

En los procedimientos matrimoniales seguidos sin consenso de los cónyuges, no pueden atribuirse viviendas o locales distintos de aquel que constituye la vivienda familiar.

Desde la entrada en vigor de la Ley 30/1981, de 7 julio, que introdujo el divorcio como forma de disolución del matrimonio y sus efectos, se ha discutido acerca de la posibilidad de atribuir las denominadas segundas residencias en el curso del procedimiento matrimonial. El art. 91 CC solo permite al Juez, en defecto de acuerdo, o de no aprobación del acuerdo presentado, atribuir el uso de la vivienda familiar, siguiendo los criterios que establece el art. 96 CC. El art. 774.4 LEC repite la misma regla. De donde debe deducirse que el uso de los segundos domicilios u otro tipo de locales que no constituyan vivienda familiar, no puede ser efectuado por el juez en el procedimiento matrimonial seguido con oposición de las partes o, lo que es lo mismo, sin acuerdo. Tampoco el art. 233-20.6 del Código Civil de Cataluña permite esta atribución, sino que solo prevé esta posibilidad en el caso que la segunda vivienda sea más apta para satisfacer la necesidad de los hijos y del progenitor custodio.

VIVIENDA FAMILIAR. ADJUDICACIÓN

Aplicación a las parejas de hecho de la doctrina jurisprudencial sobre atribución del uso de la vivienda que no constituye el domicilio familiar de los cónyuges

Sentencia Tribunal Supremo, Sala Primera, núm. 340/2012, de 31 de mayo de 2012 (Ponente: Encarnación Roca Trías) LA LEY 72585/2012

El Juzgado de Primera Instancia estimó en parte la demanda, atribuyó a la madre la guarda y custodia del hijo de la pareja, estableció el régimen de visitas del padre, fijó la cuantía de los alimentos y no atribuyó la vivienda por no considerarla domicilio familiar. La AP Illes Balears revocó parcialmente la sentencia del Juzgado, redujo la cuantía de la pensión y atribuyó el uso y disfrute de la vivienda al hijo y a su madre en tanto que progenitora custodia. El Tribunal Supremo estima el recurso de casación formulado por el padre, casa en parte la sentencia recurrida y repone la de primera instancia en cuanto no efectuó atribución del uso y disfrute del domicilio familiar y respecto a la cuantía de la pensión de alimentos.

En los procedimientos matrimoniales seguidos sin consenso de los cónyuges, no pueden atribuirse viviendas o locales distintos de aquél que constituye la vivienda familiar. La aplicación del art. 96 CC a las rupturas de convivencias de hecho con hijos requiere que se cumplan los requisitos exigidos en la propia disposición, es decir, que constituyan la residencia habitual de la unidad familiar, en el sentido de que debe formar el lugar en que la familia haya convivido como tal, con una voluntad de permanencia. Cuando se trata de una pareja que convive sin haber contraído matrimonio, la atribución del domicilio familiar se rige por las mismas reglas que en la ruptura matrimonial. Por ello, el juez no puede atribuir a los hijos o a un cónyuge o conviviente un inmueble al que los convivientes no hayan reconocido como domicilio familiar. Las necesidades de habitación del hijo menor, incluidas en el derecho de alimentos, no necesariamente deben ser solucionadas con la atribución de la posesión de un inmueble propiedad de su padre. La regulación del derecho de alimentos no exige una solución de este tipo.

Reseña de las principales sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña^(*)

Publicadas durante el primer trimestre de 2012

Por Víctor Esquirol Jiménez. Notario de El Masnou

INEFICACIA DE INSTITUCIÓN DE HEREDERO POR SEPARACIÓN DE HECHO

Bajo el régimen del Código de Sucesiones, la separación de hecho con cese de la convivencia durante más de tres años presume la revocación de la disposición ordenada a favor del cónyuge del testador.

Sentencia n.º 1/2012, de 5 de enero. (Ponente: Maria Eugènia Alegret Burgués)

Resumen: El causante, fallecido en febrero de 2005, de nacionalidad española y vecindad civil catalana, había otorgado testamento en Irlanda, nombrando heredera a su esposa, de la que se separó de hecho posteriormente, y falleció sin modificar el testamento. La separación de hecho tuvo una duración superior a los tres años, durante los cuales la esposa y los hijos comunes del matrimonio residieron en Irlanda y el causante, en Cataluña, donde formó una pareja de hecho con la que tuvo dos hijos. Tanto en primera como en segunda instancia, se dispuso la revocación del testamento al amparo del art. 132 CS, que presume dicha revocación en caso de separación de hecho con ruptura de la unidad familiar por alguna de las causas que permiten la separación judicial o el divorcio, presunción que no se ha desvirtuado en ninguna de las dos instancias.

El TSJC confirma la Sentencia de la Audiencia por los mismos motivos aducidos en esta, concordando el art. 132 CS con el art. 82.6 CC, vigente en el momento de la apertura de la sucesión, que calificaba como causa de la separación judicial el cese efectivo de la convivencia conyugal durante el plazo de tres años. La Sentencia destaca la previsión del legislador catalán de los años noventa de extender la revocación en base a la hipotética voluntad del testador al supuesto de la separación de hecho en determinadas condiciones, lo que no figuraba en la Compilación de Derecho Civil de Cataluña ni figura actualmente en el Código Civil español, «calando la fragilidad cada vez más acusada de la institución matrimonial, a la par que constataba, en la realidad social, la frecuencia de olvidos o descuidos, en caso de ruptura del matrimonio, de la modificación de testamentos».

Comentario: Es un tanto sorprendente que un caso de la claridad del presente haya no solo iniciado la vía judicial, sino que, además, haya tenido que llegar hasta el TSJC. No resulta del texto de la Sentencia ningún argumento de peso de la parte recurrente que pueda abrir un debate sobre la cuestión. Tan solo recordar que el actual art. 422-13 CCCat se refiere también a la separación de hecho, pero sin exigir ningún otro requisito, ni ruptura de la unidad familiar, ni causa que permita la separación judicial o el divorcio, ni consentimiento mutuo expresado formalmente. Por lo tanto, como dice Miriam ANDERSON (*Comentaris al llibre IV*, Atelier, 2009, pág. 313), lo que importa es la ruptura de la relación convivencial, y no tanto el procedimiento que se haya podido seguir para regularizar la nueva situación.

(*) El texto íntegro de las sentencias se puede consultar en www.poderjudicial.es.



Desde el punto de vista de la práctica notarial, puede surgir la duda de si es necesario que la «ineficacia» de la disposición a favor del cónyuge sea declarada judicialmente o si, por el contrario, puede ser apreciada por el Notario una vez le sea acreditada la ruptura de la convivencia. Por el principio de economía procesal, yo me inclinaría por lo último, siempre que la ruptura quede documentada a través de la correspondiente acta de notoriedad (que podría quedar integrada en la propia acta de declaración de herederos abintestato, si estos son los descendientes o ascendientes) y que del testamento no resulte que el testador hubiera querido mantener la atribución a favor del cónyuge, pese al cese de la convivencia. Así lo entendió también implícitamente la DGDEJ en la Resolución de la DGDEJ de 17 de septiembre de 2010 (DOGC de 11 de octubre de 2010). La ineficacia de la institución de heredero a favor del cónyuge o de la pareja estable producirá la aplicación de la sustitución vulgar y, si no estuviere prevista, se abrirá la sucesión intestada y el testamento sería nulo por falta de institución de heredero o pasaría a convertirse en codicilo, si contiene legados, que conservarían su validez.

ELEMENTOS DEL CONTRATO

Tratos preliminares

Sentencia n.º 2/2012, de 5 de enero. (Ponente: Carlos Ramos Rubio)

Resumen: Se plantea si puede considerarse como contrato de permuta un documento de las siguientes características: en 2002, una empresa promotora de viviendas envía a uno solo de los varios copropietarios de un solar «una carta» en la que, como concreción de «conversaciones» precedentes, se hacía referencia a una permuta futura («a otorgar en breve»), haciendo constar, como «contraprestación de la finca» identificada en un apartado, «dos edificaciones independientes de PB + 3 PP, cada una de ellas, resultando 8 viviendas, de 128 m2 construidos, aproximadamente, de conformidad con los planos y memoria de calidades que se adjuntan [requisito que no se cumple]. En subterráneo de cada una de las edificaciones destinado a aparcamiento». Y como «condiciones de la permuta», solo se recogían las siguientes: «Firma de la escritura: 15 días naturales a partir de la licencia de obra. Plazo de entrega de las edificaciones: 24 meses a partir de la licencia de obra. Valor de la permuta: 70 M ptas. = 420.708 euros. Garantías: aval bancario por un importe del 15 % del valor de la permuta 10,5 M ptas. = 63.106 euros». También se hacía constar que «los costes y gastos derivados tanto de la gestión urbanística como de la urbanización» serían de cuenta y cargo de la promotora. El destinatario de la carta devolvió a la remitente un ejemplar de la misma firmado por él, añadiendo: «Recibido y conforme aceptando las condiciones» (todas las comillas figuran en la Sentencia). No resulta acreditada la existencia de algún otro documento suscrito por las partes, ni siquiera que el copropietario aludido actuara en nombre y representación de los demás condóminos, ni que estos estuvieran debidamente enterados de ellas. Un año y medio después de la redacción de la «carta», la promotora inició las gestiones urbanísticas ante el Ayuntamiento que condujeron a la aprobación del estudio de detalle y del proyecto de urbanización, sin llegar a obtener la licencia de obra. Alegando este hecho y el que no se hubieran iniciado los trabajos de construcción, a mediados de 2005, el copropietario que firmó la aceptación de las condiciones de la carta comunicó a la promotora «la resolución del contrato». Pocos días

después, todos los copropietarios otorgaron una escritura pública de permuta de la finca por construcción futura con un tercero, ante lo cual la promotora demandó a todos los propietarios reclamando el importe de los perjuicios producidos y del lucro cesante (en total, poco menos de 4 millones de euros).

La pretensión de la actora fue desestimada en las dos primeras instancias por dos motivos: en primer lugar, porque el demandado que aceptó las condiciones del documento solo ostentaba un tercio de la propiedad, sin que llegara a acreditarse que ejerciera la representación de los demás copropietarios; en segundo lugar, por considerar que el documento en cuestión no plasmaba «una verdadera voluntad contractual», teniendo en cuenta su forma («una carta»), sus términos (se refería a «la permuta a otorgar en breve») y la omisión en él de ciertos requisitos exigidos por el art. 3.1 de la Ley 23/2001 («las características de la obra, las condiciones, los plazos inicial y final de la construcción y la calidad de los materiales utilizados»), máxime cuando la demandante se dedicaba profesionalmente a la promoción inmobiliaria y, por tanto, «debía conocer las exigencias legales de este tipo de contrato y el contenido mínimo establecido por la ley». Estas circunstancias llevan a los citados tribunales a no calificar el acuerdo como un *precontrato*, precisado tan solo de un futuro «consentimiento definitivo» de las partes, por un lado, al no contenerse en él todos los elementos del futuro contrato de permuta, o cuando menos, «sus elementos esenciales», sino a calificarlo como una simple *propuesta* de algunas de las condiciones que la demandante ofrecía a uno de los propietarios para que viese si le convenían y las trasladara a los otros titulares con la finalidad de llegar a un acuerdo.

El TSJC asume este criterio de la Audiencia y añade que el contrato de cesión de finca a cambio de construcción futura, pese a no exigir otra forma que la escrita, debe incorporar ciertos datos de la construcción y de sus adjudicatarios, que tienen como finalidad precisar el contenido y el alcance de la obligación del cesionario, pues la idea rectora de la Ley 23/2001 es proteger al cedente, quien, además, dispone de la facultad especial para exigir la resolución anticipada del contrato si las obras no se han iniciado en el plazo pactado. También considera insuficiente la determinación de la construcción futura, que el legislador catalán exige en mayor grado que el estatal. Esta falta de concreción de condiciones lleva al TSJC a declarar que no estamos en presencia de un contrato perfeccionado, ni de un precontrato, sino de unos simples tratos preliminares. Si bien la jurisprudencia viene considerando que en el precontrato no es preciso que se indiquen «todos» los elementos específicos del contrato, sí es necesario que se precise «el concreto objeto sobre el que el contrato definitivo va a versar» (Sentencia del TS 1.ª, de 4 de julio de 1991) o los «datos esenciales», porque «si no estuvieran determinados e hiciera falta un nuevo acuerdo, se trataría de simples tratos previos, sin eficacia obligacional» (Sentencia del TS 1.ª 1325/2006, de 14 de diciembre). En el caso específico de la permuta de solar por obra futura, se exige que las partes determinen «sus elementos esenciales, como son las fincas a transmitir y la contraprestación que ha de recibir su anterior propietario» (Sentencia del TS 1.ª 34/2010, de 8 de febrero).

Nos hallamos, por tanto, según el TSJC, ante unos simples tratos preliminares, que la jurisprudencia define como aquellos «en los que las partes, a partir de acuerdos vinculantes, tratan de configurar esos elementos esenciales del contrato, [...] que permitiría

a los interesados desistir de estos tratos, sin más secuelas que las que pudieran resultar de la aplicación del art. 1.902 CC, caso de abrupta e injustificada separación de la fase prenegocial» (sentencias del TS 1.ª 788/2005, de 13 de octubre, y 1.ª 1091/1999, de 16 de diciembre), incluyendo en dicho concepto los llamados «acuerdos de intenciones» o *acuerdos parciales* («memoranda of understanding»), es decir, aquellos pactos sobre determinados extremos del contrato definitivo que, si bien impedirían a los otorgantes retractarse caprichosamente, no les releva de seguir negociando los restantes elementos de aquel, especialmente por lo que se refiere a la determinación de su objeto, «sin que su libertad contractual se vea mermada, porque se seguiría dentro de la zona de los tratos preliminares, que no obligan a la celebración del contrato por su propia naturaleza (sentencias del TS 1.ª 516/1998, de 3 de junio, y 1.ª 395/2000, de 11 de abril)».

Comentario: Resulta difícil extraer de la presente Sentencia una doctrina general, pues pretende dilucidar si en el supuesto en concreto que examina existe un contrato o unos simples tratos preliminares. Por otra parte, se dan las circunstancias de que se trata de un posible contrato ciertamente complejo y que es objeto de una regulación específica en Cataluña; a saber: el caso del contrato de cesión de finca a cambio de construcción futura.

Si aplicamos la teoría general de los contratos, observamos que de los tres elementos esenciales del contrato (consentimiento, objeto y causa; art. 1.261 CC), falta claramente el consentimiento de parte de los contratantes (hecho que no desconocía la parte actora, lo cual es trascendental) y posiblemente es incompleto el objeto. Solamente la falta del consentimiento, que puede entenderse como la falta de la voluntad de vincularse, ya es suficiente para concluir que no estamos ante un contrato.

El tema que puede tener más interés y que la Sentencia contempla con mayor extensión es el de si el objeto está suficientemente determinado. La conclusión también negativa refuerza la tesis de la existencia solamente de los tratos preliminares. Sin embargo, esta conclusión de la Sentencia contrasta con la posición que el TS ha venido defendiendo, sin ir más lejos, en la Sentencia del TS 1.ª, de 30 de marzo de 2012 (la prestación del promotor se identificaba simplemente como «dos viviendas tipo de tres dormitorios valoradas en X euros y veinte plazas de aparcamiento valoradas en Y euros»), que considera suficiente la «determinabilidad», sin perjuicio de que, por tratarse de una cosa futura, pueda determinarse posteriormente sin necesidad de un nuevo convenio o acuerdo de las partes.

El TS aplica al contrato de permuta de finca por construcción futura la teoría general de los contratos, recogida en numerosas sentencias, entre ellas la Sentencia del TS de 1 de julio de 2010 («El que se deje para un momento posterior [...] el completar los demás detalles no impide la calificación de la perfección del contrato por el consentimiento, objeto y causa. Un contrato se califica de perfeccionado aunque deba ser completado con posterioridad con aspectos complementarios, que pueden salvarse por el uso, la práctica, los acuerdos o tratos previos o, en suma, por la buena fe contractual») o la Sentencia del TS de 13 de octubre de 2005 («El llamado *precontrato* [...] supone el final de los tratos preliminares y no una fase de ellos [...] en los que las partes, a partir de acuerdos vinculantes, tratan de configurar los elementos esenciales del contrato, que no existen jurídicamente hasta ese momento y que sin

ellos no solo no sería posible cumplimentar de forma obligatoria lo que todavía no existe, sino que permitiría a los interesados desistir de esos tratos, sin más secuelas que las que pudieran resultar de la aplicación del art. 1.902 CC, caso de abrupta e injustificada separación de la fase precontractual [...]. No obsta a esta calificación que no hayan quedado determinados los elementos instrumentales o complementarios del mismo, cuando es perfectamente posible hacerlo en un momento posterior».

En definitiva, conforme al TS, aunque el objeto no esté completamente determinado, si concurren los otros elementos del contrato (consentimiento y causa), el contrato o el precontrato existen y se produce entre las partes la vinculación y los efectos propios de aquellos, de tal manera que el cedente puede incluso ser compelido a su cumplimiento.

El TSJC, en cambio, considera que el legislador catalán ha querido dar al contrato de permuta de solar por edificación futura un grado de exigencia mayor en cuanto al objeto en aras de una mayor protección al cedente. En efecto, la Exposición de Motivos de la Ley 23/2001 dispone que «las medidas de protección de la persona cedente, desprovista, total o parcialmente, de su propiedad, deben ser especialmente intensas», y, en consonancia con ello, el art. 3.1 de la Ley 23/2001 dice que «en los contratos de cesión otorgados antes de la obtención de la licencia correspondiente se tienen que hacer constar las características de la obra, las condiciones, los plazos inicial y final de la construcción y la calidad de los materiales utilizados», requisitos que no se cumplen íntegramente en el supuesto en cuestión y que nos llevan a la conclusión, junto con las demás circunstancias del caso, de que el contrato no se había perfeccionado, sino que se encontraba en fase de tratos preliminares, los cuales, según la doctrina, «no crean, ni quieren crear ya una vinculación jurídica, sino que únicamente pretenden formular un esquema, unos trazos de lo que sería el futuro contrato si llegara a perfilarse su celebración» (Ana Victoria GARCÍA-GRANERO COLOMER, «La perfección de los contratos», en Juan Francisco DELGADO DE MIGUEL [coord.], *Instituciones de Derecho Privado*, Consejo General del Notariado, 2002/3, tomo II, vol. 1.º, pág. 333, que recoge, asimismo, las principales posiciones doctrinales sobre la figura).

En el caso que nos ocupa, la única pretensión atendible de la promotora sería el resarcimiento de daños y perjuicios producidos por los trámites que había realizado, conforme al art. 1.902 CC (si se considera que la ruptura de negociaciones por la parte cedente es abrupta e injustificada, lo cual es dudoso, si la cesionaria tardó un año y medio en iniciar las gestiones urbanísticas), pretensión que no es aceptada por la Sentencia, dado que en casación se planteó como enriquecimiento injusto o sin causa, y el TSJC considera que se trata de una cuestión nueva que no figuraba en la demanda.

CUARTA FALCIDA

Para excluir la cuarta falcidia, deben utilizarse en el testamento expresiones de significación concluyente e indisputable.

Sentencia n.º 6/2012, de 16 de enero. (Ponente: Carlos Ramos Rubio)

Resumen: El testador, fallecido en 2007, había ordenado varios prelegados a favor de dos de sus hijos (a quienes facultaba



para tomar posesión de los mismos) y, «en el remanente de sus bienes», instituía herederos por partes iguales a sus tres hijos. La hija no favorecida por los prelegados reclama la cuarta falcidia a sus hermanos, dado el elevado valor de los legados en relación con la herencia. En el testamento no figura referencia alguna a la cuarta falcidia (o a que los prelegatarios deban recibir íntegramente los legados sin reducción alguna), pese a lo cual los jueces de primera y segunda instancia la excluyen en base al orden de las disposiciones en el testamento (primero, los prelegados; luego, la institución de heredero), a la facultad de tomar posesión de los legados, a la expresión «en el remanente de sus bienes» y a hechos extrínsecos al testamento (en concreto, a que el testamento había revocado uno anterior en que había desheredado a su hija, ya que esta no había querido aceptar recibir menos en la herencia previa de la madre por haber sido beneficiada en vida de esta). En definitiva, la Audiencia conjetura que «no resulta convincente que, tras su último testamento y tras la superación de las desavenencias familiares con su hija, el testador quisiera concederle algo más de lo que le correspondería como mera legítima en perjuicio de los legados que instituyó a favor de sus hijos».

El TSJC estima el recurso de casación, pues, como ya dispuso en la Sentencia 36/2010, para excluir la cuarta falcidia deben utilizarse en el testamento «expresiones de significación concluyente e indiscutible, como cuando se dice que se entreguen los legados dispuestos “sin detracción alguna” o “únicamente con la de determinados bienes o cantidades” (art. 231.1 CS), o cualquier otra locución de análogos sentido y claridad», sin que la expresión «en el resto» o «en el remanente» del caudal relicto sea lo suficientemente significativa al respecto. De este modo, no considera desproporcionado el hecho de exigir del testador una formulación expresa, dadas «las especiales características de las relaciones entre ascendientes y descendientes y las dificultades probatorias que para los ajenos a ellas podría tener el esclarecimiento de las verdaderas intenciones subyacentes en el lenguaje tácito del testador». La Sentencia califica como «arbitraria e ilógica la interpretación de voluntad testamentaria que, haciendo tabla rasa de lo que resulta del último testamento válido del causante, por el que, a raíz del reencuentro familiar y de la reconciliación entre el testador y su hija (la recurrente), se dejó sin efecto la disposición anterior que la excluía de la herencia e, incluso, de la legítima [que decía haber sido entregada ya en vida], para, finalmente, nombrarla coheredera y, al mismo tiempo, reconocerle plenamente sus derechos legítimos».

Comentario: El TSJC sigue el criterio marcado en la Sentencia 36/2010, que ya comenté en esta revista (n.º 3/2010, pág. 143), consistente en exigir que la prohibición de la cuarta falcidia resulte de forma concluyente, indiscutible e inequívoca, criterio que comparto y que, en mi opinión, equivale a exigir la prohibición expresa. En la práctica, no obstante, este criterio que considera el TSJC como el más ajustado a la legalidad presenta problemas, si en el testamento no se hace referencia alguna a la cuarta falcidia o a la reducción de los legados. Por ello, creo que sería conveniente que en los testamentos en que se ordenan legados de cierto valor en relación con el caudal relicto, se haga constar *siempre* si el testador permite o prohíbe la detracción de la cuarta falcidia; está claro que, en el caso de que lo permita, no es necesario hacer referencia a ello, pero si consta, se evita la duda de si era realmente la voluntad del testador o si de otros términos como «en el remanente de sus bie-

nes» o «pudiendo tomar posesión de los mismos» o cualesquiera otros pueda interpretarse lo contrario.

PRESCRIPCIÓN

La acción para exigir el reconocimiento de la prescripción de un censo es meramente declarativa y, por lo tanto, imprescriptible.

Sentencia n.º 7/2012, de 19 de enero. (Ponente: Enric Anglada i Fors)

En la presente Sentencia, se plantea si la pretensión de prescripción de un censo es prescriptible conforme al art. 121-2 CCCat o imprescriptible por entrar en el ámbito del art. 121-2 CCCat. El primero de estos preceptos dice que «cualquier pretensión susceptible de prescripción se extingue en todo caso por el transcurso ininterrumpido de treinta años desde su nacimiento», pero el inciso inicial del artículo nos lleva al art. 121-2 CCCat, que declara como no susceptibles de prescripción «las pretensiones que se ejercen mediante acciones meramente declarativas». Por consiguiente, se trata de dilucidar si, reconocida la prescripción de un censo, la pretensión de la declaración de su prescripción es prescriptible o no.

En el presente supuesto, la relación de hechos es la siguiente: la propietaria de la finca la adquirió en 1995 de quien la había adquirido en 1920, fecha esta última en que el censatario percibió la última prestación del censo: el derecho de laudemio. Por lo tanto, al no exigirse pensión ni prestación alguna al censatario, el censo prescribió en 1950. Ahora la censalista alega que la acción o pretensión de la prescripción del censo, dado el lapso de tiempo transcurrido sin ejercitarse, ha prescrito.

El TSJC considera que la acción de declaración de la prescripción es meramente declarativa y, por lo tanto, imprescriptible conforme al art. 121-2 CCCat.

RESCISIÓN POR LESIÓN ULTRADIMIDIUM

La rescisión por lesión tiene un fundamento puramente objetivo, por lo que no se requiere la concurrencia de error, engaño o necesidad.

Sentencia n.º 8/2012, de 23 de enero. (Ponente: Enric Anglada Fors)

La Sentencia reitera una más que consolidada doctrina basada en el art. 321.1 de la Compilación de Derecho Civil de Cataluña, conforme al cual los contratos onerosos relativos a bienes inmuebles serán rescindibles «aunque concurren todos los requisitos necesarios para su validez», con la consecuencia de que se rechaza cualquier presunción *iuris tantum* de vicio de la voluntad y, por ello, la rescisión no requiere el complemento de otras circunstancias o elementos subjetivos para su procedencia. Tanto el TS como el TSJC han aplicado dicha doctrina, citándose, entre otras, las sentencias del TSJC de 4 de julio de 1990, de 20 de diciembre de 1990, de 8 de junio de 1992, de 22 de diciembre de 1993, de 20 de octubre de 1995, de 20 de noviembre de 1995, de 25 de mayo de 2000, de 18 de septiembre de 2006 y de 9 de octubre de 2008.

LEGÍTIMA

El legado de pensión periódica no es imputable a la legítima. Cuarta trebeliánica. No devenga intereses mientras el fideicomiso no se haya deferido.

Sentencia 10/2012, de 26 de enero. (Ponente: José Francisco Valls Gombau)

Resumen: Se plantean las cuestiones siguientes:

1.–La principal, desde el punto de vista doctrinal, es si son imputables a la legítima unos legados de pensión periódica ordenados por el testador a favor de sus hijos y, a la muerte de estos, a favor de sus nietos, por partes iguales entre estos, tras haber ordenado un legado simple de legítima (legando lo que por legítima corresponda a quien acredite derecho a ella). El TSJC confirma el criterio de la Audiencia de que se trata de dos disposiciones testamentarias «diferentes y compatibles». Entiende, asimismo, que el legado de pensión periódica ordenado no es imputable conforme al art. 358.1 CS (aplicable, se supone, como derecho transitorio, pues no se indica la fecha de defunción del causante), puesto que «rompe el principio de equiparación de las legítimas, según el cual ha de resultar una cantidad igual para los legitimarios, lo que queda truncado en las actuaciones», ya que uno de los hijos del testador tiene cuatro hijos y el otro, solo uno. En este sentido, cita la Sentencia del TSJC 16/1997, de 9 de junio, que estimó como no imputables a la legítima las liberalidades hechas a favor de los nietos, que en aquel supuesto eran legitimarios por derecho de representación, si con la citada imputación se contradice el principio de equiparación. Tampoco admite el Tribunal el argumento de que el legado de pensión periódica podría capitalizarse con la entrega de una suma dineraria a los legatarios, ya que entiende que el citado legado constituye un derecho de crédito, lo que no se corresponde con la naturaleza de la legítima como *pars valoris*. También alega la Sentencia del TSJC 30/1995, de 3 de noviembre, que tampoco admitió la imputabilidad a la legítima de un legado de alimentos por no tener una naturaleza adecuada para cumplir con los derechos legitimarios en la forma requerida por la ley. Asimismo, rechaza que estemos ante una cautela Socini, ya que, en el presente supuesto, no existe derecho de opción alguno a favor de los legitimarios. Finalmente, ni siquiera permite que los albaceas universales interpreten que la voluntad del testador era favorable a su imputación, ya que, dice el TSJC, tal interpretación es contraria a la letra y al espíritu de su testamento y, en tal caso, no puede prevalecer la interpretación de los albaceas.

2.–Otra cuestión que se plantea es si es aplicable el art. 234 CS, en la parte que se refiere a los intereses que puede exigir el fideicomisario al fiduciario por la cuarta trebeliánica, en el caso en que no se haya deferido aún el fideicomiso. El TSJC responde negativamente, pues considera que mientras no se defiere el fideicomiso la cuarta trebeliánica en una *pars bonorum*, mientras que al deferirse sin haberla detraído, su naturaleza se acerca a una *pars valoris bonorum*, y que solo en este supuesto se devengarían los intereses desde la reclamación judicial (en este punto, casa la Sentencia de la Audiencia).

3.–Finalmente, el TSJC resuelve que, aunque el plazo del albaceazgo no tenga una duración determinable (en el caso que nos ocupa, el testador encomienda al albacea que entregue una pensión periódica durante toda la vida de sus hijos y de sus nietos), ello no significa que pueda demorarse indefinidamente en el cumplimiento

de los restantes encargos, tales como la entrega de las legítimas y de la cuarta trebeliánica; por ello, ratifica el plazo de tres meses dispuesto por la Audiencia para cumplir dichos encargos.

Comentario: Centrándome en la cuestión de la imputación de la legítima, el TSJC acierta, en mi opinión, con el veredicto, aunque no comparto algunos de sus argumentos. En particular, no me parece que la cláusula del legado simple de legítima y la de ordenación de un legado sean diferentes y compatibles, pues la primera es una cláusula de estilo sin contenido patrimonial propio e incluida tradicionalmente en los testamentos notariales con la única finalidad de evitar la preterición. Tampoco creo que lo que llama *principio de equiparación de las legítimas* sea decisivo, pues no todos los legitimarios deben recibir la legítima de la misma forma, ni que se base en que la legítima sea una *pars valoris*. El criterio que me parece decisivo es el de que el legado de pensión periódica no es adecuado para pagar la legítima, salvo que el primer pago deba hacerse efectivo en el momento de abrirse la sucesión y su cuantía baste para satisfacer la legítima; en caso contrario, que será el más frecuente, estaríamos ante un legado de un derecho de crédito, el que ostentan los legitimarios frente a la persona que deba hacer el pago, lo cual no sería adecuado para satisfacer la legítima y, por lo tanto, no sería imputable a ella, ya que, conforme al art. 358.2 (actual art. 451-7.2 CCCat), para que el legado sea en concepto de legítima o imputable a ella, solo puede consistir en una suma en metálico o en bienes del *relictum*, requisitos que no reúne el derecho de crédito.

PROPIEDAD HORIZONTAL

El acuerdo de instalación de un ascensor solo requiere la mayoría simple, sin necesidad del consentimiento de los propietarios que vean disminuidas sus facultades de uso y disfrute.

SERVIDUMBRES

La cesión al predio dominante de la totalidad del uso de la parte del predio sirviente es una servidumbre, pues no implica privación del derecho de propiedad.

Sentencia n.º 15/2012, de 20 de febrero. (Ponente: Maria Eugènia Alegret Burgués)

Resumen: La Comunidad de Propietarios aprobó la instalación de un ascensor en la finca, ocupando una pequeña parte del local de la planta baja, lo que obligaría a trasladar el aseo de dicho local a otra parte del mismo, lo cual se declara técnicamente posible, realizando las obras pertinentes. La propietaria del local se opuso e impugnó el acuerdo por estimar, fundamentalmente, que no podía privarsele del derecho de propiedad sobre la parte ocupada. En concreto, alegó: a) el art. 553-24.2 CCCat, que dice que «los acuerdos que disminuyan las facultades de uso y disfrute de cualquier propietario o propietaria requieren que este los consienta expresamente», y b) el art. 553-39.2 CCCat, que permite a la Comunidad la constitución de servidumbres permanentes sobre los elementos de uso privativo diferentes a la vivienda estricta, si son indispensables para la ejecución de los acuerdos de mejora adoptados por la Junta, precepto que, según la propietaria del local, no autoriza a la Junta de Propietarios a privar del dominio de un parte de un elemento privativo.



El TSJC resuelve a favor de la Comunidad. En cuanto al consentimiento del art. 553-25.4 CCCat, considera que está subordinado al art. 553-39.2 CCCat, en el sentido de que solo es necesario el consentimiento del propietario perjudicado cuando, para la disminución de las utilidades a las que se refiere la norma, no pudiese constituirse una servidumbre ex art. 553-39.2 CCCat. En relación con la cuestión de si la ocupación de una parte del local supone la constitución de una servidumbre o la privación total de la propiedad de dicha parte, remite al art. 566-1 CCCat, por el que la servidumbre puede consistir en otorgar a la finca dominante un determinado uso de la finca sirviente o en reducir las facultades del propietario del predio sirviente. Para el Tribunal, en el caso que nos ocupa, no se produce «una privación definitiva del derecho dominical toda vez que el uso podría recuperarse si avances administrativos o tecnológicos permitiesen otra ubicación del ascensor y, en cualquier caso, a la extinción del régimen [...]. No obstante, resulta claro que la servidumbre solo podrá imponerse cuando sea jurídicamente tolerable, esto es, cuando no produzca perjuicios sustanciales, como sería si con su constitución quedase gravemente afectado funcional o económicamente el elemento privativo [...]. La limitación ha de ser, en todo caso, parcial, debiendo ser el Juez el que resuelva en cada caso el conflicto». En el mismo sentido se ha pronunciado el TS en las sentencias de 18 de diciembre de 2008, de 15 y de 22 de diciembre de 2010 y de 10 de octubre de 2011.

Por último, la propietaria del local argumentaba que era necesaria la mayoría de las 4/5 partes de los propietarios y las cuotas, ya que la obra de instalación del ascensor afectaría al título constitutivo y a los elementos comunes del inmueble. El TSJC se opone a ello argumentando que, ya que la ocupación del local no supone una privación del dominio, el espacio que ocupará el ascensor continuará siendo un elemento privativo. En cuanto a las mayorías, considera que la mayoría simple del art. 553-25.5 a) CCCat «es más específica y, por tanto, prima sobre el general de los números 2 y 3 del propio artículo»; por otra parte, «es difícil imaginar un supuesto en el que la instalación del ascensor no afecte a los elementos comunes». Tal es también el criterio de la Sentencia del TS de 13 de septiembre de 2010.

Comentario: Tres son, pues, las cuestiones que resuelve esta Sentencia. En primer lugar, el alcance de la necesidad de consentimiento del propietario perjudicado por la constitución de la servidumbre. Parece clara la preferencia del art. 553-39.2 CCCat, que permite constituir la servidumbre, sobre el 553-25.4 CCCat, que requiere el consentimiento del propietario perjudicado, ya que, de no ser así, el art. 553-39.2 CCCat no tendría utilidad alguna. Por lo tanto, debería considerarse que el art. 553-39.2 CCCat es una excepción al art. 553-25.4 CCCat. En el mismo sentido, puede resolverse la tercera cuestión, relativa a la mayoría necesaria para el acuerdo de instalación del ascensor.

La segunda cuestión es si la ocupación permanente de una parte de un elemento privativo, que impide totalmente su uso a su propietario, se debe considerar como la constitución de una servidumbre o como la privación del derecho de propiedad sobre el mismo. El art. 566-1.1 CCCat define la *servidumbre* como un derecho real que grava *parcialmente* una finca. Se podría argumentar que la exigencia de gravamen parcial se cumple en el caso que nos ocupa, ya que no grava la totalidad de la finca. Sin embargo, considero que dicha exigencia no tiene un alcance extensivo, sino intensivo, es decir, afecta

al contenido de las facultades del predio sirviente; la servidumbre ha de permitir al propietario del predio dominante hacer uso del predio o de la parte de la finca afectada. Imaginemos que el objeto de la servidumbre fuera no una parte de un elemento privativo, sino la totalidad del mismo (por ejemplo, un trastero); si el hueco del ascensor ocupara totalmente el trastero, la solución debería ser la misma que en el caso que examinamos ahora. Naturalmente, como indica el TSJC, el dominio no se transmite (pues el propietario conserva los derechos de transmitirlo o recuperar el uso en caso de que la ocupación dejara de ser necesaria), pero las facultades de la Comunidad exceden de las propias de la servidumbre, especialmente porque conllevan la exclusión permanente del uso al propietario del predio sirviente. En tal caso, deberíamos hablar, más que de una *servidumbre*, de un *derecho de usufructo* (en el mismo sentido, Pedro del POZO CARRASCOSA [et al.], *Derecho civil de Cataluña: Derechos reales*, Marcial Pons, Madrid, 2010, pág. 376). Y si consideramos que el art. 553-39.2 CCCat es una excepción al 553-25.4 CCCat, la aplicación de aquel debería ser restrictiva y no ampliarse a derechos que no sean el de servidumbre. En mi opinión, una servidumbre que priva al propietario del uso de todo o de parte de la finca no es tal servidumbre, pues afecta al contenido esencial del dominio, por lo que, en realidad, se trataría de un acto que facultaría al propietario afectado a exigir la expropiación del dominio. En definitiva, la facultad excepcional que concede a la Comunidad el art. 553-39.2 CCCat no sería aplicable al presente supuesto, en el que se procede a una privación del dominio de la finca.

En Derecho Común, la DGRN ha permitido la configuración de una servidumbre que excluya totalmente el uso al propietario del predio sirviente, debido al criterio de *numerus apertus* que rige en materia de derechos reales y, en particular, en las servidumbres (véase, como más reciente, la Resolución de la DGRN de 2 de noviembre de 2009; BOE de 3 de diciembre de 2009). Sin embargo, el legislador catalán parece haber optado por un criterio distinto, como se desprende de la utilización de la palabra *parcialmente* en la definición del derecho de servidumbre.

PROPIEDAD HORIZONTAL

No están permitidas las actividades contrarias a los principios de normalidad en el uso y tolerabilidad de las mismas.

Sentencia n.º 17/2012, de 20 de febrero. (Ponente: José Francisco Valls Gombau)

Resumen: Una empresa explota diez viviendas de un inmueble (de un total de veinticuatro) como apartamentos turísticos de alquiler por días. Los propietarios de las restantes viviendas pretenden el cese de dicha actividad en base a que la demandada está dando a sus propiedades un uso distinto del propio de las viviendas, lo cual consideran que es contrario a los Estatutos; además, las califican como actividades molestas debido al trasiego de gente, al mal uso del ascensor, a ruidos nocturnos, a vandalismo, a actividades incívicas y a robos. Las entidades en cuestión están calificadas como «viviendas» en el Título Constitutivo.

Para el TSJC, la cuestión de que en el Título Constitutivo figure el destino de «vivienda» no significa que no pueda aplicarse a otros usos, siempre que aquel no disponga lo contrario, de acuerdo con el



Sentencias

art. 553-10.2 c) CCCat y la jurisprudencia del TS. Ahora bien, lo que no considera permisible es que dicha actividad perjudique el interés general, cosa que ocurre en el caso en cuestión debido a «que no se trata de un simple cambio de destino, sino sustancial, consistente en la inserción de una explotación hotelera en el inmueble [...], para la cual no se encuentra preparado ni tiene los medios necesarios para su implementación, traduciéndose en un menoscabo de los derechos del conjunto». Además, se trata de una actividad que puede incardinarse en el art. 553-47 CCCat, que prohíbe las actividades que vayan en contra de las disposiciones generales sobre actividades molestas, entre las cuales pueden citarse la Ley 3/1998, de 27 de febrero, sobre intervención integral de la Administración ambiental, y la Ley 20/2009, de 4 de diciembre, de prevención y control ambiental de las actividades, que resultan aplicables a las realizadas en el inmueble, pues el objeto de dichas leyes es regular las actividades susceptibles de afectar al medio, a la seguridad y a la salud de las personas (art. 1 de la Ley 3/1998). Por otra parte, «cuando se trata de actividades molestas, el conflicto surgido en un inmueble sujeto a la propiedad horizontal debe resolverse acudiendo a los principios de normalidad en el uso y tolerabilidad de las mismas atendidas las condiciones del lugar y la naturaleza del inmueble [...]. Han de considerarse dentro de las actividades molestas no solo las inmisiones intolerables, sino también toda actividad que [...] pueda exceder de lo socialmente admisible, entendiéndose por tal el mínimo respeto a la convivencia de los ocupantes del inmueble cuanto que, además, la ilicitud a que se refiere la norma abarca tanto la administrativa como la civil y penal». Finalmente, califica los hechos probados en este caso como «actos incívicos, de notoria importancia, que traspasan el umbral de la mera incomodidad para convertirse en actitudes reprobables que conforman una perturbación grave, por su intensidad y duración, para los actores».

Comentario: Comparto el criterio de esta Sentencia, si bien advierto la dificultad que ha tenido el TSJC para fallar a favor de la Co-

munidad, dado que la normativa sobre propiedad horizontal sobre la materia es, quizás sin pretenderlo, demasiado permisiva.

La primera dificultad consiste en que, salvo disposición estatutaria en contra, el hecho de que un elemento se califique como «vivienda» en el Título Constitutivo no impide que pueda ser objeto de cualquier otro uso, e incluso permite a su propietario instar la modificación del Título Constitutivo. Así resulta del art. 553-10.2 c) CCCat y de la jurisprudencia del TS que cita la Sentencia. Incluso no se permite a la Comunidad que tome un acuerdo para limitar el uso de los elementos privativos, pues, conforme al art. 553-24.5 CCCat, «los acuerdos que disminuyan las facultades de uso y goce de cualquier propietario o propietaria requieren que este los consienta expresamente». El TSJC reconoce estas circunstancias, pero exige que el destino dado a los elementos privativos no perjudique el interés general, lo cual considera que sucede en este caso, ya que se ha insertado una explotación hotelera en un edificio de viviendas, dado el elevado número de elementos destinados a dicha explotación.

La segunda dificultad viene dada por la redacción del art. 553-47 CCCat, relativo a las actividades prohibidas, que exige alguna de las siguientes circunstancias: a) que los Estatutos las prohíban; b) que sean perjudiciales para la fincas (parece que se refiere solo a su estado físico); c) que vayan en contra de las disposiciones generales sobre actividades molestas, insalubres, nocivas, peligrosas o ilícitas. Resulta difícil encontrar «disposiciones generales» sobre la materia y tengo mis dudas de que la que cita la Sentencia, concretamente, la Ley 3/1998, de 27 de febrero, sobre intervención integral de la Administración ambiental, sea realmente aplicable a este caso. En cambio, sí que veo mucho más adecuada la aplicación de los criterios de normalidad en el uso y tolerabilidad de las actividades molestas que, pese a no figurar aún en el art. 553-47 CCCat (digo *aún*, porque el anteproyecto de modificación de la regulación de la propiedad horizontal ya los contempla), podrían considerarse como principios generales del Derecho.

Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado contra calificaciones de la propiedad y mercantiles

Publicadas en el segundo trimestre de 2012

Fernando Agustín Bonaga. Notario de Calatayud

ACTAS NOTARIALES

Resolución de 28 de febrero de 2012 (BOE 107, 4-V-12: 5946)

Rechaza la inscripción de un acta de manifestaciones autorizada a instancia de uno de los otorgantes de una escritura de herencia anterior, cuyo objeto es identificar el título de adquisición de una de las fincas inventariadas en la herencia (un documento privado liquidado), así como transcribir la descripción de la finca de procedencia que consta en dicho documento privado.

En general, un acta notarial es inscribible en los casos legalmente previstos (en los que no se requiere declaración de voluntad), pero el acta del caso resuelto no contiene ningún acto susceptible de inscripción.

Resolución de 5 de marzo de 2012 (BOE 109, 7-V-12: 6116)

Deniega la inscripción de un acta de notoriedad de acreditación de exceso de cabida por defecto en la notificación a dos de los tres colindantes según el Catastro, a quienes el Notario notificó mediante correo certificado con acuse de recibo, en cuya tarjeta aparecen marcadas las casillas «ausente de reparto» y «no retirado».

En estas actas, la notificación a colindantes es un trámite esencial que el Notario podrá hacer personalmente o por cédula (art. 203.4 LH). La Dirección interpreta el art. 202 RN en el sentido de facultar discrecionalmente al Notario (salvo que de una norma resulte lo contrario) para notificar mediante correo certificado con acuse de recibo o personalmente. Si se opta por el correo certificado, no se tendrá por cumplido el mandato reglamentario en caso

de no haberse podido efectuar la notificación y no haberse recogido la carta por parte del interesado en la oficina de Correos, tal y como ocurre en el supuesto resuelto. En tal caso, habrá que acudir al otro procedimiento, el de la notificación presencial por parte del Notario, la cual dispone el Reglamento Notarial que se tendrá también por efectuada (sin necesidad de notificación edictal): a) si no estuviera presente el requerido, entregando la cédula a cualquier persona que se encuentre en el lugar y haga constar su identidad; b) si nadie se hiciera cargo de la notificación, haciendo constar tal circunstancia, y c) si el edificio tuviere portero, entendiéndose la diligencia con el mismo.

ANOTACIÓN PREVENTIVA

Resolución de 10 de marzo de 2012 (BOE 109, 7-V-12: 6128)

Se practica asiento de presentación de una escritura por la que una sociedad aporta un inmueble a otra. Unos minutos después, se presenta por fax un mandamiento de embargo sobre dicha finca en procedimiento de ejecución judicial seguido contra la sociedad aportante. El asiento de presentación del mandamiento caduca por falta de presentación del original en diez días. Después, se presenta físicamente el mandamiento. El Registrador despacha la aportación y deniega la anotación del embargo por encontrarse la finca inscrita a nombre de una persona distinta del embargado. Ahora, la Dirección deniega la pretensión judicial de dejar ineficaz la inscripción de la aportación, pues el recurso gubernativo no procede contra asientos ya realizados, que están bajo la salvaguardia de los tribunales.



Resoluciones

Resolución de 24 de abril de 2012 (BOE 126, 26-V-12: 6976)

En virtud de lo dispuesto en el art. 86 LH, deniegan la prórroga de una anotación preventiva de embargo en virtud de mandamiento judicial expedido y presentado una vez transcurridos cuatro años desde la fecha de la anotación.

Resolución de 19 de mayo de 2012 (BOE 148, 21-VI-12: 8341)

Declara cancelables unas anotaciones de embargo posteriores a una ejecución anterior, la cual en su día fue también objeto de anotación, a pesar de que primero se inscribió solo el auto de adjudicación y no el mandamiento cancelatorio, que se presentó varios meses después, una vez cancelada la anotación del procedimiento. La prioridad ganada por esta anotación se traslada a la enajenación (sin que proceda la mejora automática del rango de los asientos posteriores, derivada de la caducidad de una anotación).

ARRENDAMIENTO

Resolución de 10 de abril de 2012 (BOE 118, 17-V-12: 6523)

Deniega la inscripción de la adjudicación, mediante subasta judicial, de un derecho de traspaso por falta de tracto sucesivo, ya que la finca aparece inscrita a nombre de una persona (el propietario) distinta del arrendatario demandado. Para practicar el asiento solicitado, haría falta presentar primero los documentos indispensables para practicar la eventual inscripción omitida, es decir, en este caso, el contrato de arrendamiento del que nace el derecho de traspaso. Todo ello sin perjuicio de que el titular de cualquier derecho real (y la Dirección lo extiende por analogía al titular del derecho de traspaso) puede solicitar la verificación de las inscripciones omitidas (arts. 7.2 LH y 312 RH).

BIENES Y DERECHOS DE LA ADMINISTRACIÓN

Resolución de 8 de marzo de 2012 (BOE 109, 7-V-12: 6124)

En las cesiones gratuitas de inmuebles municipales, a efectos del art. 110 RBEL, basta con que el Interventor certifique la inexistencia de deuda pendiente con el Ayuntamiento que se prevea saldar con el bien cedido (y no, como pretendía la Registradora, la inexistencia de deuda alguna pendiente con la entidad local).

Resolución de 28 de abril de 2012 (BOE 126, 26-V-12: 6981)

En 2003 se celebró una subasta para la enajenación de una finca municipal calificada como patrimonial. En 2009 hay una sentencia firme del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía declarando que la finca es demanial. En 2010, el Ayuntamiento realiza un expediente de alteración de la calificación jurídica del inmueble para confirmar su patrimonialidad. En 2011 se otorga escritura de venta a favor del adjudicatario.

La Dirección entiende inscribible la venta. Las causas de nulidad radical en Derecho Administrativo (art. 62 LRJAP-PAC) son tasadas y de interpretación restrictiva. No hay norma expresa que declare genéricamente nula la venta de bien demanial (sí la hay por ejemplo, en el art. 9.2 de la Ley de Costas). Y aunque la hubiera, en este caso, el bien ya estaba desafectado antes de la *traditio*, que tiene lugar con el otorgamiento de la escritura de venta. No

se ha «prescindido total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido», ni ha habido «omisión de trámites esenciales», sino una mera alteración de su orden cronológico. El art. 111 LPAP permite el pacto por el cual el Ayuntamiento, en caso de «incertidumbre objetiva sobre la calificación del bien», se comprometa a desafectarlo si finalmente se demostrase que es demanial. La revocación de actos administrativos debe ponderarse con cautela y está sometida a rígidas limitaciones (art. 106 LRJAP-PAC) cuando, por ser extemporánea, produzca una pugna entre los principios de legalidad y seguridad jurídica.

Resolución de 14 de mayo de 2012 (BOE 140, 12-VI-12: 7826)

Admite la inscripción de la dación en pago de una vivienda inscrita que, según certificación administrativa que se acompaña, está en zona de servidumbre de protección, pero no linda con el dominio público marítimo-terrestre. El art. 49.6 del Reglamento de Costas exige una autorización para inscribir obras y construcciones en esta zona de servidumbre, pero no hay previsión legal de autorización para transmisiones posteriores de fincas ya inscritas (salvo que, además de estar situadas en zona de servidumbre de protección, lindan con el dominio público marítimo-terrestre, pues, en tal caso, los arts. 31 y 35 sí exigen certificación administrativa estatal acreditativa de la no invasión del dominio público).

Resolución de 29 de mayo de 2012 (BOE 155, 29-VI-12: 8707)

Constan inscritas unas fincas a nombre de un propietario y un superficiario, quienes las vincularon (haciéndolo constar registralmente) al uso y aprovechamiento de instalación de placas fotovoltaicas, siendo precisamente la constancia registral de dicha vinculación una de las condiciones impuestas por la Administración para autorizar tal uso. Ahora, la Dirección deniega la inscripción de una escritura por la que el dueño del suelo y el superficiario concretan estas limitaciones públicas en algunas fincas, liberando a otras. Para ello es precisa la intervención del órgano administrativo competente.

Resolución de 25 de mayo de 2012 (BOE 155, 29-VI-12: 8705)

En su día se inmatriculó una participación de una finca resultante de un proyecto de reparcelación, a nombre de un ayuntamiento, con carácter fiduciario (art. 10.2 del Real Decreto 1093/1997), para su entrega a quien acreditase mejor derecho. Ahora, la Dirección admite la inscripción a nombre de la Administración del Estado, mediante una certificación emitida conforme a los arts. 206 LH y 37 LPAP, de la cual resulta haberse tramitado expediente de investigación patrimonial con los requisitos legales, que incluyen notificación al Ayuntamiento. Las particulares circunstancias de este supuesto, referido a un procedimiento que otorga suficientes garantías al titular registral, no hacen exigible el consentimiento del Ayuntamiento.

CONCURSO E INSOLVENCIA

Resolución de 18 de abril de 2012 (BOE 121, 21-V-12: 6714)

Se refiere a una escritura de dación en pago en la cual interviene como transmitente una sociedad declarada en concurso, constando anotada tal declaración en el Registro. El Notario protocoliza testimonio de la diligencia de constancia del Secretario acreditativa



de la aprobación del convenio mediante resolución judicial firme y manifiesta haber tenido a la vista el convenio aprobado sin que en él exista «ningún acuerdo relativo a las fincas objeto de la presente escritura».

El art. 100.3 LC establece condicionamientos y prevenciones respecto de las daciones en pago, pero la nota del Registrador parte en todo momento de que esta dación es inscribible, por lo que la Dirección no entra a analizar su validez. No es obstáculo a la inscripción la falta de intervención de los administradores concursales, porque, una vez aprobado judicialmente el convenio, cesan los efectos del concurso y la administración concursal (art. 133.2 LC). Tampoco es necesaria la inscripción previa y separada del convenio como exigencia del principio de tracto sucesivo para poder después inscribir la escritura de dación.

Ahora bien, lo que sí es preciso es aportar al Registrador el propio convenio para que lo califique simultáneamente con la escritura y haga constar en la inscripción las limitaciones a las facultades de administración y disposición que puedan afectar al ejercicio de la acción de reintegración de la dación (art. 137.2 LC). La escueta reseña efectuada por el Notario no puede considerarse testimonio por exhibición, ni siquiera en relación, y no permite al Registrador ejercitar su función calificadora respecto del contenido del convenio.

Resolución de 4 de mayo de 2012 (BOE 136, 7-VI-12: 7632)

Admite la inscripción de un decreto de adjudicación en ejecución hipotecaria, de fecha anterior a la declaración de concurso de la sociedad hipotecante, si bien la declaración de concurso constaba ya inscrita en el Registro al presentar el decreto.

Es cierto que la ejecución de garantías reales sobre bienes afectos o necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor corresponde al Juez del concurso (art. 57 LC), a quien también corresponde la competencia para declarar la afectación del bien o su carácter necesario para dicha actividad (Resolución de 20 de febrero de 2012), lo cual supone la paralización de las ejecuciones iniciadas por otros jueces, salvo que el del concurso declare la no afectación o necesidad. Ahora bien, en el caso resuelto, el auto de adjudicación estaba ya dictado al aprobarse el auto de declaración de concurso. La paralización de ejecuciones se refiere a procedimientos ya iniciados o que se inicien después del concurso, pero no a las ejecuciones ya concluidas. Y todo ello con independencia de que la adjudicación se presente después que la declaración de concurso, pues la inscripción de esta no es una carga que haya de ordenarse según la prioridad registral, sino la publicación de una situación subjetiva, de modo que el Registrador deberá calificar teniendo en cuenta la fecha del auto de declaración de concurso y la del acto cuya inscripción se solicita.

CONDICIÓN RESOLUTORIA

Resolución de 5 de marzo de 2012 (BOE 109, 7-V-12: 6118)

El mismo día se otorgan consecutivamente varias escrituras: primero, una cesión de varias fincas pactándose una contraprestación, en parte dineraria y en parte mediante entrega de departamentos a construir; segundo, una agrupación de todas las fincas cedidas; tercero, una constitución de hipoteca, y cuarto (que es la

escritura cuya inscripción se debate), una constitución de condición resolutoria en garantía de las obligaciones asumidas por el cesionario.

La Dirección deniega la inscripción de la condición por insuficiente identificación e individualización de las entidades futuras cuya entrega se pacta como contraprestación. Ciertamente, se protocoliza un plano, pero ni incluye las plazas de garaje, ni determina qué unidades concretas deben ser objeto de entrega a la parte cedente.

Resolución de 20 de abril de 2012 (BOE 121, 21-V-12: 6717)

Existe una deuda como consecuencia del impago del precio aplazado de una compraventa que no se garantizó con hipoteca ni condición resolutoria, sino mediante aval bancario. La Dirección confirma la imposibilidad de practicar asiento alguno derivado de la presentación de un acta notarial por la cual la vendedora garantiza el pago al avalista.

DIVISIÓN / PARCELACIÓN / SEGREGACIÓN

Resolución de 2 de marzo de 2012 (BOE 109, 7-V-12: 6114)

Admite la inscripción de una venta de participación indivisa de finca rústica en Andalucía, donde, si bien es cierto que no existe una asignación formal y expresa de uso individualizado de una parte del inmueble, sin embargo se discute si hay elementos de juicio reveladores de una posible parcelación urbanística, con riesgo de creación de un núcleo de población (que precisaría de una licencia o de una declaración de innecesaridad, según el art. 66 de la Ley de Ordenación Urbanística de Andalucía), dado que sobre la finca matriz existe una nota marginal de incoación de expediente urbanístico por parcelación ilegal. No obstante, en el caso resuelto, concurre un dato esencial favorable a la inscripción: con esta venta no se está creando ahora la división ideal, sino que se está transmitiendo una cuota ya creada con anterioridad.

Resolución de 3 de abril de 2012 (BOE 115, 14-V-12: 6354)

Deniega la inscripción del pacto estatutario de una propiedad horizontal tumbada sobre finca rústica en Baleares, por el cual se asigna el uso exclusivo y excluyente de sendas porciones de terreno común circundantes con cada uno de los dos elementos que forman la comunidad. No hay obstáculo a la inscripción de la propiedad horizontal, pero tal pacto estatutario requiere de licencia de parcelación, puesto que así lo exigen los arts. 2.16 de la Ley de Disciplina Urbanística de Baleares y 13 de la Ley de Suelo Rústico de Baleares. El concepto de *parcelación urbanística* ha trascendido la estricta división material de la finca para alcanzar la división ideal del derecho y, en general, todos los supuestos en que, manteniéndose formalmente la unidad del inmueble, se divide la titularidad o goce, ya sea en régimen de indivisión, de propiedad horizontal, de vinculación a participaciones en sociedades o de cualquier otro modo que pretenda alcanzar igual objetivo.

Resolución de 9 de abril de 2012 (BOE 118, 17-V-12: 6521)

Admite la inscripción de una herencia que incluye una finca cuya identidad no suscita dudas, si bien consta en nota marginal la existencia de una segregación, quedando un resto sin describir



Resoluciones

que no coincide con la descripción del título ni con los certificados catastrales. Las diferencias de descripción de la finca matriz como consecuencia de no haberse tenido en cuenta una segregación son irrelevantes, si la finca está perfectamente identificada y se pretende respetar su descripción actual según el Registro (que es lo que se solicita en el supuesto mediante instancia posterior, a los efectos del art. 110 RH).

Resolución de 12 de abril de 2012 (BOE 121, 21-V-12: 6709)

Deniega la inscripción de una escritura de segregación y compraventa porque, tras sucesivas segregaciones previamente inscritas, la superficie de la finca matriz ha sido agotada. El principio de prioridad actúa a favor de las segregaciones primeramente inscritas aunque hubiesen sido otorgadas después de otras aún no registradas (posibilidad admitida en el art. 47 RH).

La recurrente ha alegado inexactitud en la cabida inscrita, solicitando la inscripción del exceso sobre la base de certificación catastral descriptiva y gráfica. Es cierto que el art. 52.8 de la Ley 13/1996 facilita la inscripción de excesos de cabida sobre la base de dicha certificación, pero siempre que tales linderos sean fijos, que pueda deducirse la identidad de la finca (entre la descripción del Registro y la del Catastro) y que consientan todos los interesados en la inscripción o que, en su defecto, exista autorización judicial.

Resolución de 21 de mayo de 2012 (BOE 153, 27-VI-12: 8585)

Admite la inscripción de una herencia en la que se describe una finca con los mismos linderos que en su día se aportaron en el título de adquisición del causante, pero con la superficie que resta tras varias segregaciones efectuadas. No es preciso actualizar la descripción del resto, como exigía el Registrador. Es doctrina de la Dirección que las diferencias de descripción de la finca matriz como consecuencia de no haberse tenido en cuenta una segregación son irrelevantes, si la finca está perfectamente identificada y se pretende respetar su descripción actual según el Registro (Resolución de 20 de marzo de 2002).

Resolución de 24 de mayo de 2012 (BOE 155, 29-VI-12: 8703)

Se refiere a una venta de participación indivisa de finca rústica en Andalucía, donde, si bien es cierto que no existe una asignación formal y expresa de uso individualizado de una parte del inmueble, el Registrador se plantea si hay elementos de juicio reveladores de posible parcelación urbanística, con riesgo de creación de núcleo de población, que precisaría de una licencia o de una declaración de innecesidad, teniendo en cuenta la amplitud del art. 66 de la Ley de Ordenación Urbanística de Andalucía, que considera también actos reveladores de posible parcelación urbanística aquellos en los que, mediante la interposición de sociedades, divisiones horizontales, o asignaciones de uso o cuotas en proindiviso de un terreno, o de una acción o participación social, puedan existir diversos titulares a los que corresponde el uso individualizado de una parte de terreno equivalente.

La Dirección no aprecia tales indicios y admite la inscripción, ya que la cuota vendida no se está creando en la propia venta calificada, sino que procedía de un título anterior.

DOCUMENTO ELECTRÓNICO

Resolución de 6 de marzo de 2012 (BOE 109, 7-V-12: 6120)

Admite la práctica de una anotación preventiva de mandamiento de embargo dictado por la Agencia Tributaria, presentado en soporte papel con una firma escaneada del Jefe de la Unidad de Recaudación, donde se indica que se trata de un documento firmado electrónicamente cuya autenticidad es verificable mediante Código Seguro de Validación en una página web creada específicamente por la Agencia Tributaria.

La Dirección, dado el carácter de funcionario público del Registrador, considera aplicable al ámbito registral la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos, sobre la cual funda su vigencia y eficacia el documento con Código Seguro de Validación, que se configura como firma electrónica. El art. 30.5 de la Ley 11/2007 dispone que las copias en papel de los documentos administrativos emitidos y firmados electrónicamente tendrán la consideración de copias auténticas, siempre que incluyan la impresión de un código generado electrónicamente u otros códigos de verificación que permitan contrastar su autenticidad mediante acceso a los archivos electrónicos de la Administración emisora. Por lo tanto, lo presentado al Registro en el caso resuelto es una copia auténtica de un documento público electrónico cuya autenticidad es comprobable.

DOCUMENTOS JUDICIALES

Resolución de 7 de mayo de 2012 (BOE 136, 7-VI-12: 7634)

Deniega la inscripción de la resolución de una adjudicación efectuada en convenio regulador, pretendida por cumplimiento de la condición resolutoria en él pactada, porque el título ahora presentado es un auto dictado en procedimiento de ejecución de títulos judiciales en el que se tiene por emitida la declaración de voluntad de la titular registral. Lo procedente, a falta del consentimiento de esta, sería una sentencia firme dictada en procedimiento declarativo contradictorio (art. 82 LH).

En nuestro ordenamiento, los únicos títulos judiciales que llevan aparejada ejecución son las sentencias de condena firme y las resoluciones que aprueben transacciones judiciales y acuerdos logrados en el proceso (art. 517 LEC). El caso resuelto no muestra ninguna de estas cosas. El contenido del convenio regulador no es ejecutable *per se*, sino que precisa de una sentencia constitutiva previa que, por otro lado, sería directamente inscribible.

Resolución de 9 de mayo de 2012 (BOE 140, 12-VI-12: 7821)

Deniega la inscripción de una sentencia declarativa que estima el ejercicio de una acción reivindicatoria. En la sentencia no constan datos registrales de la finca; el demandante y sus hermanos ya tienen inscrita a su nombre una finca con la misma descripción y con el mismo título que la de la sentencia; por otro lado, existe otra finca con una descripción parecida (en el Registro constan más metros) inscrita a nombre de la demandada y de su marido no demandado, con carácter ganancial. La sentencia no ordena ninguna cancelación o rectificación del asiento de la finca de la demandada, cuyo marido debería haber tenido intervención en el procedimiento, como exigencia del principio de tracto sucesivo.



DOCUMENTOS PRIVADOS

Resolución de 3 de mayo de 2012 (BOE 136, 7-VI-12: 7631)

Deniega el asiento de presentación de una instancia privada en que se solicita la no inscripción de una liquidación de sociedad conyugal previamente presentada. Los registradores tienen vedado extender asiento de presentación de documentos privados, salvo en los casos en que las disposiciones les atribuyan eficacia registral (arts. 3 LH y 420.1 RH), y no concurre tal excepción cuando se pretende que no se despache un documento presentado. Si el recurrente entiende que es nulo, deberá iniciar el correspondiente procedimiento judicial.

EXCESOS DE CABIDA

Resolución de 2 de junio de 2012 (BOE 155, 29-VI-12: 8712)

Deniega la inscripción de un exceso de cabida de una gran superficie (finca urbana que pasa de 250 a 452 m²), aunque el recurrente alega que consta previamente inscrita la referencia catastral de la finca y que han comparecido dos de los tres colindantes. La referencia catastral no sustituye a la descripción de finca que consta en el Registro, ni implica una incorporación registral implícita de linderos y de superficies catastrales, sino que únicamente determina un dato más de localización de la finca. El consentimiento de los colindantes (que, en este caso, no son todos) no sería suficiente para inscribir el exceso: la citación a los mismos solo está prevista en el expediente de dominio y el acta de notoriedad, y no es determinante en sí misma, sino solo una circunstancia a tener en cuenta por el Juez o el Notario al resolver el expediente.

EXPROPIACIÓN

Resolución de 17 de marzo de 2012 (BOE 115, 14-V-12: 6352)

Rechaza la posibilidad de expedir la certificación prevista en el art. 22 del Real Decreto 1093/1997 (cuya finalidad es dar publicidad a la iniciación de un expediente expropiatorio, de modo que los derechos inscritos después de la expedición serán cancelados al practicarse la inscripción a favor del beneficiario, aunque los interesados no hayan sido parte en el expediente) por falta de identificación suficiente de la finca y de la parte expropiada. En efecto, del acuerdo del Pleno del Ayuntamiento no consta cuál es la finca registral, ni la porción de terreno concreta de la misma que, previa la oportuna segregación, será objeto de ocupación, ya que no hay referencia a su ubicación ni a sus linderos. Es precisa la identificación de la finca no solo mediante datos catastrales (que pudieran no corresponder a la finca registral), sino también mediante datos registrales, conforme a los arts. 51 y 98 RH.

EXTRANJEROS

Resolución de 2 de marzo de 2012 (BOE 109, 7-V-12: 6113)

Reitera la doctrina de la Dirección sobre acreditación del Derecho extranjero. Igual que en el ámbito procesal, también debe ser objeto de prueba en los ámbitos notarial y registral, en cuanto a su contenido y vigencia. Las normas procesales son subsidiarias de las registrales en este tema, pero con especialidades: si no se le acredita al Registrador debidamente el Derecho extranjero, deberá suspender la inscripción, sin que quepa someter la validez del acto al Derecho español, como ocurre en el ámbito judicial. La acreditación se

rige por el art. 36 RH (inicialmente previsto para la determinación de las normas aplicables sobre forma y capacidad, pero extensible a las normas sobre validez del acto). Los medios de prueba previstos en esta norma son, entre otros, informe o aseveración de Notario o Cónsul español (o de diplomático o funcionario del país en cuestión). Notarios y registradores no están obligados a conocer el Derecho extranjero, si bien pueden realizar bajo su responsabilidad un juicio de suficiencia, si aseguran conocerlo.

En aplicación de esta doctrina, la Dirección rechaza la inscripción de una escritura de herencia de un causante italiano que tiene como base un testamento ológrafo otorgado en Italia por falta de acreditación de la norma de Derecho italiano aplicable, que el Notario se limita a recoger como aseveración puesta en boca de los comparecientes.

Resolución de 12 de marzo de 2012 (BOE 109, 7-V-12: 6129)

Consta inscrita una finca a nombre del deudor y su esposa, ambos de nacionalidad rusa y casados en «régimen de comunidad de bienes [...] con las peculiaridades de su régimen matrimonial que le sean aplicables». Ahora, la Dirección deniega la anotación de un mandamiento de embargo en procedimiento contra el esposo por falta de acreditación, o bien de la notificación a la esposa exigida por el art. 144 RH, o bien de su innecesidad según el Derecho extranjero aplicable al régimen económico del matrimonio.

No procede la petición del recurrente de rectificación del Registro para hacer constar que la adquisición fue solo para el esposo mediante la simple aportación de una sentencia de divorcio anterior a la adquisición (sin necesidad de consentimiento de la esposa ni sentencia judicial). Efectivamente, la sentencia es un documento fehaciente independiente de la voluntad de los interesados. Sin embargo, esta vía de rectificación del Registro valdría en los casos en que un cónyuge adquirente realizase una afirmación incierta sobre su régimen económico conyugal, pero, en este caso, fueron los dos excónyuges quienes participaron en la adquisición, de modo que la sentencia de divorcio probaría una inexactitud en la declaración de su estado civil, pero no aclararía si la voluntad era la de adquirir ambos o solo uno.

Resolución de 11 de abril de 2012 (BOE 118, 17-V-12: 6525)

Para personas físicas extranjeras, el requisito de hacer constar el NIF se entiende cumplido consignando el número de la tarjeta de residencia, que es, a la vez, documento identificativo y fiscal. Es el criterio que siguen los arts. 18.2 y 20.1 del Real Decreto 1065/2007, de 27 de julio, de gestión tributaria: su NIF será el NIE que se les asigne según la legislación sobre extranjería.

Cuando no esté obligado a obtener el NIE o transitoriamente aún no lo haya obtenido, ya no bastará con un solo documento, sino que habrá que aportar dos: el de identificación y el NIF del que la normativa tributaria prevé dotarle.

HIPOTECA

Resolución de 7 de marzo de 2012 (BOE 109, 7-V-12: 6122)

Deniega la inscripción de un auto de adjudicación en procedimiento de ejecución hipotecaria por haberse incoado la ejecución



Resoluciones

por cantidades superiores a la responsabilidad hipotecaria inscrita, dado que la responsabilidad inicial fue disminuida en virtud de mandamiento emanado en procedimiento ejecutivo y reflejado en nota marginal, en virtud de los arts. 657 LEC, 144 LH y 240 RH. La nota marginal que refleja la reducción de la responsabilidad hipotecaria está bajo la salvaguardia de los tribunales (la impugnación de su validez excede de los estrechos cauces del recurso gubernativo). Además, existen acreedores posteriores.

Resolución de 16 de abril de 2012 (BOE 121, 21-V-12: 6712)

En su día, los condueños de una finca hipotecada aportaron parte de la misma a una reparcelación y, a continuación, otorgaron una escritura de disolución de condominio, adjudicándose una de las condueñas el resto de la finca y los demás, la porción aportada.

Ahora, la adjudicataria del resto de la finca solicita que, en virtud de aquella escritura de disolución de comunidad, su finca quede liberada de la hipoteca, trasladándose esta al historial de la finca reparcelada. La Dirección desestima la solicitud, ya que la escritura calificada no contiene petición alguna al respecto, falta la intervención del acreedor hipotecario, no cabe recurso contra calificaciones positivas y el asiento ya practicado está bajo la salvaguardia de los tribunales.

Resolución de 10 de mayo de 2012 (BOE 140, 12-VI-12: 7822)

Resolución de 16 de mayo de 2012 (BOE 142, 14-VI-12: 7880)

Deniegan la inscripción de sendas hipotecas unilaterales a favor de la Agencia Tributaria en que se pretende que cada una de las fincas dadas en garantía responda de la totalidad de la deuda. Estas «hipotecas solidarias» están expresamente prohibidas en nuestro ordenamiento, pues se estima que aminoran el crédito territorial (Exposición de Motivos de la Ley Hipotecaria; arts. 119 LH y 216 RH; Resolución de 3 de mayo de 2000). Caben excepciones (como la del art. 123 LH), pero deben ser expresas y la legislación fiscal no las contempla.

Resolución de 21 de mayo de 2012 (BOE 153, 27-VI-12: 8586)

Admite la cancelación de una inscripción de hipoteca y de la nota de certificación de cargas, dispuesta en auto judicial recaído en procedimiento de ejecución directa sobre bienes hipotecados. Es cierto que el auto no aclara la causa de la cancelación ordenada, lo cual constituiría, en principio, un defecto, ya que, en caso de decreto de adjudicación, haría falta su presentación junto con el mandamiento de cancelación de la hipoteca (art. 133 LH). Pero en el caso resuelto, en el informe emitido en el recurso, la autoridad judicial aclara que el proceso ha concluido por pago (art. 693.3 LEC).

Resolución de 30 de mayo de 2012 (BOE 155, 29-VI-12: 8708)

Se inscribió primero una hipoteca sobre un inmueble y después, una declaración de obra nueva con división en propiedad horizontal sin distribución de la hipoteca, arrastrándose a cada elemento la total responsabilidad de la matriz. Ahora, al acreedor hipotecario y el codeudor propietario de uno de los elementos pretenden liberarlo de hipoteca por pago de su parte de deuda. La Dirección exige el consentimiento de todos los demás propietarios del edificio.

La hipoteca unitaria sobre varias cuotas o fincas no solo confiere facultades al acreedor, sino también a los demás cotitulares de lo hipotecado. Si uno de los constituyentes pagase toda la deuda, podría reclamar a cada uno de los restantes solo su parte proporcional. Por ello hace falta el consentimiento de todos, tanto para distribuir la responsabilidad entre las fincas gravadas como para liberar alguna de ellas por un pago parcial que se pretenda imputar solo a ella.

El Registrador llega a negar la posibilidad de liberar uno de los elementos incluso aunque mediase el consentimiento de todos los demás copropietarios, por entender que, en tal caso, dejaría de estar sujeto todo el edificio a la hipoteca. Pero la Dirección no comparte esta opinión, porque el supuesto resuelto se refiere a la hipoteca de un edificio que es después dividido horizontalmente, de forma que no estamos ante el caso de una hipoteca del edificio en su conjunto.

OBRA NUEVA

Resolución de 1 de marzo de 2012 (BOE 107, 4-V-12: 5955)

Admite la inscripción de un acta de fin de obra autorizada después del Real Decreto Ley 8/2011, pero referida a una obra finalizada antes, conforme a certificado técnico.

La Dirección recapitula su doctrina. Las sucesivas redacciones legales serán de aplicación a los documentos otorgados durante sus respectivos periodos de vigencia, aunque las obras sean anteriores. Incluso tratándose de escrituras otorgadas antes de la entrada en vigor de una norma protectora de la legalidad urbanística, pero presentadas al Registro durante su vigencia, debe el Registrador exigir su aplicación. Según la jurisprudencia constitucional (Sentencia del Tribunal Constitucional 61, de 20 de marzo de 1997), corresponde a las comunidades autónomas el hecho de determinar qué actos urbanísticos están sujetos a licencia, mientras que corresponde al Estado el hecho de fijar en qué casos debe acreditarse el otorgamiento de la misma para que el acto tenga acceso al Registro de la Propiedad.

El art. 20 LS exige, para inscribir obras terminadas (además de licencia, certificado técnico, seguro decenal, libro del edificio y requisitos de eficiencia energética), que se acredite el otorgamiento de las autorizaciones administrativas que garanticen que el edificio reúne las condiciones necesarias para su destino al uso previsto en la ordenación urbanística aplicable, que, en el caso resuelto, es la Ley 10/1990, de disciplina urbanística de las Islas Baleares, la cual exige licencia (municipal) para la primera ocupación de cualquier edificación y cédula de habitabilidad (autonómica) para ocupar edificaciones residenciales. No obstante, para la Dirección, solo la licencia de primera ocupación (y no la cédula de habitabilidad) es requisito de inscripción a los efectos del art. 20 LS. Ahora bien, en el caso resuelto ni siquiera es exigible la primera, porque existe un certificado técnico que acredita la terminación de la obra en fecha determinada que implica la prescripción de posibles infracciones urbanísticas (ocho años, en Baleares), de modo que resultaría desproporcionado exigir más requisitos que los exigidos para las obras antiguas por los arts. 20.4 LS y 52 del Real Decreto 1093/1997, con los que el supuesto resuelto guarda identidad de razón.

Resolución de 2 de marzo de 2012 (BOE 109, 7-V-12: 6115)

Tras inscribir una obra nueva, el Registrador practica al Ayuntamiento la notificación prevista en el art. 54 del Real Decreto



1093/1997. Ahora, el Alcalde solicita la cancelación de la obra nueva alegando la infracción de varias normas urbanísticas. La Dirección lo rechaza, porque los asientos practicados están bajo la salvaguardia de los tribunales, su alteración exige consentimiento del titular o resolución judicial firme, el estrecho cauce del recurso gubernativo no es apropiado para revisar la validez o nulidad de la inscripción.

Resolución de 5 de marzo de 2012 (BOE 109, 7-V-12: 6116)

Interpreta el requisito, impuesto por el art. 20.4 LS para la inscripción de obras nuevas respecto de las cuales ya no procedan medidas de restablecimiento de la legalidad urbanística, de hacer constar en el asiento la situación de fuera de ordenación, mediante aportación del acto administrativo que declare tal situación. La Dirección entiende que la aportación de dicho acto no es requisito previo a la inscripción, sino que puede ser cumplido con posterioridad, ya que cabe que la construcción no se encuentre fuera de ordenación. Además, si el legislador hubiese optado por un sistema de previa fiscalización administrativa, solo habría admitido la inscripción de estas obras mediante certificación municipal. Por el contrario, sigue exigiendo al Registrador que califique la antigüedad de la construcción, que no ocupa suelo demanial, y que notifique al Ayuntamiento la inscripción practicada, todo lo cual solo tiene sentido si se pretende mantener el sistema que posibilita la inscripción sin la necesidad de previa intervención municipal.

Resolución de 7 de marzo de 2012 (BOE 109, 7-V-12: 6121)

Deniega la inscripción de una declaración de obra nueva terminada respecto de la cual no ha transcurrido aún el plazo de prescripción de posibles infracciones urbanísticas y en la cual, para justificar la finalización conforme al proyecto, se aporta, en lugar del certificado de un técnico, un certificado del Secretario municipal con el visto bueno del Alcalde, del que no consta informe favorable del técnico municipal. Además, se une certificación catastral descriptiva y gráfica coincidente con el título.

El Real Decreto 1093/1997 solo contempla las certificaciones municipal y catastral (art. 52) respecto de obras nuevas «antiguas». Para las que aún no lo son, hace falta un certificado de «técnico competente», lo cual, por cierto, incluiría al del Ayuntamiento (art. 50.4).

Resolución de 26 de abril de 2012 (BOE 126, 26-V-12: 6979)

Se debate si el informe técnico que se debe aportar para exonerar al vendedor de su deber de entregar al comprador la cédula de habitabilidad en las ventas de viviendas (todo ello a los afectos del art. 132 de la Ley catalana 18/2007) debe llevar o no el visado del Colegio profesional.

La Dirección se declara competente para conocer el recurso, porque no se fundamenta exclusivamente en la aplicación de normas catalanas, sino que también resulta aplicable la legislación sobre colegios profesionales, que es de ámbito estatal. Según el art. 31 del Real Decreto 327/2002 (Estatutos de los Colegios de Arquitectos), son objeto de visado los documentos profesionales firmados por un arquitecto que no esté adscrito a una Administración pública, y el visado tiene por objeto acreditar la identidad del arquitecto y su habilitación actual, así como comprobar la integridad formal de la documentación. Para la Dirección, el visado no es requisito de inscripción, fuera de los casos en que la Ley pueda

establecer lo contrario (lo cual solo ocurre en el supuesto del art. 50.3 del Real Decreto 1093/1997).

Resolución de 8 de mayo de 2012 (BOE 136, 7-VI-12: 7636)

Admite la inscripción de una obra nueva, otorgada al amparo del art. 20.4 LS. De la documentación administrativa que se acompaña, resulta que, a juicio del Ayuntamiento, no se ha incurrido en una infracción que puede provocar la demolición del edificio, sino en una infracción generadora de sanción pecuniaria (que fue abonada). La inscripción no sana las infracciones urbanísticas y, por ello, no merma las posibilidades de actuación del Ayuntamiento para, por ejemplo, revisar su actuación anterior, en que resolvió no instar el derribo.

Por otro lado, confirma la interpretación del requisito, impuesto por el citado apartado 4 del art. 20 LS, de hacer constar en el asiento la situación de fuera de ordenación, mediante aportación del acto administrativo que declare tal situación. La aportación de dicho acto no es requisito previo a la inscripción, sino que puede ser cumplido con posterioridad, ya que cabe que la construcción no se encuentre fuera de ordenación. Además, si el legislador hubiese optado por un sistema de previa fiscalización administrativa, solo habría admitido la inscripción de estas obras mediante certificación municipal. Por el contrario, sigue exigiendo al Registrador que califique la antigüedad de la construcción, que no ocupa suelo demanial, y que notifique al Ayuntamiento la inscripción practicada, todo lo cual solo tiene sentido si se pretende mantener el sistema que posibilita la inscripción sin la necesidad de previa intervención municipal.

Resolución de 17 de mayo de 2012 (BOE 142, 14-VI-12: 7882)

Notificada la inscripción de una obra nueva por parte del Registrador al Ayuntamiento, ex art. 54 del Real Decreto 1093/1997, el Alcalde solicita ahora la cancelación del asiento de obra nueva. La Dirección se opone a dicha cancelación. Es doctrina reiterada que los asientos ya practicados están bajo la salvaguardia de los tribunales, y su cancelación exige el consentimiento de los interesados o resolución judicial.

Resolución de 19 de mayo de 2012 (BOE 148, 21-VI-12: 8339)

Deniega la inscripción de una escritura de obra nueva por falta de aportación de las licencias de obra y nueva ocupación. La escritura ha sido otorgada tras la vigencia del Real Decreto Ley 8/2011, pero se refiere a una obra terminada antes de su entrada en vigor, cuya licencia se pretende adquirida mediante silencio administrativo positivo, de acuerdo con la doctrina permisiva que mantenía la Dirección en el momento de la solicitud de dicha licencia (años 2009 y 2010).

El principio de irretroactividad impera respecto de la legislación y la jurisprudencia, pero no respecto de la doctrina que las interpreta. La Resolución de 14 de abril de 2011 declaró aplicables a las obras nuevas las normas vigentes en el momento de otorgar los documentos, aunque la obra hubiese sido ejecutada antes. Por ello, en el caso resuelto, resulta aplicable dicho Real Decreto Ley, que otorga valor negativo al silencio administrativo respecto de obras de construcción de nueva planta y de su primera ocupación (art. 23), así como la nueva redacción del art. 20 LS, que exige las licencias de obra y de primera ocupación. Además, resulta también aplicable la doctrina legal sentada por la Sentencia del Tribunal Supremo 3.ª, de 28 de



Resoluciones

enero de 2009, que considera norma estatal básica la que prohíbe la adquisición por silencio de licencias contrarias a la ordenación territorial o urbanística [art. 8.1, letra b), LS-2008], sin que esto contradiga la regla general de silencio positivo del art. 43 LRJAP-PAC, pues esta norma permite previsión en contra por otra ley.

Resolución de 28 de mayo de 2012 (BOE 155, 29-VI-12: 8706)

Consta inscrita una casa «en ruinas». La Dirección deniega la inscripción de una obra nueva que incorpora una certificación técnica según la cual la casa fue objeto de rehabilitación en 2004. Ahora bien, al no aportarse la licencia de rehabilitación y dar a la casa una nueva descripción (cuya superficie construida no se corresponde con la catastral), no puede entenderse que estamos ante una verdadera rehabilitación, sino ante una auténtica obra nueva del año 2004 que requiere el seguro decenal exigido por la LOE-1999 (ya entonces vigente), salvo que se hiciera constar la manifestación expresa de tratarse de autopromotor individual de una única vivienda unifamiliar para uso propio.

PODER Y REPRESENTACIÓN

Resolución de 1 de marzo de 2012 (BOE 107, 4-V-12: 5953)

Resolución de 1 de marzo de 2012 (BOE 107, 4-V-12: 5954)

Deniegan la inscripción de una escritura de cancelación de hipoteca otorgada en 1986 y en la cual la Notaria autorizante reseñó la escritura de poder del representante de la entidad prestamista, cuya copia autorizada dijo que se acompañaría, enjuiciando positivamente la capacidad del compareciente.

No es obstáculo la falta de inscripción del poder en el Registro Mercantil, que resulta obligatoria en el caso de poderes generales y que, cuando existe, supone que el Registrador Mercantil ha calificado que la representación ha sido conferida por el órgano social competente. Cuando falte la previa inscripción y, por tanto, no exista previa calificación de la representación por parte del Registro Mercantil, deben acreditarse al Registrador de la Propiedad la existencia, subsistencia, validez y suficiencia de aquella, todo lo cual, en el caso resuelto, debe calificarse según las normas vigentes en 1986, que admitían la forma usada por la Notaria autorizante de la escritura calificada, acompañamiento del poder a la copia, cuya falta constituye el defecto que impide la inscripción pretendida.

Resolución de 22 de mayo de 2012 (BOE 153, 27-VI-12: 8587)

Se refiere a una escritura de préstamo en la que son prestatarios solidarios e hipotecantes una madre y su hijo, y en la que solo comparece la madre, quien, además, interviene como apoderada de su hijo.

La Registradora suspende la calificación por falta de acreditación de pago del impuesto, lo que lleva al Notario recurrente a alegar que la ulterior calificación negativa es nula por extemporánea. La Dirección desestima tal alegación y confirma su actual doctrina (iniciada este año con resoluciones de 3, 9 y 13 de marzo y de 4 de abril): en caso de falta de acreditación del pago del impuesto, el Registrador suspenderá siempre la calificación (tanto la positiva como la negativa) y, por tanto, la inscripción, lo cual se considera más ajustado a la literalidad de la norma y a su finalidad (garantizar el cumplimiento

de la normativa tributaria), tal y como han reconocido pronunciamientos jurisdiccionales recientes.

En cuanto al fondo, para la Dirección es doctrina consolidada que el apoderado solo puede autocontratar válidamente cuando esté autorizado para ello por su principal o cuando, por la estructura o concreta configuración del negocio, quede manifiestamente excluida la colisión de intereses que ponga en riesgo la imparcialidad del autocontrato. En caso de autocontratación, la legitimación de apoderado no deriva solo del poder, sino que precisa, además, de un acto específico de autorización por parte del principal. La reseña identificativa del documento representativo y el juicio de suficiencia, exigidos al Notario por el art. 98 de la Ley 24/2001, debe abarcar ambos aspectos, imprescindibles para que el Registrador pueda calificar la congruencia de dicho juicio con el título. La autocontratación, si hay riesgo de conflicto de intereses, debe entrar siempre en el ámbito de la calificación registral. Un poder para obtener un préstamo difícilmente cabe entender que incluye la facultad de hacerlo solidariamente con el apoderado, cuya actuación podría ser muy perjudicial para el representado. Y si además incluye la facultad de garantizar el préstamo con hipoteca, debe restringirse a la hipoteca por deuda propia del poderdante, pues lo contrario supondría un poder para hipotecar por deuda ajena, que debería ser expreso y salvar el conflicto de intereses (Resolución de 29 de septiembre de 2003).

No obstante, la Dirección admite la inscripción del título porque el Notario hace constar en el escrito de recurso que el poder sobre el que basó su juicio de suficiencia contemplaba expresamente la facultad de autocontratar o incurrir en conflicto de intereses.

Resolución de 23 de mayo de 2012 (BOE 153, 27-VI-12: 8588)

Declara inscribible la partición de una herencia en la que son únicos herederos un menor de edad y su madre, la cual interviene, además, en representación del menor (como única titular de la patria potestad) y adjudicándose como legataria el único bien relicto, así como todo el pasivo de la herencia, de modo que nada se adjudica a los herederos.

La Dirección recapitula doctrina anterior. No hay conflicto de intereses si los bienes se adjudican pro indiviso, respetando las normas legales sobre partición de la herencia. El conflicto de intereses entre los menores y sus representantes puede deberse a diferentes motivos (ninguno de los cuales concurre en el supuesto): inclusión en el inventario de bienes como gananciales, o bienes de cuyo título adquisitivo no resulte con claridad tal carácter; no ajustarse el viudo en la adjudicación a las cuotas legales; ejercitar el viudo una opción de pago de su cuota legal usufructuaria... El conflicto de intereses debe ser real, no puede fundarse en perjuicios hipotéticos ni sospechas, porque, de lo contrario, existiría en toda partición con menores, porque siempre existirá la duda de si el representante ha omitido algún elemento del inventario (hecho negativo, cuya exigencia de prueba resulta exorbitante). Además, en tal caso, la intervención del defensor judicial sería intrascendente, porque se limitaría a recoger la declaración del cónyuge que ejerce la patria potestad.

Resolución de 31 de mayo de 2012 (BOE 155, 29-VI-12: 8709)

Rechaza la inscripción de una escritura de crédito hipotecario en la que tanto la sociedad acreditada como la hipotecante son representadas por la misma persona como administrador único de ambas.



Existe una evidente situación de conflicto de intereses que requiere, para ser salvada, la concurrencia de las autorizaciones de las respectivas juntas generales (o, al menos, la de la sociedad hipotecante). Las facultades que delimitan el ámbito de representación resultarán no solo del nombramiento como administrador, sino también de la autorización de la Junta. Por tanto, a efectos de calificación registral, de ambas cosas habrá que tomar razón en la escritura, incorporando las dos al juicio de suficiencia. La autocontratación conflictual sin mención de las autorizaciones oportunas contradice el juicio que afirme su existencia.

Otro defecto es la falta de distribución de la responsabilidad por intereses ordinarios entre las varias fincas hipotecadas (exigida por los arts. 119 LH y 216 RH).

PROCEDIMIENTO REGISTRAL

Resolución de 3 de marzo de 2012 (BOE 107, 4-V-12: 5957)

Resolución de 9 de marzo de 2012 (BOE 109, 7-V-12: 6125)

Resolución de 13 de marzo de 2012 (BOE 109, 7-V-12: 6130)

Resolución de 4 de abril de 2012 (BOE 115, 14-V-12: 6355)

La Dirección cambia su doctrina sobre la interpretación de los arts. 254 y 255 LH. Hasta ahora, entendía que, cuando se presenta un título, el Registrador debe decidir si la operación se halla o no sujeta a impuesto, suspendiendo la inscripción, si no se le acredita el pago (exención, prescripción o presentación de la autoliquidación), pero debiendo, en tal caso, exponer todos los defectos que impidan la inscripción del título, sin que pueda suspender la calificación hasta que se acredite el pago del impuesto y, después, volver a apreciar otros defectos. La suspensión de la «calificación e inscripción» prevista en el art. 255 LH para el caso de no haberse verificado el pago del impuesto se refiere a la calificación sin defecto (si se quisiera referir a toda calificación, sobraría la referencia cumulativa a la inscripción), pero no a la calificación negativa, que debe ser unitaria.

Con las presentes resoluciones, se abandona el criterio anterior: en caso de falta de acreditación del pago del impuesto, el Registrador suspenderá siempre la calificación (tanto la positiva como la negativa) y, por tanto, la inscripción (solo procederá el asiento de presentación). Esta interpretación se considera más ajustada a la literalidad de la norma y a su finalidad (garantizar el cumplimiento de la normativa tributaria), tal y como han reconocido pronunciamientos jurisdiccionales recientes.

Resolución de 20 de abril de 2012 (BOE 121, 21-V-12: 6718)

Resolución de 11 de abril de 2012 (BOE 118, 17-V-12: 6525)

La Dirección acoge la doctrina de la Sentencia del Tribunal Supremo 1.ª, de 20 de septiembre de 2011, que estima válida la notificación de la calificación por medios telemáticos, incluido el fax, precisando que:

- En cuanto al titular del derecho afectado, hace falta que haya constancia fehaciente de haber aceptado esta forma de notificación al presentar el documento (lo cual ocurrirá, por ejemplo, cuando el Registrador ostente el número de fax de la sociedad interesada por manifestación del presentante del documento).

- En cuanto al Notario, siempre será válida esta forma de notificación, pues obligatoriamente debe disponer de sistemas telemáticos para la emisión, transmisión, comunicación y recepción de información.

PROPIEDAD HORIZONTAL

Resolución de 15 de marzo de 2012 (BOE 115, 14-V-12: 6349)

La Dirección admite la legalización del libro de actas correspondiente a una subcomunidad constituida por aquellos propietarios de una propiedad horizontal que contribuyeron a la construcción de una piscina sobre un elemento común. El art. 11.2 LPH permite acordar innovaciones no necesarias, a las que los disidentes no están obligados, aunque no se les pueda privar de su uso, y en las cuales podrán participar en cualquier momento, abonando su cuota en los gastos más el interés legal. En el supuesto resuelto, se ha constituido una comunidad de usuarios al amparo de dicho artículo y del 2, letra b), de la propia LPH (que extiende su aplicación a las comunidades de hecho que reúnan los requisitos del art. 396 CC y que no hubiesen otorgado título constitutivo de propiedad horizontal). Nada obsta a que obtenga la legalización de su libro de actas. A falta de inscripción de la Comunidad, el Registrador deberá consignar los datos del libro diligenciado en un libro fichero previsto al efecto (art. 415 RH).

No obstante, confirma el defecto consistente en la falta de afirmación, en la instancia en que se solicita el diligenciado, de que actúa por encargo del Presidente de la Comunidad (art. 415.3 RH), lo cual no prueba nada *per se*, pero compromete la responsabilidad del declarante.

Resolución de 17 de abril de 2012 (BOE 121, 21-V-12: 6713)

Consta inscrito un conjunto inmobiliario compuesto de dos plantas con sótano común y dos edificios destinados a locales y viviendas. El conjunto está dividido horizontalmente en un local para garajes en las dos plantas de sótano, seis locales comerciales y cincuenta y seis viviendas.

La Dirección resuelve que, para efectuar una segregación en uno de los locales comerciales, a falta de la atribución anticipada de dicha facultad en los Estatutos, se requiere la autorización unánime de la Junta de Propietarios de todo el conjunto inmobiliario, y no solo del portal o edificio al que pertenece el local, ya que la propiedad horizontal está configurada como una sola comunidad y no tantas comunidades o subcomunidades como portales.

Resolución de 25 de abril de 2012 (BOE 126, 26-V-12: 6977)

Admite la inscripción de la compraventa de un elemento integrante de una propiedad horizontal en la cual el vendedor declara desconocer el estado de deudas con la Comunidad y el comprador lo acepta y le exonera de aportar el certificado acreditativo.

Aunque el último párrafo del art. 9.1, letra e), LPH establece formalmente dos obligaciones para el transmitente (primero, declarar que se está al corriente de gastos o expresar los que se adeuden, y segundo, aportar el certificado que lo acredite, salvo exoneración), ambas responden a una sola forma de cumplimiento, de modo que habrá tres posibles situaciones:



Resoluciones

- Si se aporta la certificación acreditativa de estar al corriente de pago: garantía absoluta de que el adquirente no será objeto de reclamación alguna (sin perjuicio de la responsabilidad del certificador).
- Si se aporta la certificación acreditativa de deudas: el adquirente solo responderá del importe total si lo admite, se subroga o retiene del precio tal cantidad; si no hace nada de esto, el máximo de su responsabilidad será la afectación real del año actual y el anterior.
- Si no se aporta certificación y se produce la exoneración: la responsabilidad del adquirente se limitará a la afectación real del año actual y el anterior.

Por otro lado, el incumplimiento de estas obligaciones del transmitente o de la prohibición de autorizar la escritura no afectan a la validez del negocio celebrado, que sería inscribible, ya que, en este caso, la Ley no impone como sanción la no inscribibilidad (al revés de lo que ocurre, por ejemplo, con la falta de manifestación de inexistencia de arrendatarios, *ex art. 25 LAU*).

Resolución de 23 de abril de 2012 (BOE 136, 7-VI-12: 7630)

No es precisa licencia de segregación urbanística para, de un local en propiedad horizontal, segregarse una porción que pasa a ser un elemento independiente. No hay fraccionamiento jurídico ni alteración de la superficie del inmueble en que se alza el edificio.

Resolución de 16 de mayo de 2012 (BOE 142, 14-VI-12: 7879)

El cambio de nombre y número de calle, o de polígono y parcela, no puede hacerse por mera afirmación del interesado, sino que compete a la autoridad administrativa (art. 437 RH). Pero cuando no hay duda de cuál es la finca transmitida (en el caso resuelto, coinciden los demás datos descriptivos de un elemento en propiedad horizontal y, en concreto, el número de finca registral), la no acreditación del cambio de nomenclatura no impide la inscripción, que se realizará según los datos que constan en el Registro, advirtiendo en la nota de despacho que no se ha realizado la modificación. La acreditación del cambio se podrá realizar en cualquier momento posterior, lo cual se hará constar en nota marginal.

PROTECCIÓN OFICIAL

Resolución de 13 de abril de 2012 (BOE 121: 21-V-12: 6710)

En su día se inscribió una venta de vivienda en la cual el comprador se subrogó en un préstamo cualificado, donde se establecía la prohibición de disponer durante diez años sin cancelar el préstamo y pedir autorización administrativa para la venta (art. 12.2 del Real Decreto 1186/1998, de 12 de junio, correspondiente al Plan Estatal 1998-2001, aplicable al supuesto). Posteriormente, se inscribió un segundo préstamo hipotecario de carácter libre. Ahora, la Dirección admite la inscripción de un decreto de adjudicación al acreedor (por haber quedado desierta la subasta), dictado en procedimiento de ejecución de la segunda hipoteca. La constitución y ejecución de la segunda hipoteca no están incluidas en la prohibición legal. La subasta no es institución privada, sino procesal o pública y, por ello, no cabe condicionarla con los requisitos del régimen de las viviendas protegidas. Lo contrario supondría que solo podrían concurrir a la

subasta las personas aptas para tal tipo de financiación. Por todo ello, la norma que sucedió al citado art. 12.2 (art. 13 del Real Decreto 801/2005, de 1 de julio, correspondiente al Plan Estatal 2005-2008) ya deja fuera de la necesidad de obtención de autorización administrativa la «subasta y adjudicación de la vivienda por ejecución judicial del préstamo». Ahora bien, el adjudicatario quedará sujeto a las mismas limitaciones y, en particular, a lo que reste del plazo de diez años.

RECTIFICACIÓN

Resolución de 28 de febrero de 2012 (BOE 107, 4-V-12: 5947)

Resolución de 28 de febrero de 2012 (BOE 107, 4-V-12: 5948)

Deniega la inscripción de una escritura de préstamo hipotecario en la que se expresan la calle y el número del domicilio el apoderado de la entidad prestamista, pero sin indicar la población. Es doctrina reiterada que el Registrador no puede denegar la inscripción por cualquier omisión o inexactitud del título, cuando de su simple lectura pueda conocerse el dato correcto, pero tampoco puede el Notario trasladar al Registrador la responsabilidad de su omisión en una cuestión no resoluble por la vía meramente interpretativa. El recurso se habría podido evitar mediante una mera instancia (art. 110 RH) o diligencia de subsanación (art. 153 RN), o mediante la consulta al Registro Mercantil por parte del Registrador (Resolución de 27 de febrero de 2012).

Resolución de 29 de febrero de 2012 (BOE 107, 4-V-12: 5952)

Consta inscrito auto de adjudicación de herencia, en virtud de transacción de todos los herederos, poniendo fin al procedimiento de división judicial de herencia. Ahora, la Dirección deniega la inscripción de una escritura de subsanación otorgada no por todos los coherederos, sino solo por los titulares registrales y únicos adjudicatarios de las fincas en cuestión.

Es doctrina consolidada que la rectificación de asientos exige el consentimiento del titular y de todos aquellos a quienes el asiento reconozca derechos, o bien resolución judicial en procedimiento contra todos ellos (art. 40 LH), salvo que la rectificación se refiera a hechos susceptibles de ser probados por documentos fehacientes independientes de la voluntad de los interesados, en cuyo caso bastaría la petición de la parte interesada.

No obstante, la Dirección afirma que se podría haber inscrito la subsanación pretendida con el consentimiento solo de los titulares afectados, si se hubiese aportado en el momento de la calificación el auto judicial (que, al ser después aportado al recurso, no puede ser tenido en cuenta para resolverlo), cuyo cotejo con los asientos pone de manifiesto la inexactitud en la descripción de las fincas, sin existir otros titulares de derechos inscritos que pudieran resultar perjudicados.

RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL

Resolución de 29 de febrero de 2012 (BOE 107, 4-V-12: 5951)

Consta inscrita una finca como ganancial. En su testamento, el marido manifestó que el dinero utilizado en su adquisición y la propia finca eran privativos de su esposa. En la escritura de liqui-



dación de gananciales y herencia del marido, fue omitida la finca. Ahora, la Dirección rechaza la inscripción de una instancia (a la que se acompañan el testamento del marido y las herencias de ambos cónyuges) por la que se pretende modificar el carácter de la finca para que pase a ser privativa, inscribiéndola a favor de los herederos de la esposa.

La confesión de privatividad no fija frente a todos el carácter privativo de un bien, sino que es un simple medio de prueba incapaz de desvirtuar *per se* la presunción de ganancialidad del art. 1361 CC. Los bienes a que se refiere no son inequívocamente privativos ni gananciales. Por ello, el art. 95.4 RH permite que los actos inscribibles se realicen solo por el cónyuge beneficiario de la confesión, pero, para los actos dispositivos realizados tras el fallecimiento del cónyuge confesante, exige el consentimiento de los herederos forzosos de este (art. 1324 CC). Así, en el caso resuelto, no será posible la inscripción como bien privativo hasta que los legitimarios del confesante no ratifiquen la confesión.

Resolución de 2 de abril de 2012 (BOE 115, 14-V-12: 6353)

Consta inscrita una finca comprada por el esposo «para su sociedad de gananciales» (y no solo como «presuntivamente ganancial») sobre la cual se declaró posteriormente una obra nueva por parte de ambos cónyuges manifestando que usaban fondos gananciales.

Ahora, la Dirección rechaza la inscripción de una escritura de liquidación de sociedad conyugal en la que se adjudica al esposo esta finca, que es la única inventariada, haciendo constar que el precio del terreno y el préstamo que financió la edificación se satisficieron con dinero procedente de una indemnización por accidente del esposo. Los cónyuges alegan en un escrito posterior que, aunque no se diga expresamente, interpretando la escritura de liquidación según el art. 1281 CC, lo recogido en ella es una verdadera confesión de privatividad *ex art.* 1324 CC. Sin embargo, para la Dirección no está claro si lo efectuado es liquidación de gananciales o confesión de privatividad y, además, no cabría consignar una confesión contraria a una aseveración anterior de la misma persona (art. 95.6 RH), en alusión a lo manifestado por la esposa en la declaración de obra nueva. Por tanto, hasta que no se otorgue la oportuna escritura de rectificación, no procede la inscripción.

Resolución de 9 de abril de 2012 (BOE 118, 17-V-12: 6522)

Otorgadas unas capitulaciones matrimoniales con liquidación de gananciales, incluyendo indebidamente un bien perteneciente a ambos cónyuges por mitad con carácter privativo, se admite ahora su inscripción mediante escritura de subsanación en la que ambos cónyuges afirman que, en su día, omitieron aportarla a los gananciales, por lo que ahora, previa a la liquidación, realizan la aportación. La Dirección recuerda la libertad de transmisión de bienes entre los cónyuges por cualquier título y que, cuando se ha abordado el problema de la inclusión de bienes privativos en la liquidación de gananciales, no se ha hecho desde el punto de vista de la validez del acto, sino desde el punto de vista del adecuado reflejo documental (recordando la virtualidad exclusivamente liquidatoria del convenio regulador).

Resolución de 11 de abril de 2012 (BOE 118, 17-V-12: 6524)

El principio de legalidad hipotecaria exige titulación pública (art. 3 LH), que la Dirección interpreta como el tipo de título (ejecutoria

o escritura pública) congruente con el acto inscribible. La efectividad del convenio regulador es meramente liquidatoria del régimen económico conyugal, sin que quepa extenderlo a otros actos con significación negocial propia, que requerirían escritura pública.

No obstante, esta Resolución admite la inscripción de un convenio regulador que incluye como ganancial un bien adquirido en comunidad privativamente por ambos cónyuges antes de casarse. Se trata de la vivienda familiar, y la mayor parte del préstamo hipotecario con el que se financió su adquisición se pagó constante la sociedad de gananciales (la titularidad privativa inicial habrá devenido ganancial *ex lege* en la medida en que los desembolsos posteriores hayan sido gananciales). Se admite la inclusión de esta vivienda en el convenio regulador en virtud del principio de economía procesal, porque, de no hacerlo, haría falta un nuevo procedimiento para determinar el crédito que resultaría a favor de la sociedad de gananciales contra el patrimonio privativo de los cónyuges. Del mismo modo que los excesos de adjudicación motivados por la indivisibilidad de los inmuebles pueden compensarse con dinero privativo, nada obsta a que se incluyan otros bienes privativos para compensar tales excesos.

Resolución de 8 de mayo de 2012 (BOE 136, 7-VI-12: 7635)

El convenio regulador de un divorcio es título suficiente para que un cónyuge ceda a los hijos la mitad de la vivienda familiar. Ciertamente, la donación de inmuebles exige escritura pública (art. 633 CC), pero, en este caso, estamos más bien ante un negocio complejo, de carácter familiar y oneroso, realizado por los cónyuges. Así, la cesión del supuesto tiene contraprestación (el cónyuge no cedente se compromete a pagar el crédito hipotecario que grava la vivienda) y se hace para atender la situación familiar creada por la crisis matrimonial. Por otro lado, la cesión de la vivienda a los hijos no es extraña al contenido genuino del convenio regulador. Aunque el art. 90, letra c), CC se refiere solo al uso, este artículo está configurando el contenido «mínimo» del convenio y no hay razón para reducir las disposiciones sobre el uso de la vivienda a las referidas al goce, excluyendo las que se articulen por la vía de la cesión de propiedad.

Ahora bien, la inscripción de la cesión requiere siempre la aceptación de los hijos. Siendo uno de ellos menor de edad, puede considerarse representado por la madre en el convenio, pero es precisa la aceptación de los otros dos hijos mayores en documento auténtico (art. 3 LH).

Resolución de 19 de mayo de 2012 (BOE 148, 21-VI-12: 8343)

Admite la inscripción de un derecho de uso atribuido, en convenio regulador aprobado judicialmente, «a los hijos menores que vivirán en compañía de su madre». La Registradora entendía que debería atribuirse a la esposa como titular registral sin perjuicio de que los beneficiarios fuesen los hijos, pero la Dirección entiende que debe inscribirse, tal y como ha sido acordado por los cónyuges y aprobado judicialmente, directamente a nombre de los hijos, cuyos datos personales deben hacerse constar, a efectos de los arts. 9.4 LH y 51.9, letra a), RH.

Resolución de 4 de junio de 2012 (BOE 155, 29-VI-12: 8714)

En su día, el esposo compró una finca declarando que era ganancial, reiterándolo en la posterior declaración de obra nueva (que,



Resoluciones

además, afirmó haber sido costeada con fondos gananciales), así como en la ulterior constitución de derechos reales (las hipotecas fueron constituidas por ambos cónyuges y el embargo por deudas del marido se practicó previa notificación a la esposa). Ahora, la Dirección deniega una escritura por la cual la esposa confiesa la privatividad del dinero utilizado por su esposo y, por tanto, de la propia finca. Resulta aplicable la regla del art. 95.6 RH: «No se consignará la confesión contraria a una aseveración o a otra confesión previamente registrada de la misma persona». La finca del supuesto no fue adquirida como bien presuntivamente ganancial, sino con expreso carácter ganancial confirmado por los dos cónyuges, que se reconocieron dueños en los otorgamientos realizados por ambos.

SOCIEDADES MERCANTILES. ADMINISTRADORES

Resolución de 25 de abril de 2012 (BOE 126, 26-V-12: 6978)

Inscritos los cargos de Presidente y Secretario del Consejo de Administración, para alterar el contenido del Registro mediante certificación emitida y visada por personas no inscritas, se requiere conexión entre el contenido del Registro y la titulación presentada que ponga de manifiesto la regularidad del proceso y, señaladamente, el consentimiento o notificación fehacientes al anterior cargo certificante (art. 111 RRM).

Por ello, la Dirección deniega la inscripción de una escritura de elevación a público de acuerdos sociales que dejan sin efecto un acuerdo anterior sobre el nombramiento de Presidente y Secretario, nombrando a otras personas para tales cargos, sobre la base de una certificación expedida por los entrantes y con notificación a una persona distinta de la que, según el Registro, ostentaba la facultad certificante.

Resolución de 11 de mayo de 2012 (BOE 140, 12-VI-12: 7823)

Se refiere a una sociedad anónima municipal cuyos Estatutos prevén que será Secretario del Consejo de Administración el Secretario municipal o funcionario en quien este delegue. La Dirección entiende que el nombramiento como Secretario municipal no produce automáticamente el nombramiento como Secretario del Consejo, pues es necesario formalizar el correspondiente acuerdo de nombramiento, que deberá documentarse adecuadamente e inscribirse en el Registro Mercantil, dado que las sociedades mercantiles locales se rigen (salvo excepciones contables y de control) por el Derecho Privado (art. 85 ter LRBRL).

Por ello, deniega la inscripción de una escritura de renuncia de la anterior Secretaria y nombramiento de nuevo Secretario del Consejo, quien comparece en la escritura, dando fe el Notario de que su cargo de Secretario municipal le consta por notoriedad. Es preciso notificar fehacientemente la renuncia a la sociedad (art. 147 RRM) para que esta pueda proveer lo conveniente. La comparecencia del nuevo Secretario municipal en la escritura no implica notificación a la sociedad, porque no está ejercitando funciones de representación de la misma.

Resolución de 12 de mayo de 2012 (BOE 140, 12-VI-12: 7825)

Se refiere a una sociedad anónima municipal cuyos Estatutos prevén que será Secretario del Consejo de Administración el Secretario municipal o funcionario en quien este delegue y que será Presi-

dente del Consejo el Alcalde. La Dirección entiende que la condición de Alcalde o Secretario municipal no produce automáticamente el nombramiento como Presidente o Secretario del Consejo, pues es necesario formalizar el correspondiente acuerdo de nombramiento, que deberá documentarse adecuadamente e inscribirse en el Registro Mercantil, dado que las sociedades mercantiles locales se rigen (salvo excepciones contables y de control) por el Derecho Privado (art. 85 ter LRBRL).

En el supuesto resuelto, se ha adoptado el acuerdo y se ha formalizado el nombramiento como Secretario del Consejo. Lo que se debate es si hace falta la notificación del art. 111 RRM al Secretario saliente. La Dirección entiende que no es exigible, porque la cautela que establece este artículo debe entenderse referida al caso de certificación privada que expide precisamente el favorecido por el nombramiento que se pretende inscribir. Por el contrario, no hace falta notificación si la base del título inscribible es un documento público, bien sea escritura pública basada en acta notarial de junta (supuesto de la Resolución de 2 de enero de 1992), bien sea (como ocurre en este supuesto) certificación expedida por quien ostenta la doble condición de Secretaria de la Corporación y del Consejo, con el visto bueno del Alcalde y, a su vez, Presidente del Consejo.

Sí constituye defecto el hecho de que el Alcalde haya delegado la condición de Presidente del Consejo en otra persona, ya que la posibilidad de delegación se prevé estatutariamente solo para el Secretario y no para el Presidente.

Resolución de 18 de mayo de 2012 (BOE 142, 14-VI-12: 7884)

Deniega la inscripción de los acuerdos adoptados por el Consejo de Administración de una sociedad anónima porque de la certificación emitida por el Secretario resulta que uno de los consejeros (persona jurídica) ha sido representado en la reunión por una persona física distinta de la que consta inscrita para el ejercicio permanente de las funciones propias del cargo.

Resolución de 4 de junio de 2012 (BOE 155, 29-VI-12: 8715)

Admite la inscripción de una escritura de consignación de acuerdos de una sociedad limitada por la cual se destituye a un administrador solidario, se pasa al sistema de administrador único y se confirma como tal al otro administrador, y todo ello sin la necesidad de realizar al saliente la notificación del art. 111 RMM.

La razón de no ser exigible la notificación no es el hecho de que conste en la certificación la presencia del destituido en la Junta (algo que ya rechazó la Resolución de 5 de octubre de 1999), sino que el administrador ratificado (que ya era antes solidario) reúne los requisitos exigibles para certificar, al ser persona inscrita, con cargo vigente y facultad certificante individual, por lo que no se da el supuesto de «certificación expedida por persona no inscrita» previsto en el citado art. 111.

CAPITAL SOCIAL

Resolución de 15 de marzo de 2012 (BOE 115, 14-V-12: 6350)

Deniega la inscripción del aumento del capital de una sociedad limitada con cargo a reservas, pues el balance que recoge la existencia de estas también refleja pérdidas en cuantía superior. La capitali-



zación de las reservas solo es posible en tanto no haya pérdidas que hayan de enjugarse previamente. El principio de realidad del capital social aplicado al aumento de capital con cargo a reservas implica justificar mediante balance la existencia de estas y su disponibilidad, es decir, la libertad para aplicarlas a cualquier fin, como por ejemplo su transformación en capital social o el reparto a los socios. Por ello, el art. 273.2 LSC impide repartir las reservas de libre disposición en tanto el valor del patrimonio neto contable no siga siendo, tras el reparto, superior al capital social. Remite a la Resolución de 9 de abril de 2005.

Resolución de 28 de febrero de 2012 (BOE 107, 4-V-12: 5949)

Resolución de 29 de febrero de 2012 (BOE 107, 4-V-12: 5950)

Para inscribir un aumento del capital de una sociedad limitada con cargo a reservas, exige que el balance, además de estar aprobado por la Junta con una determinada antelación máxima, esté verificado por un auditor de cuentas en los términos del art. 303.2 LSC, que así lo exige en interés de los socios y acreedores, y en aras del principio de realidad del capital social, para acreditar la existencia de un efectivo contravalor patrimonial no desvirtuado por otras partidas de activo o pasivo del balance. Es cierto que el antiguo art. 74.4 LSRL no exigía dicha verificación, pero la actual Ley de Sociedades de Capital extiende a las sociedades limitadas tal exigencia que antes estaba solo prevista para las sociedades anónimas.

Resolución de 14 de abril de 2012 (BOE 121, 21-V-12: 6711)

El art. 23 LSC obliga a hacer constar el capital no desembolsado como parte de los Estatutos. La finalidad es informar a posibles adquirentes de acciones y terceros en general, pero no otorgar al Registrador Mercantil un control sobre el derecho de voto. Ciertamente, el accionista moroso no puede ejercitar este derecho (arts. 81 y s. LSC), pero controlar esto corresponde a quien en cada momento haya de dar como válidamente constituida la Junta.

Por todo ello, la Dirección admite la inscripción de una escritura de modificación de Estatutos y cese y nombramiento de administradores de una sociedad anónima, pese a que en el Registro no consta el pago de los dividendos pasivos pendientes.

Resolución de 20 de abril de 2012 (BOE 121, 21-V-12: 6718)

Deniega la inscripción de un aumento de capital social de una sociedad limitada, consistente en compensación de créditos de los socios contra la sociedad y aportaciones dinerarias, por falta de identificación de los números de las participaciones asignadas en pago de los créditos aportados, respecto de las atribuidas por las aportaciones en metálico. El aumento de capital por aportación de créditos contra la sociedad participa de la naturaleza de las aportaciones no dinerarias y, por tanto, es necesario especificar la numeración de las participaciones o acciones asignadas en pago (art. 63 LSC).

CONSTITUCIÓN EXPRÉS

Resolución de 16 de mayo de 2012 (BOE 142, 14-VI-12: 7881)

El objeto social incluido en la escritura de constitución no se acomoda a los Estatutos tipo aprobados por la Orden JUS/3185/2010, ya que incluye, junto con otras, actividades que exigen objeto exclusi-

vo, así como otras actividades que exigen forma anónima. Esta falta de acomodación no excluye el régimen de presentación y tramitación telemáticas, aunque excluye las especialidades procedimentales previstas en el n.º 2 del art. 5 del Real Decreto Ley 13/2010.

DENOMINACIÓN SOCIAL

Resolución de 16 de marzo de 2012 (BOE 115, 14-V-12: 6351)

Admite la inscripción de la escritura de constitución de Financia Pyme Europea, SA, revocando la calificación del Registro Mercantil en sus tres defectos, referidos a la denominación social:

- No induce a error o confusión en el tráfico sobre la identidad de la sociedad (art. 406 RRM), ni se refiere a una actividad ajena al objeto social (art. 402 RRM), que consiste precisamente en la concesión del préstamos hipotecarios, lo cual está permitido por la Ley 2/2009, de 31 de marzo, reguladora de la contratación de operaciones hipotecarias entre consumidores y entidades que, no siendo de crédito, realicen profesionalmente esta actividad.
- Tampoco infringe la reserva en exclusiva que la Ley 26/1988, de disciplina e intervención de las entidades de crédito, realiza de las denominaciones «banco», «caja de ahorro», «instituto de crédito oficial», «cooperativa de crédito» y «establecimiento financiero de crédito», a favor de los respectivos tipos de entidad regulados por ella. En particular, la palabra Financia está presente en muchas denominaciones sociales, sin que ello suponga colisión con la citada norma en cuanto a los establecimientos financieros de crédito.
- No hay identidad sustancial ni «cuasi identidad» que induzca a riesgo razonable de confusión entre la denominación elegida y otras preexistentes, como Inverpyme y Bankpyme (la cual no es una denominación propiamente dicha, sino un acrónimo o marca comercial).

DEPÓSITO DE CUENTAS

Resolución de 23 de abril de 2012 (BOE 121, 21-V-12: 6720)

Deniega el depósito de cuentas de una sociedad limitada por no haberse cumplido las exigencias del derecho de información a los socios (arts. 196 y 272 LSC). En el caso resuelto, la convocatoria recordaba la posibilidad de ejercitar tal derecho conforme a los Estatutos y disposiciones aplicables, pudiendo los socios examinar en el domicilio social o solicitar el envío gratuito de la documentación relativa a los acuerdos a tratar. Para la Dirección, esta genérica referencia peca de indeterminada, porque la «documentación» no será la misma en todos los casos. Por ejemplo, en la sociedad del supuesto debe existir un informe de auditoría. Además, las exigencias del derecho de información en materia de aprobación de cuentas no se cumplen por el mero hecho de poner a disposición los documentos en el momento de la celebración de la junta.

DISOLUCIÓN Y LIQUIDACIÓN

Resolución de 3 de marzo de 2012 (BOE 107, 4-V-12: 5956)

Admite la inscripción de una escritura de liquidación de sociedad limitada, acordada por unanimidad pero en junta no universal, sin



Resoluciones

la necesidad de notificar el balance final de liquidación al socio no asistente (a efectos del posible ejercicio de su derecho de impugnación). La Ley de Sociedades de Capital no exige esta notificación como requisito de inscripción de la liquidación y no cabe, por falta de identidad de razón, la aplicación analógica a este caso de la regla del art. 348.1 que exige publicar en el *BORME* o notificar personalmente a los socios que no hayan votado a favor los acuerdos que den lugar al derecho de separación (art. 348.1). Aunque no reciba una notificación *ad hoc*, el socio no asistente a la junta que aprueba el balance de liquidación no queda desprotegido: la propia convocatoria de junta debe expresar claramente este punto del orden del día (art. 174 LSC); los liquidadores deben informar a los socios periódicamente sobre el estado de la liquidación (lo que, indudablemente, incluye darles a conocer el balance, tanto al proponerlo como al aprobarlo); en la escritura de liquidación, los liquidadores deben manifestar que ha transcurrido el plazo de impugnación del acuerdo aprobatorio del balance sin que hayan existido impugnaciones [art. 395.1, letra a), LSC], y tal manifestación es, además, requisito para la cancelación de los asientos registrales de la sociedad (art. 247.2.2 RRM).

DOMICILIO

Resolución de 21 de abril de 2012 (BOE 121, 21-V-12: 6719)

En un cambio de domicilio de una sociedad limitada, el Registrador de origen emite la certificación de folio y practica el cierre provisional a que se refiere el art. 19 RRM, a fin de facilitar el traslado del historial registral de la sociedad al nuevo Registro, cuyo titular se niega, sin embargo, a inscribir la certificación, alegando falta de competencia del Registrador de origen, al haber sido anulado judicialmente su nombramiento para la plaza que sirve. La Dirección no admite este defecto, basándose en la falta de firmeza de las resoluciones alegadas por el Registrador de destino, hasta que no se resuelva sobre los exactos términos en que deberán ser ejecutadas. Entre tanto, razones de interés general, orden público y seguridad jurídica impiden paralizar la actividad del Registro de origen.

JUNTA GENERAL

Resolución de 18 de abril de 2012 (BOE 121, 21-V-12: 6715)

Rechaza la inscripción de una escritura de elevación a público de acuerdos sociales, relativos al cese de los dos administradores mancomunados y al nombramiento de uno de ellos como nuevo administrador único, sobre la base de una certificación expedida por este y sin acompañar el acta notarial de la junta (cuya inscripción se encuentra suspendida por otros defectos). Existen dos defectos que se hubiesen evitado si la inscripción se hubiese pretendido sobre la base del acta notarial en lugar de la certificación:

- De esta no resulta quién y con qué antelación convocó la junta. Es doctrina reiterada que el Registrador debe calificar todos los extremos que redunden en la validez de la junta: requisitos y legitimación para la convocatoria, cómputo del plazo de celebración, lugar de celebración, quórum de asistencia, representación de los asistentes y aprobación del acta.
- Falta acreditar la notificación fehaciente al administrador cesado (art. 111 RRM).

OBJETO SOCIAL

Resolución de 19 de mayo de 2012 (BOE 148, 21-VI-12: 8340)

Admite la inscripción de un objeto social que incluye las actividades de «comercio al por mayor y al por menor, distribución comercial [...], importación y exportación».

Dada la trascendencia del objeto social, se exige que se determinen las actividades que lo integran [art. 23, letra b), LSC], lo cual interpreta la Dirección en el sentido de que tal determinación exige acotar suficientemente un sector económico o un género de actividad mercantil legal o socialmente demarcados. Pero ello no implica rechazar cláusulas que (como la debatida) atiendan al puro criterio de la actividad, sin referencia a productos o a un sector económico más específico. Así lo demuestra la coincidencia de la expresión utilizada con las previstas como Estatutos tipo aprobados por la Orden JUS/3185/2010.

SUCESIONES

Resolución de 6 de marzo de 2012 (BOE 109, 7-V-12: 6119)

La causante desheredó en su testamento a un hijo alegando las causas 1.ª y 2.ª del art. 853 CC y manifestando que en vida le hizo donación de una finca. Así, nombra heredero al otro hijo, a cuyos hijos hace legados. Consta en el Registro que el desheredado tiene hijos.

Ahora, la Dirección rechaza la inscripción de la escritura de herencia por falta de intervención de los descendientes del desheredado. Es eficaz la desheredación fundada en justa causa expresada en el testamento que no haya sido contradicha por el desheredado (Resolución de 31 de marzo de 2005), como ocurre en este caso, pero no la cualidad de legitimario para sus hijos, quienes, por lo tanto, y dado que en Derecho Común la legítima es *pars bonorum*, deben intervenir en el inventario y avalúo de bienes, en el cálculo de la legítima, en la entrega de legados e incluso en la interpretación que haya de darse a la donación manifestada por el testador.

Resolución de 8 de marzo de 2012 (BOE 109, 7-V-12: 6123)

Cuestiones procedimentales previas: las calificaciones registrales y las resoluciones de la Dirección, a diferencia de los actos administrativos ordinarios, no se transforman en firmes por el transcurso de los plazos legales para su impugnación. Mientras el Derecho sustantivo siga vivo, la pretensión de inscripción registral no puede tenerse por caducada y el interesado puede volver a presentar el título e intentar, en su caso, un nuevo recurso.

En cuanto al fondo, consta inscrita una escritura por la que un viudo se adjudica la herencia de su esposa fallecida, con la inclusión de dos fincas reconocidas por el propio heredero como privativas de la causante, lo cual supone que se las adjudica sujetas a una prohibición de disponer impuesta en el testamento. Ahora, la Dirección rechaza, por falta de consentimiento de los demás presuntos interesados, la inscripción de una escritura de rectificación de dicha herencia, otorgada solo por el viudo heredero, en la cual este atribuye a estos dos bienes carácter ganancial (lo que supone liberarlos de la prohibición de disponer), para lo que aporta como prueba un acta



en que el Notario considera notorio el hecho de que el esposo, en el momento de contraer matrimonio con la causante, era de vecindad común. La función del acta de notoriedad es declarar hechos. Los juicios sobre estos hechos (que solo el Notario puede emitir) no son hechos, sino una declaración de una situación personal que implica una atribución de derechos, pero que no tiene por qué ser necesariamente compartida por los demás funcionarios obligados a enjuiciarlos. En el acta de notoriedad, no aparece probada la residencia del heredero fuera de Cataluña durante al menos los diez años anteriores al matrimonio. Además, consta en el Registro que la causante hipotecó por sí sola los bienes, a la vista y sin oposición del marido, quien, en la herencia, reconoció la privatividad de su esposa. El art. 111.8 CCCat prohíbe intentar hacer valer un derecho que contradiga la propia conducta anterior.

Resolución de 18 de mayo de 2012 (BOE 142, 14-VI-12: 7883)

Declara inscribible una escritura de partición de herencia otorgada por el contador-partidor testamentario, en la que comparecen también seis de los siete herederos, para realizar entre ellos permutas de bienes propios ajenos a la partición, en compensación de diferencias de valor de los bienes adjudicados. El heredero ausente no interviene en dichas permutas.

La partición hecha por el contador-partidor testamentario es inscribible *per se*, sin la necesidad de aprobación de los herederos, y surte todos sus efectos mientras no sea impugnada judicialmente, siempre que no resulte del título ex limitación en sus funciones, que, en principio, consisten en la simple facultad de hacer la partición, guardando, cuando sea posible, igualdad cualitativa y cuantitativa en los lotes, si bien es doctrina consolidada que es válida la adjudicación por el contador a uno de los herederos con obligación de compensar en metálico a los demás por el exceso sin que esto implique enajenación. El título calificado no es solo una partición hecha unilateralmente por el contador, sino que incluye también un negocio jurídico bilateral de permuta, por lo cual es correcta la intervención de los herederos afectados, quienes, además, con su consentimiento, renuncian a la posible rescisión por lesión. En absoluto es necesaria la intervención del heredero no permutante. Ciertamente, es también doctrina reiterada que el contador debe ajustarse a las normas imperativas sobre legítimas, pero ello no permite presuponer que toda partición en que no intervienen los legitimarios lesiona su derecho. Incluso en el caso resuelto consta un auto judicial de hace más de cuatro años que entiende como válida la partición del contador que sirve de base a la escritura calificada, desestimando la pretensión de solicitar partición judicial.

Resolución de 19 de mayo de 2012 (BOE 148, 21-VI-12: 8342)

Se anotó en su día (en virtud de sentencia judicial) el carácter reservable de ciertos bienes que la viuda había adquirido por herencia de su esposo, al haber contraído aquella segundas nupcias. Fallecida la reservista, la Dirección admite ahora la inscripción de los bienes reservables a favor del reservatario mediante una instancia privada suscrita solo por este, sin la concurrencia de los herederos de la reservista.

El llamamiento al reservatario nace *ex lege*, por la concurrencia de los requisitos propios de esta sucesión especial, tanto subjetivos (haber sobrevivido al reservista, siendo hijo o descendiente del pre-muerto en orden de sucesión intestada respecto de este) como obje-

tivos (bienes adquiridos gratuitamente por el reservista de su primer cónyuge o sus parientes señalados en el Código, cuyo carácter reservable puede quedar determinado ya en vida del reservista mediante nota marginal). Tal llamamiento no procede del primer causante, ni tampoco del reservista, aunque formalmente los bienes se encuentran en la herencia de este, pero, eso sí, como patrimonio separado del resto de los bienes hereditarios. Por ello, basta con acreditar el fallecimiento del reservista y el carácter de reservatario único para que pueda solicitarse la inscripción de los bienes reservables mediante una instancia de heredero único (*ex art. 14.3 LH*), sin la necesidad de consentimiento de los herederos del reservista, que ningún derecho tienen sobre los bienes reservables, cuya determinación, en el caso resuelto, no plantea, además, problemas, por haber sido dilucidada judicialmente.

Resolución de 23 de mayo de 2012 (BOE 153, 27-VI-12: 8589)

El testador desheredó por la causa del art. 853.2 CC (maltrato de obra o injuria grave) a sus dos únicos hijos identificados con sus nombres y apellidos «y a toda la descendencia de estos», sin más especificación. Ahora, la Dirección deniega la inscripción de la herencia otorgada solo por la heredera, a pesar de que constan los nombres y apellidos de los descendientes mediatos de ambos hijos. Sería preciso especificar su fecha de nacimiento.

Para la jurisprudencia, es requisito de la desheredación la perfecta identificación del afectado, al menos con el mismo rigor exigido para designar heredero (valdrían nombre y apellidos, *ex art. 772 CC*). Ciertamente, es doctrina consolidada la de la innecesidad de prueba de hechos negativos (como la ausencia de legitimarios), siempre que el otorgante de la herencia acredite estar incluido en el llamamiento, pero, en todo caso, debe resultar quiénes son los interesados en la herencia y (sin llegar a una prueba diabólica) justificar o referir la inexistencia de otros sucesores, como exigencia del principio de legalidad.

También es cierto que la desheredación y las adjudicaciones basadas en el testamento no exigen para su eficacia (a diferencia de la indignidad) la prueba de su certeza, sino la simple expresión testamentaria de la causa legal. Ahora bien, su eficacia exige también que se refiera a personas existentes en el momento del otorgamiento del testamento y que, de modo patente e indubitado, tengan la aptitud para poder ser autor o responsable de la conducta imputada (lo cual no ocurriría, por ejemplo, con un recién nacido).

Resolución de 4 de junio de 2012 (BOE 155, 29-VI-12: 8713)

Rechaza la inscripción de una escritura de liquidación de gananciales y herencia porque no se aporta el original del acta de declaración de herederos, sino que el Notario dice tener delante copia autorizada de la misma y, con carácter de testimonio en relación, hace constar que en dicha acta fue declarada la heredera, sin perjuicio de los derechos de la viuda, sin que nada desvirtúe lo anterior. La Dirección considera que hay que aportar la copia autorizada, porque la prueba documental es indivisible (arts. 1228 y 1229 CC) y no puede utilizarse parcialmente. Así, abandona expresamente la doctrina de la Resolución de 8 de julio de 2005.

Por otro lado, el Notario realiza el juicio de suficiencia de facultades representativas de modo genérico, sin concretarlo al acto objeto de la escritura, lo que impide calificar su congruencia. Como tercer



Resoluciones

defecto, la liquidación de los gananciales se hace implícitamente adjudicando a la hija un bien de mucho mayor valor que las adjudicaciones de la viuda, sin que se sepa, por lo tanto, qué parte de adjudicación es como herencia del padre y qué parte es como donación de la madre, con lo que no están claros ni el título de adquisición ni la causa.

TRACTO SUCESIVO

Resolución de 19 de abril de 2012 (BOE 121, 21-V-12: 6716)

Deniega la inscripción de un auto judicial recaído en expediente para la reanudación del tracto sucesivo interrumpido, reiterando la doctrina consolidada: hay interrupción del tracto si la inscripción de una adquisición no se puede basar inmediatamente en el derecho del titular registral. Así, no hay propiamente interrupción y no procede el expediente, entre otros supuestos, cuando los promotores del expediente son los herederos de quien adquirió del titular registral.

Resolución de 27 de abril de 2012 (BOE 126, 26-V-12: 6716)

En su día, fue cancelada la segregación practicada sobre una finca. Después, se inscribió la venta judicial de su totalidad (incluyendo, por tanto, la porción antes segregada), siendo objeto posteriormente de varias transmisiones y gravámenes a favor de terceros.

Ahora se presenta sentencia firme que declara la nulidad de la venta judicial en cuanto a la porción segregada. La Dirección rechaza su inscripción, porque, en el momento de su presentación, la finca consta inscrita a nombre de una persona distinta de la demandada. La solución habría sido opuesta si no se hubiese dejado caducar la anotación preventiva de la demanda que inició el proceso que concluyó con la sentencia calificada.

Resolución de 5 de mayo de 2012 (BOE 136, 7-VI-12: 7633)

Deniega la inscripción de una sentencia declarativa del dominio por ser el demandado una persona distinta del titular registral, quien no ha tenido intervención en el procedimiento.

Resolución de 11 de mayo de 2012 (BOE 140, 12-VI-12: 7824)

Deniega la inscripción de una sentencia declarativa del dominio que no especifica cuál de las dos pretensiones alternativas del demandante resulta estimada. Por un lado, el demandante aporta tres contratos privados que forman la cadena de transmisiones desde el titular registral hasta él mismo. La Dirección deniega la inscripción basada en esta pretensión porque solo se ha demandado al titular registral y no se han cumplido los requisitos establecidos en los arts. 200, 201 y 203 LH, en garantía de los transmitentes intermedios y

de los eventuales perjudicados (citaciones, edictos, intervención del Fiscal...), por lo que la ejecutoria no es título hábil para reanudar el tracto. Por otro lado, el demandante solicita alternativamente haber adquirido por usucapión. Acredita, mediante certificación catastral, haber comenzado la posesión en 1986 y, además, los contratos privados aportados podrían ser considerados si no como títulos adquisitivos *per se*, como justos títulos a efectos de calificar la usucapión. La sentencia no es inscribible por limitarse a declarar el dominio sin especificar la causa de adquisición, pero podría serlo si fuese objeto de aclaración en el sentido de hacer constar que la declaración de dominio se realiza por razón de usucapión *contra tabulas*.

Resolución de 24 de mayo de 2012 (BOE 155, 29-VI-12: 8704)

Se presenta testimonio de sentencia que anula, por simulación, la adquisición del titular, ordenando la cancelación de la última inscripción de dominio y de los demás asientos producidos como consecuencia del contrato simulado. La Dirección admite la cancelación de la última inscripción de dominio, pero deniega la cancelación de las anotaciones de embargo practicadas después de la inscripción anulada, pero antes de la presentación del mandamiento, ya que la demanda se dirigió solo contra el titular y no fue anotada preventivamente.

TUTOR

Resolución de 1 de junio de 2012 (BOE 155, 29-VI-12: 8710)

Se refiere a una escritura de elevación a público de contrato privado de compraventa, otorgada por el comprador, la vendedora y, habiendo fallecido su esposo, uno de sus dos hijos y herederos, quien actúa en nombre propio y como tutor de su hermano incapacitado.

Esta actuación del tutor no precisa de la autorización judicial exigida en el art. 271.2 CC para la enajenación de inmuebles del tutelado, porque aquí no hay acto dispositivo, sino acto debido. Es decir, no se está vendiendo un inmueble del incapaz, sino ratificando un contrato privado otorgado por escrito por el causante y firmado por él, lo cual excluye la integración del bien en su herencia, por lo que el art. 20.4 LH permite que se inscriba directamente a nombre del comprador. Tampoco existe conflicto de intereses, porque la elevación a público es acto obligatorio para el tutor que no le produce ningún incremento patrimonial.

Ahora bien, sí que es precisa la autorización judicial prevista en el art. 271.4 para la aceptación de herencia sin beneficio de inventario, porque la elevación a público solo puede ser realizada por quien acredite su carácter de heredero y, por tanto, constituye un supuesto de aceptación tácita de la herencia (art. 999.4 CC). Este defecto sería subsanable mediante un documento público en que el tutor declare que la aceptación se hace a beneficio de inventario.

Reseña de las principales resoluciones de la Dirección General de Derecho y Entidades Jurídicas de la Generalitat

Publicadas en el primer y segundo trimestre de 2012

Víctor Esquirol Jiménez. Notario de El Masnou

OPCIÓN DE COMPRA

En el ejercicio de la opción, debe consignarse el precio a disposición de los titulares de las cargas posteriores, incluso en el caso de que el pago de dicho precio se haya producido extrarregistralmente antes de la inscripción de las cargas.

Resolución de 16 de enero de 2012 (DOGC de 23 de enero de 2012)

Resumen: En escritura pública otorgada en noviembre de 2008, se había concedido un derecho de opción de compra sobre una finca, por un plazo de tres años, que se inscribió en el Registro de la Propiedad. Dos años y medio más tarde, en marzo de 2011, se otorga la escritura por la que se ejercita la opción mediante el pago del precio de venta, parte del cual se declara haber recibido en octubre y en diciembre de 2008 (casi coincidiendo con la concesión de la opción), mientras que el resto es retenido por la parte compradora para pagar el saldo pendiente de un préstamo hipotecario que grava la finca. Entre ambas escrituras, entran en el Registro dos anotaciones preventivas de embargo sobre la finca, cuya cancelación registral es pretendida por la parte compradora en base a que la totalidad del importe de la compraventa fue satisfecho antes de la inscripción de las cargas posteriores. La Registradora de la Propiedad exige providencia ejecutoria para la cancelación de dichas cargas, en base al art. 83 LH.

La DGDEJ confirma la nota de calificación. En primer lugar, eleva a principio general del ordenamiento jurídico catalán la protección de los titulares de las cargas y los gravámenes posteriores al derecho del optante, dado su carácter real y la compatibilidad de su conteni-

do con el del derecho de adquisición. Ello comporta que, al ejercitar la opción, el precio pagado quede afectado al pago de las cargas, que se extinguirán en la cuantía que excedan del precio. Así resulta del art. 568-12 CCCat, que establece que el precio o contraprestación se tiene que depositar o consignar a disposición de los titulares de las cargas o gravámenes inscritos o anotados con posterioridad a la concesión del derecho de opción, y que, para la cancelación de dichas cargas, debe atenderse a lo establecido en la legislación hipotecaria, siendo así que el art. 83 LH exige providencia ejecutoria para cancelar las anotaciones hechas en virtud de mandamiento judicial. Ello no impide que, hecha la debida consignación, puedan cancelarse mediante la simple solicitud del comprador, sin necesidad de intervención judicial, como ya indicó la Resolución de la DGRN de 8 de junio de 1998, en base a que se consideraba extinguido el derecho sobre el que recaían las cargas.

El problema radica en que, en el presente supuesto, el pago del precio ha tenido lugar extrarregistralmente antes de la inscripción de las cargas. Razona la DGDEJ que, para que pueda exigirse la consignación, las cargas han de ser anteriores al pago del precio, salvo que este pago no suponga el ejercicio de la opción, lo que admite el art. 568-12.1 CCCat, en cuyo caso las cargas pueden ser posteriores al pago del precio. Si se admite la posibilidad de un pago del precio anterior al ejercicio de la opción, se plantea la DGDEJ si, al no exigir dicho ejercicio una declaración de voluntad formal, el pago puede implicar un ejercicio tácito de la misma. La DGDEJ considera que, para que dicho efecto tácito no se produzca, es decir, para que el pago pueda «tener entidad y efectos propios y distinguirse del derecho de opción, tiene que ser también un pago al que prácticamente de manera automática siga este ejercicio», circunstancia que no se



Resoluciones

produce en el presente supuesto, en que el ejercicio de la opción se produce dos años más tarde que el pago del precio de compra. Además, el art. 568-12.2 CCCat exige la consignación con independencia del momento en que se verifique el pago del precio, de forma que «si no procede la consignación del precio [...] porque las cargas se han constituido después del pago, tampoco procederá la liberación registral automática de estas cargas, sin que eso excluya la posible cancelación por vía judicial. Y es que quien no es diligente formalizando el ejercicio de la opción no se puede aprovechar, en perjuicio de terceros, de la cancelación automática».

Comentario: En el ámbito registral, creo que este último argumento de la DGDEJ es concluyente. Es principio general del Derecho Inmobiliario Registral que quien no inscribe su derecho en el Registro no puede acudir a la protección registral, sin perjuicio de que en el ámbito judicial se pueda alegar y acoger la posición de que el pago íntegro del precio de venta o de la contraprestación haya implicado un ejercicio tácito o presunto del derecho de opción. El art. 79 LH dispone que «podrá pedirse y deberá ordenarse la cancelación total de las inscripciones y anotaciones preventivas: [...] 2. Cuando se extinga también por completo el derecho inscrito o anotado». No obstante, este precepto está supeditado a los principios de prioridad y de fe pública registral, lo que implica que, en el presente supuesto, no se pueda obtener la cancelación si no es por providencia ejecutoria que declare extinguido el derecho de propiedad del concedente de la opción en el momento de practicarse los asientos de las anotaciones preventivas.

Una cuestión que se produce en este supuesto y que la DGDEJ no aborda porque no es objeto de debate es el de la retención, por parte del optante, del saldo pendiente del préstamo hipotecario que grava la finca, seguramente mediante subrogación en el mismo, y que constituye la mayor parte del precio. Podría plantearse si los titulares de las cargas tienen algún derecho sobre esta parte del precio. En este sentido, son de destacar las resoluciones de la DGRN de 4 de septiembre de 2009 y de 18 de mayo de 2011, que privan a los titulares de las cargas de cualquier derecho sobre dicha parte del precio retenida, pues, en caso contrario, se produciría un enriquecimiento injusto a favor del anotante y un perjuicio indebido al titular de la opción. Y cita la primera de ellas, como supuestos análogos en que no procede la consignación: la extinción del plazo del derecho de superficie, donación con reserva de la facultad de disponer, reversión y revocación de donaciones por incumplimiento de cargas, ejercicio de condición resolutoria por impago del precio aplazado y ejercicio de opción con pago por compensación de otros créditos frente al optante. En los demás casos, como señalan las resoluciones de la DGRN de 18 de abril y de 11 de junio de 2002, el precio ocupa por subrogación real la posición jurídica de la finca.

LICENCIA DE DIVISIÓN HORIZONTAL

No es necesaria ni cuando de la licencia de obras ya resulta el número de entidades que se escrituran ni cuando se acredita que ha transcurrido el tiempo necesario para que prescriban las acciones administrativas.

Resolución de 24 de febrero de 2012 (DOGC de 11 de abril de 2012)

Resumen: En 2011 se otorga una escritura de ampliación de obra nueva, división horizontal y adjudicación de las entidades re-

sultantes. A la escritura se acompañan las licencias de obras para la construcción de las plantas que integran el edificio (dos: una licencia de la planta baja ya declarada y otra de la planta piso con que se amplía el edificio) y un certificado de un arquitecto técnico acreditativo de la existencia, superficie y fecha de terminación de las obras en 1970. La Registradora exige la licencia de división horizontal, la declaración municipal de innecesariedad o la acreditación de que de las licencias de obras concedidas resultan el número de entidades independientes de la división horizontal declarada.

La DGDEJ revoca la nota de calificación basándose en anteriores resoluciones del propio centro directivo. En particular, la de 10 de febrero de 2010, que destacaba que «la finalidad de las normas urbanísticas relativas a la necesidad de licencia es la de evitar que, una vez obtenida la licencia de obras para la construcción de un número determinado de viviendas, por la vía de la división de las que existen o han obtenido la licencia, se constituyan como entidades independientes un número mayor de viviendas o entidades, añadiendo que, por ello, no necesita licencia la división horizontal si de la licencia de obras ya se desprende el número de viviendas o de otros elementos susceptibles de aprovechamiento independiente (FD Primero, 1.3)». Además y «con relación a inmuebles construidos hace mucho tiempo, esta Dirección General concluyó que si el edificio se construyó o no con licencia, es irrelevante, porque han prescrito todas las acciones administrativas y judiciales de protección de una supuesta legalidad urbanística infringida (FD Primero, 1.5)».

La otra Resolución citada por la DGDEJ es la de 27 de diciembre de 2011, en la que se dijo que, «dado que las leyes no tienen eficacia retroactiva, no es necesario aportar la licencia actualmente exigida por la legislación urbanística si, en el momento de construir el edificio y demostrada su antigüedad, la ley entonces vigente no la exigía (FD Primero, 1.2)», máxime si, dada tal antigüedad, han prescrito las acciones administrativas.

Comentario: Importante Resolución para la práctica notarial, pues despeja algunas dudas sobre el tema de la exigencia de licencia municipal para la constitución de una propiedad horizontal. La Registradora argumenta que el presente supuesto de hecho es diferente al de la Resolución de 10 de febrero de 2010, en que las entidades ya figuraban inscritas en el Registro, mientras que en este caso se amplía la obra nueva declarando la construcción de una nueva planta. Pues bien, la DGDEJ considera irrelevante tal distinción y da un paso más allá y excluye la necesidad de licencia en ambos casos. Por otra parte, la Resolución de 27 de diciembre de 2011 (que todavía no se había publicado cuando se tramitó el recurso) tampoco recoge el mismo supuesto de hecho, ya que contemplaba un caso en que la escritura se otorgó antes de ser exigible la licencia y se presentó en el Registro después de ser exigible. En esa Resolución se resolvía que no era aplicable retroactivamente la norma a actos otorgados antes de su vigencia. Ahora también podemos decir que la DGDEJ da un paso más allá y extiende la irretroactividad a las escrituras otorgadas después de prescribir las sanciones administrativas, cuya duración es de un máximo de seis años desde la finalización de la construcción, conforme al art. 227.1 del Decreto Legislativo 1/2010, de 3 de agosto, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Urbanismo.



POTESTAD PARENTAL Y CONFLICTO DE INTERESES

El consentimiento de los dos parientes más próximos no puede suplir la exigencia de defensor judicial en caso de conflicto de intereses entre el progenitor y sus hijos menores.

Resolución de 28 de febrero de 2012 (DOGC de 11 de abril de 2012)

Resumen: En una escritura de aceptación de herencia intestada, las hijas del causante, menores de edad y representadas por su madre, renuncian a la herencia con el consentimiento de los dos parientes más próximos de las menores, y la madre, cónyuge del causante, la acepta. Se plantea si el posible conflicto de intereses entre madre e hijas puede ser salvado con la autorización de los parientes o si, por el contrario, es necesaria la intervención de un defensor judicial.

El argumento del Registrador es que existe conflicto de intereses, porque la madre, que representa a las menores, es la favorecida por la herencia, lo que priva a la madre de la representación legal en este caso. El consentimiento de los parientes no convalida la falta de representación; solo sirve para sustituir la autorización judicial y complementar la representación que ejercen los padres, pero no para sustituir a dicha representación.

El Notario recurrente argumenta que la decisión sobre la repudiación de la herencia es un acto que no corresponde al representante legal, sino al Juez o a los parientes alternativos, sin que sea posible la intervención de un defensor judicial; la apreciación del posible conflicto de intereses la harán el Juez o los parientes alternativos y no el defensor judicial, que no tiene ninguna función a realizar en este supuesto.

La DGDEJ desestima el recurso, pues considera evidente el conflicto de intereses y afirma que, en nuestro Derecho, los títulos de representación decaen si hay conflicto de intereses entre representante y representado. Así resulta en sede de potestad parental del art. 236-18.2.c) CCCat, cuando establece que se excluyen de la representación legal de los hijos los actos en que haya conflicto de intereses entre progenitores e hijos, lo que requiere el nombramiento de un defensor judicial conforme al art. 236-20 CCCat. Según la DGDEJ, «nuestro ordenamiento no prevé que el consentimiento de los dos parientes sea un medio para enmendar la falta de representación» cuando hay conflicto de intereses; además, señala que dicho consentimiento es un medio excepcional a la autorización judicial, por lo que debe interpretarse de forma restrictiva. Finalmente, «una cosa es completar una determinada declaración de voluntad, que es la de la madre, en representación de las hijas, y otra suplir esta manifestación de voluntad cuando la madre, por conflicto, no puede adoptar la decisión».

Comentario: No estoy muy seguro de cuál es la solución más ajustada a nuestro ordenamiento jurídico, pero sí creo que el consentimiento de los dos parientes debería ser suficiente. La DGDEJ plantea, en un momento de la argumentación, lo que considera «el punto fundamental de este recurso» (FD 3.1): si el consentimiento de los dos parientes puede valorar con suficiente independencia la situación de conflicto de intereses. Está claro que el centro directivo considera que no puede hacerlo, pero no explica el porqué; en respuesta a dicha pregunta, se limita a decir que nuestro ordenamiento jurídico no prevé que el consentimiento de los dos parientes sea un

medio para suplir al defensor judicial. Yo pienso que hay un punto en que la buena fe debe presumirse, especialmente en Derecho de Familia. Si la madre y los parientes más próximos de ambas líneas de las hijas consideran, con el debido asesoramiento y control notarial, que la mejor solución es (por ser más conveniente, por facilitar los movimientos que tendrán que hacerse para sustentar a los hijos, por ser más justa dada la procedencia de los bienes o por el motivo que sea) que la madre sea la heredera, no veo lógico ni necesario que tenga que intervenir, además, otra persona nombrada por el Juez. Creo que no es legítima la duda en la actuación de la madre y los abuelos.

Por otra parte, ya digo que no está claro que nuestro ordenamiento jurídico exija el defensor judicial en este caso. La DGDEJ parte de la base de que la representación de la madre decae si hay conflicto de intereses, y el art. 236-18.2.c) CCCat deja pocas dudas al respecto. Pero ello solo es totalmente cierto en el caso de que vivan los dos progenitores y el conflicto sea con uno de ellos. En este supuesto, está claro que este progenitor debe abstenerse de intervenir y el hijo es representado por el otro progenitor, con arreglo al art. 236-20 CCCat. Pero si el conflicto es con ambos o con el único progenitor, pueden suceder dos supuestos: a) que el defensor judicial no acceda a la realización del acto que perjudique los derechos del menor, en cuyo caso ya no es posible la realización de dicho acto, o b) que acceda, en cuyo caso él o los progenitores deberán intervenir junto al defensor judicial para manifestar su voluntad, que aquel no puede suplir. Si se entiende que el defensor judicial representa al menor, excluyendo cualquier intervención parental, difícilmente realizará el acto que perjudica los derechos del menor y el acto tiene muy pocas posibilidades de llevarse a cabo; en cambio, si se configura el defensor judicial como un mecanismo de control de la actividad de los progenitores, como creo que debería ser, podría justificar de alguna manera su consentimiento.

Si aceptamos esta consideración, que reconozco un tanto forzada, dada la literalidad del art. 236-18.2.c) CCCat, la única cuestión es trazaría en si el control que realiza el defensor judicial de la actuación de la madre lo pueden realizar los parientes. En mi opinión, lo más lógico es suponer que sí, ya que si la intervención de los parientes puede suplir la autorización judicial en todos los supuestos del art. 236-27.1 CCCat, también deberían poder suplir al defensor judicial, de la misma manera que la autorización judicial haría innecesaria la intervención del defensor judicial.

LICENCIA DE PARCELACIÓN

No es posible obtener la licencia de parcelación por silencio positivo si el Ayuntamiento comunica al Registrador que no ha decidido sobre la licencia por falta de documentación.

Resolución de 13 de abril de 2012 (DOGC de 17 de mayo de 2012)

Resumen: En 1999 se otorga una escritura de segregación que se presenta al Registro en 2011, tras solicitarse al Ayuntamiento una certificación de acto administrativo presunto que no se obtuvo, ya que el Ayuntamiento contestó que faltaba documentación para conceder la licencia para la segregación, lo que notificó también al Registro de la Propiedad.



Resoluciones

La DGDEJ confirma la nota de calificación negativa de la Registradora en base a los arts. 249.5 y 250.3 del Decreto 305/2006, de 18 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley de Urbanismo de Cataluña. El primero de dichos preceptos exige, para otorgar una escritura de segregación, a falta de la correspondiente licencia municipal, que se acredite: a) la solicitud de la licencia o de la declaración de su innecesaridad; b) la solicitud de certificación de silencio administrativo positivo, y c) la manifestación expresa del interesado de que no ha obtenido ninguna respuesta en el plazo legalmente establecido. No obstante, y aquí viene lo fundamental para resolver la cuestión, el art. 250.3 del Reglamento de Urbanismo dispone que, para inscribir una escritura de segregación otorgada conforme al art. 249.5 de dicho Reglamento, se requiere que el Registrador comunique al Ayuntamiento la operación registral solicitada, y si este «responde acreditando que denegó en su día la licencia o que no ha adoptado una decisión por falta de documentación, con los consiguientes requerimientos de aportación y suspensión de la tramitación, el Registrador debe denegar la inscripción».

En el presente caso, el interesado alega que había transcurrido el plazo para obtener el silencio administrativo cuando el Ayuntamiento le comunicó la falta de documentación, pero la DGDEJ considera que no puede entrar en el estudio de la certeza o no de las manifestaciones contenidas en la certificación municipal, cuestión que excede del marco del recurso gubernativo y que debe dilucidarse, en su caso, ante la autoridad judicial.

Previamente, la DGDEJ había justificado la necesidad de la licencia en que, a diferencia de lo que ha resuelto en otras ocasiones en relación con las escrituras de obra nueva y división horizontal en que, habiéndose presentado la escritura mucho después de su otorgamiento, cuando en el ínterin la legislación urbanística había exigido la licencia municipal, la fecha del otorgamiento de la escritura y no la de presentación en el Registro era lo que determinaba la exigibilidad o no de licencia para inscribir, mientras que el supuesto que nos ocupa, una segregación, es de trascendencia puramente registral, por lo que la licencia (o sus sustitutos) es necesaria, aunque no fuera exigible en el momento de otorgarse la escritura.

Comentario: La cuestión central de esta Resolución es la interpretación del art. 250.3 del Reglamento de Urbanismo, pues la necesidad de licencia no es discutida por el interesado, ya que, efectivamente, la había solicitado y exige su concesión por silencio positivo. La DGDEJ considera que la calificación del Registrador ha de ser negativa por el solo hecho de que el Ayuntamiento haya comunicado a la Registradora que no ha decidido sobre la concesión de la licencia por falta de comunicación; creo que quizás así debería ser, ya que, como dice el centro directivo, el Registrador no debe investigar la certeza de los hechos manifestados por el Ayuntamiento. Las cosas, sin embargo, no son tan sencillas, ya que el citado art. 250.3 del Reglamento de Urbanismo dice, literalmente, que el Registrador ha de denegar la inscripción si el Ayuntamiento *acredita* que no ha adoptado la decisión por falta de documentación; no dice *si manifiesta*, sino *si acredita*. Creo, por lo tanto, que posiblemente lo que quiere el legislador es que el Registrador no se limite a denegar, sino que solicite al Ayuntamiento tal acreditación, por ejemplo, simplemente,

pidiéndole que certifique la fecha de la solicitud de la licencia y la fecha de requerimiento al interesado de la documentación necesaria para comprobar si este se ha producido dentro de plazo. A favor de la inscripción se manifestó la DGDEJ en las resoluciones de 24 y 25 de febrero y de 19 de marzo de 2009 (DOGC de 27 de marzo y de 20 de abril de 2009), siendo la única diferencia que en estas se acreditaba por parte del interesado el transcurso del plazo entre ambos actos.

NOTA DE CALIFICACIÓN

El fax es un medio idóneo para notificar la nota de calificación negativa al Notario autorizante.

Resolución de 16 de abril de 2012 (DOGC de 16 de mayo de 2012)

Resumen: Una escritura de compraventa es calificada negativamente; la Registradora lo notifica al presentador del documento y, por fax, al Notario autorizante, al despacho en el que ejercía cuando se otorgó el título y, unos días más tarde, al despacho en el que ejercía en el momento de la notificación. El Notario presentó recurso a la calificación más de un mes después de ambas notificaciones, alegando que la notificación adolecía de defecto de forma por haberse hecho a través de fax; en cambio, para la Registradora, la notificación fue realizada correctamente, por lo que el recurso se interpuso fuera de plazo, al haber transcurrido más tiempo del mes establecido por el art. 236 LH.

La DGDEJ determina que la notificación hecha por fax es idónea debido a las modificaciones introducidas por la Ley estatal 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos, y por la Ley del Parlamento de Cataluña 29/2010, de 3 de agosto, de uso de los medios electrónicos en el sector público de Cataluña. La primera de dichas leyes derogó la norma que exigía la necesidad de consentimiento de los interesados para hacer las notificaciones por medios telemáticos, para pasar a disponer que las notificaciones se harán por cualquier medio que permita que haya constancia de la recepción por parte del interesado, así como de la fecha, identidad y contenido del acto notificado; por su parte, la segunda ley tiene entre sus finalidades la de promover actividades que sean más ágiles, eficaces y eficientes mediante el uso de los medios electrónicos. De ambas leyes deduce la DGDEJ que las relaciones entre notarios y registradores han de estar presididas por los mismos principios que las relaciones entre diferentes administraciones, en especial, por los principios de agilidad y de economía procesal. Es consecuencia de ello que la Sentencia del TS de 20 de septiembre de 2011 y la Resolución de la DGRN de 2 de febrero de 2012 han reconocido expresamente la validez de las notificaciones por telefax efectuadas por los registradores a los notarios.

Comentario: Tan solo añadir dos curiosidades: 1) es una lástima que el recurso no haya prosperado, porque el supuesto de hecho era interesante: dos viudos extranjeros que venden una vivienda sin manifestar si es el domicilio familiar, y 2) que la DGDEJ entiende que la notificación del Registrador debe efectuarse al despacho que el Notario tenía en el momento del otorgamiento de la escritura, aunque después se haya trasladado.

Encarna Roca recibe el IV Premio Puig Salellas

Encarna Roca destacó que su trabajo siempre se ha basado en tres criterios básicos: «honestidad, creer en el trabajo bien hecho e independencia»

El pasado 4 de junio, en un acto presidido por el Presidente de la Generalitat de Cataluña, Artur Mas, quien realizó una visita oficial a la sede colegial antes de su inicio, el Colegio otorgó el IV Premio Puig Salellas a Encarna Roca i Trias, catedrática de Derecho Civil, por entonces Magistrada de la Sala Civil del Tribunal Supremo y, desde el pasado mes de junio, Magistrada en el Tribunal Constitucional. Roca recibió el premio «en reconocimiento a su larga y brillante trayectoria jurídica y, muy en especial, por su extraordinaria producción científica, que la ha convertido en una de las juristas contemporáneas más unánimemente reconocidas». En la Exposición de Motivos, también se hizo constar el hecho de que «ha sido la primera mujer de relieve en diferentes ámbitos del panorama jurídico, tanto catalán como fuera de Cataluña, que ha destacado especialmente por su contribución y estudio del Derecho Civil catalán y en las vertientes académica, científica y judicial».

El acto de entrega del máximo galardón institucional que otorgan anualmente los notarios de Cataluña contó con la presencia de cerca de doscientas personas, entre ellas, destacados representantes del mundo jurídico y económico, encabezados por la Consejera de Justicia, Pilar Fernández Bozal; el Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Miguel Ángel Gimeno; el Decano del Colegio Notarial de Cataluña, Joan Carles Ollé; el Presidente de la Academia de Jurisprudencia y Legislación de Cataluña, José-Delfín Guàrdia Canela, y la viuda de Josep M.^a Puig Salellas, M.^a Llum Aleu.

El Notario Xavier Roca Ferrer glosó la figura de la homenajeada con un discurso titulado «Encarna Roca i Trias, una Jurista del siglo XXI», en el que hizo un repaso a su biografía y, muy especialmente, a su obra como profesora, ensayista y Magistrada. Posteriormente, el propio Presidente de la Generalitat de Cataluña, Artur Mas, fue el encargado de entregar a la homenajeada la Medalla del Colegio Notarial, así como una obra de la artista Neus Segrià representando un facsímil del *Libro de Privilegios* del Colegio.

En su discurso, Encarna Roca destacó que su trabajo siempre se ha basado en tres criterios básicos: «honestidad, creer en el trabajo bien hecho e independencia», y afirmó que «Puig Salellas fue uno de mis maestros desde el punto de vista jurídico y personal». Por su parte, el Decano del Colegio Notarial de Cataluña, Joan Carles Ollé, destacó que «Encarna Roca i Trias ocupa hoy un lugar muy destacado en el seno



Encarna Roca recibió el premio de manos de Artur Mas, Presidente de la Generalitat de Cataluña



Vida corporativa

Joan Carles Ollé destacó que «Encarna Roca i Trias ocupa hoy un lugar muy destacado en el seno de la comunidad jurídica»

de la comunidad jurídica», y recordó la importancia de la conmemoración, este año, del 150 Aniversario de la Ley del Notariado. Así, destacó el protagonismo de los notarios de Cataluña en la elaboración de dicha norma y el hecho de que su vigencia «pone de manifiesto que los notarios hemos sabido adaptarnos a los cambios sociales y políticos», además de remarcar «el importante proceso de modernización y transformación tecnológica vivido estos años».

Finalmente, el Presidente de la Generalitat de Cataluña, Artur Mas, en su discurso de clausura, agradeció a los notarios «su sensibilidad y sentido de la conservación y preservación de la historia de un país», a través de los protocolos notariales, además de «reconocer la importancia del Derecho Civil en la definición de la personalidad de Cataluña».

Homenaje a Juan Vallet de Goytisolo

El 15 de mayo fue la fecha escogida por el Colegio, junto con la Academia de Jurisprudencia y Legislación de Cataluña, para rendir homenaje a Juan Vallet de Goytisolo, Notario de profesión y reconocido por muchos como el más destacado Jurista del siglo XX, fallecido el año pasado. El acto, presidido por los máximos representantes de ambas instituciones, contó también con la intervención de Landelino Lavilla, Presidente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación. Estuvieron asimismo presentes Miguel Ángel Gimeno, Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, y Eugeni Gay Montalvo, Vicepresidente del Tribunal Constitucional.

Glosó la figura del homenajeado el Notario Juan-José López Burniol, quien destacó que, para su generación, Vallet fue una «cita obligada, continua y prestigiosa». Tras repasar su infancia, juventud y plenitud, López Burniol quiso destacar «su obra jurídica de primera magnitud, ingente y de alta calidad», así como su triple condición de «extraordinario Jurista y pensador catalán, español y europeo, su perfil *ius-naturalista* y el hecho de ser un Jurista formado en el seno de la escuela jurídica catalana, pero encajando en la mejor tradición conservadora europea». También José-Juan Pintó Ruiz, Doctor en Derecho y Expresidente de la Academia de Jurisprudencia y Legislación de Cataluña, glosó la figura de Vallet, a quien calificó como «un auténtico maestro para

esta generación y para la futura». En su discurso, destacó su fundamento en tres fuentes: el estudio de la ciencia del Derecho, su función notarial y su conocimiento ontológico. También destacó su posición de prudencia y sentido común, basada en una vida de estudio y práctica notarial, así como «su auténtico humanismo cristiano».

Por su parte, José-Delfín Guàrdia Canela, Presidente de la Academia de Jurisprudencia y Legislación de Cataluña, quiso destacar su condición de Jurista y académico de primera línea, su perfil de historiador de la ciencia jurídica, para finalizar afirmando que «la Academia debe corresponder a Vallet con este acto, que es de justicia». El Decano del Colegio, Joan Carles Ollé, remarcó que «su importante obra excede el ámbito estrictamente notarial», definiéndolo como «un enorme civilista, además de contar con una inmensa cultura jurídica y humanística que lo convirtieron en un referente de primer orden en el Derecho europeo».

Finalmente, Landelino Lavilla, por entonces Presidente de la Real Academia de Legislación y Jurisprudencia, destacó la permanente vinculación de Vallet a sus raíces catalanas y destacó su prolongada e intensa actividad en la Real Academia. Destacó, asimismo, «la honrada intelectual de su pensamiento, la fidelidad a sus convicciones y su condición de Jurista



El Colegio y la Academia de Jurisprudencia y Legislación rindieron homenaje a la figura de Juan Vallet de Goytisolo

Glosó la figura del homenajeado el Notario Juan-José López Burniol, quien destacó que, para su generación, Vallet fue una «cita obligada, continua y prestigiosa»



cabal y concreto». De su legado, quiso destacar su *ius-naturalismo* y su historicismo, además de su extensa obra, que consideró como «expresión final y casi fundamental de su aportación a la ciencia y la filosofía jurídicas».

Acto central de conmemoración del 150 Aniversario de la Ley del Notariado

El pasado 28 de mayo, fecha exacta de la efeméride del 150 Aniversario de la Ley del Notariado, tuvo lugar en Madrid la inauguración, presidida por los Príncipes de Asturias, de la sesión plenaria del 11.º Congreso Notarial Español, que clausuró los actos conmemorativos de dicho aniversario. En el transcurso del último año, en las sesiones previas organizadas en Sevilla, La Toja, Sitges, Benidorm, Murcia y Bilbao, han participado autoridades nacionales y autonómicas, reconocidos catedráticos y notarios de toda España. La sesión coincidió con la XV Jornada Notarial Iberoamericana, que la Unión Internacional del Notariado decidió organizar en nuestro país como reconocimiento al Notariado español y a su ley rectora.

En su intervención, Don Felipe de Borbón quiso destacar que «funcionario público y Jurista, servidor de la Administración y del ciudadano, aplicador y controlador de la legalidad, y consejero también, son cualidades que configuran la identidad propia del Notario. Estas características aparecen como particularmente valiosas en un momento en el que se demanda de toda la sociedad un especial esfuerzo para ayudar a nuestro país a salir de la difícil situación económica». Asimismo, aseguró que, «con su adaptación tecnológica, los notarios han acreditado la compatibilidad del más alto nivel de certeza y seguridad jurídica con la agilidad e inmediatez que demanda la actualidad».

Por su parte, Alberto Ruiz-Gallardón, Ministro de Justicia, manifestó que «contamos con el

Notariado como un colaborador importante para cumplir el objetivo que nos hemos marcado de descongestionar y dinamizar la Administración de Justicia. Los notarios, que siempre se han definido por su capacidad para evolucionar junto a la sociedad, pueden desempeñar un valioso papel en el nuevo escenario que se anuncia como resultado de las iniciativas legislativas en curso. Ahora se abre un espacio para su intervención en ciertos procedimientos, como los relacionados con determinados expedientes de jurisdicción voluntaria, la mediación, que muy pronto contará con una ley específica, su designación como árbitros o la celebración de matrimonios y divorcios en ausencia de menores».

Sus Altezas Reales y el Ministro de Justicia estuvieron acompañados del Presidente del Consejo General del Notariado, Manuel López Pardiñas; el Vicepresidente del Notariado, coordinador del 150 Aniversario y Decano del Colegio, Joan Carles Ollé; el coordinador de la Sesión Plenaria, José Manuel García Collantes, y el Presidente de la Unión Internacional del Notariado, Jean-Paul Decorps, a quienes acompañó el Decano del Colegio Notarial de Madrid como entidad anfitriona, Ignacio Solís.

Manuel López Pardiñas centró su discurso en la importancia de la seguridad jurídica preventiva, afirmando que «la actual crisis económica en

Don Felipe de Borbón quiso destacar que «funcionario público y Jurista, servidor de la Administración y del ciudadano, aplicador y controlador de la legalidad, y consejero también, son cualidades que configuran la identidad propia del Notario»



Joan Carles Ollé, Alberto Ruiz-Gallardón, sus Altezas Reales y Manuel López Pardiñas



Vida corporativa

Alberto Ruiz-Gallardón, Ministro de Justicia, manifestó que «contamos con el Notariado como un colaborador importante para cumplir el objetivo que nos hemos marcado de descongestionar y dinamizar la Administración de Justicia»

buna medida surge como consecuencia de dos razones: la primera, evidente, cuando se produjo una desregulación contraria a los intereses generales; la segunda, menos visible, es la errónea creencia de que la seguridad tecnológica sustituiría a la seguridad jurídica». Y puso de manifiesto el valor añadido que pueden aportar los notarios en las soluciones extrajudiciales de conflictos para aliviar así la excesiva carga de algunos juzgados. Por su parte, Joan Carles Ollé destacó que la Ley del Notariado «no solo es la ley decana de nuestro ordenamiento jurídico, sino también la norma que estableció las bases del Notariado moderno, que, en la actualidad, han adoptado casi un centenar de países». Además, afirmó que «en los protocolos notariales quedan indelebles actos de voluntad que explican el discurrir de trascendentes acontecimientos del pasado que justifican el presente. No obstante, el Notariado no solo es historia; es presente y, sobre todo, es futuro, como lo demuestra que el proceso de renovación y modernización de la profesión sea una constante desde hace ya bastantes años».

Finalmente, José Manuel García Collantes puso de manifiesto la importancia de la ley que conmemora su 150 Aniversario, ya que «consagró un sistema que pudo hacer realidad la función que a los notarios encomendaba su artículo 1.º: dar fe conforme a las leyes de los contratos y demás actos extrajudiciales. Y este modelo sigue vigente y los viejos principios de esta ley son los mismos consagrados en los vigentes principios generales de la Unión Internacional del Notariado y propuestos como ejemplo a seguir en todo el mundo». Por último, Jean-Paul Decorps expuso las líneas maestras de la función notarial en un futuro cercano: «La lucha contra las plagas del siglo XXI, que son el blanqueo de dinero, la corrupción y la financiación del terrorismo; el uso generalizado de las nuevas tecnologías, factor de rapidez de la comunicación con autoridades públicas y usuarios; es ofrecer, a través de la autenticación de los actos, la seguridad jurídica indispensable para garantizar la confianza, el crédito, las inversiones, el desarrollo económico y el progreso social; en resumen, la prevención de conflictos o su arreglo amistoso, gracias a la imparcialidad e independencia del Notario y a su acción equilibradora entre las partes, en las familias, empresas o colectividades».

Reglas para la publicación de trabajos en *LA NOTARIA*

- 1. CORRESPONDENCIA.** Los originales se remitirán, en todo caso, a: lanotaria@catalunya.notariado.org
La primera página incluirá *necesariamente* el título, nombre completo del autor, datos de contacto, una dirección de correo electrónico, y, libremente otras circunstancias identificadoras en un máximo de tres medias líneas (pegadas al margen derecho).
- 2. REMISIÓN y FORMATO.** El original deberá remitirse por correo electrónico y *necesariamente* en formato Word (excepcionalmente y previa autorización cabrá en formato convertible).
- 3. EXTENSIÓN DE LOS TRABAJOS:** Los trabajos deberán ser *originales*, sin haberse publicado con anterioridad, ni en papel, ni en cualquier otro formato, entendiéndose revocada automáticamente la aceptación si se publicase en el ínterin, salvo excepcionalmente —y previa autorización— en idiomas que no sean los de trabajo de la revista o en formatos no habituales.
 - *Los artículos doctrinales* tendrán una extensión de unas 30 caras de folio (incluidas notas, conclusiones y bibliografía, e incluso anexos), en *Times New Roman 12*, espacio sencillo y con notas a pie de página en *Times New Roman 10*.
 - *Los artículos prácticos* no deberían sobrepasar las 10/15 caras de folio; y,
 - *Los comentarios de sentencias o resoluciones* unas 5 caras de folio, siempre con división en los correspondientes epígrafes y subepígrafes.
- 4. ACEPTACIÓN.** La redacción de la revista dará acuse, vía e-mail, del recibo de los trabajos que le lleguen y los pasará a *informe confidencial*. El resultado de los informes se comunicará a los interesados (en el tiempo más breve posible, de acuerdo con las normas habituales) y sólo podrá ser uno de los siguientes:
 - La aceptación del trabajo y número en que se publicará.
 - La aceptación condicionada a que se acomode la extensión del trabajo o su presentación.
 - La no aceptación del trabajo.
- 5. PUBLICACIÓN.** De los trabajos aceptados se indicará el número de la revista en que se publicará, salvo que por circunstancias excepcionales tenga que posponerse, lo que con suficiente antelación se comunicará.
- 6. NORMAS DE EDICIÓN.** Los *artículos doctrinales* necesariamente deberán remitirse en *catalán o castellano* (aceptando el autor la traducción al uno y al otro, dada la edición bilingüe de *La Notaria*; para otros idiomas se requerirá autorización al efecto) y, también, deberán llevar aparato bibliográfico, lo que no será necesario en los prácticos o comentarios de sentencias o resoluciones.
 - *No puede utilizarse negrita* (salvo en los epígrafes o subepígrafes), ni subrayado en ningún caso.
 - *Notas a pie de página.* Las notas se numerarán en caracteres arábigos, en formato superíndice y orden creciente.
 - *Citas.* Las citas se sujetarán a las reglas habituales, según se trate de libro, artículo de revista, artículo en obra colectiva, Internet o revistas electrónicas, indicando los apellidos en mayúsculas y no siendo necesario el nombre salvo que pudiera haber confusión. Los posibles cambios o comentarios en las citas literales deberán indicarse encerrándolos entre corchetes.

www.colnotcat.es

Ya puedes consultar la revista **La Notaria** y el **Boletín mensual on line.**

Entra en www.colnotcat.es y accede a la sección **Publicaciones.**

Así de fácil, así de cómodo, así de rápido.

Recuerda que los notarios también pueden consultar ambas publicaciones desde la Intranet colegial.

