

LaNotaria

Número 2 | 2011

Revista del Colegio Notarial de Cataluña

Fundada en 1858

**La nueva Ley de arbitraje,
una nueva atribución**

**La sostenibilidad
de la oficina notarial**

**«Si no hay crecimiento, no resolveremos
el paro ni tampoco el endeudamiento»**

Entrevista a JOAN HORTALÀ,
Presidente de la Bolsa de Barcelona

**«Debemos avanzar hacia
una simplificación administrativa»**

Entrevista a LLUÍS RECODER,
Consejero de Territorio y Sostenibilidad

TRIBUNA

Pilar Fernández Bozal
José Luis Fernández Lozano
Jesús M.ª de Alfonso
Ildefonso Sánchez Prat
Daniel Iborra Fort

DOCTRINA

Una reflexión sobre la impronta romana del «beneficio de separación de patrimonios» en el Código Civil de Cataluña

La regulación sucesoria en relación con los derechos de terceros adquirientes en virtud del acto dispositivo del heredero aparente

PRÁCTICA

El contrato de permuta financiera de tipos de interés (swap)
Sobre la reforma de la Ley del Catastro Inmobiliario
Reciente doctrina registral sobre exigibilidad del seguro decenal



LÍDERES

AUTORES

TECNOLOGÍA



SERVICIOS



INNOVACIÓN

Un paso por delante

SERVICIO DE ATENCIÓN AL CLIENTE:
C/ Collado Mediano, 9
28230 Las Rozas (MADRID)

902 250 500 tel
902 420 012 fax
clientes@laley.es

www.laley.es



TM

LA LEY

grupo Wolters Kluwer



COLEGIO NOTARIAL
DE CATALUÑA

Director:

Ángel Serrano de Nicolás

Subdirector:

Guzmán Clavel Jordà

Consejo de redacción:

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

Consejo editorial:

Esther Arroyo Amayuelas (*U. de Barcelona*), Luis Humberto Clavería Gosálbez (*U. de Sevilla*), Andrés Domínguez Luélmo (*U. de Valladolid*), Joan Egea Fernández (*U. Pompeu Fabra*), Ignacio Farrando Miguel (*U. Pompeu Fabra*), Jacinto Gil Rodríguez (*U. del País Vasco*), José Luis Linares Pineda (*U. de Girona*), Sergio Llebaría Samper (*Esade-URL*), Juan José Marín López (*U. Castilla-La Mancha*), José María Miquel González (*U. Autónoma de Madrid*), Susana Navas Navarro (*U. Autónoma de Barcelona*), Pablo Salvador Coderch (*U. Pompeu Fabra*), Antoni Vaquer Aloy (*U. de Lleida*), Rafael Verdera Server (*U. de Valencia*), Francisco Vicent Chulià (*U. de Valencia*), Roberto Follia 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.: B. 3.461-1995

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 Notarios de Catalunya

Notariado 4 - 08001 Barcelona

Edición online disponible en
www.colnotcat.es

lanotaria@catalunya.notariado.org

La ineficiente ejecución hipotecaria

Desde hace meses, y, sin duda, seguirá en los siguientes, es objeto de permanente debate, tanto en los medios jurídicos como en las tertulias (cualquiera que sea el ámbito o lugar en que se desarrollen), el problema de la extinción de la deuda hipotecaria, singularmente cuando afecta a la vivienda habitual y domicilio permanente de la familia.

Varias son las cuestiones y materias no infrecuentemente entremezcladas que se concentran en este grave y conflictivo problema social. Así, y sin perjuicio de ulteriores precisiones, está el derecho a la vivienda como derecho subjetivo (naturaleza que cada vez encuentra más distinguidos defensores, derivándolo del art. 48 de la Constitución), aunque debe precisarse que no es el título de propiedad el único que puede garantizarlo, incluso cuando se trata de vivienda protegida quizás no sea el más adecuado, dado que no se trata de garantizar el derecho a la propiedad, sino el derecho a habitar —sin duda, de forma estable y segura— una vivienda digna.

De este problema del derecho a la vivienda derivan prácticamente todos los otros que en la actual situación de crisis financiera e inmobiliaria (2007-?) se están dando. Así, y prácticamente por todas las entidades de crédito y desde que empezó la crisis hipotecaria, la renegociación de los préstamos o créditos que se concedieron para adquirir las viviendas habituales; la ejecución de dichas hipotecas con las que se financió la adquisición, que en elevado porcentaje —y ejecutadas a los pocos años de haberse concedido y tasado— ni siquiera cubren, de realizarse una nueva tasación, el principal que todavía se debe; la mezcla, si no confusión, entre vías para la extinción de la deuda y procedimientos para la ejecución de la hipoteca inmobiliaria (cuya única causa de vencimiento anticipado, en la práctica, es el impago), y, finalmente, la no adecuada disección entre función y aplicación de la Ley Hipotecaria (LH), de la Ley del Mercado Hipotecario y de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC), aunque a todas afectase la reforma operada por la Ley 41/2007. El diferenciar su función al constituirse la hipoteca, al inscribirse y al llegar el momento de su realización es imprescindible, tanto para las previsiones de futuro, como para dar solución urgente a los problemas de presente.

De entre todas, y aunque quizás la más olvidada, destaca, en el momento de constituirse la hipoteca, la legislación del mercado hipotecario. Otra cosa sería de haberse observado sus porcentajes máximos del 80%, aunque, ciertamente, no son obligatorios salvo que posteriormente se quiera acudir al mercado hipotecario, con la emisión de cédulas hipotecarias (y, no olvidemos que para dar solución al actual problema, no puede desconocerse que no únicamente afecta la solución a entidades de crédito y particulares, sino también a los tenedores de bonos, cédulas y participaciones hipotecarias); lo mismo de haberse hecho tasaciones más ajustadas e independientes (no

cabe olvidar que pueden en sí ser generadoras de inflación, sobre todo si, en lugar de ajustarse a la baja respecto del hipotético valor de mercado, se contempla de futuro lo que entonces era una normal evolución del mercado, aunque ya diera síntomas de fatiga). En suma, quizás algo se podría haber evitado si se hubiera actuado con la máxima diligencia de un buen banquero (comprendiendo aquí a todas las entidades de crédito del mercado hipotecario), asumiendo, como proclama el actual art. 5 del Reglamento del Mercado Hipotecario de 2009 (que ha derogado el de 1982), que la finca debe ser la garantía última, lo que de por sí deja como excepcional la solicitud de afianzamientos o de garantías hipotecarias ajenas. Pero no es esto lo que ahora preocupa sino la ineficiente función de la hipoteca como derecho de realización de valor, que cabe esperar no tenga el amargo final que tuvo la condición resolutoria explícita, pues no siempre se ha financiado la adquisición íntegramente con hipoteca, sino que hace escasos decenios aún se libraban, y descontaban, ingentes miles de letras de cambio, es decir, el propio constructor, o promotor, también “financiaba” la adquisición.

Que la hipoteca inmobiliaria no cumple su función de derecho de realización de valor es tan obvio que, de lo contrario, no sería necesario el permanente reclamo de reformas en su fase de ejecución, ahora regulada por la LEC. Que se ha prestado poca atención al tema también es cierto, basta pensar que se llama “venta extrajudicial”, en el art. 129 LH, a lo que por dejadez legislativa —si es que es lo mismo, pues tan diferente nombre y substancia haría dudar incluso de su misma legalidad— en el Reglamento Hipotecario se le sigue llamando “procedimiento ejecutivo extrajudicial”, por otra parte inspirado en la LEC ya derogada, y, desde luego, menos protector del deudor en lo que hace a porcentajes mínimos con los que adjudicárselo el acreedor.

De todo ello lo único que parece claro es que la fase de realización de valor requiere de una regulación expresa y completa, que dé celeridad y posibilidad de defensa al deudor, pero, por encima de todo y dado que el exceso de oferta, es decir, de subastas de fincas, podría hacer difícil el absorber, lo que quizás proceda es la renegociación de la deuda. Y aquí, tampoco, la reforma operada por la Ley 41/2007 ha estado ni siquiera medianamente acertada, pues surgen serias dudas sobre cuándo no se pierde el rango hipotecario por aumento de capital, sin alterar la responsabilidad, por aumento únicamente del plazo, etc.

El legislador es el único que tiene la capacidad, en un Estado democrático, de legislar y adecuar la legalidad a las cambiantes realidades sociales, como también las normas se tienen que aplicar conforme a la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas. Así se hizo al admitir la “voluntad rebelde” al interpretar el art. 1504 CC sin alterar el texto, y, desde luego, y ya se ha regulado en el Derecho francés, debería contemplarse el conocido como “pacto marciano” de clara tramitación notarial e ineludible exigencia de una tasación independiente cuasi inmediata al momento de la adjudicación por la entidad de crédito.

Lo que no puede seguir es confundiendo la extinción de la deuda o la limitación de responsabilidad con medios eficientes de realización del bien hipotecado, pues sobre el bien hipotecado puede haber embargos o, aunque sea infrecuente, otras hipotecas, e incluso aun no habiendo nada más el deudor tiene el legítimo derecho a que se le prive con pleno respeto a la tutela judicial efectiva, y a que no sea él, con los abusivos intereses de demora, el que tenga que soportar la ineficiencia de la inadecuada regulación del procedimiento de realización de valor del bien hipotecado.

Ángel Serrano de Nicolás
Director
Doctor en Derecho
Notario de Barcelona



Editorial

- La ineficiente ejecución hipotecaria
Ángel Serrano de Nicolás 3



Tribuna

- La modificación del libro III del Código Civil de Cataluña impulsará la creación de fundaciones y agilizará su organización y funcionamiento
Pilar Fernández Bozal 6
- La sostenibilidad de la oficina notarial
José Luis Fernández Lozano 9
- El arbitraje, de nuevo sobre la mesa del jurista
Jesús M.ª de Alfonso 15
- El notario en el arbitraje: un camino reabierto
Ildefonso Sánchez Prat 22
- La crisis económica vivida desde una notaría
Daniel Iborra Fort 25
- Reforma del sistema hipotecario y protección del consumidor
Joan Carles Ollé Favaró 28



Entrevista

- «Si no hay crecimiento, no solucionaremos el paro ni tampoco el endeudamiento»
Joan Hortalà, Presidente de la Bolsa de Barcelona 31
- «Debemos avanzar hacia una simplificación administrativa»
Lluís Recoder, Consejero de Territorio y Sostenibilidad 37



Doctrina

- La regulación sucesoria en el Derecho común y el Derecho civil de Cataluña en relación con los derechos de terceros adquirentes de bienes inmuebles inscritos en el Registro en virtud del acto dispositivo del heredero aparente
Josep J. Pintó Ruiz 40
- Una reflexión sobre la impronta romana del «beneficio de separación de patrimonios» en el Código civil de Cataluña
Paula Domínguez Tristán 48



Práctica

- El contrato de permuta financiera de tipos de interés
Sergio Sánchez y Montiel 70
- Sobre la reforma de la Ley del Catastro Inmobiliario
Antonio Ángel Longo Martínez 76
- Reciente doctrina registral sobre exigibilidad del seguro decenal
Antonio Ángel Longo Martínez 84



Internacional

- Discriminación a los españoles hijos de emigrantes en el acceso a la nacionalidad española de origen
Eduard Sagarra Trias 90
- Reseñas de Normativa
Elisabeth García Cueto 103



Sentencias

- Reseña de las principales sentencias del Tribunal Supremo
Redacción LA LEY 106
- Reseña de las principales sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña
Víctor Esquirol Jiménez 110



Resoluciones

- Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado contra calificaciones de la propiedad y mercantiles
Fernando Agustín Bonaga 115
- Reseña de las principales resoluciones de la Dirección General de Derecho y Entidades Jurídicas de la Generalitat de Cataluña
Víctor Esquirol Jiménez 129



Vida Corporativa

- Noticias corporativas y del mundo del Derecho 132

La modificación del libro III del Código Civil de Cataluña impulsará la creación de fundaciones y agilizará su organización y funcionamiento



Pilar Fernández Bozal
Consejera de Justicia de la Generalitat de Catalunya

La reforma de la que les hablaré en este artículo, y que ahora proponemos desde el Gobierno de la Generalitat, no nace de una intención preconcebida y establecida en el programa electoral de Convergència i Unió, sino de la **petición reiterada que las mismas fundaciones han ido haciendo llegar a la Consejería** de Justicia desde el mes de enero de este año, momento en el que me hice cargo del Departamento.

La reforma —tal como se ha concebido— afectará sólo a una parte del libro III del Código Civil de Cataluña y, fundamentalmente, pretende orientarse a mejorar la eficiencia, la agilidad y la autonomía de gestión de las fundaciones.

Es una propuesta que pretende evitar el intervencionismo desmesurado y la excesiva regulación de la normativa actualmente en vigor, que, además, y por

varios motivos, ha supuesto un freno a la creación de nuevas fundaciones. En esta misma línea, la nueva regulación intenta recoger las reivindicaciones más importantes del sector, pero sin renunciar al control y la supervisión de las entidades.

La regulación de la **Ley 4/2008, de 24 de abril**, del libro III del Código Civil de Cataluña, relativo a las personas jurídicas, se promulgó con el objetivo de refundir, sistematizar y armonizar la legislación catalana en materia de asociaciones y fundaciones; sin embargo, se aprovechó el impulso codificador para actualizar algunos aspectos sustanciales de su régimen jurídico.

La perspectiva que otorga el periodo transcurrido desde la entrada en vigor del libro III pone de manifiesto un intervencionismo excesivo en la regulación de la organización y el funcionamiento de las men-

cionadas entidades, lo que ha contribuido en gran medida a la disminución de la iniciativa de creación de nuevas fundaciones. **De hecho, los datos son contundentes: sólo veintiuna nuevas fundaciones se han inscrito en Cataluña durante 2011, y cincuenta y nueve durante todo el año 2010. Estas cifras todavía son más impactantes si se tienen en cuenta las inscripciones en ejercicios anteriores: en 2008, por ejemplo, se inscribieron en Cataluña ciento cuarenta y ocho nuevas fundaciones. El Legislador tiene que reaccionar ante estas situaciones y, precisamente para poner freno a esta tendencia a la baja, el Govern ha impulsado la modificación de la normativa sectorial.**

Los cambios más importantes introducidos por el nuevo texto normativo impulsado por el Govern de la Generalitat responden a



la voluntad de **ganar agilidad y autonomía en la gestión** de las fundaciones y, a la vez, simplificar los procedimientos administrativos, sin renunciar al indispensable control de su actividad. La voluntad subyacente de las medidas propuestas se encamina a incentivar la constitución de nuevas fundaciones —mediante la reducción de la dotación inicial— y a incrementar la autonomía de gestión de las que se encuentran actualmente en funcionamiento, dado que permiten compatibilizar la condición de patrón con la prestación de servicios a la fundación bajo determinadas condiciones. Otras medidas introducidas siguiendo la misma línea son la posibilidad de que el cargo de secretario recaiga sobre una persona que no tenga la condición de patrón y flexibilizar el régimen de autorizaciones para llevar a cabo determinadas operaciones del Patronato sustituyéndolas por la declaración responsable, así como reducir los supuestos de actas de disposición sometidos a la autorización del Protectorado.

La aportación inicial requerida se reduce un 50%

La dotación inicial exigida para constituir fundaciones de duración indefinida pasa de 60.000 a 30.000 euros. Esta merma se erige como un elemento fundamental en la vertebración del nuevo texto normativo y proviene de una firme convicción surgida de la experiencia: resulta más eficaz la justificación de un proyecto de viabilidad económica que no la exigencia de una dotación económica inicial elevada, para garantizar el buen funcionamiento de la fundación y su objetivo capital, que es, sin duda, el desempeño de sus fines.

De este modo se pretende parar la fuga de fundaciones al registro estatal, una tendencia en alza motivada por las características de la normativa del Estado en esta materia, menos exigente en cuanto a la dotación inicial requerida y menos intervencionista en el modelo de autogestión de estas entidades. Con la misma voluntad de facilitar la constitución de fundaciones, también se rebaja la dotación necesaria para constituir fundaciones con carácter temporal, que pasa de 30.000 a 15.000 euros.

Se facilitarán y mejorarán la gestión y la dirección ordinarias de las fundaciones

En la misma línea y con una voluntad de incentivación similar, se modifica el desembolso inicial requerido en el supuesto de aportación sucesiva de la dotación, que de ahora en adelante será del 25%, en contraposición al 50% requerido por la normativa anterior. Así mismo, se modifica la garantía de esta aportación sucesiva, que tendrá que constar en escritura pública con valor de título ejecutivo, ya que la experiencia pone de relieve que éste es el medio más utilizado por las fundaciones.

Se suprime, también, la incompatibilidad entre el cargo de patrón y la posibilidad de prestar servicios de tipo directivo en fundaciones de grandes dimensiones. De este modo, se dota a estas entidades de libertad para designar a personas que ejerzan funciones de dirección de la gestión ordinaria de la fundación y de ejecución de los acuerdos que adopte el Patronato. Esta modificación responde al hecho de que la regulación actual establece la obligación de incorporar a una o más personas con estas funciones para las fundaciones en las que se dé, al menos, una de las circunstancias siguientes: que el total del activo supere los 6 millones de euros o que el importe del volumen anual de ingresos ordinarios sea superior a 3 millones de euros. A esto se añade el hecho de que la normativa vigente prohíbe a los miembros del Patronato ejercer funciones de dirección cuando en la fundación hay más de veinticinco trabajadores y se da al menos una de las dos circunstancias antes mencionadas. En consecuencia, en la práctica se han producido, derivadas de la aplicación de esta regulación, graves disfunciones en aquellas entidades que desarrollan una actividad muy estrechamente ligada a la experiencia de los mismos patrones. Tener que renunciar al importante valor añadido que éstos aportan a la gestión ordinaria de la fundación sería un grave error.

Se suprime, así mismo, la prohibición de que en las fundaciones en las que concurren las circunstancias mencionadas los patrones puedan tener algún tipo de relación laboral o profesional retribuida con la fundación, siempre que se presente una declaración responsable que acuerde que se ha resuelto el conflicto a favor de la formalización de la operación porque ha quedado justificada la prevalencia de los intereses de

la fundación sobre los particulares del patrón o de las personas que se equiparan al mismo.

La declaración responsable genera más confianza en la gestión de las fundaciones y aumenta su margen de maniobra

En la línea de simplificación administrativa introducida en la Ley 26/2010, de 3 de agosto, de régimen jurídico y de procedimiento de las administraciones públicas de Cataluña, que incorpora las reglas de la Directiva 2006/123/CE, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior, **se rebaja el grado de intervención administrativa en los actos de disposición de las fundaciones**, en el sentido de disminuir los supuestos de actas de disposición sometidos a la autorización del Protectorado, que quedan reducidos a dos: cuando el donante lo haya exigido expresamente y cuando lo establezca una disposición estatutaria. Excepcionalmente, también se mantiene la necesidad de autorización para la participación de las fundaciones en sociedades, cuando esta participación comporta la asunción de responsabilidad por las deudas sociales de éstas.

Los cambios más importantes introducidos por el nuevo texto normativo impulsado por el Gobierno de la Generalitat responden a la voluntad de ganar agilidad y autonomía en la gestión de las fundaciones y, a la vez, simplificar los procedimientos administrativos, sin renunciar al indispensable control de su actividad

El artículo 333-1.2 del anteproyecto recoge el carácter excepcional de los supuestos de operaciones en las que el producto no se reinvierte total o parcialmente en el patrimonio de la fundación, cuando establece que, en estos supuestos, «el Patronato, antes de llevar a cabo el acto dispositivo, tiene que presentar una declaración responsable al Protectorado haciendo constar que se dan estas circunstancias y aportar un informe suscrito por técnicos independientes que acredite la necesidad del acto

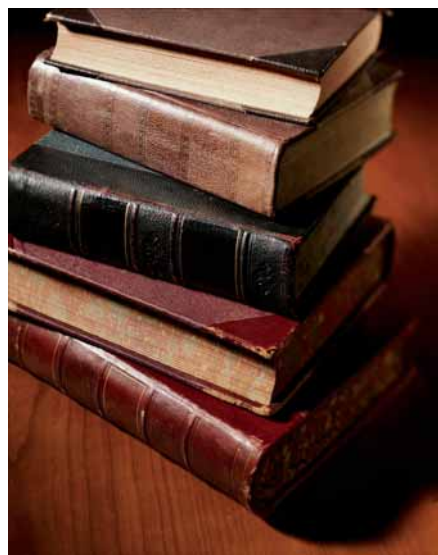


dispositivo y las razones que justifican la no reinversión».

Se pretende parar la fuga de fundaciones al registro estatal, una tendencia en alza motivada por las características de la normativa del Estado en esta materia, menos exigente en cuanto a la dotación inicial requerida y menos intervencionista en el modelo de autogestión de estas entidades

En cualquier caso, y según lo que establece el artículo 333-1.3 del anteproyecto, «para efectuar actos de alienación o gravamen de bienes inmuebles, establecimientos mercantiles o bienes muebles, siempre que tengan, en este último caso, un valor de mercado superior a 60.000 euros o al 20% del activo de la fundación que resulte del último balance aprobado, el Patronato, antes de la perfección del contrato, tiene que presentar una declaración responsable al Protectorado haciendo constar que la operación es beneficiosa para la fundación y aportar un informe suscrito por técnicos independientes que acredite que la operación responde a criterios económico-financieros y de mercado. Se exceptúan los actos de alienación de bienes negociados en mercados oficiales, si la alienación se hace al menos por el precio de cotización».

También se sustituye la necesidad de autorización del Protectorado para resolver



los supuestos de conflicto de intereses, en el caso de que los patrones o personas vinculadas quieran hacer una operación con la fundación, por la exigencia de una declaración responsable del Patronato. Mediante esta declaración responsable, el Patronato garantiza que ha valorado el conflicto de intereses que se planteaba y que ha acordado llevar a cabo la operación porque ha quedado justificado que prevalecen los intereses de la fundación sobre los particulares del patrón o de las personas que se equiparan al mismo. Así, el artículo 332-10.2 del anteproyecto establece que «los patrones y las personas que se equiparan al mismo (...) pueden establecer una relación laboral o profesional retribuida con la fundación siempre que se articule mediante un contrato que determine claramente las tareas laborales o profesionales que se retribuyen. En el caso de los patrones, las tareas tienen que ser diferentes de las propias de su cargo».

En consecuencia, **se regula el régimen jurídico aplicable a la declaración responsable**. El artículo 332-11 del anteproyecto establece que será necesario «el acuerdo de un mínimo de dos terceras partes del número total de patrones y se tiene que acreditar mediante un modelo normalizado y formalizado en escritura pública» para adoptarla, y regula también el plazo en el que se tienen que presentar al Protectorado los informes con los que se tiene que acompañar, si procede; el plazo máximo en el que se tiene que llevar a cabo la operación objeto de la declaración responsable, y las consecuencias de la declaración responsable en caso de inexactitud, falsedad u omisión en los datos. También, y según lo que se establece en este mismo precepto, «previamente a la adopción del acuerdo sobre la declaración responsable, los patrones tienen que disponer de toda la información relevante y, en concreto, de los informes exigidos por la ley. La declaración responsable del Patronato, junto con una copia del informe que proceda, se tiene que presentar al Protectorado previamente a la formalización del negocio jurídico objeto de la declaración responsable. La formalización de este negocio jurídico se tiene que perfeccionar en el plazo máximo de tres meses a contar desde la fecha en la que el Patronato haya acordado la declaración responsable».

Hay que tener en cuenta que la figura de la declaración responsable ha sido regulada de forma general en el ordenamiento administrativo en el artículo 35 de la Ley

26/2010, de 3 de agosto, de régimen jurídico y de procedimiento de las administraciones públicas de Cataluña, como medida de simplificación administrativa. En el ordenamiento jurídico catalán, ya se habían ido introduciendo mecanismos de intervención menos restrictivos, a todos los efectos y para las actividades económicas (la declaración responsable y la comunicación), a través del Decreto 106/2008, de medidas para la eliminación de trámites y simplificación de procedimientos para facilitar la actividad económica. La introducción de la declaración responsable en la normativa fundacional comporta, en primer lugar, la implantación en este ámbito de una medida de simplificación administrativa y, en segundo lugar, un cambio de paradigma, un cambio de ruta del intervencionismo de la Administración —mediante control *ex ante*— en el funcionamiento de las fundaciones, hacia una mayor confianza en su toma de decisiones, en su autonomía de gestión y, también, en contraposición a ésta, en la responsabilidad de los patrones.

En último término, la reforma hace posible que el cargo de secretario de la fundación recaiga en una persona ajena al Patronato, a pesar de que, en este supuesto, tendrá que advertir al órgano colegiado sobre la adecuación a la legalidad de los acuerdos adoptados. De este modo, se inicia la posibilidad de que los órganos colegiados cuenten con un instrumento profesionalizado de garantía sobre la adecuación a la legalidad de los acuerdos adoptados.

La introducción de los informes con los que se tiene que acompañar la declaración responsable y la profesionalización del secretario se convierten en una garantía para las fundaciones, dado que les permite disponer de una persona externa al Patronato —normalmente, un profesional— que advierta y asesore sobre la legalidad de los acuerdos que se adoptan en su seno.

Todas las normas de control y fiscalización que según la normativa tiene el Protectorado se mantienen, y está previsto su desarrollo mediante la Ley del Protectorado.

En definitiva, **la reforma pretende realizar una modificación legal de mínimos que facilite la constitución de las fundaciones y agilice la actividad ordinaria**, responsabilizando a los patrones de sus propias decisiones, pero sin menoscabar los amplios mecanismos de control establecidos legalmente.

La sostenibilidad de la oficina notarial



José Luis Fernández Lozano
Decano del Colegio Notarial de Asturias

El notario es un funcionario público autorizado para dar fe, conforme a las leyes, de los contratos y demás actos extrajudiciales. Así nos define nuestra Ley del Notariado en su artículo 1, definición que, estando a punto de cumplir siglo y medio, ha permanecido invariable desde 1862. Lo que caracteriza al notario de una forma sustancial es su condición de funcionario público, **pero también**, configurando una realidad inescindible, como ha dejado sentado magistralmente Rodríguez Adrados, el notario **es un profesional del Derecho. Esta doble realidad, este carácter híbrido, fue plasmada en el Reglamento Notarial.**

Y es, precisamente, **este doble aspecto** el que **ha dado a la institución notarial la fortaleza y prestigio⁽¹⁾** de que aún disfruta, pero también el que ha suscitado, en algunos casos, una cierta incomprensión⁽²⁾ de la que se han tratado de aprovechar algunos agentes económicos⁽³⁾, ávidos y prestos a ocupar cualquier hueco que pueda quedar libre en el mundo de la seguridad jurídica

preventiva, en cuanto ésta entraña significado económico.

No es de extrañar, por tanto, que, dada la condición de funcionario público que tiene el notario, su despacho y dependencias tengan la consideración de «oficina pública», siéndole exigible que reúna «las condiciones adecuadas para la debida prestación de la función pública notarial, debiendo estar constituida por un conjunto de medios personales y materiales ordenados para el cumplimiento de dicha finalidad» (artículo 2 del Reglamento Notarial).

El servicio que presta la oficina notarial es un servicio público, pero, a diferencia de otros servicios públicos, el responsable de dicha oficina (el notario) tiene la condición de funcionario público; y es por ello que, para el sostenimiento de la oficina notarial, así como para la adecuada y digna subsistencia del notario, **el Estado**, que ha delegado en él, bajo su exclusiva responsabilidad, la fe pública notarial, así como la custodia y conservación del proto-

colo notarial, cuya propiedad solo al Estado pertenece, **ha de garantizar, a través de un arancel⁽⁴⁾ suficiente, la percepción de unos honorarios que garanticen el cumplimiento de dichas atenciones.**

El arancel notarial ha de ajustarse a determinados criterios (que a veces se olvidan y que son de obligado cumplimiento). A saber:

1) En ningún caso la percepción puede diferir del coste medio ponderado del documento incrementado con los derechos que correspondan⁽⁵⁾.

2) Los aranceles se han de determinar a un nivel que permita la cobertura de los gastos de funcionamiento y conservación de las oficinas en que realicen las actividades o servicios los notarios, incluida su retribución profesional⁽⁶⁾.

Por tanto, **en ningún caso el arancel puede fijarse de modo que no se cubra el coste de su elaboración**, pero, además, ha



de haber por el trabajo y la responsabilidad que supone un tanto más a añadir para la justa retribución del notario. Bien es sabido que para este principio general **existen excepciones, como la de los documentos de carácter gratuito** para el interesado establecidos por ley⁽⁷⁾ o por el propio Reglamento Notarial (artículo 130, turno especial de documentos de carácter gratuito⁽⁸⁾).

El servicio que presta la oficina notarial es un servicio público. El Estado ha de garantizar, a través de un arancel suficiente, la percepción de unos honorarios que garanticen el cumplimiento de dichas atenciones

El arancel anterior al vigente fue aprobado por Decreto de 25 de marzo de 1971. Dieciocho años después⁽⁹⁾, el Real Decreto 1426/1989, de 17 de noviembre,

aprueba el Arancel vigente, que responde a cuatro principios básicos, según se desprende en su preámbulo, **destacando especialmente el de cobertura de gastos**⁽¹⁰⁾, según el cual los aranceles se determinarán a un nivel que permita la cobertura de los gastos de funcionamiento y conservación de las oficinas, incluida la retribución de los notarios.

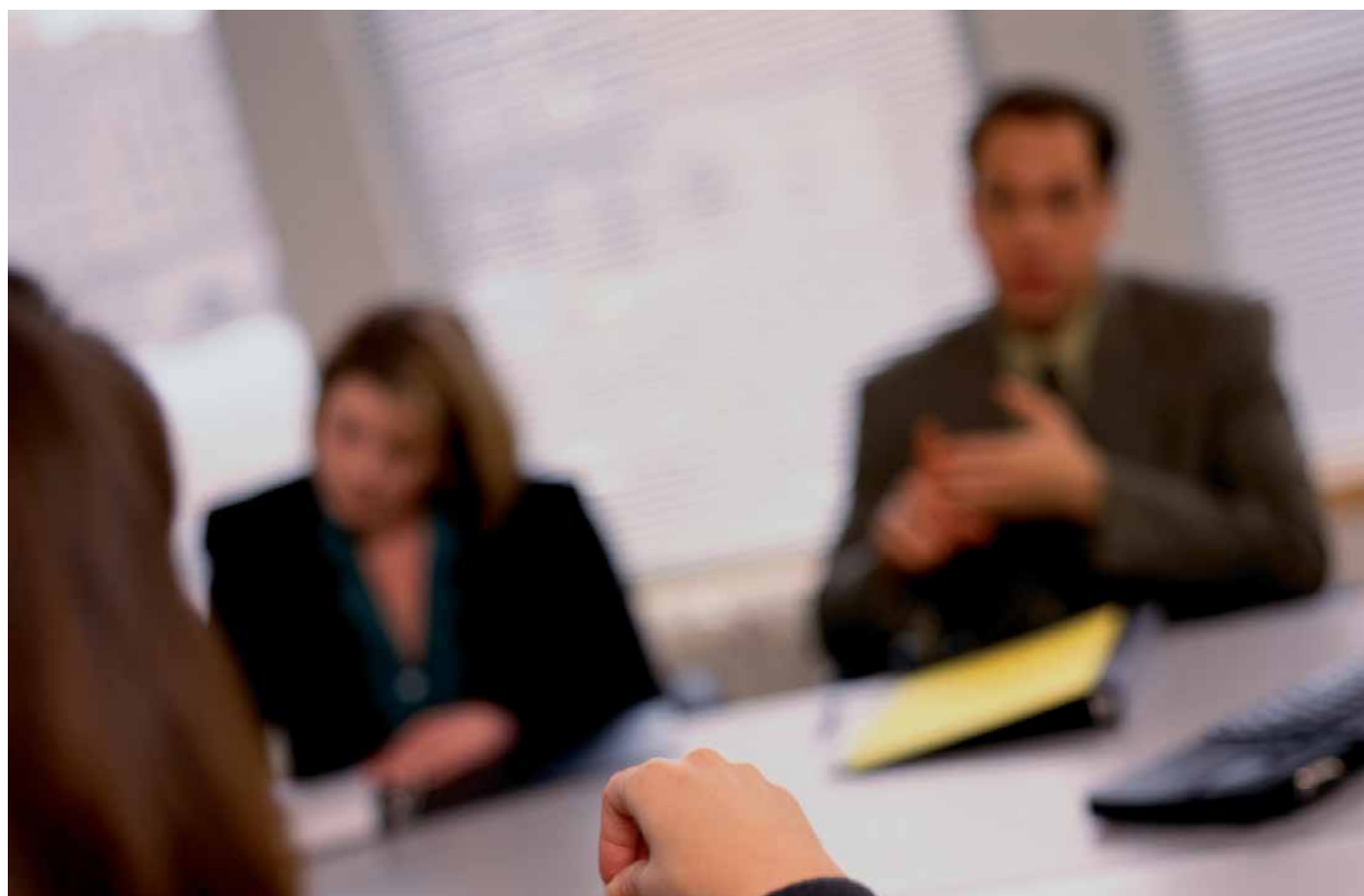
Actualmente existe una gran dispersión normativa en materia de arancel notarial. La norma principal, ya reseñada, se contiene en el Real Decreto 1426/1989, de 17 de noviembre, respecto de los principales documentos notariales (escrituras, actas y testimonios); hemos de acudir, en cambio, al Decreto de 15 de diciembre de 1950 para minutar la intervención notarial en las pólizas. Pero, además de estas dos normas, **hay que tener en cuenta más de sesenta normas que establecen reducciones, bonificaciones o exenciones de los aranceles notariales**⁽¹¹⁾. Esta dispersión da lugar a que la aplicación concreta y correcta del arancel sea verdaderamente difícil no ya

para el ciudadano o para el profesional, sino también para el propio fedatario⁽¹²⁾.

Desde la aprobación por Real Decreto de 17 de noviembre de 1989 del arancel notarial, solo hemos conocido normas que han establecido reducciones⁽¹³⁾ o exenciones. Sin embargo, no se ha llegado a abordar con seriedad la elaboración de un nuevo arancel⁽¹⁴⁾, lo que constituye una necesidad urgente.

¿Permite el arancel vigente⁽¹⁵⁾ atender a la adecuada sostenibilidad de la oficina pública notarial? La respuesta es claramente negativa a la vista de, entre otras, las siguientes circunstancias:

1) La falta de actualización del arancel⁽¹⁶⁾. Los notarios, sin necesidad de especiales anuncios por parte del Gobierno, experimentamos todos los años una reducción económica: la que se produce como consecuencia de la falta de adaptación al IPC del arancel⁽¹⁷⁾. En efecto, desde noviembre de 1989 hasta junio de 2011, el IPC ha experimentado





un aumento del 108 %⁽¹⁸⁾, dato comprobable a través de los datos publicados por el INE (<http://www.ine.es>).

2) Las rebajas arancelarias sistemáticamente realizadas, de forma demagógica, sin basarse en un estudio riguroso de los costes de la oficina notarial. Desde la aprobación del arancel vigente, se han aprobado continuas rebajas arancelarias (en relación con adquisición de la vivienda, préstamos hipotecarios, sociedades telemáticas, etc.). Estas rebajas, al coincidir en el tiempo con un periodo de extraordinario auge económico, fueron absorbidas por el incremento de operaciones producido, por lo que sus efectos negativos no se dejaron sentir. Sin embargo, hoy, con la gravísima recesión económica⁽¹⁹⁾ que atravesamos, las rebajas aplicadas sin ningún estudio económico⁽²⁰⁾ han dado lugar a un hecho antes nunca observado: la **insostenibilidad de la oficina notarial** (se puede estimar en un 15% el número de notarías que se hallan en pérdidas⁽²¹⁾).

3) La repercusión negativa de la demarcación notarial del año 2007 (Real Decreto 173/2007). En base a la estadística notarial de contratación de los años de máximo auge económico en nuestro país, se procede a la creación de más de un centenar de plazas notariales. **El resultado de esta demarcación, cuya revisión es urgente y muy necesaria⁽²²⁾**, salta a la vista si analizamos los resultados de los últimos concursos notariales: la destrucción de la llamada *carrera notarial*. Las plazas de primera (sitas en capitales de provincia o poblaciones de más de setenta y cinco mil habitantes) quedan desiertas⁽²³⁾ debido a que no son «rentables»⁽²⁴⁾, al existir un número excesivo de notarías demarcadas.

4) El incremento de las obligaciones notariales y, paralelamente, del coste de la oficina notarial. Desde el año 1989 (fecha de la publicación del actual arancel) hasta hoy, el incremento de obligaciones y responsabilidades de los notarios ha sido extraordinario, como consecuencia de una política⁽²⁵⁾ de incremento de la colaboración con las administraciones públicas.

La elaboración del índice único electrónico⁽²⁶⁾ (que ha supuesto la necesidad de contratar, cuando menos, un empleado

por notaría solo dedicado a dicha tarea), las mayores y mejores infraestructuras telemáticas⁽²⁷⁾, las inversiones realizadas en materia informática, la colaboración en materia de blanqueo de capitales (con los mayores requisitos a la hora de redactar las escrituras, lo que se ha traducido en un mayor tiempo a emplear por documento autorizado), entre otros supuestos, han dado lugar a un sobresaliente **incremento de costes que se puede cifrar en más de un 40%⁽²⁸⁾ respecto a los costes que existían en 1989.**

5) La notarialización de la póliza. El arancel de las pólizas se regula en un Decreto de 1950, siendo hoy un arancel de máximos. Sin embargo, tras la reforma del Reglamento Notarial de 2007, se ha producido un incremento notable de las obligaciones y del tiempo que el notario ha de dedicar a la «intervención»⁽²⁹⁾ de la póliza, habiéndose producido una cierta equiparación con la escritura pública, lo que ha dado lugar a que el arancel vigente, del año 1950, resulte insuficiente para compensar las mayores obligaciones y diligencias que el notario tiene que desplegar a la hora de intervenir una póliza⁽³⁰⁾.

Urgente necesidad de una revisión del arancel notarial. Necesidad de actualización automática con arreglo al IPC del arancel

Todas estas circunstancias (dispersión normativa, aumento de costes económicos, disminución de ingresos, etc.) hacen que sea, hoy más que nunca, necesaria la redacción y aprobación de un nuevo arancel notarial. Se puede decir, sin exagerar, que **el Notariado está ya al límite⁽³¹⁾, peligrando seriamente no solo la prestación de un servicio notarial de calidad, sino la prestación misma del servicio.**

El Notariado ha de estar al servicio de la sociedad. La actividad notarial no es una actividad mercantil, sino una actividad pública, un servicio público que ha de estar regulado por el Estado conforme a unos criterios justos y adecuados a las circunstancias del tiempo y del lugar y que permitan el acceso de todos al servicio público notarial.

Después de veintidós años desde la publicación del actual arancel notarial y de más de cincuenta años de la norma arance-

laria que regula la minutación de las pólizas, **se hace necesaria la redacción, aprobación y publicación de un nuevo arancel que recoja en una sola norma todo el conjunto de disposiciones dispersas, que tenga en cuenta los verdaderos costes actuales de la oficina pública notarial, que prevea su actualización anual automática conforme al IPC y que permita su revisión periódica conforme a criterios serios y objetivos.**

¿Cómo ha de ser este arancel?⁽³²⁾

Entre las conclusiones del VI Congreso Notarial (Madrid, 1997), se encuentra la siguiente: «SEXTA.–La función notarial debe producirse con un coste justo, lo que se consigue mediante un **sistema de retribución de aranceles obligatorios** fijados por el poder público y alejados tanto de las leyes del mercado como de las decisiones de la propia institución. La eficacia del control de legalidad y del asesoramiento imparcial institucional, que implican, de suyo, una alta capacitación y una rigurosa independencia del notario, postulan un **sistema tarifado fijo de retribución**».

Desde la aprobación por Real Decreto de 17 de noviembre de 1989 del arancel notarial, solo hemos conocido normas que han establecido reducciones o exenciones

Y la conclusión séptima del VIII Congreso Notarial (Madrid, mayo de 2003) señala que «procede sentar las bases de un nuevo modelo arancelario que, además de establecer una remuneración justa, preserve el contenido íntegro de la función pública notarial, lo que comporta **el mantenimiento de un sistema de arancel fijo, que es el único que puede garantizar los objetivos institucionales del Notariado**, especialmente su independencia. Este nuevo arancel deberá estar **informado por los principios de proporcionalidad al coste del servicio, imparcialidad, responsabilidad y verificabilidad**».

Considero que siguen siendo igualmente defendibles hoy, en 2011, estas conclusiones.



Necesidad de que el arancel sea fijo⁽³³⁾

Deben eliminarse las posibilidades introducidas en las últimas reformas de «negociación» del arancel. El arancel ha de ser fijo. **La negociación del arancel al único al que beneficia es al cliente poderoso, pero no al consumidor o al ciudadano de a pie que va a la notaría, como mucho, una o dos veces a lo largo de su vida.**

La función que prestamos los notarios no es una mera mercadería, sometida a la oferta y la demanda para la fijación de su precio; antes bien, este queda, mediante el arancel, fuera de la disposición de las partes, y es fijado por el poder público, en congruencia con el carácter público de la función, aunque se ejerza en régimen privado y profesional, sometido a fuertes restricciones.

Si nos encontráramos ante un servicio puramente profesional, regido por normas de mercado, lógicamente intentaríamos obtener el máximo beneficio de nuestra actividad, y, al menos, conseguir que cada una de nuestras actuaciones fuera remunerada de modo que cubriera su coste y diera un cierto beneficio. Carecerían de sentido, desde el punto de vista de las leyes del mercado, no solo las actuaciones gratuitas, como son los poderes electorales o las copias y poderes expedidos en procedimientos en los que se ha obtenido el beneficio de justicia gratuita, sino también aquellas actuaciones cuya remuneración es inferior a su coste o aquellas complicadas, engorrosas o incómodas, cuya retribución es escasa (como actas con salidas fuera del despacho, viviendas de protección oficial o testamentos).

Por otra parte, **la crisis económica actualmente vivida ha supuesto una importante llamada de atención frente a las pretendidas bondades del ultraliberalismo económico**, demostrando que los controladores del mercado (y el notario es uno de ellos) **han de estar fuera de dicho mercado** para ser auténticamente independientes e imparciales y para que el control por ellos realizado sea eficaz.

(1) Se puede afirmar que el justo equilibrio entre ambos aspectos es el que permite la máxima calidad en la prestación del servicio notarial, y que un excesivo peso de una de las dos partes en relación a la otra puede conducir a un empeoramiento

de la prestación de un servicio esencial para la seguridad jurídica de un país, como se puede observar estudiando la casuística en el Derecho comparado histórico notarial.

- (2) No se entiende que un funcionario público cobre de los ciudadanos, en lugar de ser remunerado por el Estado, del mismo modo que no se comprende que un profesional del Derecho esté sujeto a *numerus clausus*, a la aprobación de una oposición para ejercer, a la obligación de atender todo requerimiento lícito de su ministerio, etc.
- (3) El modelo anglosajón del «seguro del título», más caro para el ciudadano que el modelo de seguridad jurídica del Notariado latino, se patrocina desde determinados sectores económicos con fines claramente crematísticos, lo que les lleva interesadamente a promover el documento privado frente al documento público notarial.
- (4) El artículo 45 de la Ley del Notariado señala que «el Gobierno, oídas las audiencias, presentará a las Cortes el correspondiente proyecto de ley para establecer el arancel que fije los derechos arancelarios». Tan importante se consideraba el arancel notarial que se tenía que aprobar por ley. En la regulación reglamentaria, sin embargo, se rebajó esta exigencia, permitiéndose que el arancel fuese aprobado por el Gobierno mediante Decreto, a propuesta del Ministro de Justicia (artículo 63 del Reglamento Notarial).
- (5) Artículo 63, párrafo 1.º, del Reglamento Notarial.
- (6) Disposición adicional tercera de la Ley de Tasas y Precios Públicos.
- (7) Entre otros muchos, destacan especialmente los poderes electorales y demás actuaciones de los notarios en materia electoral. Pero, últimamente, asistimos a una ampliación constante de estos supuestos, a través de leyes especiales de reactivación de la actividad económica en lo que se refiere a operaciones jurídicas que han de formalizar las administraciones públicas o las entidades o empresas de ellas dependientes.
- (8) Poderes para pleitos, copias y testimonios otorgados o instados por personas físicas que hayan obtenido el beneficio de pobreza (hoy, beneficio de justicia gratuita) o, al menos, solicitado su concesión, conforme a las leyes procesales, siempre que tengan relación directa con el procedimiento a que tal beneficio se refiera; los poderes para pleitos cuyo exclusivo objeto sea solicitar el referido beneficio; los instrumentos, copias y testimonios relativos al estado civil de las personas cuando

los interesados aleguen, bajo sanción de falsedad, carecer de medios económicos; las actas y sus copias autorizadas a requerimiento de asociaciones de beneficencia o de la Cruz Roja.

- (9) El Reglamento Notarial (en su redacción dada por Decreto de 22 de julio de 1967) preveía la obligatoria revisión periódica del arancel cada diez años (o antes, si las circunstancias lo aconsejasen). El arancel de 21 de abril de 1950 (que vino a sustituir al de 1916) fue revisado en 1971, veintiún años después. Y el arancel de 1971 fue revisado en 1989, dieciocho años después. Hoy han pasado casi veintidós años sin que se haya planteado la necesidad de dar cumplimiento a la revisión decenal preceptuada legalmente.
- (10) Cambio en la determinación de las bases (de valores reales se pasa a valores comprobados fiscalmente y, a falta de ellos, a valores declarados); simplificación de la estructura y contenido del arancel; clarificación de conceptos, a fin de lograr mayor transparencia y publicidad.
- (11) La exposición de estas reducciones es tan prolija que excede del ámbito de este trabajo. Podría hacerse un estudio específico de las mismas con el fin de analizar el fundamento que llevó a su aprobación. La conclusión a que se llegaría sería, en la inmensa mayoría de las ocasiones, la misma: mero oportunismo político.
- (12) Lo que no es indiferente, si se tiene en cuenta que el artículo 348, g), del Reglamento Notarial tipifica como infracción muy grave «la percepción de derechos arancelarios con infracción de las disposiciones por las que aquellos se rijan». Sería importante, por ende, contar con un arancel sencillo y fácil de aplicar. Entretanto, la elaboración de unas normas interpretativas dictadas por la DGRN que contribuyeran a aclarar las dudas de aplicación del arancel sería, sin duda alguna, muy bien recibida por el colectivo notarial.
- (13) Una de las últimas de la larga lista ha sido la fijada por el Real Decreto-Ley 13/2010, de 3 de diciembre, sobre constitución de sociedades mercantiles y convocatoria de Junta General, en la que establece un arancel notarial reducido de 60 y de 150 euros, según el tipo de sociedad telemática constituida. El arancel que ahora se prevé no cubre el coste de elaboración. Pero es que, además, se añade al coste de elaboración el coste de una amplia gestión telemática. El arancel correspondiente a la elaboración del documento se reduce, pero (y esto es lo incomprensible) se impone al notario una gestión telemática obligatoria sin derecho a cobrar por



ella (así se desprende de la Instrucción de la DGRN de 18 de mayo de 2011). Lo más preocupante, aparte de lo expuesto, a mi parecer, es la introducción en la mentalidad del Legislador de la errónea idea de que lo tecnológico es (o debe ser) más barato, cuando, ciertamente, la utilización de nuevas tecnologías puede suponer una agilización de plazos, con la consiguiente reducción de costes, pero no una supresión de los mismos a costa del notario.

- (14) A nivel teórico, se podría pensar que la remuneración notarial fuese por otra vía distinta del arancel: por ejemplo, a cargo de los presupuestos del Estado, dada la condición de funcionario público que tiene el notario. También se podría pensar en mantener el sistema de retribución a cargo de quienes utilizan el servicio notarial, pero dejando a la ley de la oferta y la demanda la fijación de los honorarios (liberalización total del arancel, seguida en Holanda). Ninguno de los sistemas es satisfactorio: basta ver el resultado negativo que tuvo en Portugal la primera de las propuestas, que llevó al cambio de sistema, y el resultado que está teniendo en Holanda (rebaja en relación a los grandes operadores económicos y aumento del coste para los ciudadanos en general). Como se ha señalado, un sistema de precios libres por servicios notariales induciría a una merma en la calidad del servicio, trastocando el sistema de fe pública. La existencia de un arancel fijado por el Gobierno elimina la competencia desleal y obliga a los notarios a su cumplimiento. El consumidor puede evaluar otros elementos del notario, tales como la calidad del servicio prestado, la preparación jurídica, la capacidad de trabajo, la rapidez y la diligencia, la organización de la notaría y los antecedentes profesionales y personales, entre otros valores subjetivos.
- (15) Son tres las justificaciones principales que se han dado por los analistas económicos del arancel notarial:
- 1) Las cuasi-rentas (criterio sostenido por Benito Arruñada), teoría según la cual el arancel y el *numerus clausus* compensan la inversión inicial del notario (básicamente, en años de estudio) y disciplinan la carrera notarial coordinando los incentivos económicos con los principios deontológicos a los que debe estar sometido el ejercicio de la profesión.
 - 2) La protección debida al *gatekeeper* (expresión utilizada, entre otros, por Cándido Paz Ares): si la función notarial implica negar la autorización en beneficio de terceros no presentes (interés público), la fijación de la remuneración no puede

depender directamente de sus clientes directos.

3) La Teoría del Mercado de Limones (sostenida por Akerloff), según la cual las múltiples asimetrías informativas existentes entre clientes y entre los clientes y el notario determinan un mercado imposibilitado de funcionar adecuadamente; la competencia da lugar a un descenso radical de la calidad, que termina pagando el consumidor débil y, en el supuesto notarial, también los terceros.

- (16) Esta actualización podría ser hecha directamente por la DGRN, sin necesidad de ningún otro requisito más que, como es lógico, la petición fundada del CGN. Existe un precedente: la *Resolución DGRN de 25 de septiembre de 1982*, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 63 del Reglamento Notarial, procedió a la actualización del arancel para «poner remedio a una situación que (había) devenido insostenible por causa del gran incremento, debido a la inflación, experimentado en los últimos tiempos en los costes y gastos de los despachos notariales, íntegramente a cargo del notario, y al carácter regresivo de los aranceles notariales respecto de los documentos que se cobran en atención a la cuantía del negocio jurídico contenido en el documento».
- (17) En la pasada época de bonanza económica, este hecho era especialmente predicable respecto de los documentos sin cuantía, puesto que el incremento constante de los valores, avivado por la burbuja inmobiliaria, compensaba la falta de actualización al IPC en los documentos de cuantía. La situación actual es precisamente la contraria, por lo que la actualización, siendo exigible de forma apremiante respecto de los documentos sin cuantía, ha de empezar a estimarse también respecto a los documentos de cuantía.
- (18) Un testamento hoy cuesta menos de la mitad que costaba en 1989, en términos de poder adquisitivo. Para que su coste fuese el mismo, debería ser de 75 euros, y no de 36 euros, como viene siendo desde hace más de dos décadas, sin tener en cuenta la subida del IPC en un 108 %.
- (19) La contratación notarial de 2010, en relación al año 2007, ha disminuido en un 83 % en compraventa de viviendas y en un 67 %, aproximadamente, en préstamos.
- (20) Todas las rebajas realizadas lo han sido sin estudios de su repercusión en el mantenimiento de la oficina notarial, sin analizar el coste medio ponderado de la oficina. Por tanto, puede decirse que han sido totalmente injustificadas. El Real Decreto de 1989, del arancel vigente, pre-

veía la constitución de una comisión de seguimiento del arancel, comisión que nunca llegó a constituirse. El principio de cobertura que proclama dicha norma también ha sido sistemáticamente conculcado de manera paladina, sobre la base del infundado criterio (subyacente) de que «a los notarios todavía les queda un amplio margen de ganancia».

- (21) Son ya tres los notarios que han solicitado la declaración de concurso de acreedores.
- (22) Es preciso realizar un estudio estadístico de la contratación notarial, procediendo a la amortización de las notarías que no sean sostenibles. Para que todas las plazas notariales pudiesen quedar cubiertas, cabrían, en principio, dos opciones:
- 1) La revisión y actualización del arancel, con un importante incremento que permita la cobertura de gastos.
 - 2) La supresión del exceso de plazas notariales existente. En algunos casos, bastará con la amortización de notarías, pero, en otros, será insuficiente, por lo que habrá necesariamente que proceder a un estudio serio y riguroso de los costes actuales de la oficina notarial, al mismo tiempo que a un estudio de la estadística notarial por plazas.
- (23) En el último concurso notarial, veintiséis notarías de primera han quedado desiertas. Estas notarías no son solicitadas por ningún notario, ni siquiera por los que acaban de aprobar, puesto que las previsiones en tales plazas son de «pérdidas», en parte, por la extraordinaria disminución en el volumen de operaciones como consecuencia de la crisis, pero también por el aumento del número de plazas como consecuencia de la demarcación, que hace que apenas haya documentos que puedan ser autorizados por los notarios que puedan cubrir la plaza y, de haberlos, serían insuficientes completamente para cubrir los gastos de la oficina notarial.
- (24) No es que sean más o menos rentables, sino que producen pérdidas.
- (25) La política corporativa de mayor colaboración con las administraciones se puede entender acertada, en cuanto que supone una mejora cualitativa del servicio notarial, en beneficio no solo (eso sí) del ciudadano que reclama nuestros servicios, sino, muy especialmente, del interés general del Estado. Lo erróneo (y ahora lo padecemos) ha sido la falta de actualización y revisión del arancel para cubrir los mayores costes generados por el incremento de costes que ello ha supuesto. Además, hay una serie de servicios que, con las nuevas tecnologías, prestamos



los notarios y que no están contemplados en el arancel, lo que da lugar a una heterogeneidad de tarifas extra-arancelarias.

- (26) Solo la elaboración del índice único, que hay que enviar con una periodicidad quincenal, ha significado un incremento de un 33 % de media del coste de la oficina notarial. El índice único exige muchas horas de trabajo y esfuerzo, siendo beneficiarias del mismo, sin coste alguno para ellas, las administraciones públicas: la Agencia Tributaria, el Catastro, SEPBLAC (blanqueo de capitales), etc. Además, su defectuosa redacción o su remisión fuera de plazo generan una grave responsabilidad para el notario.
- (27) La obligación de envío telemático de las escrituras a los Registros de la Propiedad y Mercantiles exige disponer de infraestructura tecnológica importante, en constante renovación. Además, los programas y el *hardware* (servidor PLATON) necesarios son costeados por los notarios, siendo el coste medio mensual por cada notario, en la actualidad, de unos 500 euros.
- (28) Incremento medio aproximado, pues, evidentemente, en las notarías de entrada el incremento ha sido muy superior.
- (29) Se puede decir que, más que una intervención, tras la reforma del Reglamento

Notarial de 2007, el notario, salvo la redacción del documento, que ya viene hecha, tiene que desplegar la misma diligencia que emplea respecto a una escritura pública; a veces, incluso incrementada, al no tener que cumplirse la unidad de acto. Tanto es así que hoy más bien procedería hablar de *autorización* y no de *intervención* en las pólizas.

- (30) Compárense los requisitos establecidos en los artículos 197, 197 *bis*, 197 *ter*, 197 *quater*, 197 *quinquies* y 197 *sexiens* del Reglamento Notarial con los que se establecían anteriormente, con lo que se entenderá perfectamente de qué estamos hablando. Además, al no exigirse unidad de acto, muchas veces el notario tiene que explicar el contenido de la póliza tantas veces como número de intervinientes haya, y todo ello para cobrar, en muchas ocasiones, 12 euros, siendo el arancel claramente insuficiente para cubrir el coste de la intervención.
- (31) Ya en el año 2008 se plasmó la situación límite del Notariado español con la enérgica reacción que se produjo ante la rebaja prevista de un 20 % del arancel, reacción que consiguió paralizar la medida. Desde 2008, la situación ha empeorado aún más: en las notarías prácticamente ya no se firman ventas ni préstamos, por lo que son las herencias y los

documentos sin cuantía los que tienen que contribuir a sufragar los gastos generados, de difícil reducción. Se calcula que un 15 % de las notarías españolas se halla en pérdidas, y este número aumenta con el paso del tiempo, a medida que la recesión económica se prolonga y acentúa.

- (32) No voy a entrar en esta cuestión sino en términos generales, habida cuenta de la necesaria limitación de este modesto artículo. Indudablemente, está claro, si nos fijamos en la reciente experiencia de Holanda, que ha de existir un arancel y que este ha de ser fijo, sin posibilidad de negociación. El notario es un controlador del mercado, por lo que no puede, en modo alguno, estar sometido a las leyes de la oferta y la demanda del mercado económico, leyes que solo benefician a los grandes operadores. Solo el arancel garantiza la prestación de un servicio notarial de calidad y asequible a todos los sectores económicos, incluso a los que menos tienen.
- (33) La liberalización parcial del arancel ha repercutido negativamente en la calidad de la prestación del servicio notarial, incidiendo en la imparcialidad e independencia que siempre ha de mantener el notario.

La nueva Ley de Arbitraje (Ley 11/2011, de 20 de mayo) incluye como principal novedad, en su artículo 15.1, la sustitución de la condición de «abogado en ejercicio» por la de «jurista» como requisito para ser nombrado árbitro de derecho. Esta nueva atribución, que podrá asumir todo jurista y, por lo tanto, entre ellos el notario, cuyo componente de neutralidad, independencia e imparcialidad constituye la mejor garantía de que su función contribuirá a dar un nuevo impulso al arbitraje, especialmente en el ámbito societario y mercantil, es una nueva vía abierta en el desarrollo profesional de los notarios. Su aportación, de gran valor jurídico y social, está siendo ya reconocida desde muy diversos ámbitos.

Con ocasión de la reforma de la citada Ley, Jesús M.^a de Alfonso, Presidente del Tribunal Arbitral de Barcelona, e Ildefonso Sánchez Prat, notario de Barcelona y Vicepresidente de dicha institución, institución que ha sido clave en la redacción de la ley y en la consecución de esta nueva atribución para los notarios, reflexionan sobre las novedades introducidas y, muy especialmente, sobre la futura contribución del Notariado al desarrollo del arbitraje.



El arbitraje, de nuevo sobre la mesa del jurista

Jesús M.^a de Alfonso

Abogado y árbitro. Presidente del Tribunal Arbitral de Barcelona

1. Especial idoneidad del arbitraje para el conflicto societario

La reciente reforma del arbitraje promulgada por la Ley 11/2011, dentro del marco de un ambicioso plan de modernización y ampliación de los accesos del ciudadano a la Justicia, provee de una ocasión para aumentar la utilidad de ese instituto en unos tiempos en que la necesaria re-

solución de los conflictos, sobre todo una categoría determinada de los mismos, se compadece mal con los tiempos largos y a veces inciertos o incluso con las muchas veces prescindibles rigideces formales de la jurisdicción ordinaria.

El mundo de la empresa, particularmente dinámico, donde en un ejercicio ya se está planificando el siguiente con

presupuestos, planes estratégicos y de negocio a varios años, no puede padecer la incertidumbre de la resolución de un conflicto que atenaza planes de expansión o compromete gravemente la marcha y aun la vida misma de la sociedad, proyectándose en la operativa y en las cuentas de la compañía ejercicio tras ejercicio.



Las disputas en el seno de **protocolos familiares**, que lo último que precisan es publicidad, o las que se desarrollan en un entorno de negocio esencialmente dinámico (como puede ser entre **licenciantes y licenciarios, concedentes y distribuidores**, etc.) **hallan en el arbitraje un medio eficaz, ágil y veloz** para salir de dudas y poder seguir tomando decisiones a partir de una resolución rápida de sus conflictos.

No han hecho ningún bien al arbitraje societario en España los vaivenes de su arbitrabilidad y, particularmente, la impugnación de los acuerdos sociales vía arbitraje

No han hecho ningún bien al arbitraje societario en España los vaivenes de su arbitrabilidad y, particularmente, la impugnación de los acuerdos sociales vía arbitraje. De la arbitrabilidad, antes de 1951, se pasó por mor de una interpretación demasiado literal de la Ley de Sociedades Anónimas de dicha fecha a la exclusión del cauce arbitral para la impugnación de acuerdos por parte de la doctrina de la época, por entender que la predeterminación de un proceso ante la jurisdicción impedía arbitrar. Después, con la Resolución de 19 de febrero de 1998 de la DGRN y la paralela Sentencia del TS de 18 de abril de 1998, se vuelve a decir que sí, debiéndose destacar

el hito de la Sentencia del TC de 17 de enero de 2005, en la que se disiente de que acudir al arbitraje suponga la renuncia a la tutela judicial efectiva y al acceso a la jurisdicción. Pero, a pesar de ella, una sentencia del TS de 2007 podía suponer de nuevo un preocupante paso atrás, arrojando dudas que podían ensombrecer una vez más la cuestión con riesgo de que los que se oponen al arbitraje pudieran ver en ella alas para una nueva corriente doctrinal poco propicia para el arbitraje de tal categoría de conflictos.

La Ley 11/2011 pone fin a tanta zozobra: son arbitrables todos los conflictos que se planteen en las sociedades de capital, según dicción del nuevo artículo 11 bis. Ya no pueden caber dudas, por lo que **acudir al arbitraje societario, que ahora el Legislador denomina estatutario, tiene un acceso libre y seguro**, y no puede causar ya incertidumbre alguna. Menos aún la impugnación de los acuerdos sociales por este cauce a la que **dedica el artículo 11 bis su párrafo 3.º**, en el que, con mayor o menor fortuna, se dice: «3. *Los estatutos sociales podrán establecer que la impugnación de los acuerdos sociales por los socios o administradores quede sometida a la decisión de uno o varios árbitros, encomendándose la administración del arbitraje y la designación de los árbitros a una institución arbitral*».

¿Es el enunciado limitativo? No hay sustento para tal conclusión, pues el enunciado general del párrafo 1.º quita todo asomo de duda: **son arbitrables todos los conflic-**

tos que se planteen en las sociedades de capital.

La generalidad y, aun si se quiere, ambigüedad es buscada a propósito para facilitar el acceso al arbitraje de todo conflicto en el seno de la sociedad de capital.

Hay quienes han afirmado que la inclusión del arbitraje societario en la Ley de Arbitraje no era necesaria porque ya estaba formulada jurisprudencial y doctrinalmente, pero lo que está claro es que **el futuro del empresario no puede quedar al albur de doctrinas cambiantes o de jurisprudencia discordante ni a la particular interpretación de un titular de un juzgado concreto**. Ha hecho bien el Legislador español al poner fin a una situación que ha pasado por demasiados avatares.

Superada la mala solución de la unanimidad por el Legislador para la **inclusión de una cláusula arbitral en unos estatutos societarios**, se ha adoptado, al igual que hizo el Legislador italiano en 2003, la solución de una **mayoría reforzada de dos tercios de los votos** correspondientes a las acciones o participaciones en que se divida el capital.

No puede alegarse «perjuicio» por el socio disidente ni el socio futuro. Los antiarbitristas han venido entendiendo que la inclusión de una cláusula de arbitraje en unos estatutos imponía a todos los socios, incluso a los futuros, una renuncia a la tutela judicial. Nada más alejado de la realidad: **acudir al arbitraje entraña el ejercicio de una mera opción**. Se decide acudir al arbitraje y no a los tribunales de justicia, y la exclusión de estos no es renuncia, sino efecto del previo ejercicio de una opción.

Las sentencias del TC 43/1988 y 62/1991 lo dejaron muy claro: estamos en el arbitraje en presencia de un **equivalente jurisdiccional** que, además, tiene acceso a la tutela efectiva a través de la acción de anulación del laudo que constituye parte inseparable y válvula de seguridad del sistema y, por tanto, cauce prestacional de dicha tutela.

2. Los juristas y los métodos alternativos

Ocurre que ni empresarios ni muchos juristas se han formado en los sistemas alternativos de resolución de conflictos. **España tiene un déficit en acudir al arbi-**





traje y, aunque las razones son múltiples, el dominio de estas técnicas no es moneda corriente.

Ahora la opción arbitral no puede dejar de contemplarse por todo jurista. La mediación va a poblar los conflictos civiles incluso en los juzgados. **Alegar la supuesta ineficacia de estos métodos alternativos suele ocultar un preocupante desconocimiento o impericia en su manejo.** En estos momentos, tenemos en el Congreso en debate el proyecto de ley de la mediación y los contratos van a albergar cláusulas de mediación como previas a una resolución heterocompositiva del conflicto (o se podrá requerir a alguien para iniciar un proceso de mediación del que la huida no es la decisión más sensata ni inocua).

Está claro que el Legislador español ha optado por reactivar toda alternativa a los tribunales de justicia en los que los niveles de seguridad jurídica, muchas veces proporcionados a la naturaleza y las consecuencias del conflicto, tienen que ver y conforman una carga presupuestaria excesivamente onerosa que se resiente más en tiempos de limitaciones.

No puede desconocerse tampoco que **asuntos de trascendencia para la vida económica de muchos y para el desarrollo de nuestra economía se ven bloqueados** por la sustanciación de muchos conflictos de escasa entidad o complejidad, donde es probable que el coste de tramitación del Estado supere al propio interés económico de lo debatido.

Ante estas circunstancias, **no prevenir el arbitraje** por parte de quienes pueden predisponer cláusulas arbitrales para que, una vez surja el conflicto, se puedan evitar los efectos de la tramitación del mismo ante los juzgados **puede no ser una conducta razonable.** Las instituciones jurídicas están a disposición y deben conocerse y usarse.

Es en la convención de los contratos y en la autorización de las escrituras cuando todos los profesionales deben plantearse la alternativa del arbitraje.

Quien puede verse atrapado en un laberinto de recursos, en una historia de dilaciones de incierto final, legítimamente **puede preguntarse cómo mi abogado o mi notario no me mencionaron la posibilidad de un arbitraje.** El justiciable solo toma una **decisión informada** al acudir a

los tribunales de justicia, si **antes** ha conocido la posibilidad de mediar y de arbitrar su conflicto.

3. Mayores garantías en el arbitraje

En no pocas ocasiones, quienes conocen la institución del arbitraje reconocen sus ventajas. Las dudas y aun temores se concentran en la persona del árbitro que tenga que resolver el conflicto futuro. *Arbitraje sí, pero quién* sería un posicionamiento extendido. Hoy, tras la reforma, la desconianza no tiene espacio, si se desarrolla una elemental conducta proactiva.

De entrada, **el Legislador ha apostado por profesionalizar el arbitraje**, derivándolo, en ciertos casos en que se precisa una permanente disponibilidad referencial, hacia **instituciones arbitrales.** Concretamente en la impugnación de acuerdos societarios, las partes **no pueden designar un árbitro ad hoc**, sino que deben ser las instituciones arbitrales las que lo designen, como así resulta del texto del artículo 11 bis.

El Legislador opta por la profesionalidad, por la permanencia y la disponibilidad que ofrecen dichas instituciones. La realidad enseña que es una decisión que se acomoda con la tradición arbitral; así, el Tribunal Arbitral de Barcelona, del que forma parte el Colegio de Notarios de Catalunya, tiene más de veintidós años de historia y, entre sus principales actividades, figura la de administrar arbitrajes societarios, que constituyen más de una cuarta parte de los conflictos cuya resolución administra.

La buena redacción de una cláusula arbitral, en la que se patentiza que «menos es más», **puede favorecer** que, en el futuro, quien haya optado por la vía arbitral no quede atrapado en una situación de tramitación compleja o accidentada de la resolución del conflicto, pues debemos insistir en que **el arbitraje es un proceso de instancia única donde solo las causas tasadas de la acción de anulación suponen un control ex post de la legalidad**, especialmente de que el proceso se haya desarrollado de conformidad a los principios del **proceso debido**, de que se haya arbitrado lo que se podía arbitrar y que el árbitro haya sido verdaderamente *independiente e imparcial*. Dicho de otro modo: **control de las garantías esenciales del sistema.**

Se pregunta si la nueva redacción del artículo 11 bis de la Ley 11/2011, al establecer como arbitrables los conflictos que se planteen en el seno de la sociedad, puede aplicarse a aquellas acciones que la Ley confiere a **terceros** en relación con determinados acuerdos societarios. Hay que partir de la base de que **va a regir siempre la literalidad de la cláusula arbitral** en lo que respecta a la tipología de conflictos cuyo conocimiento va a quedar excluido de los tribunales.

Una cláusula arbitral en unos estatutos lo primero que afirma es la voluntad de no acudir a la jurisdicción ordinaria, ya que la compañía ha optado por resolver sus conflictos de manera rápida y con todas las ventajas del arbitraje. **La pregunta es si un tercero puede modificar esa voluntad corporativa** explicitada en una cláusula arbitral y publicada en el Registro Mercantil.

El tercer párrafo del artículo 11 bis, donde se contempla la impugnación de acuerdos societarios, hay que interpretarlo a la luz de la generalidad del párrafo 1.º, de manera que, en armonía con el mismo, **hay que desechar que no sean arbitrables conflictos que se den en el seno de la sociedad pero los promuevan terceros**, siempre que, lógicamente, la cláusula arbitral esté previamente inscrita en el Registro Mercantil y sea comprensiva de tal tipología de conflictos.

Alegar la supuesta ineficacia de estos métodos alternativos suele ocultar un preocupante desconocimiento o impericia en su manejo

A tal conclusión se puede llegar no solo tomando en consideración **la voluntad de que sea arbitrable todo conflicto societario**, y de tal se trata, sino también por aplicación a esos terceros de los efectos de la publicidad del Registro y del principio *cuius comoda, eius incomoda*, y de la reciprocidad que se daría en el otorgamiento de derechos a inmiscuirse en la vida societaria a cambio del respeto organizativo de la misma cuando la compañía ha optado por el arbitraje.

Quien no quiera verse sujeto a arbitraje tiene a su alcance el no contratar con la empresa que haya decidido optar



por la vía arbitral. Así, no puede hablarse de *imposición* alguna a terceros, al preceder en todo caso la decisión libre de estos de contratar con la misma.

Es carente de todo sentido que los socios quieran evitar que la sociedad se vea *perturbada* por los largos caminos de los pleitos ante la jurisdicción, pacten el arbitraje como modelo de resolución rápida de sus conflictos y tales perturbaciones se produzcan, en contra de la voluntad societaria, por parte de terceros a los que se reconocen derechos que caracterizan muchas veces la posición de socio, máxime cuando antes de contratar con la sociedad pudieron conocer con los medios de hoy en día, con una mínima diligencia, en segundos la existencia de *cláusulas arbitrales* en los estatutos de la sociedad con la que pretendan relacionarse. Lo contrario equivale a negar efectos a la publicidad registral del convenio arbitral.

Quien no quiera verse sujeto a arbitraje tiene a su alcance el no contratar con la empresa que haya decidido optar por la vía arbitral

Los conflictos societarios se producen «en» la sociedad pero trascienden al tráfico mercantil, por lo que su resolución exige, cuando de actos o hechos inscribibles se trata, que se produzca cierta publicidad *erga omnes* que la nueva norma requiere.

Así, **el nuevo artículo 11 ter** dispone que:

- 1) **El laudo** que declare la nulidad de un acuerdo inscribible habrá de inscribirse en el Registro Mercantil. El *Boletín Oficial del Registro Mercantil* publicará un extracto.
- 2) En el caso de que el acuerdo impugnado estuviese inscrito en el Registro Mercantil, **el laudo determinará**, además, **la cancelación de su inscripción**, así como la de los **asientos posteriores** que resulten contradictorios con ella.

Por tanto, el laudo puede y debe proyectar los efectos de manera que sea conocido por quienes tengan interés en la sociedad, y se le reconoce instrumento eficaz

para modificar la realidad registral que debe adaptarse a la nueva situación que él crea.

4. Arbitraje y la eterna cuestión de la confianza

Volviendo a la cuestión nodal de la «confianza» en el árbitro, hay que decir terminantemente dos cosas: primero, que **la Ley de Arbitraje exige al árbitro que sea y se mantenga independiente e imparcial durante todo el proceso**. Ahora la reforma obliga a las instituciones que nombren árbitros también a *velar por* esa independencia; segundo, que **las partes tienen medios eficaces o sobrevenidos de dichas exigencias, que deben cumplirse en el árbitro mediante la recusación** que resuelven las instituciones que han nombrado a los árbitros con previsión reglamentaria.

Si algo falla aún, los tribunales de justicia van a poder expurgar el laudo del árbitro que no ha sido independiente e imparcial. Se trata de reconocer que existen mecanismos que dotan al sistema de una doble seguridad en tal crucial cuestión. Hay que decir también que quienes operan en el arbitraje tienen el deber inexcusable de conocerlos y de actuarlos cuando se requiera.

Las instituciones arbitrales, a partir de la reforma, deben **designar a los árbitros de manera transparente**, lo que debe alcanzar el proceso de selección y hasta el momento mismo de su proposición a las partes, ya que son ellas las que deben designar y designan al árbitro y solo las instituciones por cuenta de las mismas en su defecto. El Tribunal Arbitral de Barcelona ha patrocinado públicamente la **necesidad de transparencia** en las instituciones arbitrales, sean estas quienes sean, pues solo la transparencia puede generar confianza.

5. Unas reformas pro laudo

Las garantías en el arbitraje deben desplegarse en todas sus fases: en la *fase convencional* del pacto del convenio arbitral, en la *fase procesal* de sustanciación del arbitraje y en la *fase resolutive* del laudo.

La reforma permite ahora **rectificar el laudo que se haya excedido**, cosa que antes solo podía ser corregida por el ejercicio de la acción de anulación. Esta posibilidad da más seguridad al sistema y preserva el esfuerzo que han hecho las partes sustan-

ciando el proceso. Así, el artículo 39 de la Ley de Arbitraje adquiere una nueva redacción:

Artículo 39. Corrección, aclaración, complemento y **extralimitación** del laudo.

«1.—Dentro de los diez días siguientes a la notificación del laudo, salvo que las partes hayan acordado otro plazo, cualquiera de ellas podrá, con notificación a la otra, solicitar a los árbitros:

(...)

- d) **La rectificación de la extralimitación parcial del laudo**, cuando se haya **resuelto sobre cuestiones no sometidas a su decisión** o sobre **cuestiones no susceptibles de arbitraje**.»

«2.—Previo audiencia de las demás partes, los árbitros resolverán sobre las solicitudes de corrección de errores y de aclaración en el plazo de diez días, y sobre la solicitud de complemento y la rectificación de la **extralimitación**, en el plazo de veinte días.»

¿Qué duda cabe que la novedad supone un refuerzo de la efectividad del arbitraje y una aplicación del principio de economía procesal para hacer valer lo actuado a través de rectificar los excesos del laudo, que, debe mencionarse, pueden ser de diferente etiología? Por una parte, cabe corregir aquellas decisiones de cuestiones que no fueron sometidas al árbitro (*ultra petita*) y aquellos pronunciamientos sobre *materias no disponibles* y, en todo caso, no arbitrables.

En cuestión de despejar dudas tradicionales en el arbitraje, la nueva Ley se ocupa de aclarar qué **efectos** tiene el laudo. Así, el artículo 43 confería los efectos de la *cosa juzgada* al laudo «firme». Siendo la firmeza un efecto del agotamiento de los recursos ordinarios y siendo el laudo un producto no jurisdiccional al que no le son aplicables las disposiciones de recurribilidad de las resoluciones judiciales previstas en la LEC 2000, parecía un contrasentido hablar de *firmeza* respecto del laudo dictado en un procedimiento arbitral.

Si a ello unimos la desafortunada calificación como *recurso de nulidad* de la Ley de Arbitraje de 1988, lo que hoy conoce-



mos como **acción de anulación**, la confusión estaba servida. Y así se han producido no pocos incidentes en juzgados en los que los jueces han exigido un *laudo firme* para ejecutarlo o *certificaciones de firmeza*, lo que no es de extrañar, si se aplican modos jurisdiccionales al arbitraje.

Hay que celebrar, pues, la reforma del artículo 43, que quedará con la siguiente clara redacción:

«Artículo 43. Cosa juzgada y revisión de laudos.

El laudo produce efectos de cosa juzgada y frente a él solo cabrá ejercitar la acción de anulación y, en su caso, solicitar la revisión conforme a lo establecido en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de enjuiciamiento civil para las sentencias firmes.»

De una vez por todas, el laudo es *firme*, si ello fuera predicable del mismo, desde que se dicta, por la sencilla razón de que:

1) Estamos en un proceso de *instancia única*.

2) La ley no prevé *recurso* alguno contra él, sino una *acción de anulación* específica, dado su origen contractual.

3) Los efectos *jurisdiccionales* del laudo no se producen siempre (por ejemplo, un laudo ejecutado voluntariamente y que no debe inscribirse), por lo que no pueden caracterizarlo, quedando por ello muy alejados de conceptos predicables de la jurisdicción como es la recurribilidad y, por ende, de la firmeza.

6. Arbitraje y mediación

No cabe duda que considerar hoy en día compartimentos estancos las diversas modalidades alternativas de resolución de conflictos está superado. Pocos son ya los que confunden *arbitraje* y *mediación*.

Lo cierto, además, es que ambos medios coinciden o pueden coincidir, síncrona

o asíncronamente, y que de su coincidencia pueden surgir interacciones no siempre positivas.

La *mediación* está en todas las agendas, sobre todo ahora que se tramita el proyecto en el Congreso de la civil o mercantil. La bondad de ayudar a las partes a que alcancen un acuerdo superador del conflicto, esencia de la mediación, está fuera de toda duda, dejando de lado que se requiere, como en el caso del arbitraje, implementar en nuestra sociedad una verdadera *cultura específica* en la materia (y no solo en la ciudadanía, sino, principalmente, en los operadores jurídicos tradicionales).

Dicho lo anterior, no parece ocioso recordar que tanto el funcionamiento como *las actitudes de las partes* son radicalmente distintas en la mediación de como deben ser en un litigio ante los tribunales o en un arbitraje.

El arbitraje es un proceso de instancia única donde solo las causas tasadas de la acción de anulación suponen un control *ex post* de la legalidad

En el arbitraje, el árbitro no puede quedar contaminado por el conocimiento de lo que las partes están dispuestas a ceder en un entorno transaccional. En la mediación, de eso se trata, pero no así en el arbitraje, donde lo que cada parte está dispuesta a ceder no tiene cauce ni visibilidad. La transacción es, por definición, *renuncias a cambio de o en contemplación de ventajas*, pero si las ventajas no son ciertas o no se obtienen, las renunciaciones tampoco pueden exigirse. El problema es que ya se han explicitado *en el entorno de mediación*, y esa es la parte contaminante para quien ha de decidir en una solución heterocompositiva como es el arbitraje.

El árbitro que conoce cuáles son las renunciaciones que está dispuesta a hacer una parte está, quiérase o no, contaminado, y ello afecta a su imparcialidad, porque psicológicamente la disposición a renunciar o a dar algo va a pesar en su decisión, que discurrirá así por *lo aceptable*, provocando en la mente del árbitro la atracción hacia la solución *ya aceptada* por la parte, por el menor *riesgo de error*, lo que no es cierto,

porque tal supuesta *aceptación* estaba condicionada a la obtención de determinadas ventajas transaccionales que no pueden desasociarse de la misma ni, por tanto, pasar a *reconstruirlas forzosamente* en el laudo cuando las partes las abandonaron.

Lo último que le puede pasar a un árbitro es que se contamine, que quede influenciado por una potencial transacción que no ha llegado a acordarse y pierda con ello su imparcialidad, en cuyo momento debe plantearse dar cumplimiento a la obligación de renunciar ex artículo 19.1 por imposibilidad de cumplir con la obligación del 17.1 (obligación de *mantenerse* independiente e imparcial).

La nueva norma, **nuevo párrafo 4.º del artículo 17**, titulado «*motivos de abstención y recusación*», dice literalmente:

«4.–Salvo acuerdo en contrario de las partes, el árbitro **no podrá haber intervenido** como mediador en el **mismo conflicto** entre estas.»

Por tanto, se impide siempre, salvo que las partes estén de acuerdo en ello, **que el árbitro actúe como mediador**, lo que en ausencia de tal convenio le obliga a presentar la renuncia si la mediación no prospera y ha intervenido en ella.

La reforma permite ahora rectificar el laudo que se haya excedido, cosa que antes solo podía ser corregida por el ejercicio de la acción de anulación

La figura del mediador y la del árbitro no deben coincidir de acuerdo con la finalidad de la norma. Primero, porque el árbitro tiene una información del conflicto *modulada de acuerdo con las pretensiones* que actúan como conviene a la estrategia del proceso arbitral, lo que puede no ser todas las implicaciones del conflicto ni todo el conflicto mismo por el principio dispositivo que rige en el arbitraje y que tienen las partes. Por ello, insertada una mediación en el proceso arbitral, obliga a una *exploración de las partes* que puede fácilmente superar el alcance del propio proceso arbitral en su conformación de las pretensiones, lo que casa mal con la función de enjuiciamiento de las pretensiones que justifica su presen-

cia como *árbitro de las pretensiones* en el propio conflicto.

El mandato prohibitivo, además, se proyecta no solo respecto del conflicto del arbitraje presente, sino que extiende su eficacia hacia el pasado en fases conflictuales prearbitraje, siempre que se den identidades en el conflicto del que no podrá separarse la causa o entorno del mismo (por ejemplo, el mismo contrato de distribución). Parece muy claro que la obligación de revelación del artículo 17.2 de la Ley de Arbitraje es comprensiva ahora de cualesquiera *intervenciones de mediación* y, por la misma finalidad de la norma, cualesquiera otras posiciones equiparables, que obligarían al árbitro a abstenerse o renunciar.

Buena prueba de la tesis mantenida es que los riesgos de contaminación entre arbitraje y mediación pueden haber sido también identificados por el Legislador español, como así resulta del proyecto de ley de mediación (*Boletín Oficial de Congreso*, 29 de abril de 2011), en cuyo artículo 5.1 se habla de «incompatibilidad» de la actividad de arbitraje con la de mediación, pese a que lo aconsejable sea moderar este término.

7. Arbitraje y concurso

En la línea de dotar al arbitraje de una mayor efectividad va la apuesta de la reforma al modificar la Ley Concursal en el sentido de que **la declaración del concurso no afecta a los convenios arbitrales**, por lo que los arbitrajes se podrán sustanciar constante el concurso, a diferencia de antes, en que el concurso impedía que el convenio arbitral desplegara sus efectos. Si el arbitraje era legítimo y bueno entre partes antes del concurso, continúa siéndolo durante él como método de resolver conflictos, salvo desviaciones que el Juez tendrá que razonar y fundamentar, y se dará así eficacia al mandato del artículo 11.1 de la Ley de Arbitraje, que impide a los tribunales conocer las controversias sometidas a arbitraje.

Ciertamente, desaparece así una *desconfianza* hacia el arbitraje residenciada en la Ley Concursal, que le daba un tratamiento distinto a los de los otros contratos, lo que es buena noticia.

El Legislador deja a criterio del Juez del concurso suspender los efectos del convenio arbitral. Ahí deben ponderarse cuáles pueden ser los motivos del Juez del concur-

so para impedir la eficacia de un convenio arbitral que, obviamente, **no pueden estar residenciados en la misma naturaleza del arbitraje, lo que supondría un perjuicio inadmisibles, sobre todo a la vista de la modificación compatibilizadora que se hace por la reforma**, sino en específicos efectos en «la tramitación del concurso» de que se trate. Dicho de otro modo, el Juez no podrá invocar *que se trata de un arbitraje* porque **la Ley parte de la compatibilidad in generis entre arbitraje y concurso**, sino que deberá justificar los concretos perjuicios y el juicio de razonabilidad de su producción «en la tramitación». Porque debe motivarse en tanto que excepción al principio general, dicha decisión debe adoptarla el Juez mediante auto.

El **apartado 1 del artículo 52** pasa a tener la siguiente redacción:

«1.–La declaración de concurso, por sí sola, **no afecta** a los pactos de mediación ni **a los convenios arbitrales** suscritos por el concursado. Cuando el órgano jurisdiccional entendiera que dichos pactos o convenios **pudieran suponer un perjuicio para la tramitación** del concurso, podrá acordar la suspensión de sus efectos, todo ello sin perjuicio de lo dispuesto en los tratados internacionales.»

Lo mismo cabe decir de las *medidas cautelares* adoptadas por el árbitro en el procedimiento de su competencia, que deben subsistir al quedar exceptuadas del nuevo número 4 del artículo 8 de la Ley Concursal, sin perjuicio de que el Juez del concurso pueda suspenderlas o incluso *solicitar* su levantamiento al árbitro, que es quien tiene *competencia excluyente* de la jurisdicción por efecto del artículo 11.1 de la Ley de Arbitraje en relación con el artículo 52.1 de la Ley Concursal 22/2003, y ello siempre que, insistimos, el Juez entienda que pueden suponer un **perjuicio para la tramitación**.

De nuevo, el Juez del concurso deberá *motivar* tal perjuicio de las medidas cautelares para la tramitación del concurso y tendrá que considerar que tal levantamiento puede ocasionar otro perjuicio para la tramitación, pero del arbitraje.

Consecuencia de la nueva filosofía de interacción arbitraje/concurso y respecto de las medidas cautelares iniciado un concurso, se modifica **el número 4 del artículo**



8 de la Ley Concursal, que determina la jurisdicción exclusiva y excluyente del Juez del concurso, que pasa a tener la siguiente redacción:

«4.–Toda *medida cautelar* que afecte al patrimonio del concursado, **excepto** las que se adopten en los procesos que quedan excluidos de su jurisdicción en el párrafo 1.º de este precepto y, en su caso, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 52, **las adoptadas por los árbitros en las actuaciones arbitrales**, sin perjuicio de la competencia del Juez para acordar la **suspensión** de las mismas, o **solicitar su levantamiento**, cuando considere que puedan suponer **un perjuicio para la tramitación** del concurso.»

El Legislador se cuida de no invadir la *jurisdicción* del árbitro. De ahí que no pueda *dejarlas sin efecto*, sino *suspenderlas* o *solicitar del árbitro su levantamiento*, dos decisiones distintas que debe ponderar en atención a las circunstancias y a los efectos que se pretendan. El Juez no puede dejar de oír al árbitro, ni a las partes en el arbitraje, y considerar los efectos de su decisión en el proceso arbitral.

8. El notario ante el arbitraje

Ya se ha visto *supra* que hoy en día, en la situación en que se encuentra la Justicia,

la proyección de las tendencias y el agravamiento potencial de ciertas disfunciones con causa presupuestaria han recomendado al **Legislador potenciar métodos alternativos, además de reconsiderar el acceso a la Justicia**, tarea tan necesaria e interesante como desafiante y compleja.

Todos quienes asesoren acerca de la legalidad aplicable en cualquier fase del *iter* contractual no pueden dejar de plantear a los interesados los sistemas alternativos a la resolución de conflictos, entre los que destaca el arbitraje por sus garantías jurídicas en razón de sus intervinientes, principios rectores y los remedios previstos para corregir desviaciones. No hacerlo así es sustraer del cliente una información esencial: el justiciable tiene aún más a partir de ahora el derecho al ejercicio de una opción (tribunales o métodos alternativos), y la decisión, en todo caso, *debe de ser informada*, y en ello puede y debe jugar un papel importante el notario.

Además, **el notario halla en la reforma del arbitraje la posibilidad de ejercer como árbitro**, ya que el Legislador ha ampliado la categoría de *árbitros en derecho* a los *juristas*, lo que debe ser interpretado en el sentido no de una mera titulación a la que no siga un ejercicio profesional, sino de quienes hacen del Derecho el centro del ejercicio de su actividad habitual.

El notario **aporta una gran componente de neutralidad al arbitraje**, lo que llena, *prima facie*, la exigencia de independencia e imparcialidad del árbitro. No cabe duda de que en aquellos conflictos donde radiquen en una *questio iuris*, la aportación del notario va a ser altamente idónea. Igualmente, en los arbitrajes de equidad, injustamente postergados en nuestro Derecho, la experiencia de la realidad de la Notaría y la formación jurídica le hacen un excelente árbitro en equidad, aunque esta modalidad no haya sufrido alteración alguna en la reforma. Eso sí, se ha salvado su pretendida eliminación por el anteproyecto, pero ello, afortunadamente, es ya historia.

En suma, **estamos ante una reforma que vigoriza el arbitraje, que le aumenta su seguridad jurídica, que lo protege de la invasión de la jurisdicción** (nada peor para el justiciable que la peregrinación jurisdiccional) **y que lo coloca en el centro de los conflictos** para los que el arbitraje está especialmente dotado de idoneidad, como son los arbitrajes **societarios y mercantiles**.

Seguridad, idoneidad y garantías hacen inexcusable ahora a los juristas contemplar como *alternativa* el arbitraje en todo potencial de resolutivo.

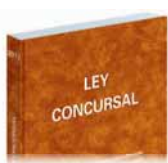
NUEVOS CÓDIGOS BÁSICOS LA LEY

Precio
excepcional

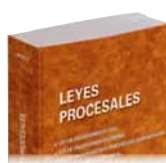
ADAPTADOS a todas las últimas modificaciones legislativas en cada caso. La normativa que integran **incluye notas** que informan de la modificación de un precepto desde el momento de la publicación de la norma y concordancias. Cada código tiene, además, un **índice analítico** básico de su contenido.



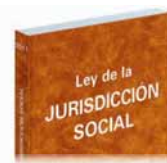
LEY DE
ENJUICIAMIENTO CIVIL



LEY
CONCURSAL



LEYES
PROCESALES



LEY DE LA
JURISDICCIÓN SOCIAL



ADQUIERA HOY MISMO SUS EJEMPLARES
TEL.: 902 250 500 / INTERNET: <http://tienda.laley.es>



El notario en el arbitraje: un camino reabierto



Ildefonso Sánchez Prat

Notario de Barcelona. Vicepresidente del Tribunal Arbitral de Barcelona

La función equilibradora y asesora del notario ha venido siendo una faceta de su actuación reconocida y utilizada desde siempre por el ciudadano en el ámbito privado del despacho notarial y ha constituido y **constituye hoy más, si cabe**, desde la capacidad técnica que se le presume y que funda la propia confianza de quien a él acude, **el motivo fundamental del prestigio social de que goza la función.**

La experiencia demuestra que tales requerimientos de consejo e información cualificada e imparcial no se reducen a la consulta unilateral del ciudadano o de aquella de las partes que se encuentra en una situación de menor asistencia técnica o de menor conocimiento de la materia legal, sino que, muy frecuentemente, **es requerida la opinión o el consejo del notario por ambas partes de un negocio jurídico** como elemento determinante del sentido de un pacto concreto o como criterio a que dichas partes someten sus dudas o discrepancias.

Desde tal realidad, **la función arbitral ha sido consustancial con la práctica profesional del notario desde siempre.** Sin embargo, esto, que es pura realidad cotidiana, ha encontrado **ciertos obstáculos cuando de su reconocimiento institucional se trata** o, para ser más precisos, **cuan- do la función de árbitro se ha tratado desde un punto de vista legal;** no como una faceta más de un ejercicio profesional de alcance más amplio y variado, sino como una función profesional específica fundada en un contrato preconstituido en previsión de un eventual conflicto futuro, amparada en un proceso formal establecido con carácter general y dotada de unas consecuencias legales de alcance similar a las de las resoluciones judiciales.

Así, en concreto, **la Ley de Arbitraje de Derecho Privado de 1988** (Ley 36/1988, de 3 de diciembre), contra el criterio de la Ley de 22 de diciembre de 1953, **excluía indirectamente a los notarios de la posible condición de árbitro** al establecer, en su artículo 12.4, que

«tampoco podrán actuar como árbitros los jueces, magistrados y fiscales en activo, ni quienes ejerzan funciones retribuidas por arancel».

Similar consecuencia se derivaba de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, en cuyo artículo 15 se limitaba la capacidad para ser árbitros en los arbitrajes de Derecho a «los abogados en ejercicio», en virtud de una enmienda de última hora introducida en el Senado al texto inicialmente aprobado por el Congreso de los Diputados. La razón de semejante restricción no se me alcanza (la Exposición de Motivos de la Ley nada decía al respecto) ni actualmente tiene ya demasiado interés, fuera la que fuera, y aún más si se tiene en cuenta que no regía ni para el arbitraje internacional ni para el interno cuando las partes de común acuerdo designaran un árbitro que no reuniera tal condición de abogado en ejercicio, pero es evidente que suponía excluir de la función arbitral a diversos sectores de profesionales cuyos conocimientos, experien-



cia y capacidad podían indicarles como perfectamente adecuados para ella, como catedráticos y demás juristas dedicados a la enseñanza, todo tipo de juristas que, por jubilación o por cualquier otra razón, no se encontraran colegiados como ejercientes y, por supuesto, notarios o registradores.

Tal despilfarro de capacidad ha venido a rectificarse en la reciente modificación de la Ley de Arbitraje operada por la Ley 11/2011, de 20 de mayo, que expresamente ha pretendido, como dice su Exposición de Motivos, «abrir el abanico de profesionales con conocimientos jurídicos que pueden intervenir en el mismo, cuando se trate de un arbitraje de Derecho». Y es lógico: ¿quién puede decir que un catedrático, un magistrado o un abogado del Estado excedente o jubilado, un notario, un registrador, etc., no ofrecen *a priori* garantías suficientes de formación y criterio como para ejercer la función de árbitro, al menos, en igualdad de condiciones a otro jurista que reúna la condición de estar colegiado como ejerciente, en las materias que son o han sido el campo de trabajo de su profesión?

De esta forma y frente a la condición de la Ley de 2003, limitadora a los «abogados en ejercicio», **la nueva Ley, mediante el empleo de la expresión *juristas*, permite que puedan ser designados árbitros otros profesionales del Derecho** de capacidad técnica contrastada y, en todo caso, suficiente a juicio de los tribunales y las cortes arbitrales que los propongan a las partes o, cuando a ellas corresponda, los nombren. Y entre esos profesionales, claro está, **se incluyen los notarios**.

Se atiende así a una necesidad frecuentemente sentida en los tribunales y cortes arbitrales, que frecuentemente se veían imposibilitados para proponer como árbitro a un jurista que les constaba que gozaba de una especialización excepcional en la materia de que versara un conflicto determinado por el hecho de no concurrir en esa persona la condición de *abogado en ejercicio*, viéndose en la necesidad de optar por otra opción que, *a priori* y por buena que fuera, no ofrecía las garantías que el currículum y la experiencia del jurista inicialmente considerado proporcionaban. Tanto es así **que la modificación legislativa** ha venido propiciada por informes procedentes de estos

organismos, concretamente, del Tribunal Arbitral de Barcelona, **habiendo sido aceptada la idea sin fisuras** (al menos, hasta donde sabe quien esto escribe) por los representantes de todos los partidos políticos integrantes de la comisión parlamentaria redactora de la Ley, que, por otro lado, **obtuvo el unánime voto favorable de los integrantes de la comisión**, en un fenómeno no demasiado frecuente en los últimos tiempos.

Tampoco, que yo sepa, **ha recibido esta novedad críticas de tribunales o cortes arbitrales**, lo cual parece lógico, pues su prestigio (en definitiva, son organismos de libre elección por los particulares) radica en la calidad del producto que ofrecen y esta, a su vez, depende fundamentalmente de la calidad del laudo, por lo que es del mayor interés para tales instituciones poder contar con el elenco más amplio posible de profesionales de la mayor capacitación.

Bienvenida sea, pues, la nueva redacción de la Ley de Arbitraje en este punto, tanto por lo que de justicia y reconocimiento tiene para la nuestra y para otras profesiones afines como, sobre todo, por las ventajas que supone para **la institución del arbitraje en sí misma como medio alternativo de resolución de conflictos que, tanto en el ámbito internacional como en el nacional, y sobre todo en materia**

mercantil, va ganándose la confianza de la sociedad.

La función arbitral ha sido consustancial con la práctica profesional del notario. Sin embargo, ha encontrado ciertos obstáculos cuando la función de árbitro se ha tratado desde un punto de vista legal

Ciñéndonos al caso de los notarios, y sin que ello quiera establecer diferencias respecto de otros profesionales, sino meramente afirmar las cualidades que les acercan a la función propia del árbitro, parece indiscutible que **se cumplen las dos condiciones fundamentales exigibles a quien ha de decidir en un conflicto ajeno**: por un lado, **la capacidad técnica**, contrastada «oficialmente» mediante la superación de unas duras oposiciones y confirmada por el desarrollo de un exigente ejercicio profesional; por otro lado, **la imparcialidad**, connatural a nuestra profesión y visceralmente sentida por el notario y reconocida por la sociedad.

Y, por lo que respecta a la capacitación técnica, es evidente que la «especialización» del notario atañe singularmente a los ámbitos civil y mercantil.





Dentro de este último, considero que **nuestra especial aptitud se encuentra principalmente en las materias propias del Derecho Societario**. Más alejados, al menos *a priori* y sin perjuicio de las posibles excepciones, se encuentran otros ámbitos como el del transporte o el Derecho de la Competencia, por ejemplo.

Dentro del ámbito civil, aún es más amplio el espectro de materias en que la formación de un notario puede considerarse de primera línea, pero, entre ellas, puede tener un **lugar preferente el Derecho de Sucesiones**. Pocos profesionales como el notario viven y aplican diariamente las instituciones que se integran en dicha rama jurídica y ninguno ha contribuido tanto a su progresivo perfeccionamiento teórico y práctico como la notarial. Por otra parte, la frecuencia de conflictos en materia sucesoria, la complicación y el coste que puede llegar a suponer (y, de hecho, frecuentemente supone) un pleito por motivos sucesorios, amén de las fracturas familiares que acostumbra a añadirse a sus consecuencias no solo por el pleito en sí, sino también por lo prolongado que suele resultar el proceso de su resolución, inducen a considerar muy detenidamente las ventajas de un proceso de arbitraje, que en una sola instancia y con todas las garantías posibles respecto de la exigibilidad del cumplimiento de sus resultados puede dejar solucionado en tiempo relativamente breve el conflicto planteado.

Es por ello que **el arbitraje testamentario está expresamente previsto en la Ley** (artículo 10, cuya expresión «entre herederos no forzosos y legatarios» no debe

entenderse limitativa más allá de cuanto implique a las legítimas) y que **diversas cortes arbitrales han elaborado propuestas de cláusulas de sumisión a arbitraje a incluir en los actos de última voluntad por el disponente**. Téngase en cuenta que el arbitraje, desde el punto de vista de la interpretación de cláusulas testamentarias, y no digamos respecto al de la resolución de conflictos, supera con mucho las facultades propias de un albacea, incluso en aquellos sistemas jurídicos, como el catalán, en que puede darse una gran extensión a dicho cargo, puesto que el laudo arbitral es inatacable (salvo por causa de nulidad), es ejecutivo y produce efecto de cosa juzgada, además de que, por un lado, puede limitarse por el disponente la intervención del árbitro a una problemática concreta o extenderse a todas las que suscite su sucesión... ¡incluso a la valoración de los bienes! Y hasta puede ser impuesto para resolver los conflictos que se planteen entre los interesados en la sucesión y los propios albaceas y entre los mismos albaceas. **Y todo ello sin un coste global**, como sería el caso si la retribución se fijara en función del importe del caudal relictivo, **pues los honorarios arbitrales se devengan en función de la cuantía atribuible al problema concreto que se someta a decisión del árbitro**.

A modo de ejemplo, y recordando que la libertad del disponente podrá establecer los límites y condicionamientos que, dentro de los amplios cauces legales y del respeto a los derechos de los legitimarios, tenga a bien, baste la inclusión de **la cláusula de arbitraje testamentario propuesta por el Tribunal Arbitral de Barcelona**:

«Todas las controversias que surjan entre los causahabientes del testador (optativamente: o entre estos y los albaceas, contadores partidores o administradores de la herencia por él nombrados) por cuestiones relativas a la distribución o administración de su herencia, con exclusión de aquellos extremos que son legalmente indisponibles para la voluntad del testador y en la estricta medida en que lo sean, se someterán al arbitraje institucional del Tribunal Arbitral de Barcelona, de la Asociación Catalana para el Arbitraje, a quien se encomendará la designación de árbitro o árbitros y la administración del arbitraje.

La nueva Ley, mediante el empleo de la expresión *juristas*, permite que puedan ser designados árbitros otros profesionales del Derecho de capacidad técnica contrastada

El arbitraje comprenderá todas las controversias relacionadas con la interpretación, integración, aplicación y/o ejecución de cláusulas de este testamento, incluyendo las relativas al inventario y avalúo de bienes, derechos y obligaciones que integren (o deban integrar a juicio de alguno de los interesados y no de otro u otros) el caudal relictivo.»

Pero la **utilidad del notario** como árbitro no puede ser desdeñada tampoco en ámbitos tan frecuentes y socialmente sensibles como el de las **cláusulas oscuras de la contratación**, la consideración de la trascendencia de la **alteración de las circunstancias que indujeron a un pacto determinado**, los conflictos sobre el **alcance o la forma de ejercicio de un derecho limitativo del dominio**, los conflictos derivados de las **relaciones de vecindad y de aplicación de las normas de la propiedad horizontal**, y así hasta un ilimitable etcétera.

El camino, pues, está abierto. **De la dedicación que el Notariado preste a esta opción profesional dependerá su éxito y, probablemente en parte, el acrecentamiento del prestigio social del Notariado** como corporación de juristas al servicio del ciudadano y de la Justicia. Ponerlo de manifiesto es el objeto de estas líneas, con la esperanza de que la visión entusiasta del autor sea comprendida y compartida por sus destinatarios.



La crisis económica vivida desde una notaría



Daniel Iborra Fort
Notario de Vilafranca del Penedès

Si preguntáramos a nuestros conciudadanos, que se alimentan informativamente por los canales tradicionales, sobre el origen de nuestra crisis económica, una gran parte contestaría que todo procede de la crisis inmobiliaria de Estados Unidos que se generó en agosto de 2007. Y hasta encontraríamos, sin duda, a bastantes que nos responderían que proviene de la gran crisis financiera internacional que se desarrolló en el último cuatrimestre de 2008, y que, surgiendo también del mismo país, se globalizó, sorprendiendo a todos los dirigentes políticos del mundo, sin exclusión. Sin embargo, no fue esta la experiencia que viví desde mi despacho profesional.

Yo tenía la costumbre de ordenar y **leer las estadísticas y los estudios sobre la evolución del mercado inmobiliario**. Cuando se publicaron las correspondientes al **año 2006** (entre 80.000 y 85.000 de media mensual), **comprobé que el número de ventas de viviendas se redujo en ese año**. El descenso se fue agravando en el segundo

semestre, hasta llegar a una cifra final de un 7,2% para todo el ejercicio.

En el año 2007, la reducción se fue acentuando, hasta concluir el año con una caída total de un 13,93%. **Y lo mismo pasó con el número de hipotecas**: el declive se fue intensificando de una manera paralela y partiendo de un techo, en 2006, de 1.896.515 hipotecas, lo que suponía una media mensual de 158.043. Cuando llegamos a **agosto de 2007** y se destapó la **crisis en Estados Unidos**, el número de hipotecas había bajado hasta un número de 129.961.

Como continuaba al tanto de las estadísticas mensuales, me extrañaba que las personas que llevaban la responsabilidad de la política económica hicieran manifestaciones tan alejadas de la realidad. La única explicación era su falta de información sobre la verdadera situación de la economía, lo que les estaba llevando a un **gravísimo error de análisis que les impediría hacer un diagnóstico certero y tomar**

las medidas correctas, especialmente, en cuanto al control del crecimiento del crédito interno que no se dirigió a la promoción ni a la mejora de la calidad del sector productivo sino que se estaba concentrando, básicamente, en el sector inmobiliario, generando una burbuja que elevaría el riesgo no sólo del sistema financiero y del sector de compradores sino del futuro de toda la sociedad.

En el **primer artículo que realicé sobre la crisis, el 28 de mayo de 2008**, daba la siguiente interpretación sobre lo que estaba sucediendo, en base a los datos que me proporcionaba mi actividad profesional:

«Con la introducción del euro, se produjo la **consolidación de los tipos de interés a un nivel mínimo desconocido desde hacía veinticinco años**. España, por sus datos económicos y su pertenencia a la Unión Europea, gozaba de una gran reputación exterior que llegó a su máximo en 2002, lo que facilitó la obtención de grandes recursos financieros de todas las instancias y



mercados internacionales, en un momento de abundancia de liquidez y bajos tipos de interés.

Si todo el dinero que en esta época se destinó a finalidades electorales e improductivas se hubiera destinado a la reconversión del sector empresarial, habría la mitad de crisis y de insatisfacción social

»El crecimiento del consumo y las inversiones en el sector inmobiliario no se financiaron con las rentas de los ciudadanos, que se habían reducido por la introducción del euro y el incremento de la inflación real por encima de los crecimientos nominales de los salarios e ingresos anuales, sino por la financiación bancaria en una proporción exagerada en relación a la media de la zona euro, que había mantenido sus porcentajes de crecimiento y no había relajado los criterios de la concesión del crédito a sus clientes.

»El proceso expansivo se iba a extinguir conforme se generalizara entre la ciudadanía el acceso al crédito, ya que, si a las menguadas rentas se les deducían las cuotas de los préstamos, el poder adquisitivo residual apenas podría alcanzar el mínimo vital.

»Y en cuanto a la adquisición de inmuebles, cuando los bancos redujeran a porcentajes más prudentes la financiación, los particulares tendrían que aportar el 30-40 % del valor del inmueble para que cubriera el diferencial de financiación, los impuestos, los gastos y el acondicionamiento de la vivienda.

»A esto se sumó la reducción del flujo de capital exterior en paralelo a la pérdida de confianza de la economía española en los mercados internacionales por la elevada inflación, el gran desequilibrio exterior, la pobre competitividad de su economía y los problemas del sector inmobiliario.

»Para mantener la producción, la renta y el empleo, y hasta el nivel de ingresos públicos, había que potenciar el sector productivo haciendo un gran esfuerzo para que se constituyera en alternativa para un sector de la construcción, sobre-

dimensionado y al borde de un ajuste, incentivando todos los procesos de reducción de costes y mejora de la calidad, intentando asegurar la competitividad arruinada por la revaluación del euro sobre el dólar, el incremento del diferencial de inflación en relación a los países competidores de la zona euro desde su introducción y por el déficit de calidad en tantos sectores que afectan a la producción (por ejemplo, infraestructuras, educación técnica, investigación, marco legal empresarial y laboral, energía, etc.), y dirigiendo todos los recursos financieros del país para asegurar este proceso de reconversión¹.»

Como era una tarea ardua, técnica, compleja y que planteaba riesgos electorales, se escogió la vía cómoda y políticamente más rentable de jugar con recursos fáciles y demagógicos con el objeto de entretener a la población, esperando que viniera la reactivación anunciada por personas e instituciones que fueron incapaces de anticipar la crisis y de justificar la manera en que mejoraría, en precio y calidad, la competitividad de nuestros productos.

Y, entre los elementos de distracción, se emplearon las reducciones arancelarias a los notarios.

En un artículo, con la experiencia del seguimiento de la anterior crisis de los noventa, que publicamos el 25 de septiembre de 2008, avisamos de lo que supondría, para el empleo y el futuro del país, el drenaje de liquidez al sector productivo: «El dinero para las empresas es como la semiente para la siembra: no se puede tocar. Si este problema de liquidez no se soluciona inmediatamente, la destrucción del tejido empresarial será irreparable²...».

Cuando llegaron las elecciones en marzo, el número de hipotecas había descendido hasta la cifra de 104.690 y las compraventas eran 45.659, estas últimas suponían casi la mitad de la media del año 2006. De ahí que viera el debate entre Solbes y Pizarro de manera diferente a los medios de información general. Con los datos que tenía, deduje que la diferencia entre ambos era que Pizarro tenía una mejor información, por lo que su diagnóstico fue más correcto: España tenía una crisis de modelo que estaba basada en el consumo y en el ladrillo y que estaba perdiendo la batalla de la competitividad y de la confianza de los ciudadanos y los mercados internacionales. Ello le permitió hacer unas

propuestas más competentes. El futuro brillante del país y el pleno empleo eran un espejismo.

«Al haber descendido tan catastróficamente el número de ventas, se estaba generando un stock de viviendas que sería imposible colocar, lo que provocaría un ajuste en el número de trabajadores del sector de la construcción espectacular, ya que trabajaban en él, directa e indirectamente, tres veces más personas que en otros países. Y esto se iba a producir, aunque no hubiera estallado una crisis financiera internacional, al retornar las entidades financieras a los criterios tradicionales de concesión de créditos, siendo más estrictas y rigurosas en el estudio de la capacidad real de ahorro de una población que, en más de sus dos terceras partes, no ganaba más de 1.500 euros al mes.

»Si el sector estaba condenado a un inevitable ajuste laboral, ¿en qué sector de la industria, de los servicios o de la agricultura se germinarían tantos puestos de trabajo para recolocar a los sobrantes del sector de la construcción y garantizar la promesa electoral de crear dos millones de puestos de trabajo y conseguir el pleno empleo en la próxima legislatura? Solo habiendo creado, anteriormente, las condiciones legales y financieras que establecieran un nuevo marco provocador de masivas vocaciones empresariales podía justificarse semejante optimismo³.»

Cuando la crisis financiera internacional estalló, en septiembre de 2008, el número de hipotecas y de ventas de inmuebles estaba en mínimos: la media mensual del último trimestre había descendido a 88.822 para las hipotecas y a 36.686 para las ventas; el hundimiento importante se produjo anteriormente. De ahí que concluyéramos que nuestra crisis económica era anterior a la de Estados Unidos y a la financiera internacional, ya que tenía unas bases diferentes, lo que justificaba que el deterioro interno fuera mayor que el de otras economías.

A partir de ese momento, el número de hipotecas continuó reduciéndose, así como su valor (por ejemplo, en 2006 se hicieron 1.896.515 por un importe total de 297.114.754.000 euros, y en 2010 habían bajado a 956.127, pero el valor aún había descendido más: a 122.161.751.000) y también el número de compraventas,



que, salvo los repuntes de la subida del IVA y el fin de la desgravación de la compra de vivienda del segundo y el cuarto trimestres de 2010, compensados por la gran recesión de ventas en el actual ejercicio, han llevado la construcción a una situación catastrófica. En el primer semestre del 2011 se realizaron 165.286 compraventas de viviendas, lo que suponía que la media mensual había descendido a 27.548, y el número de hipotecas se había reducido en un 25%, prácticamente.

Para hacernos una idea de la ruina de este sector motriz, el número de viviendas libres iniciadas, que fue de 664.923 en 2006, pasó a 63.090 en 2010, y durante el siguiente año continuó agravándose con un descenso, en el primer trimestre, de un 13,8%. El 14 de julio de 2011, *La Vanguardia* publicaba que **el Colegio de Arquitectos de Catalunya estimaba que la construcción, que representaba entre el 10 y el 13 % del PIB de Catalunya, actualmente se situaba entre un 1 y un 2%. En el resto de operaciones de cuantía, la regresión fue en paralelo** (por ejemplo, la constitución de sociedades: en 2006 se constituyeron 148.964 sociedades y en 2010, 79.963). Asimismo, en cuanto al crédito de consumo, la inversión nueva se redujo a la mitad en tres años, desde el 2007 al 2010, descendiendo la participación de la financiación de automóviles desde el 28% en el 2007 al 22% en 2009 e incrementándose la proporción del crédito concedido a través de tarjetas de crédito (Estudio Competitors de DBK, noviembre de 2010).

Esta caída profunda se explica no sólo por las restricciones crediticias ni por la subida de los tipos de interés sino, fundamentalmente, por la extensión de la angustia a la población como consecuencia del impresionante crecimiento del paro y del deterioro de la economía.

La rentabilidad negativa de las entidades financieras contribuyó a acelerar el deterioro y, con ello, la viabilidad económica de muchas notarías

El problema del desempleo, cuando se agrava de una manera tan intensa, es que sus efectos se extienden de los nuevos parados a las otras capas sociales: sobre



los que estaban en el paro y mantenían la esperanza de encontrar empleo, sobre los contratados temporales a los que marchita la ilusión de la prórroga de los contratos, sobre los que tienen contratos en vigor pero que viven la experiencia traumática de sufrir cómo el paro arruina las expectativas personales y profesionales de sus compañeros y familiares y pone dudas a su futuro económico y, finalmente, de los jubilados y los trabajadores próximos al retiro, que ven cómo se agrietan las garantías de sus prestaciones sociales.

Todo ello iba a afectar, gravemente, al consumo privado. Los consumidores, por temor o por prudencia, intentan ahorrar el máximo posible, posponen toda compra de valor, en especial de los sectores motrices (construcción y automóvil) ya que el aplazamiento del pago requiere una seguridad en las rentas futuras y se van centrando en la adquisición de productos y servicios vitales, aunque cada vez de menor calidad y precio. Y es que **nadie consume más que**

lo imprescindible cuando tiene su futuro en la incertidumbre.

Al final de este período, **en los despachos notariales, las plantas de la recesión (poderes de pleitos, liquidaciones, notificaciones, etc.) acabaron sustituyendo a las de inversión libre tradicionales**, con la peculiaridad de que buena parte de las que se hacían en el ámbito financiero e inmobiliario se formalizaban para asegurar y/o compensar los créditos de los clientes de las entidades financieras y liquidar el inmenso stock de viviendas acumulado durante la crisis.

(1, 2 y 3) Textos extraídos del libro *Una crisis previsible: España, 2006/2010*, con datos actualizados hasta 2010 del INE y el Ministerio de Fomento. Los de 2011 han sido publicados recientemente y recogidos de la prensa económica.

Reforma del sistema hipotecario y protección del consumidor



Joan Carles Ollé Favaró

*Notario de Barcelona y Decano del Colegio Notarial de Cataluña
Vicepresidente del Consejo General del Notariado*

La difícil situación económica por la que atraviesa la economía española, con empresas y particulares que se declaran en concurso, familias que pierden sus viviendas, el fuerte aumento del paro, la desvalorización de inmuebles y la crisis del sistema financiero, entre otros indicadores, ha situado **en el punto de mira político y social la ejecución de las hipotecas**. Los notarios tenemos especial preocupación y sensibilidad por este problema social que afecta a muchos ciudadanos y familias españolas, y entendemos que **desde la comunidad jurídica tenemos la obligación de aportar propuestas que permitan dar una solución adecuada** a la justificada demanda social que existe sobre esta materia.

De entrada, puede constatarse que el sistema de dación en pago obligatoria que desde distintos sectores se propone importar, el de EE.UU., ni se da en todos los estados ni tiene equivalente en Europa. Por otra parte, desde el punto de vista de la

seguridad jurídica, no se puede olvidar que el sistema hipotecario estadounidense falló estrepitosamente, ya que es el que dio lugar al lamentable episodio de las hipotecas subprime, que fueron el origen de la crisis financiera y económica internacional. Es un sistema que no ofrece garantías jurídicas y que precisamente ahora se está reformando, ya que permitió muchos abusos y atropellos.

En líneas generales, se puede afirmar que no nos ha ido tan mal con nuestro sistema hipotecario y la Ley Hipotecaria por la que se rige, de la que precisamente en 2011 se ha cumplido nada menos que el ciento cincuenta aniversario. El sistema español ha permitido acceder a una vivienda en propiedad a la mayor parte de la sociedad española, en especial, desde la aprobación de la Ley de Propiedad Horizontal de 1960. Como es bien conocido, este es un país de propietarios (80 %), muy por encima de la media europea. Ello implica un razona-

ble cumplimiento del mandato constitucional que exige el acceso de los ciudadanos a una vivienda digna. Este estado de cosas debe valorarse de forma globalmente positiva, **sin perjuicio de las disfunciones y patologías del sistema, algunas de ellas graves, que con la crisis se han puesto de manifiesto y que, evidentemente, se deben corregir**.

Además, segunda constatación: **el sistema de seguridad jurídica preventiva español ofrece un altísimo nivel de seguridad jurídica**. La presencia e intervención del Notario y su correlativo control de legalidad, así como la protección que dispensa el Registro, hacen imposible que aquí pueda suceder algo parecido a lo que ocurrió en EEUU. Al contrario, podemos afirmar que, tanto en la etapa del boom económico, con sus excesos, como ahora, en la fase de crisis aguda, nuestro sistema ha funcionado perfectamente, sin incidencias destacables. Ha habido otros problemas, fundamental-



mente de índole económica y de regulación del mercado hipotecario, pero el principio constitucional de seguridad jurídica ha quedado salvaguardado en todo momento. Es un factor no menor que conviene no subestimar, sobre todo cuando, en ocasiones, asistimos a determinadas propuestas legislativas desreguladoras que pretenden desplazar la presencia de la escritura pública en determinados ámbitos, inspirándose precisamente en el modelo anglosajón, ahora tan justamente cuestionado.

Más allá de algunas sentencias voluntaristas, que han tenido un importante papel catalizador de un debate en líneas generales positivo, la comunis opinio sostiene, con pleno fundamento jurídico, que **para limitar con carácter obligatorio la responsabilidad del deudor al bien hipotecado, es preciso modificar la legislación vigente**. Pero tomar una decisión de esta naturaleza, como se está reclamando desde diversos sectores sociales y políticos, **supondría modificar uno de los pilares fundamentales del derecho de obligaciones, como es el principio de responsabilidad patrimonial universal del deudor**, que consagra el artículo 1911 del Código civil, un cambio que habría que ponderar detenidamente, pues tendría importantes consecuencias en otros ámbitos. Ahora bien, suponiendo que se aceptase introducir este sistema, **la prácti-**

ca totalidad de los juristas estima que deberían evitarse los efectos retroactivos, pues ello supondría introducir un elemento importante de inseguridad jurídica que pondría en peligro la solvencia del sistema financiero español. Por tanto, por esta vía no se solucionará el grave problema social que ahora padecemos, pues este viene provocado por las hipotecas concedidas en los pasados años de bonanza económica.

La dación en pago y otras fórmulas similares son demasiado drásticas, pues conducen inexorablemente a la pérdida de la vivienda

Las fórmulas de dación en pago y otras similares que se están proponiendo tienen el grave inconveniente de ser demasiado drásticas, pues conducen inexorablemente a la pérdida de la vivienda. Son mucho más ventajosas y recomendables social y económicamente soluciones novativas, mediadoras, extrajudiciales, que exploren vías alternativas al traumático desahucio. El objetivo primordial ha de ser conservar la vivienda, incluso, en última instancia, aunque sea bajo un derecho distinto del de propiedad.

Una iniciativa que pretendía transitar en esta dirección fue la impulsada por el Colegio de Abogados de Barcelona, en colaboración con el Colegio de Notarios de Cataluña, que introducía en la recientemente aprobada reforma concursal un **procedimiento extrajudicial notarial que permitía evitar el concurso de los particulares en situación de insolvencia y daba una última oportunidad a las familias antes de la ejecución**. La propuesta estuvo a punto de prosperar, pues fue aprobada en el Senado, aunque finalmente decayó en el Congreso. De todas formas, merece destacarse la Disposición Adicional Única de dicha Ley 38/2011, de 10 de octubre, en la que se establece que el Gobierno deberá presentar, en el plazo de seis meses, un informe en que, entre otras cuestiones, podrán proponerse opciones de solución extrajudicial que completen la protección económica y social de consumidores y familias, sean de carácter notarial o registral, de mediación o de otra naturaleza. **Sería un acierto que el nuevo Gobierno explorase esta interesante y positiva línea jurídica de actuación.**

La mayoría de los países de nuestro entorno, como Alemania, Francia o Bélgica, tienen leyes de segunda oportunidad o sobreendeudamiento en las que los particulares que se encuentran en una



situación de insolvencia sobrevenida, primero, deben acudir a procedimientos extrajudiciales de mediación, donde se analizan y proponen, según los casos, fórmulas de alargamiento de plazo, rebaja de intereses, quita de capital, sustitución del derecho de propiedad por el de arrendamiento, usufructo, etc. Solo en último término, si se trata de una insolvencia total y definitiva, el Juez ordena la liquidación de los bienes del deudor, que, si ha acudido a la vía preventiva de la mediación y cumple con las obligaciones que aquel le ha impuesto, transcurrido el plazo establecido en la Ley, finalmente queda totalmente liberado de sus deudas. Son **sistemas legislativos favorables a la posición del consumidor, con mecanismos alternativos a la ejecución, que solo se contempla como último remedio, y que podrían perfectamente, con las debidas adaptaciones, ser incorporados por España.**

En el actual sistema de ejecuciones hipotecarias el papel del Notario es clave por su labor fundamental de asesoramiento, transparencia e información al consumidor

En todo caso, más allá de soluciones más definitivas y generales, un análisis de la normativa vigente nos confirma que en el actual sistema de ejecuciones hipotecarias **hay determinadas disfunciones o situaciones perjudiciales o abusivas para el deudor, que es preciso corregir** cuanto

antes en aras de una mayor equidad: intereses de demora excesivos, cláusulas abusivas, insuficientes causas de oposición del deudor en el procedimiento de ejecución, etc., lo que requiere una modificación y mejora general o más y mejor regulación en materia de tasaciones. También es necesario incrementar, desde un prisma preventivo que es fundamental, el asesoramiento, la transparencia y la información al consumidor, la parte más débil del contrato.

El papel del Notario es clave en este último punto y, en general, en toda la materia, pues cumple una función esencial para el consumidor en el ámbito hipotecario y en todo el iter transmissivo. Su independencia e imparcialidad, unidas al control de legalidad y al asesoramiento gratuito que realiza, le convierten en un garante de la seguridad jurídica de los negocios y de la protección de los derechos de los ciudadanos, a quienes procura un consentimiento informado. A diferencia del Abogado, el Notario nunca es de parte, pues la imparcialidad es consustancial a su función, pero dicha imparcialidad, para no ser fútil, conlleva un asesoramiento reequilibrador, es decir, se dirige a restablecer el equilibrio contractual entre el agente económico y el consumidor que realizan el negocio, evitando las asimetrías informativas.

La más reciente legislación española y europea (Directiva sobre consumidores) **sobre consumo está avanzando muy rápidamente en la asignación al Notario de nuevas e importantes funciones en información y asesoramiento a los consumidores.** Así, la Orden Ministerial EHA

2899/2011, de 28 de octubre, sobre transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, dejando al margen otros aspectos más controvertidos, amplía el campo de acción que le atribuía la anterior Orden de 1994, estableciendo, además, que en virtud del control de legalidad genérico que realiza el Notario podrá negarse a autorizar el negocio que no se ajuste a dicha normativa. Sin embargo, se debería haber ido más lejos en la fiscalización de las cláusulas abusivas. La actual Orden, al igual que la anterior, incluye el derecho de los consumidores que hayan de formalizar un préstamo hipotecario, del que lamentablemente se ha hecho muy poco uso, que les permite examinar en los tres días anteriores al otorgamiento el proyecto de escritura y a ser informados de los aspectos esenciales de la misma.

La potenciación de las funciones del Notario, sobre todo en la fase de tratos preliminares, **será fundamental para la disminución progresiva de las ejecuciones y otras patologías hipotecarias.** La prevención del conflicto es la mejor manera de combatirlo. El Estado ha confiado al Notario la protección jurídica del consumidor medio no especialmente informado que tiene que contratar con los grandes operadores económicos y sus asesorías jurídicas. Los ciudadanos deben saber que tienen derecho a elegir Notario y que tienen a su disposición tres mil oficinas notariales distribuidas por todo el territorio nacional, que les facilitarán información y asesoramiento gratuitos sobre su hipoteca y otros documentos notariales que tengan que otorgar.



NUEVO

AUTOR:

Eduardo Valpuesta Gastaminza

Páginas: 538 / Encuadernación: Cartón
ISBN: 978-84-9790-905-1



Wolters Kluwer
España

Este es el fruto de la **ALIANZA entre dos grandes Editoriales**, para proveerle a Usted con el **mayor fondo editorial jurídico**



GUÍA LEGISLATIVA DE LA LEY CONCURSAL

Texto comparado y comentado según la reforma de la Ley 38/2011
Incluye aplicación on-line

Quienes aplican la Ley Concursal (jueces, abogados, administradores concursales, peritos, etc.), incluidos quienes resultan sus posibles sujetos "pasivos" (empresarios y deudores en general), encontrarán en esta obra un instrumento útil para comprender los porqués de la última reforma operada, y para contemplar cómo queda configurado el Derecho concursal a partir de la misma.

Adquiera hoy mismo su ejemplar. TEL.: **902 250 500** / INTERNET: <http://tienda.laley.es>



«Si no hay crecimiento, no solucionaremos el paro ni tampoco el endeudamiento»

Joan Hortalà

Presidente de la Bolsa de Barcelona

AUTORA: Sandra Purroy Corbella

Joan Hortalà Arau (Barcelona, 1940) es licenciado en Derecho y doctor en Ciencias Económicas. Desde 1993 preside la Bolsa de Barcelona, una tarea que compagina con diversas responsabilidades en el ámbito académico —es catedrático de Teoría Económica en la Universidad de Barcelona y ha sido Decano de la Facultad de Ciencias Económicas en dos etapas anteriores— y con varios cargos en el sector privado. Diplomado en diferentes universidades europeas y doctor en Economía por la London School of Economics and Political Science, también es miembro de la Real Academia de Ciencias Económicas y Financieras y de la European Mathematical Society. Es autor de varios libros y publica periódicamente trabajos y artículos tanto en el ámbito nacional como el extranjero. En el ámbito político, ha sido concejal del Ayuntamiento, miembro del Parlamento de Cataluña e incluso Consejero de Industria y Energía. Recientemente, también ha sido nombrado Presidente de la Federación Iberoamericana de Bolsas (FIAB).



Entrevista

P: Preside la Bolsa de Barcelona desde hace dieciocho años. ¿Cómo ha evolucionado la institución desde entonces hasta ahora?

R: En 1994, la Bolsa dejó de ser una corporación de derecho público, a raíz de la reforma de la Ley del Mercado de Valores. De hecho, hasta entonces aún estaba mutualizada, es decir, era de sus miembros, que eran los agentes de cambio y bolsa. A raíz de la reforma del Mercado de Valores, pasaron a ser personas jurídicas y no personas físicas que entraban mediante oposición. En este sentido, era diferente de la Bolsa histórica, de la que existía en España desde la Ley de 1831 —la primera ley de bolsas—, pero tenía la misma estructura funcional, salvo aspectos organizativos que la Ley del Mercado de Valores modificó de manera sustantiva. Por ejemplo, en la Bolsa sólo se podía comprar y vender, pero no se podía pagar y cobrar, porque eso formaba parte de otro organismo —hasta entonces lo hacía la misma Bolsa—, que era el Servicio de Liquidación y Compensación, único para todas las bolsas de España. Tampoco teníamos capacidad de regulación, porque esta Ley había creado la Comisión Nacional del Mercado de Valores, que regulaba el conjunto de las bolsas españolas. Y ni qué decir tiene que todos estos nuevos servicios se ubicaron en la ciudad de Madrid.

La globalización, si en un ámbito se ha consolidado plenamente, es en el mundo financiero

En ese momento, las bolsas, en general, sufrieron un impacto importante por lo que respecta a su significación, a su volumen de contratación y a la entrada de grandes establecimientos financieros al mismo mercado, particularmente la banca, que hasta aquel momento no formaba parte de ella como miembro activo. Por lo tanto, la Bolsa de Barcelona, que había sido históricamente muy activa en renta variable, sobre todo en la segunda mitad del siglo XIX y la primera mitad del siglo XX, perdió una cantidad considerable de volumen. El año 1993-1994, su contratación de renta variable sobre el total español llegaba escasamente al 5 o 6%. En la actualidad estamos alrededor de un 30%.

P: En este momento, ¿cuál es el mapa del mercado bursátil?

R: Hay que tener en cuenta que la organización bursátil española, hoy en día, está dentro de un holding que se conoce con el nombre de Bolsas y Mercados Españoles (BME). Este holding agrupa las bolsas de Barcelona, Bilbao, Madrid, Valencia, el Mercado de Derivados y el Servicio de Liquidación y Contratación (Iberclear). Por lo tanto, el mercado español es un mercado singular, porque tiene cuatro puertas de entrada —las cuatro bolsas históricas— para la contratación de renta fija y renta variable, además de un mercado unificado. Es decir, cualquier persona, desde cualquier establecimiento bursátil, puede entrar a comprar y vender, pero estas compras y ventas lo son en el contexto de un único mercado. Cada bolsa tiene su propio volumen de contratación, es decir, cuando la gente se dirige a una bolsa para comprar y vender, se computa como volumen de esa bolsa, pero las cotizaciones se forman en un mercado unificado, el mercado español, que tiene como índice representativo el IBEX 35.

Hoy el mundo bursátil tiene, obviamente, un componente importante: el mercado americano, Wall Street, una bolsa donde sólo se compran y se venden valores, donde no hay mercado de derivados. El Mercado de Derivados americano más importante se encuentra en Chicago y es otra bolsa, otro mercado. Por lo tanto, hay un potente foco de contratación bursátil mundial que va declinando hacia Nueva York, el bloque americano. También están los focos tradicionales europeos, donde hay una bolsa con mucho volumen, que es la de Londres —que compró la de Italia—; está Euronex, que es la agrupación de las bolsas de Francia, Bélgica, Holanda y Portugal —que recientemente ha sido adquirida por la Bolsa de Nueva York—; está la Bolsa de Frankfurt, y la Bolsa española, además de la organización de los países nórdicos, el OMX. También hay bolsas de otros países que son significativas, pero que todavía van a mucha distancia de éstas.

Después existe un tercer bloque, el asiático, que ha tenido históricamente una bolsa de referencia, la japonesa, a la que últimamente se han añadido con fuerza las bolsas de Hong Kong, Singapur, Shangai y donde empieza a entrar la de Corea del Sur. El cuarto bloque son las bolsas australianas —básicamente, la de Sidney— y un quinto

bloque, relativamente pequeño pero bastante operativo, son las bolsas canadienses.

P: ¿Y cuáles son los principales objetivos de cada una de las bolsas?

R: Mantener su identidad, su volumen de contratación y evitar que existan competencias excesivamente centralizadas, hasta el extremo de que algunos servicios que pueden hacerse descentralizadamente, fundamentándose en la eficiencia, no quieran hacerse de manera centralizada. Eso significaría su traslado a Madrid y, en gran medida, ya ha pasado. Por lo tanto, es necesario que mantengan su estructura, cada vez más adecuada a las necesidades del momento desde el punto de vista tecnológico, informativo, de transparencia y de seguridad jurídica. Los objetivos del holding, por otro lado, consisten en tener una proyección internacional y, seguramente, debido a los movimientos que en este momento se están planteando en el contexto nacional, encontrar alianzas en algunos mercados.

P: En este panorama bursátil, ¿se puede hablar de globalización?

R: La globalización, si en algún lugar se ha consolidado plenamente, es en el mundo financiero. Las interferencias son casi instantáneas y, además, se produce una especie de sistema de bolsa dominada y bolsa dominante. Hay bolsas que, por su entidad, por lo que supone el país donde están ubicadas o por su historia, tienen un cierto carácter dominante, como es el caso de la Bolsa americana. Lo que ocurre en Wall Street —al Dow Jones, el índice correspondiente— tiene una importancia considerable sobre el resto de las bolsas. A pesar de ello, los problemas específicos de cada región también tienen su propia entidad, como es el caso actual de Europa, donde vivimos las vicisitudes de una recesión económica muy importante, situada en un contexto de crisis soberana que afecta a Grecia, Irlanda, Portugal y, últimamente, a Italia y España.

P: ¿Cree que sería interesante hablar de una gran Bolsa europea?

R: La Bolsa alemana, si compra la de Nueva York, que a su vez compró Euronex, será una gran bolsa que incluirá Portugal, Francia, Bélgica, Holanda, Nueva



York y Alemana. Las únicas bolsas que quedan aisladas son la Bolsa inglesa y la española.

Nosotros defendimos esta idea hace mucho tiempo, pero no salimos airoso. Defendíamos la existencia de un mercado de capitales europeo que pudiese competir con los mercados de capitales americano y asiático. Pero por motivos económicos, en muchos casos, e institucionales y políticos, en otros, no se logró. Yo creo que fue un error, porque a las bolsas acude el ahorro de la gente y hubiese sido positivo que el ahorro de Europa fuese a un mercado financiero europeo que revirtiese en financiación a las empresas europeas.

De toda manera, ahora, en un contexto globalizado, ya no se puede hablar con puridad de un mercado bursátil europeo ni tampoco americano. Los que se mantienen con una cierta pureza son los mercados asiáticos y, a su nivel, los de Rusia o Turquía, una bolsa emergente.

P: ¿Cree que España puede acabar con un «rescate» como ha ocurrido en Irlanda o Grecia?

R: Es posible que España necesite un rescate, pero no creo que llegue a materializarse. Teóricamente, no iría mal recibir recursos del Banco Central Europeo y de otros organismos internacionales a un tipo de interés más abajo del que estamos pagando por la deuda a diez años. Tal como están las cosas, el rendimiento que estamos pagando por nuestra deuda está por encima del 6%, y si tuviésemos financiación internacional garantizada como consecuencia de un rescate, lo tendríamos más barato. Pero eso comporta unas penalizaciones políticas y de imagen que no son en absoluto deseables. Yo creo que España, ahora mismo, a pesar de tener elementos muy complicados y de difícil solución a corto plazo, no será objeto de rescate.

P: Usted ha afirmado en ocasiones anteriores que el IBEX 35 recuperará los niveles previos a la crisis al final de 2015. ¿Es entonces cuando ve la salida?

R: Cuando estalló la crisis, en otoño de 2007, nosotros nos percatamos de que esta crisis, por lo menos financiera y bursátilmente, podía ser una crisis de gran

alcance. Realizamos una serie de estudios que publicamos a principios de 2008, en los que analizábamos con técnicas económicas especializadas las diferentes crisis importantes y de ámbito mundial que se produjeron durante el siglo XX, desde el año 1929 hasta el año 2000: la crisis del 29, la crisis del 57, la crisis del petróleo del 73, la crisis del 87 de los *saving banks* americanos y la crisis del 2000 de las nuevas tecnologías —de las empresas .com. Analizando, de cada una de ellas, tanto la duración como la profundidad, llegamos a la conclusión de que, en términos de promedio —y debidamente rectificados por lo que suponen justamente la globalización y los avances en los conocimientos de los economistas—, se podía dar un ciclo de unos diez años de duración, con una fase descendiente de tres años y con unos siete años de recuperación muy volátil, en zigzag, con una profundidad de caída de alrededor de un 60% en su punto máximo. Eso quería decir que si en verano de 2007 el índice de la Bolsa española, el IBEX, estaba en los 16.000 puntos, hasta el año 2015, más o menos, no volveríamos a llegar a estos 16.000 puntos. Cuando en 2008 dije eso, la gente me dijo que era muy pesimista, pero eso era lo que decía el estudio.

Según el estudio que hicimos en 2008, la Bolsa recuperará los 16.000 puntos a finales de 2015

Conforme pasó el tiempo, se confirmaron los tres años de caída y la profundidad de la crisis. El zigzag de la recuperación también se está confirmando, y lo que debemos ver es cuándo recuperaremos los 16.000 puntos. Ojalá nos equivocásemos y los recuperásemos antes, pero según el estudio será hacia el 2015. Y eso no es ser pesimista, porque en el fondo del pozo estábamos casi a unos 9.000 puntos; si debemos llegar a los 16.000 puntos, eso quiere decir que nos faltan siete mil puntos por recuperar en siete años —un promedio de mil puntos por año, que es un 10-12% anual—, una rentabilidad muy aceptable. Sigo manteniendo esta interpretación, y en esta fase de recuperación, muy volátil, no creo que volvamos a ver los mínimos que se vieron en la Bolsa española en marzo de 2009.

P: Por lo que respecta al sector inmobiliario, ¿de qué manera cree que

ha repercutido en el contexto económico actual?

R: El *boom* inmobiliario ha sido una de las causas que ha motivado la situación crítica actual y que hace que esta situación perdure, sobre todo en economías como la española, cuyo crecimiento se basaba fundamentalmente en el sector inmobiliario y de la construcción. Eso se refleja en el conjunto de la economía y, por lo tanto, en la Bolsa, porque la Bolsa es un mecanismo de financiación empresarial.

P: ¿Cómo ejerce de barómetro la Bolsa?

R: En el mundo actual, las familias ahorran y las empresas invierten, y entre ellas no se conocen. Tiene que haber un mecanismo que ate una cosa con la otra, y este mecanismo es el sistema financiero. Y el sistema financiero tiene básicamente dos mercados: el mercado de crédito y el mercado de capitales. La gente que ahorra pone su dinero en el mercado de crédito, en forma de depósitos bancarios, o en el mercado de capitales, comprando activos financieros que utilizan las empresas. Porque las empresas que necesitan dinero, o bien piden créditos o, si son suficientemente importantes y cotizan en bolsa, hacen ampliaciones de capital o emisiones de obligaciones. Por lo tanto, el sistema financiero liga el ahorro a la inversión a través del mercado de crédito y del mercado de capitales. Y, en este sentido, la Bolsa es un mecanismo que permite la financiación de las empresas, porque cuando una empresa necesita recursos más allá de los propios, debe ir a buscarlos al mercado de crédito o al mercado de capitales. Desde este punto de vista, es evidente que si se produce cualquier tropiezo en el funcionamiento normal de la economía, las bolsas lo reflejan.

Una vez la Bolsa funciona, lo que realmente explica es el valor que se da en las empresas que se encuentran en aquel mercado. Si una empresa va bien, tiene un precio alto. Y va bien si tiene buenos beneficios; eso quiere decir que quizá el tipo de interés es bajo y los costes financieros bajan, lo que quiere decir que en el país hay una buena política económica, que permite que la empresa se pueda desarrollar correctamente, que en el mundo no hay circunstancias excepcionales que provoquen accidentes geopolíticos o trasiegos físicos o geológicos... Es decir, la cotización es el reflejo de una situación que tiene a la empresa como



Entrevista

objetivo, pero detrás de la empresa está todo lo que condiciona la vida económica, política, social y global de los países.

P: ¿Y cómo se ven afectadas las empresas del sector inmobiliario por lo que respecta a la Bolsa?

R: La crisis inmobiliaria condiciona la crisis del sector y, obviamente, la financiera, porque al bajar el ritmo de actividad y de crecimiento de la economía, las empresas se resienten en su estructura orgánica y, sobre todo, patrimonial y de beneficios. Y eso repercute en menos valor de las acciones y, en consecuencia, en una caída de sus precios en la Bolsa.

Las Leyes Ómnibus, hechas en profundidad, son una de las reformas que el país necesita

P: ¿Dónde ve usted la clave para superar la actual situación de crisis? ¿Qué hay que hacer para recuperar la confianza? ¿Y el crédito?

R: La confianza siempre es necesaria en economía. En un mundo incierto, nadie se arriesga más allá de lo necesario para hacer determinados proyectos de inversión. Desde la perspectiva española, según mi criterio, tenemos actualmente tres problemas muy importantes y de difícil solución. Primero, un paro exagerado y, por lo tanto, es necesario un crecimiento económico que no tenemos. Segundo, un endeudamiento extraordinario, sobre todo privado. El endeudamiento público es peligroso, por el momento, pero no por su cuantía, sino por su tasa de crecimiento, porque en sólo dos años se ha doblado: hace dos años estábamos alrededor de un 30% del PIB de deuda pública y ahora estamos casi al 72%. Pero eso, en términos comparativos, no es importante, porque no somos uno de los países que tiene más endeudamiento en relación con su PIB. En cambio, España es el tercer país más endeudado del mundo por lo que respecta al endeudamiento privado. Y el tercer problema grave es que los sectores tradicionales que impulsaban el crecimiento están en estos momentos muy tocados, particularmente el inmobiliario. Aunque a un nivel menos remarcable que en el pasado, el sector exterior y el sector

turístico son las esperanzas que en este momento tiene la economía española, no para crecer significativamente, sino para no hundirse más.

P: ¿Tendremos bastante con el turismo y la exportación?

R: Con el turismo hay mucha inversión nacional, y la optimización de la inversión la hacen básicamente los extranjeros —ahora más que nunca. El turismo da un empujón a la economía española en el decurso de los meses de verano. Por lo que respecta a la exportación, a pesar de las circunstancias adversas que caracterizan el actual modelo productivo español en términos de competitividad —donde no hemos mejorado ni en sistema de incentivos ni en sistema tributario—, el sector exterior está respondiendo de una manera muy positiva y muy significativa. Es un sector que, a pesar de que no ayuda a fomentar de una manera sostenida y recurrente el crecimiento económico, evita que la economía se hunda aún más.

P: ¿Se necesitan medidas para reactivar el sector inmobiliario?

R: Existe la necesidad de rehacer a corto plazo el sector inmobiliario. Es verdad que, a través de la Ley de economía sostenible, se quiere pensar en un nuevo modelo productivo, pero eso no se hace de la noche a la mañana. Se hace a largo plazo y, mientras tanto, necesitamos puntos de arranque, motores que tiren de la economía española. Aparte del turismo, del sector exportador, de todo lo que se pueda hacer para mejorar las nuevas tecnologías, de productos de calidad y diseño, etc., todo ello fundamentado en la educación, la investigación y la innovación, tiene que haber un sector clave, que es el de la construcción. Hay que hacer un esfuerzo para intentar reconducir todo lo que este servicio tiene ahora mismo de perjuicios, de ineficiencia y de falta de actividad productiva. En su día propusimos, sin éxito, crear un banco malo y que parte de los activos de este sector, hoy en día inutilizados, hubiesen pasado al sector público. El sector público les hubiese dado una salida en forma de alquileres sociales, posiblemente, y a partir de aquí, volver a empezar tímidamente, sin hacer los disparates que se hicieron en épocas anteriores, construyendo más de ochocientos mil viviendas al año cuando el país necesitaba escasamente la

mitad. Pero hay que reforzar un sector productivo que da impulso, como ha sido el de la construcción, y en estos momentos eso es crucial para relanzar la economía por la vía del crecimiento.

Sin crecimiento, no solucionaremos el paro; al contrario, lo podemos empeorar, y tampoco solucionaremos el problema que en estos momentos tiene el sector financiero, que está atado a esta importante deuda que hace, entre otras cosas, que el Estado, la banca y las cajas estén en una situación inoperante, que no fluya el crédito. Y ésta es también una de las condiciones más remarcables que hace que la recesión económica perdure. El crédito a la economía es como la sangre al cuerpo: la facilidad de crédito exagera las expansiones y la restricción de crédito aún hace más profundas las recesiones. El crédito se debe regular, no conviene que haya mucho cuando las cosas van bien —porque se producen exageraciones—, pero conviene que haya un mínimo cuando las cosas van mal —para que continúe la actividad. El crédito que se necesita en las expansiones normalmente es un crédito que va directamente a inversión en proyectos, mientras que el crédito que se necesita en las recesiones se asocia a necesidades de tesorería, a circulante, para que las empresas puedan afrontar sus gastos corrientes. Justamente por eso, si este crédito que se necesita en las épocas críticas no fluye en el mercado, la economía todavía se derrumba más. Y eso es, en buena medida, lo que está pasando desde hace un par de años.

P: ¿Cómo valora la actual reestructuración bancaria, centrada en las fusiones, la reconversión en bancos y su salida a bolsa? ¿Qué papel debe desarrollar en la salida de la crisis?

R: El país necesita reformas, que se intentan y se anuncian internacionalmente con una cierta ampulosidad, pero que después se hacen a medias. También es verdad que las reformas estructurales que deben hacerse son muy impopulares desde el punto de vista político y que los partidos gobernantes intentan hacer proyectos que no malogren su potencialidad de voto. Son reformas que hace mucho tiempo que se necesitan, que quizá se deberían haber empezado en otro momento y no se han empezado, como la reforma del mercado de trabajo, la reforma de las administraciones, la reforma del sistema financiero —que en



la crisis actual afecta más a las cajas que a los bancos, todo ello relacionado también a la financiación que en su momento se dio al sector de la construcción—, se precisa una reforma energética importante, también una reforma en el sistema de transportes y comunicaciones... Es decir, toda una serie de reformas de peso que deben hacerse con una duración temporal determinada, que tienen un gran riesgo desde el punto de vista electoral y político, pero que no se están haciendo en profundidad.

P: En este sentido, ¿cómo valora las recientemente aprobadas Leyes Ómnibus en Cataluña, que pretenden simplificar trámites y procedimientos administrativos?

R: Yo creo que las Leyes Ómnibus son un intento interesante e inteligente de agilizar una serie de ineficiencias —en los procedimientos y en los resultados— que caracterizan la vida económica y administrativa catalana. Es un intento valiente, que se debe hacer, que puede ocasionar alguna discusión política, pero que, hecha en profundidad, es una de las reformas que el país necesita.

P: Usted conoce muy de cerca el mercado internacional. ¿Cree, en este sentido, que el marco legal español beneficia ahora mismo a los inversores?

R: Creo que en España hay muchas rigideces, obstáculos a superar para crear una empresa nueva, dificultades para la movilidad laboral, diferentes sistemas de selección... Hay toda una serie de cosas que se pueden y se deberían mejorar. A pesar de que hay países que están peor que nosotros, en términos comparativos con nuestro entorno más próximo, aquí la burocracia y los inconvenientes administrativos son más importantes.

P: ¿Qué papel cree que deben desarrollar las empresas familiares, tan arraigadas en Cataluña? Y ¿cómo valora los procedimientos actuales para la constitución de sociedades?

R: La legislación actual no facilita mucho la constitución de sociedades: alarga los plazos, incrementa el papeleo y hay mucha burocracia, además de una regulación, en algunos aspectos, exagerada y,

en el fondo, un afán intervencionista realmente osado.

En el ámbito de las sociedades, propondría una regulación muy poderosa y homologada internacionalmente, que permitiese moverse con facilidad

Una de las críticas más importantes que se pueden hacer al Gobierno español actual (julio 2011), aparte de cuestiones ideológicas y de contenido estrictamente económico, es su vocación intervencionista. Esto se observa en el mundo económico de una manera importante y en el mundo financiero, de una manera extremadamente exagerada. Yo propondría una regulación muy poderosa, muy homologada internacionalmente —lo que es difícil, porque no existe una homologación internacional, sino que cada país tiene su propia entrada, su propia legislación financiera y hay muy pocos puntos en común—, y, a partir de aquí, una legislación que realmente permitiese moverse con facilidad, es decir, saber cuáles son los límites a la derecha, a la izquierda, arriba y abajo, pero dentro de los límites, para poder moverse con facilidad. Pero soy consciente de que esto es muy complicado, porque cada país aún tiene sus propias normas de regulación financiera y son bastante diferentes unas de otras.

P: ¿Cómo valora el papel de la seguridad jurídica en el marco de la inversión?

R: Yo creo que la seguridad jurídica en todos los países occidentales está bastante garantizada, en términos generales, lo que no quiere decir que no se produzcan situaciones de picaresca asociada a la misma naturaleza del negocio. Pero creo que el marco jurídico está bien garantizado. Pueden existir cuestiones adicionales, como que la seguridad jurídica quedaría más reforzada si la transparencia en determinadas contrataciones fuera más evidente...

Ahora mismo (julio 2011) se está discutiendo en el Congreso una modificación de la Ley de reforma del Mercado de Valores que modifica el sistema de liquidación y contratación. El sistema español tenía un sistema de registro que era infalible, el que se conocía como RR —referencias de registro. Podías saber, al final, no sólo el *broker* que había hecho una operación, sino también la titularidad del destinatario final de todas las operaciones que se hacían. Y eso era muy importante no sólo por este motivo, sino también para saber si las operaciones eran al alza, a la baja, si eran operaciones al descubierto u operaciones ya con disponibilidad de títulos.

Pues este sistema, a la banca europea —sobre todo la anglosajona— no le parecía bien, porque suponía unos requerimientos administrativos adicionales y, por lo tanto,





Entrevista



unos costes adicionales. Era un buen sistema, que daba transparencia y seguridad, pero en Europa, nuestras autoridades, en lugar de defender nuestro sistema, con una especie de complejo extraño, han renunciado y han aceptado el otro. Cuando tenemos una cosa buena, no debemos tener complejos; que una cosa se haya hecho aquí no significa que tiene que ser peor que otra que se ha hecho en Londres, en términos financieros. Londres, París o Frankfurt tienen su tradición y nosotros tenemos la nuestra, con cosas tan buenas o mejores que las que tienen ellos, pero a partir de los próximos años desaparecerá el sistema de las RR y se sustituirá por el llamado *sistema de saldos*, propuesto por la iniciativa anglosajona.

P: Ha habido, en los últimos meses, diversas jornadas negras por lo que respecta a la Bolsa. ¿Qué interpretación hace?

R: Son vicisitudes muy vinculadas al momento. Estamos viviendo momentos muy complicados desde el punto de vista de la administración, no sólo de la crisis en sí, sino también de los parámetros estrictamente financieros, que se concretan con la solvencia de los países. Hemos vivido una época, con independencia de las falsedades planteadas en las cuentas de algunos países, en la que todo el mundo ha gastado más de lo que podía. Y, por lo tanto, hay endeudamientos significativos y países, como



por ejemplo Grecia, que tienen un endeudamiento exagerado, que deben devolver y no pueden hacerlo —y los que esperan que se lo devuelvan son precisamente los bancos de los países del entorno. Se hace una pelota cada vez más grande, hay que encontrar una solución y por el momento las soluciones que se van encontrando no acaban de dar resultados: se hizo un primer rescate que no fue suficiente para Grecia; en Irlanda parece que la cosa funciona mejor; en Portugal nos encontramos en un *impasse*... Y, mientras tanto, ha estallado el caso italiano, en cierta medida previsible, porque es un país que tiene un endeudamiento de un 120% por encima de su PIB y para pagar lo que debe necesita muchos años entregando toda su producción. De hecho, todo esto los especialistas, financieros o especuladores, lo tienen sobre la mesa, y en un momento determinado, no se sabe muy bien por qué, hay uno que se fija y se produce un movimiento acumulativo que hace que todos se vuelquen en aquel punto; así pasó en el caso de Italia. Porque la situación, cuando ha habido momentos críticos, no era peor que la que había quince días antes, pero estalla porque se hace un caldo de cultivo previo.

P: ¿Y en España, concretamente?

R: España está también en una situación complicada, entre otras cosas,

no tanto por el endeudamiento público como por el endeudamiento privado y, sobre todo, porque España, en el concierto de la Unión, es el país, entre los importantes, que crece menos, que tiene más paro y que tiene una inflación más acelerada. Todos los males de la economía, en términos funcionales, ahora se concentran en España en términos comparativos. Es verdad que Grecia, Irlanda o Portugal están peor, pero son economías pequeñas que, precisamente por el hecho de serlo, han podido recibir esta tutela del rescate. España es demasiado grande e Italia también, no pueden ser intervenidas, no hay bastantes recursos, para ser sinceros. Siempre se pueden inventar excusas, proyectos, soluciones y planteamientos, pero nosotros debemos salir de la crisis con las ayudas que sean necesarias, sin la necesidad de que se aplique un rescate —lo que no quiere decir que no lo necesitemos—. Y debemos salir mediante políticas correctas, gobiernos serios, del tipo que sea, quizá de concentración. Porque las grandes reformas se hacen con gobiernos de concentración, fuertes, solventes y que sepan afrontar la impopularidad que suponen no sólo determinadas reformas, sino también las consecuencias de esta impopularidad.

P: ¿Mejorará la situación en la próxima legislatura (por la iniciada tras el 20N)?

R: Estamos en un momento complicado, en términos absolutos y en términos comparativos. Y no es un tema de una legislatura. Mejorar la situación de la economía española tal como se ha planteado en relación con el concierto mundial requiere más tiempo. La próxima legislatura surgida del 20-N debería poner las bases sólidas para poder ir avanzando en términos de progreso, porque ahora estamos en un cierto desconcierto.

Aparte de la desconfianza, hay un cierto desconcierto, primero, por lo que respecta a la imagen política representativa; segundo, por los contenidos —no los enunciados— de las políticas económicas, y tercero, porque los niveles de endeudamiento están alcanzando, de una manera demasiado generalizada, el conjunto de las actividades de las administraciones públicas. Es decir, se produce toda una sensación complicada que quizá en verano se ha encubierto un poco, pero que, en el fondo, estalla de una manera importante en otoño, con consecuencias muy relevantes.



«Debemos avanzar hacia una simplificación administrativa»

Lluís Recoder

Consejero de Territorio y Sostenibilidad

AUTORA: Sandra Purroy Corbella

Lluís Miquel Recoder Miralles (Barcelona, 1958), licenciado en Derecho, es actualmente Consejero de Territorio y Sostenibilidad de la Generalitat de Catalunya. En su dilatada trayectoria política destacan los once años ocupando la Alcaldía de Sant Cugat del Vallès (1999-2010), una época que recuerda con especial afecto, o la Vicepresidencia de la Diputación de Barcelona (2007-2011). En 2009 publicó el libro *La llibertat com a resposta* (La libertad como respuesta), en el que repasa los momentos clave de su trayectoria política y vital. Ahora nos habla de la visión del momento actual desde su nueva responsabilidad, teniendo muy claro que hay que apretarse el cinturón, pero sin dejar de evolucionar ni de perseguir los objetivos fijados.



Entrevista

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

R: No podemos desligar los objetivos del Departamento que dirijo de los objetivos generales del Gobierno. Este Departamento ha realizado un esfuerzo extraordinario en contención de la inversión y en reprogramación de las obras públicas que tenía asignadas para evitar ajustes sociales severos en materia de educación o de sanidad. Además, hemos trabajado en la integración de dos antiguos departamentos para cohesionar las políticas de territorio y las de medio ambiente, que, en definitiva, son dos caras de la misma moneda.

La simplificación administrativa y el hecho de avanzar hacia una sociedad con más respeto por el medio ambiente no son incompatibles

En este sentido, lo que perseguimos en los próximos meses y años es seguir evolucionando el modelo territorial catalán impulsado con la recuperación de la Generalitat y los primeros gobiernos de Jordi Pujol. Este modelo ha sido un éxito, a pesar de la falta de recursos a la que a menudo ha hecho frente la Generalitat para hacer las cosas.

P: Después de haber sido diputado en el Congreso, el Parlament de Cataluña y de haber vivido de lleno la política municipal, ¿cómo valora cada una de estas etapas?

R: Valoro muy positivamente mis anteriores etapas políticas. Las tres tienen algo en común en el sentido de la necesaria vocación de servicio público, pero hay grandes diferencias, sobre todo en cuanto a la proximidad con la gente. Conservo muy buenos recuerdos de la etapa en Madrid y del Parlament de Cataluña, pero haber sido el Alcalde de Sant Cugat durante casi doce años ha marcado mi trayectoria política.

P: ¿Cómo afectan la crisis y los recortes a su Departamento?

R: Como ya he dicho, hemos tenido que realizar un esfuerzo mucho más

grande que otros departamentos, pero entiendo que es un esfuerzo necesario hasta que la Generalitat pueda plantear el pacto fiscal. Aparte de la falta de recursos que sufren todas las administraciones públicas, nuestro Departamento tiene que hacer frente a unos compromisos de pago adquiridos en los últimos años por el anterior Gobierno. En los últimos años, se abusó de los métodos de financiación diferida, como el alemán, el peaje en la sombra o la concesión de estaciones de la L9. No es que sean malos métodos en sí, pero el hecho de utilizarlos en exceso nos ha llevado a una situación complicada, porque nos reduce mucho la capacidad de inversión en los próximos años.

P: Entre las nuevas competencias asumidas por el Departamento está el ámbito del medio ambiente, en el que destacan la gestión del agua o la lucha contra la contaminación, con temas como la limitación de la velocidad. En este sentido, y en el ámbito legislativo, ¿cree que son necesarias reformas para alcanzar la sostenibilidad?

R: En el ámbito legislativo, hemos hecho reformas para simplificar determinados procedimientos muy molestos. Me parece que la simplificación administrativa y el hecho de avanzar hacia una sociedad con más respeto hacia el medio ambiente no son incompatibles. De hecho, la economía verde representa una buena oportunidad para casar dos cosas que, demasiado a menudo, algunos han querido contraponer, como son el desarrollo económico y la sostenibilidad ambiental.

Tenemos mucho campo para avanzar en las energías renovables, en la expansión del vehículo eléctrico, en la gestión y la explotación de bosques o en la lucha contra el cambio climático.

P: En cuanto al ámbito de la vivienda, usted ha criticado las ayudas acordadas con constructoras o ayuntamientos, entre otros, que no se podrán asumir. ¿Cuál cree que debe ser la política de vivienda para superar esta crisis? ¿Cree que son necesarios cambios legislativos al respecto?

R: Había que dar totalmente la vuelta a las políticas de vivienda que se habían hecho hasta ahora. Tenemos un doble

problema que resolver, que es garantizar el derecho a la vivienda a la gente con menos recursos y reactivar uno de los sectores económicos más tocados por la crisis. Estamos haciendo las dos cosas a la vez. En primer lugar, hemos puesto en marcha un plan de choque para llenar las tres mil doscientas viviendas propiedad de la Generalitat que ahora están vacías. Para reactivar el sector, hemos puesto en marcha una batería de cambios legislativos que hagan que los precios de la vivienda pública sean más económicos.

P: ¿Cómo valora el fenómeno de la especulación vivida en los últimos años?

R: El boom de la construcción fue positivo temporalmente en términos de generación de empleo y PIB, pero altamente negativo porque ha provocado un sobreendeudamiento de las familias. Está en la base de los gravísimos problemas de una parte de la banca y de la restricción del crédito y ha provocado el abandono prematuro de los estudios por parte de muchos jóvenes. En definitiva, la irresponsabilidad colectiva se desbordó y reconducir eso llevará tiempo.

P: Como licenciado en Derecho y especializado en Derecho Urbanístico, ¿cuál cree que ha sido el detonante de la explosión de la burbuja inmobiliaria?

R: La escalada de precios del sector inmobiliario apoyada en el crédito bancario es un binomio de gran debilidad estructural que tarde o temprano termina estallando, como ha pasado aquí. En nuestro caso, el deterioro de los balances de las entidades financieras provocado por la sobreexposición crediticia, junto con el debilitamiento de la economía y el sobreendeudamiento de las administraciones, ha sido un cóctel explosivo.

P: Existe en estos momentos un debate político y social abierto alrededor de la dación en pago. ¿Cuál es su posicionamiento al respecto?

R: El debate de la dación en pago debe abordarse de una manera seria. De entrada, no me parece mal que se tenga en cuenta esta posibilidad en las hipotecas, pero la gente debe saber que las hipotecas con dación son mucho más caras, ya que



hay que pagar un seguro adicional y son a un interés fijo.

Tenemos que aspirar a construir y gestionar todas las infraestructuras estratégicas para Cataluña

P: ¿Cree que hay que destinar recursos públicos a los sectores de la construcción e inmobiliario para recuperarlos? ¿Cómo y cuándo cree que se normalizarán estos sectores?

R: Esta es una pregunta que no se puede responder con un sí o un no. En un momento como el actual, es necesario que seamos muy estrictos a la hora de destinar recursos públicos a la recuperación de cualquier sector. En primer lugar, porque, desgraciadamente, tenemos pocos, y en segundo lugar, porque hay que atender primero los servicios sociales básicos, como son la salud, la educación y las familias que sufren dificultades. Dicho esto, desde el Gobierno estamos intentando que estos sectores salgan cuanto antes de la crisis, lo cual no sólo se consigue con medidas económicas.

P: En cuanto a las infraestructuras, ¿los recortes supondrán parar obra pública? ¿Cómo afectará esto a la competitividad?

R: Para que esto no afecte a la competitividad, es necesario que prioricemos las obras. Lo hemos hecho, por ejemplo, con la L9 del metro. Hemos hecho todos los esfuerzos posibles para mantener las obras del ramal del aeropuerto y la Feria de Barcelona y el de la Zona Franca. En cambio, el tramo central de la línea no se reanuda hasta que se consiga la financiación necesaria para llevarlo a cabo. También hemos priorizado el mantenimiento de obras, como el Eje Transversal o el Eje Diagonal, muy importantes para la competitividad de las comarcas centrales.

P: ¿Qué papel cree que debe desempeñar el Corredor Ferroviario del Mediterráneo?

R: Debe ser nuestra espina dorsal, la columna vertebral sobre la que se sos-



tenga nuestro tejido productivo, que cada vez tiene más capacidad exportadora. El Eje Mediterráneo debe permitirnos luchar codo a codo con las principales regiones económicas de Francia, Alemania y el Benelux.

P: Ha hablado de apostar por un nuevo Pacto Nacional de Infraestructuras. ¿Qué debe incluir? ¿Qué valoración hace de las actuales competencias del Gobierno de la Generalitat?

R: La Generalitat debe aspirar a construir y gestionar todas las infraestructuras estratégicas para Cataluña. Es una cuestión que debemos resolver en los próximos años. Necesitamos un pacto fiscal equiparable al concierto económico para poder ejecutar las infraestructuras según nuestras prioridades, pero también tenemos que ser decisivos en la gestión de los puertos, los aeropuertos, la red ferroviaria y las carreteras que pasan por nuestro territorio. Queremos más competencias.

P: ¿Cómo valora la seguridad jurídica de nuestro país? ¿Y compa-

rativamente con el entorno europeo y mundial?

R: Hay una asignatura pendiente que es la administración de justicia. Una administración lenta no da seguridad y la nuestra lo es con demasiada frecuencia. Por otra parte, la práctica notarial y registral es diferente en los países de nuestro entorno y a menudo se confunde el desconocimiento de nuestro sistema con la inseguridad jurídica.

P: ¿Cómo valora la figura del notario? ¿Qué cree que aporta y qué papel cree que debe desempeñar en el marco del siglo xxi?

R: El prestigio del Notariado no es casual, sino fruto de años de trabajo bien hecho al servicio de la seguridad jurídica. Deseo que esto continúe así, incorporando a la profesión todos los avances técnicos que permitan un mejor servicio público, así como una mejor coordinación con las administraciones para mejorar la seguridad del tráfico inmobiliario.

La regulación sucesoria en el Derecho común y el Derecho civil de Cataluña en relación con los derechos de terceros adquirentes de bienes inmuebles inscritos en el Registro en virtud del acto dispositivo del heredero aparente

El apartado 2 del artículo 465.2 del Código Civil de Cataluña sobre los artículos 28 y 34 de la Ley Hipotecaria y el heredero aparente

Este artículo analiza la regulación sucesoria en el Derecho común y el Derecho civil de Cataluña cuando afecta o incide sobre los derechos de terceros que adquieren bienes inmuebles cuyo título figura inscrito en el Registro en virtud de acto dispositivo del heredero aparente.



Josep J. Pintó Ruiz
Doctor en Derecho y abogado

1. INTRODUCCIÓN: UNA SITUACIÓN QUE CONCORRE DE VEZ EN CUANDO

Todos hemos vivido, muchas veces, el otorgamiento de un testamento abierto ante notario que, por diversas causas, no provoca el obligado asiento en el Registro Central de Actos de Última Voluntad⁽¹⁾. La consecuencia de esta disfunción es que se instrumenta la sucesión partiendo de un testamento anterior ya revocado⁽²⁾ por el posterior huérfano de Registro y que se adjudican bienes inmuebles al heredero aparente⁽³⁾ y, en ocasiones, este herede-



ro aparente ha dispuesto a título oneroso (compraventa, casi siempre) a favor de un tercero que, en virtud de la *traditio*⁽⁴⁾, es el propietario que ha inscrito el título de dominio en el Registro de la Propiedad⁽⁵⁾.

En ocasiones la causa de la disfunción es el otorgamiento de un testamento ológrafo que, protocolizado en su momento⁽⁶⁾, determina como heredero o legatario a una persona distinta del heredero o legatario aparente.

O también puede suceder que un causante haya otorgado un único testamento, que, por causa de esta disfunción, no se haya registrado, y los herederos abintestatos hayan tramitado el procedimiento y la aceptación de la herencia, división y adjudicación, se haya realizado en virtud de un título sucesorio que no sea real.

Y puede ocurrir también que se haya dispuesto a título oneroso a favor de terceros bienes que antes se inscribieron a favor del heredero así aparente⁽⁷⁾.

Esto es frecuente, y yo, profesionalmente, lo he vivido en estas tres modalidades.

El Código Civil de Cataluña regula en los artículos 465.1 y 465.2, la posición jurídica del heredero aparente, e incide aquí también el artículo 28 de la Ley Hipotecaria.

Partiendo de esta realidad, consideraremos la regulación sucesoria en el Derecho común y en el Derecho civil de Cataluña cuando afecta o incide sobre los derechos de terceros que adquieran bienes inmuebles cuyo título figure inscrito en el Registro en virtud de acto dispositivo del heredero aparente⁽⁸⁾.

2. DISPOSICIONES INCIDENTES: ANÁLISIS

a) Ley Hipotecaria

1. Los textos

La protección que el artículo 34 de la Ley Hipotecaria dispensa al nombrado tercero hipotecario está modalizada⁽⁹⁾ por el artículo 28 de la misma Ley, que, a efectos prácticos, sin incidir en calificaciones doctrinales, se puede decir que conlleva una excepción temporal o también detectable, como una suspensión del principio de fe pública registral.

De hecho, el artículo 34 dice 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 que no se pruebe que conocía la inexactitud del Registro.»

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

El artículo 28 de la misma Ley dice:

«Las inscripciones de fincas o derechos reales adquiridos por herencia o legado no surtirán efecto en cuanto a tercero hasta transcurridos dos años desde la fecha de la muerte del causante, exceptuándose las inscripciones por título, de herencia testada o intestada, mejora o legado a favor de los herederos forzosos.»

Con meridiana claridad, resulta que la interpretación armónica de estos preceptos significa lo siguiente: que si un heredero aparente que publica en el Registro su dominio sobre un inmueble determinado, por haber inscrito su título en el que consta la adjudicación a título de heredero (o legatario), si este heredero aparente vende (o transmite el mencionado inmueble a título oneroso a un tercero de buena fe, es decir, que ignora que el transmitente sustantivamente no es *dominus* porque no es heredero real sino aparente), y este tercero inscribe su título en el Registro, si todo esto es así y han pasado pacíficamente **dos años** a contar desde la muerte del causante (aunque después de estos dos años se anule o se deje sin efecto el título del heredero aparente y se constate plenamente que no era dueño de lo que transfirió a este adquirente), el tercero que haya contratado con el heredero aparente **será mantenido en la adquisición** en mérito de que ha adquirido a *non dominio* (artículo 34 de la Ley Hipotecaria).

Pero, si antes de transcurrir estos dos años, se pretende ante el tercero el restablecimiento del derecho del heredero o legatario real, quedará **suspendida, como**

si no existiese la protección a favor del tercero hipotecario. No está.

La protección que el artículo 34 de la Ley Hipotecaria dispensa al nombrado tercero hipotecario está modalizada por el artículo 28 de la misma Ley, que, a efectos prácticos, sin incidir en calificaciones doctrinales, se puede decir que conlleva una excepción temporal o también detectable, como una suspensión del principio de fe pública registral

La protección quedará paralizada y el tercero quedará sometido a la clásica regla *nemo dat quod non habet*.

En cambio, si se adquiere después de los dos años, el artículo 34 provoca todas las consecuencias naturales de protección para el adquirente.

Esta es la regulación general⁽¹⁰⁾.

2. Visión cronológica de la incidencia de los elementos de la transmisión al tercero

Pero, a efectos prácticos, hay que hacer unas observaciones importantes, ya que la cuestión no es tan simple como parece a primera vista.

El efecto práctico del juego de los artículos 28 y 34 de la Ley Hipotecaria trasciende, muy primordialmente, en que después de **dos años** cualquier adquirente a título oneroso que cumpla los requisitos del artículo 34 está, en aplicación de la regla general, **indemne** frente al *verus dominus* de la posible reivindicación, que queda así enervada. El *verus dominus* no puede reivindicar su bien, porque el adquirente a *non domino* del heredero aparente “será mantenido en su adquisición”, tal como dice el artículo 34 de la Ley Hipotecaria.

Sin embargo, hay que tener en cuenta que lo que la transmisión que pone en marcha el privilegio de la irreivindicabilidad requiere no es **sólo el acto dispositivo** (por ejemplo, la escritura de compraventa, que es al mismo tiempo título y *modus-traditio*), sino que es necesario también que el domi-



nio concreto del bien del heredero aparente esté **inscrito** en el Registro a título de herencia o legado, y que también esté **inscrito** el título transmisor otorgado por el heredero aparente a favor del tercero.

Para que opere la excepción del artículo 28 de la Ley Hipotecaria que enerva la irreivindicabilidad por el *verus domini* del bien adquirido por el tercero es indispensable que todos los elementos que provocan la protección del artículo 34 existan dentro (no después) de los dos años ya mencionados tantas veces

¿Qué ocurre si algunos de estos elementos se consiguen transcurridos los dos años? Por ejemplo, ¿qué pasa si la escritura de transmisión a favor del tercero se otorga dentro de los dos años posteriores a la muerte del causante pero la inscripción de esta transmisión no se opera hasta después de los dos años? ¿O si la venta se opera dentro de los dos años pero la adjudicación a favor del heredero aparente aún no está inscrita en el Registro?

Pues bien, en estos casos, hay que entender rotundamente que **no queda enervada** la regla general de irreivindicabilidad de la finca adquirida a *non domino* y el adquirente (tercero) derivativamente del heredero aparente “será mantenido en su adquisición”.

Esto tiene que ser así por las siguientes razones:

1. Es imposible dejar sin efecto la operatividad del principio de fe pública registral si la excepción enervante no es aplicable. No se puede frenar la protección decretada por la Ley con carácter general (artículo 34 de la Ley Hipotecaria) en virtud de una **potencia** o excepción (artículo 28 de la Ley Hipotecaria) que todavía no existe porque no se ha constituido, y cuando el conjunto ya está completo, ya es tarde, porque estamos más allá de los dos años.
2. La enervación excepcional de la regla general de irreivindicabilidad del artículo 34 sólo opera cuando **todos los actos y requisitos transitan y concurren no más allá de los dos años**.

3. Si existiese alguna duda, como el artículo 28 de la Ley Hipotecaria constituye una norma especial y excepcional que rompe la regla general de irreivindicabilidad del artículo 34 (y como norma excepcional implica la aplicación del artículo 4.2 del Código Civil español), tiene que interpretarse, por tanto, **restrictivamente**, y está claro que no opera la excepción a la irreivindicabilidad.

Por lo tanto, concluimos:

Para que opere la excepción del artículo 28 de la Ley Hipotecaria que enerva la irreivindicabilidad por el *verus domini* del bien adquirido por el tercero es indispensable que todos los elementos que provocan la protección del artículo 34 existan dentro (no después) de los dos años ya mencionados tantas veces⁽¹¹⁾.

Aclaremos, por último, que se tiene que equiparar a la misma inscripción dentro del plazo, si dentro del plazo citado (dos años) se ha operado **el asiento de presentación** (siempre que éste **no haya caducado** y haya provocado una calificación registral favorable a la inscripción).

Apurando hasta las últimas consecuencias, cosa que creemos firmemente, tenemos que añadir que esta inscripción no puede sustituirse por una anotación preventiva por defecto “subsancable” (artículo 42.9 de la Ley Hipotecaria, subsanación), si se realiza y se publica registralmente después de los dos años.

3. **Restringida aplicación de la excepción (artículo 28 de la Ley Hipotecaria) a la irreivindicabilidad**

También cabe remarcar que el objetivo al que obedece el artículo 28 de la Ley Hipotecaria es mitigar la inseguridad jurídica que sigue a la adquisición hereditaria, ante el peligro de que el título sucesorio no sea el operativo o de que aparezcan personas llamadas ignoradas, etc. Por tanto, cuando **no se trate de la existencia de un heredero aparente**, sino de actos efectuados por el mismo heredero real (aunque sea dueño a título de heredero), como, por ejemplo, una doble venta, aunque esta última se haya consumado e inscrito dentro de los

dos años, no será aplicable el artículo 28. Aparte de los problemas que crea el heredero aparente, en ningún caso se puede extender la enervación del principio de fe pública registral a situaciones diferentes de las estrictamente previstas por el artículo 28, de acuerdo con el objetivo singular (artículo 4.2 del Código Civil) al que sirve. En este sentido, hay que ver la importante **Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de abril de 1993** (que preserva la excepción en el caso de doble compraventa) y también la de **22 de junio de 2001**, que afirma lo siguiente: «según opinión dominante, el artículo 28 de la Ley Hipotecaria tiene como fundamento la inseguridad del título sucesorio y como **ámbito de aplicación**, el conflicto entre el **heredero real y el heredero aparente**, con suspensión de efectos para quienes adquieran del heredero aparente⁽¹²⁾».

Una visión panorámica del artículo 28 de la Ley Hipotecaria nos lleva a entender que es de interpretación puntualmente estricta como excepción a una regla general tan importante como la irreivindicabilidad *versus* el tercero hipotecario (artículo 34 de la Ley Hipotecaria).

b) Código Civil de Cataluña. Artículos 465.1 y 465.2

1. Los textos

«Artículo 465.1

»La acción de petición de herencia

»1.-El heredero tiene la acción de petición de herencia contra quien la posee, en su totalidad o en parte, a título de heredero o sin alegar ningún título, para obtener el reconocimiento de la cualidad de heredero y la restitución de los bienes como universalidad, sin tener que probar el derecho de su causante sobre los bienes singulares que la constituyen.

»2.-La acción de petición de herencia es procedente también contra los sucesores del heredero aparente o del poseedor y contra los adquirentes de la totalidad de la herencia o de una cuota de esta.

»3.-La acción de petición de herencia es imprescriptible, salvo los efectos de la usucapión respecto a los bienes singulares.”

«Artículo 465.2



»Régimen jurídico del heredero aparente

»1.-El heredero aparente o el poseedor vencido por el ejercicio de la acción de petición de herencia tiene que devolver al heredero real los bienes de la herencia, aplicando las normas de liquidación de la situación posesoria y distinguiendo si la posesión ha sido de buena fe o de mala fe.

»2.-Se excluyen de la restitución los bienes adquiridos a título oneroso por terceros de buena fe, de acuerdo con lo establecido en la legislación hipotecaria y las normas sobre la irreivindicabilidad los bienes muebles.

»3.-En los supuestos a que se refiere el apartado 2, el heredero aparente o el poseedor vencido tiene que entregar al heredero real el precio o la cosa que ha obtenido como contraprestación o los bienes que ha adquirido con éstos. Si la contraprestación aún no ha sido pagada, el heredero real se subroga en las acciones del transmitente para reclamarla.»

2. Examen del verdadero contenido de la remisión a la Ley Hipotecaria

El artículo 465.2 establece, en el número 1, una **norma general** de derecho material y sustantivo, disponiendo la obligación que tiene **el heredero aparente** de devolver al heredero real los bienes de la herencia.

El mismo artículo, en el número 2, establece una excepción⁽¹³⁾, de forma que «se excluye» la **restitución** de los bienes adquiridos **a título oneroso** por terceros de buena fe (lo que quiere decir *subadquirentes*, adquirentes inmediatos del heredero aparente).

El objetivo al que obedece el artículo 28 de la Ley Hipotecaria es mitigar la inseguridad jurídica que sigue a la adquisición hereditaria, ante el peligro de que el título sucesorio no sea el operativo o de que aparezcan personas llamadas ignoradas, etc.

Es decir, hasta aquí puede parecer que el adquirente de buena fe (que no sabe que el que le transmite no es el heredero real, sino un heredero aparente) **siempre** está

protegido, pero no es así. En el caso de los inmuebles, hay una remisión (artículo 465.2 del Código Civil de Cataluña) a la Ley Hipotecaria y, por lo tanto, **no sólo** al artículo 34 (que establece, coincidiendo con la norma general, una clara prevalencia del principio de fe pública registral), **sino también al artículo 28**, que reduce y disminuye esa protección cuando el que transmite es el heredero aparente.

El artículo 28 de la Ley Hipotecaria es una norma específica que cercena el principio de fe pública registral en el caso de transmisión derivativa de bienes que efectúa el heredero aparente, el heredero falso, es decir, el heredero que lo parece pero que no es el heredero.

No se puede dudar, pues, de que la remisión del número 2 del artículo 465.2 del Código Civil de Cataluña a la Ley Hipotecaria conlleva la remisión al artículo 34 (principio de fe pública registral) y **también al artículo 28** (enervación del principio de fe pública en el caso especial de heredero aparente que transmite).

No se puede entender, pues, que el Código Civil de Cataluña sólo remita al artículo 34 de la Ley Hipotecaria y, por lo tanto, no se puede entender en absoluto que no remita al artículo 28. Por consiguiente, no es cierto que en Cataluña la restricción de los dos años de suspensión del principio de fe pública registral no sea de aplicación. Es decir, la restricción del artículo 28 de la Ley Hipotecaria **también rige en Cataluña**. No podemos dudar de ello.

3. ¿CUÁLES SON LOS DEMÁS PROBLEMAS QUE SUSCITA EL CÓDIGO CIVIL DE CATALUÑA

Primer problema. En el caso del artículo 465.2.3, cuando dice «en los supuestos a los que hace referencia el apartado 2, el heredero aparente tiene que entregar al heredero real el precio o la cosa que haya obtenido como contraprestación», cabe preguntarse si se refiere tanto a transmisiones causadas por el heredero aparente en los primeros dos años como a transmisiones efectuadas después de los dos años o si sólo se refiere a uno de estos supuestos.

Nosotros, aunque la frase normativa está redactada en plural (dice «en los supuestos»), creemos que se refiere sólo al supuesto⁽¹⁴⁾ **en el que la enajenación**

se haya practicado después de los primeros dos años.

Sostenemos esto por las siguientes razones:

1. Porque la redacción de la frase en plural no es significativa, ya que se puede referir tanto a las enajenaciones de bienes inmuebles con título de transmisión inscrito en el Registro (situación que es la que estudiamos) como a las transmisiones de bienes muebles (a las que no nos referimos). Queremos decir, pues, que esta pluralidad no es, en este caso, significativa.
2. Porque el mismo número 3 (465.2.3) nos lleva a esta solución. El mismo número 3 dice que el heredero aparente tiene que entregar al heredero real el precio obtenido. Esto significa, necesariamente, que se refiere sólo al caso en el que la enajenación ha tenido lugar en plena vigencia del principio de fe pública registral, es decir, si ésta se ha hecho después de los dos años (sólo cuando opera la prevalencia de protección al tercero), el heredero real no puede recuperar el mismo bien hereditario específico y puede reclamar el equivalente al precio recibido. Esto sólo ocurre cuando la enajenación ha tenido lugar después de los dos años.
3. Porque es imposible aplicar el número 3 del artículo 465.2 a la enajenación efectuada dentro de los dos años, porque entonces el heredero real resultaría injustamente enriquecido (dos veces) al recibir la cosa⁽¹⁵⁾ y, además, al recibir también el precio de la misma, es decir, que recibiría **dos** veces en pago al derecho a la restitución no de dos, sino de una única transmisión. Toda interpretación que lleve al absurdo tiene que rechazarse⁽¹⁶⁾.

Segundo problema. No es propiamente un problema, porque se encuentra bajo un punto de técnica legislativa carente de relevancia, pero sí se puede plantear.

Como dice acertadamente PUIG FARRIOL, la situación prevista en el número 3 del artículo 465.2 es un caso claro de subrogación real *ope legis*⁽¹⁷⁾.

Es fácil que alguien se pregunte si el derecho a esta subrogación real sustituye el derecho general, según el cual, cuando la



obligación de entregar una cosa específica es imposible por haber quedado en poder de terceros de buena fe, el vencedor tiene derecho a percibir el *id quod interest*, es decir, su valor⁽¹⁸⁾.

Si no se admite este derecho a reclamar el contravalor, se generan dos problemas. Primero: que el heredero real puede resultar injustamente perjudicado al recibir, en lugar del valor equivalente, sólo el precio (quizás inferior) de la venta, por ejemplo, si se trata de un *negotium mixtum cum donatione*, o bien porque se incurre en fraude de ley, o bien al haberse vendido la cosa a un precio escandalosamente bajo. El Legislador no tiene que decir nada al respecto, porque el remedio ya está dispuesto en las partes generales correspondientes de los ordenamientos jurídicos aplicables.⁽¹⁹⁾ Segundo: sería imposible mencionar situaciones especiales, ya que la perversidad humana es capaz de cuotas de ingenio incommensurables e indescriptibles.

Tercer problema. Mi obsesión (hay que insistir que aquel heredero real que no puede recuperar el bien hereditario que le pertenece porque se ha enajenado, además de poder hacer suyo el **bien subrogado**, puede optar por reclamar al heredero aparente la equivalencia económica de dicho enajenado) radica en la alarma que me sugiere la posibilidad evidente de que el bien subrogado sea de valor mucho más bajo, que no aparezca o que no se pueda probar que existe o no se pueda identificar. El letrado casi siempre tendrá gravísimas dificultades al respecto.

En resumen, el *verus dominus* (el heredero real) que ve frustrado su dominio porque el heredero aparente ha transmitido a un tercero del artículo 34 de la Ley Hipotecaria se ve amparado para reclamar el precio que dicho heredero aparente ha cobrado por la enajenación y, en su caso, los bienes contraprestación (permuta) correspondientes. Es indudable que este derecho de recibir este precio o estos bienes está explícitamente dispuesto en el apartado 3 del artículo 465.2. Sin embargo, cabe preguntarse si este derecho explícito **excluye** o **no excluye** el derecho genérico a recibir el *id quod interest*, es decir, el valor del bien que pertenece al *verus dominus* y que ha transitado hacia el tercero adquirente de buena fe. Yo creo, muy firmemente, que el apartado 3 del artículo 465.2 (que dispone la subrogación) **no priva** ni excluye el de-

recho alternativo del *verus dominus* a reclamar al heredero aparente el *id quod interest* (valor). El *verus dominus*, si lo desea, puede reclamar el *id quod interest* o **puede optar** por reclamar el precio o la contraprestación percibidos por el heredero aparente que lo ha transitado hacia el tercero.

4. CONCLUSIONES

Primera conclusión. El artículo 28 de la Ley Hipotecaria **es de interpretación restrictiva, con las consecuencias que se expresan al final del subapartado dos** («Examen del contenido real de la remisión a la Ley Hipotecaria») del apartado dos de este modesto estudio («Disposiciones incidentes: Análisis»).

Segunda conclusión. La regulación catalana ni incrementa ni disminuye la vigencia general del principio de fe pública registral y son irreivindicables las adquisiciones llevadas a cabo e inscritas por adquirentes a título oneroso de buena fe de bienes hereditarios inmuebles transmitidos por el heredero aparente (heredero que es aparente pero que en el Registro figura como titular verdadero).

A pesar de lo que pueda parecer, **se respeta la excepción** (a esta irreivindicabilidad) del artículo 28 de la Ley Hipotecaria, en virtud de la expresa remisión a la Ley Hipotecaria que menciona el apartado 3 del artículo 465.2 del Código Civil de Cataluña.

Tercera conclusión. La regulación catalana establece con claridad la subrogación real *ope legis*, que corresponde a la contrapartida de la enajenación de bienes hereditarios causada por el heredero aparente en beneficio del tercero adquirente de buena fe **después de dos años**.

Cuarta conclusión. El establecimiento de dicha subrogación real no conlleva, pues, la privación del derecho alternativo del *verus dominus* a reclamar el valor del bien indebidamente enajenado e irreivindicable, ya que la concesión del poder de optar por la subrogación real no significa que sólo sea con carácter excluyente de la facultad restitutoria utilizable. Lo que sí está claro es que no se pueden utilizar las dos facultades vez⁽²⁰⁾.

Quinta conclusión. La realidad que se predica de estas conclusiones no descarta (aunque aquí no se patrocina) una mayor

explicitación de la norma catalana al respecto⁽²¹⁾.

(1) Ver la Instrucción de 22 de enero de 2008 (BOE de 31 de enero de 2008) que regula la solicitud, incluso telemática, y la subsiguiente expedición de certificaciones del Registro de Actos de Última Voluntad.

El testamento más frecuente y, por supuesto, más seguro y aconsejable es el abierto otorgado ante Notario (artículo 421.13 del Código Civil de Cataluña), ya que su otorgamiento causa el correspondiente asiento en el Registro mencionado y su existencia consta en las certificaciones que se expiden al efecto.

Por ello, tras el fallecimiento del causante, la certificación expedida por el Registro Central de Actos de Última Voluntad expresa con claridad la fecha y el Notario autorizante del último testamento otorgado por el causante. Esto tiene su importancia ya que el testamento provoca la revocación (ineficacia) de los testamentos anteriores (artículo 422.9). Es sumamente perturbadora la omisión del asentamiento en el Registro especial que publica el otorgamiento del testamento, ya que, aunque esto no debería ocurrir, a veces ocurre. Entonces, como el asentamiento en el Registro no es constitutivo, el testamento no registrado produce todos los efectos propios derivados de este acto de última voluntad, entre ellos, la revocación de los testamentos anteriores, pero, dado que al no estar registrado no se conoce su existencia, el heredero nombrado en el testamento anterior registrado piensa que este testamento aparentemente es el último válido y que es heredero, aunque en realidad sólo sea heredero aparente. Cuando se descubre la verdad, todo se convierte en nulo, con posibles consecuencias para terceros adquirentes de buena fe.

(2) Ver el artículo 422.9 del Código Civil de Cataluña y la nota anterior.

(3) Sobre el heredero aparente, ver GUÀRDIA CANELA, «Comentaris a la Sentència de 9 de gener de 1968» (Comentarios sobre la Sentencia de 9 de enero de 1968), RJC (1969), p. 59, así como el comentario sobre el artículo 275 de la derogada Compilación de Derecho Civil de Cataluña y otras que citan a PUIG FARRIOL i ENCARNÀ ROCA en la bibliografía-sumario de la p. 686 de las *Institucions de Dret civil de Catalunya*



(*Instituciones de Derecho civil de Cataluña*), vol. III, Valencia, 2008.

Ver el actual artículo 465.1 de la Compilación de Derecho Civil de Cataluña y, sobre todo, el artículo que sigue inmediatamente, que mencionaremos más adelante.

- (4) La clásica teoría "del título y el modo" del tantas veces repetido artículo 609 (e, indirectamente, el 1195) del Código Civil subsiste en Cataluña claramente reconocida en los artículos 531.1 y s. del Código Civil catalán. La *traditio* está regulada por el artículo 531.2 y s.
- (5) El problema que aquí estudiamos está relacionado con la situación del adquirente de buena fe a título oneroso que, confiando en la inscripción de un título de dominio (*sucesorio*) a favor del heredero no real, sino sólo aparente (lo que nadie sabe), cree que ese heredero aparente es un heredero real y, entonces, compra e inscribe su derecho. En esta situación, cuando la verdad sale a la luz, ¿el buen hombre que ha pagado y adquirido de buena fe e inscrito en el Registro será vencido y privado de su adquisición? Este es el conflicto. El artículo 34 de la Ley Hipotecaria lo resuelve maravillosamente bien, pero lo que ocurre es que también existe el artículo 28 de la misma Ley Hipotecaria que, en su caso, suspende durante dos años los efectos protectores para el tercero adquirente del artículo 34 y, además, mientras el artículo de la Compilación hoy derogado (artículo 275) también era protector, ahora el artículo 465.2 es más complicado. De esto hablaremos más adelante.
- (6) Ver el artículo 421.19 del Código Civil de Cataluña. La caducidad es de cuatro años, y el *dies a quo* es el de la muerte del testador.
- (7) También hay que tener en cuenta que, aunque en el derecho actual (ver el artículo 465.1 del Código Civil de Cataluña) la *actio petitio hereditatis* es **imprescriptible** y no prescribe como antes (ver los artículos 275 de la Compilación y el artículo 64 del Código de Sucesiones) a los treinta años, nadie se puede hacer la falsa ilusión de pensar que, pase lo que pase, podrá reclamar la herencia, y, consecuentemente, los bienes que la integran en cualquier momento y a pesar del transcurso del tiempo, ya que está explícitamente establecido (ver el artículo 465.1.3 del Código Civil de Cataluña) que la adquisición válida por usucapión consumada es intocable. Lo que ocurre con el adquirente por cualquier otro título

que sea oneroso y en situación de protección registral inmobiliaria (artículo 34 de la Ley Hipotecaria) es lo que estudiamos aquí.

- (8) Ver la nota anterior.
- (9) Con carácter general, el artículo 34 de la Ley Hipotecaria (ver la última edición de ROCA SASTRE I BERNÀ, *Dret hipotecari* (Derecho hipotecario), vol. II, tomo II, Barcelona, 2008, p. 53 y s., y también GARCÍA GARCÍA, *Código de legislación inmobiliaria, hipotecaria y del Registro Mercantil*, Pamplona, 2009, p. 55) establece una protección intensísima a favor del adquirente de buena fe, que confía en el Registro, pero esta otra protección que el Derecho material catalán (Derecho civil de Cataluña) dispensa (también a este tercero de buena fe adquirente a título oneroso) puede quedar mitigada o reducida por el Código Civil de Cataluña al admitir expresamente la vigencia genérica de la Ley Hipotecaria, en particular del artículo 28.
Se trata de determinar el significado de la nueva regulación en el sentido de si el derecho de este tercero hipotecario ha quedado ahora más o menos reducido que antes como consecuencia de la nueva redacción.
- (10) Ver MÉNDEZ GONZÁLEZ, *Los actos dispositivos realizados por el apoderado del titular registral y el conjunto del tracto sucesivo*, Pamplona, 2011, p. 164-191, donde suscita magistralmente una gran meditación.
- (11) La importancia de la inscripción del título que ampara la adquisición del número 3 del artículo 34 de la Ley Hipotecaria es tal que, sin duda, podemos decir que esta inscripción es la piedra angular o fundamental que hace posible esta protección. Esto sobre todo lo vemos así después de la lectura de MÉNDEZ GONZÁLEZ, *Los actos dispositivos realizados por el apoderado del titular registral y el conjunto del tracto sucesivo*, Pamplona, 2011, p. 164-165. Estoy convencido de que si la inscripción no se ha realizado antes de transcurrir los dos años, no existe enervación del principio de fe pública registral, ya que la protección de este tercero nace con la inscripción y, después de dos años, ya es tarde para enervar la fe pública registral.
- (12) Ver estas sentencias en GARCÍA GARCÍA, *Código de legislación inmobiliaria, hipotecaria y del Registro Mercantil*, Pamplona, 2009, p. 150-151.
- (13) Me refiero al artículo 465.2.2, donde se formula una excepción al privilegio

general a favor del tercero hipotecario del artículo 34 de la Ley Hipotecaria.

- (14) Está claro que la norma catalana no remite explícitamente al artículo 28 de la Ley Hipotecaria, sino que remite explícitamente a la Ley Hipotecaria en general y, por tanto, también al artículo 28, sobre todo al referirse al heredero aparente.
- (15) Como hasta pasados dos años no actúa la protección al tercero adquirente de buena fe, está claro que, en tal caso, el tercero adquirente deberá restituir la cosa al heredero verdadero (heredero real), y entonces no es posible que, además de recibir la cosa, tenga derecho a recibir al precio de la misma. No se puede devolver una misma cosa dos veces.
- (16) Sentencias del Tribunal Supremo de 2 de julio de 1873, de 25 de marzo de 1915 y de 29 de septiembre de 1955.
- (17) Ver PUIG FARRIOL i ENCARNÀ ROCA, *Institucions de Dret civil de Catalunya* (*Instituciones de Derecho civil de Cataluña*), vol. III, Valencia, 2008, p. 685.
- (18) Hace muy poco tiempo dijimos que (PINTÓ RUIZ, «Incumplimiento de obligaciones civiles», *RJC*, 1964, p. 948 y s.) que:
«Queremos hacer notar e insistir una vez más, como ya lo hemos hecho en otra ocasión, en la necesidad de distinguir el *id quod interest* de la indemnización de daños y perjuicio, pues, aunque tanto el *id quod interest* como la indemnización de daños y perjuicios restablecen el equilibrio, satisfaciendo al acreedor una cantidad de dinero, obedecen a conceptos distintos y tienen tratamiento diferente. La confusión entre ambos conceptos perjudica grave y extraordinariamente al acreedor. El *id quod interest* hace las veces, sustituye, a la prestación misma; por lo tanto, siempre que exista prestación convenida y esta no pueda ejecutarse por vía forzosa, siempre habrá *id quod interest*; en cambio, habrá indemnización de daños y perjuicios si realmente se han producido tales daños y perjuicios. Estos últimos podrán producirse o no, y cabe admitir la posición de la jurisprudencia española, a cuyo tenor debe probarse cumplidamente su existencia; pero lo que jamás puede admitirse es atribuir al *id quod interest* semejante procedencia "eventual", pues, al sustituir o hacer las veces de la prestación infungible, su existencia misma ya resulta probada por la existencia misma de la obligación. Sería verdaderamente ridículo que, al ejercitar una



acción de cumplimiento, se pretendiera que el actor ha de probar “que, si el deudor no cumple, el actor saldrá perjudicado”, y totalmente inconsecuente el no condenarle a la entrega de la cosa específica, por ejemplo, si el actor no prueba que le perjudicaría la no recepción de la cosa. Ello nos parece insostenible, por cuanto el vínculo obligacional obliga e impone la entrega y ello es suficiente; cuando la prestación no puede ejecutarse forzosamente y lo que se pretende es su sustitutivo, el *id quod interest* debe acentuarse al ejercitar esta pretensión el carácter sustitutivo de la prestación ordinaria y diferenciarlo claramente de la petición de indemnización, para que el *id quod interest* no precise de la prueba de su existencia, como ocurre con la indemnización de los daños y perjuicios que exigen su demostración. L. Fuller y William R. Perdue, ante la presencia de un incumplimiento contractual, consideran que deben protegerse tres intereses (*restitution interest, reliance interest, expectation interest*). Con respecto a este último (*expectation interest*), según versión de Puig Brutau, dicen: “en tercer lugar, sin insistir en la confianza depositada por el promisorio ni en el enriquecimiento del promitente, podemos tratar de conceder al primero el valor de lo que esperaba obtener como resultado de la promesa. Podemos dar lugar a una acción dirigida a obtener el cumplimiento específico de lo prometido, en el sentido de obligar al demandado a que realice la prestación que prometió al demandante, o bien podemos dar lugar a una acción de daños y obligar al promitente a que pague en dinero el valor de la prestación”. Nótese, pues, que el *id quod interest* (representado en el texto transcrito por la frase que sigue a “o bien podemos...”) sustituye, hace las veces de la prestación convenida, cuyo cumplimiento no pueda efectuarse en forma específica y, por lo tanto, no ha de caber duda que la estimación de la pretensión del *id quod interest* ha de ser tan automática como automática sería la estimación de la pretensión de cumplimiento específico, pues, de lo contrario, si no ocurre así, podremos preguntarnos con Puig Brutau si, al ignorar este automatismo, “¿no se vaporiza buena parte de la fuerza vinculante del contrato?”, o, añadimos, de la obligación misma. «Queremos, pues, dejar bien sentado lo siguiente:

»1.º El *id quod interest* es un simple sustitutivo de la prestación específica y, por lo tanto, sigue su suerte. Supuesto que concedemos eficacia vinculante al contrato, que estimamos que la obligación es vínculo jurídico que tiene el valor de norma particular, en caso de transgresión ha de recibir el mismo tratamiento la acción de cumplimiento específico que la petición del *id quod interest*; por tanto, es absurdo confundir el *id quod interest* con la indemnización de daños y perjuicios y exigir para el *id quod interest* lo que se exige para la indemnización de daños y perjuicios (es decir, la prueba de que existen tales daños), pues si el acreedor contrató, es que tenía interés en recibir la prestación prometida, y esto baste (que exista obligación) para exigirla (en forma específica o, en su defecto, el *id quod interest*), sin necesidad de tener que demostrar que si no la recibe se le seguirán daños.

»2.º Al ejercitar acciones es necesario discriminar y separar, distinguiéndolas debidamente, las pretensiones correspondientes al *id quod interest* y a la indemnización de daños y perjuicios, que constituyen, por tanto, pretensiones distintas; la omisión de esta clara discriminación acarreará al actor el perjuicio de que se confunda la indemnización de daños y perjuicios con el *id quod interest*, y así llegar a exigir para la estimación de esta última pretensión que pruebe los perjuicios seguidos de la no ejecución de la prestación, como si el cumplimiento de un contrato estuviera condicionado a la demostración de que, si la otra parte no cumple, quedará perjudicado el acreedor, cuando lo lógico es entender que si se contrata es porque se tiene un interés, digno de protección, y entender que si el contrato es vinculante, si la obligación es tal, vincula y obliga al deudor a cumplir sin más que por el hecho de hallarse obligado válidamente, y que, de la misma manera que ha de cumplir automáticamente la prestación específica, del mismo modo ha de cumplir la sustitutiva o *id quod interest*.

»La diferenciación entre la acción de cumplimiento (sea en forma específica, sea *sustitutivamente id quod interest*) y la acción de indemnización de daños y perjuicios es evidente, sin que puedan fundirse o identificarse como erróneamente se hace. Veamos:

»a) El artículo 1.101 del Código civil indica en sí mismo la compatibilidad y la distinción entre la acción de cum-

plimiento y la acción de petición de indemnización de daños y perjuicios, puesto que dice que quedan sujetos “a la indemnización” los que incurrieren en “morosidad”, y sabido es que la mora implica mero retardo, pero no incumplimiento definitivo, de lo que se sigue que si por el mero retardo se tiene derecho a la correspondiente indemnización, se tiene además derecho al cumplimiento, ora se preste voluntariamente, ora mediante el ejercicio de la acción, tienda esta al cumplimiento específico o, por no ser posible, a su sustitutivo o *id quod interest*.

»b) Más explícito es el artículo 1096 al establecer (Puig Brutau) que “cuando lo que deba entregarse sea una cosa determinada, el acreedor, independientemente del derecho que le concede el artículo 1101, puede compeler al deudor a que realice la entrega”, es decir, con independencia de solicitar la indemnización de daños y perjuicios (artículo 1101), puede también ejercitar la acción de cumplimiento y, por tanto, si la prestación tuviera que ser sustituida (*id quod interest*), cabría la petición de daños y perjuicios (artículo 1101) y la de cumplimiento, *id quod interest*, ambas de contenido dinerario, aunque la segunda en sustitución de la prestación prometida.

»c) Si alguna duda cupiera, el texto del artículo 1124 es suficientemente claro, al decir que el perjudicado podrá escoger entre exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación, con el resarcimiento de daños y abono de intereses “en ambos casos”, o sea, que podrá pedir el cumplimiento (o su sustitutivo, el *id quod interest*) y, además y por tanto, algo distinto (los daños y perjuicios, criterio este coincidente con el artículo 329 del Código de comercio).»

Ver el artículo 701 de la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil. Ver DÍEZ PICAZO, «El problema del llamado *cumplimiento por equivalencia*», en *Fundamentos de Derecho civil*, tomo II, Pamplona, 2008, p. 780. Es interesante el magnífico análisis que efectúa de la *aestimatio rei*.

Creo que deberá utilizarse el artículo 4 del Código Civil para tener por establecido el derecho del acreedor, derecho de carácter real en la sustitución de una cosa específica que haya desaparecido en poder de un tercero (el título del que es intocable, *ad exemplum* 3 del artículo 34 de la Ley Hipotecaria) por su valor equivalente.



(19) Ver los artículos 6.2, 6.3, 6.4, 7.1 y 7.2 del Código Civil y también los artículos 111.6, 111.7, 111.9 y la amplísima doctrina y jurisprudencia que los potencian.

(20) Entendemos que el heredero real que se ha visto privado de pedir al heredero aparente la restitución de un bien que ha salido de la herencia y que no se puede recuperar del adquirente (artículo 34 de la Ley Hipotecaria y artículo 28, y, por tanto, enajenado después dos años a partir de la muerte) podrá siempre disfrutar del principio establecido de subrogación real en el precio o en la contraprestación que hagan de contrapartida de la enajenación indebida pero intocable. También entendemos que este derecho a disfrutar de la subrogación y, por consiguiente, quedar compensado con ésta no priva

que pueda pedir simplemente el valor de la cosa expulsada indebidamente de la herencia, sobre todo cuando:

– No exista subrogación o no se pueda identificar ni probar.

– Procesal y probatoriamente sea más sencillo reclamar el valor y no aprovechar la subrogación. Ahora bien, es evidente que lo que no se puede conseguir es reclamar a la vez y acumulativamente el bien expulsado.

(21) Pensamos que sería muy de agradecer una explicitación más perfecta. El *verus dominus* que ve que debido a la operancia del principio de «fe pública registral» se le **evapora** el dominio, tiene que tener derecho, ya que ha perdido injustamente lo que es suyo, a obtener **la restitución del valor del mismo** (*id quod interest*). Al mencionar que el *verus dominus* puede pedir el precio

que el heredero aparente ha recibido por la enajenación o, en su caso, los bienes que ha recibido en permuta no significa necesariamente que este *verus dominus* no pueda pedir la restitución del valor del bien enajenado.

Pero cada vez vemos más necesaria (por ser justa) dicha explicitación, ya que el adverbio **sólo** que aparece en el artículo 64 del derogado Código de Sucesiones (apartado 3 del artículo 64) constituye un precedente que dificulta la posición que defendemos.

Sin embargo, está claro que la supresión del adverbio *sólo* en el vigente artículo 465.2.3 del Código Civil de Cataluña borra la dificultad anteriormente mencionada, pero –insisto– no estaría de más una explicitación legal sobre este tema.



Una reflexión sobre la impronta romana del «beneficio de separación de patrimonios» en el Código civil de Cataluña

La mayoría de las instituciones sucesorias catalanas tienen su origen en el Derecho romano. En este trabajo se estudia, en concreto, la huella romana que pervive en la regulación catalana del «beneficio de separación de patrimonios»

Paula Domínguez Tristán

Profesora titular de Derecho Romano en la Universidad de Barcelona

1. Introducción

El objeto del presente trabajo no es otro que invitar al lector a reflexionar acerca de la visible huella romana que, a día de hoy, todavía pervive en la regulación catalana del «beneficio de separación de patrimonios», con el fin último de destacar ciertos aspectos que entiendo que pueden interesar no ya a la doctrina romanista y civilista en general, sino a cualquier jurista que opere en el ámbito sucesorio catalán.

Como romanista que soy y con vecindad civil en Cataluña, la elección del tema responde, en gran medida, por una parte, a que, tal y como se ha reiterado hasta la saciedad, la mayoría de las instituciones sucesorias catalanas tienen su origen en el Derecho romano⁽¹⁾, al igual que muchas de las del Derecho civil común⁽²⁾, y, por otra, en especial, a la marcada impronta romana de una figura sucesoria que es regulada por el



Derecho catalán⁽³⁾ y, en la actualidad, a diferencia del Código civil español (en adelante, CC)⁽⁴⁾, por el artículo 461-23 del Código civil de Cataluña (en adelante, CCC).

La huella dejada por el Derecho común, en su vertiente romana, en el Derecho civil catalán, como ya señaló Luna⁽⁵⁾, es particularmente profunda, externa y visible en la disciplina que dedica el Derecho civil cata-

lán a las sucesiones por causa de muerte, ahora reguladas en el libro IV del CCC (aprobado por la Ley 10/2008, de 10 de julio, relativa a las sucesiones). Dicha huella es tan intensa que no solo se aprecia en un gran número de instituciones concretas (siendo un claro ejemplo el beneficio de separación de patrimonios), sino que, al igual que en el derogado Código de sucesiones catalán de 1991, es perfectamente observable en los



principios sucesorios sobre los que el actual libro IV del CCC se estructura⁽⁶⁾. En definitiva, como con acierto observa el citado autor, las normas civiles catalanas presentan una notable *iuris continuatio*⁽⁷⁾, puesta hoy de manifiesto por los artículos 111-1 y 111-2 del CCC.

2. Aspectos más destacados de la *separatio bonorum* en el Derecho romano⁽⁸⁾

El tema de la *separatio bonorum* (en adelante, SB), como señala Camacho Evangelista⁽⁹⁾, es, sin duda, difícil, y, como núcleo de una rica problemática, sobre él gira una compleja gama de figuras y de situaciones jurídicas. A ello debe añadirse, con López-Barajas, que la SB constituye además de un mecanismo de protección del crédito, una parte importante del amplio campo relativo a la responsabilidad del heredero por deudas del causante. Así, pues, en este ámbito, la SB es una figura de origen pretorio y de gran interés, ya que a su complejidad material se une el ser una institución eminentemente procesal⁽¹⁰⁾.

La *separatio bonorum* es una figura de origen pretorio y de gran interés, ya que a su complejidad material se une el ser una institución eminentemente procesal

El estudio de la SB en el Derecho romano plantea, a mi juicio, como principales retos o, cuando menos, dificultades, entre otras, la escasez de fuentes jurídicas; el que los trabajos que la tratan de forma particular sean, en su mayoría, de los últimos años del siglo XIX y principios del XX⁽¹¹⁾, y, sobre todo, la problemática procesal que el tema suscita, ya que, como reconoce la romanística, no puede obviarse la vinculación de la *separatio* con el procedimiento ejecutivo universal, esto es, con la *bonorum venditio*⁽¹²⁾.

A tenor de lo dicho y dadas las características del presente trabajo, quiero reiterar y subrayar que mi única intención es dar noticia de algunos de los aspectos más relevantes de la SB romana abordados por voces autorizadas⁽¹³⁾, siendo consciente de los complejos problemas que la misma plantea⁽¹⁴⁾.

La SB es un remedio introducido por el pretor, basado en el principio de equidad⁽¹⁵⁾, a favor de los acreedores del causante y posibles legatarios, que consiste en el beneficio que, en caso de venta de los bienes del heredero-deudor, se concede a aquellos con el fin que puedan separar y reservar para sí el patrimonio hereditario, evitando, de este modo, que a su venta puedan concurrir los acreedores del heredero y manteniendo intacta la garantía patrimonial que dicho patrimonio suponía⁽¹⁶⁾. La propia descripción de Ulpiano, en Digesto 42, 6, 1, 1 64 *ad ed.*⁽¹⁷⁾, permite concluir que la SB suponía la existencia de dos masas patrimoniales, la del heredero y la que fue del causante, que debían considerarse distintas para ciertos efectos, aun perteneciendo a un mismo y único titular: el heredero. La finalidad de la *separatio* era, por tanto, conceder a los acreedores del difunto y legatarios⁽¹⁸⁾ una preferencia de cobro sobre el patrimonio del causante, con el objeto de evitar, tratándose de un heredero, por lo común, cargado de deudas o insolvente⁽¹⁹⁾ y, como consecuencia de la confusión patrimonial que deriva de la aceptación pura y simple, el perjuicio que podría ocasionarles la concurrencia de los acreedores personales del heredero sobre esa misma herencia.

La SB se regula en el título 6 del libro 42 del Digesto (*De separationibus*)⁽²⁰⁾, título que se encuadra en la ordenación del procedimiento ejecutivo⁽²¹⁾, así como en el título 72 del libro 7 del Código (*De bonis auctoritate iudicis possidentis seu venumdandis et de separationibus*), que también se inserta en el mencionado procedimiento.

Aunque no se discute la configuración clásica de este remedio pretorio que la romanística, dada la inequívoca fraseología de los antiguos, denomina, unánimemente, *separatio bonorum*⁽²²⁾, sin embargo, la fecha aproximada de su origen es una cuestión muy controvertida, dada la escasez de fuentes de que disponemos⁽²³⁾. En esta línea se pronuncia López-Barajas, si bien, y con la cautela exigida, ubica dicha institución a finales del siglo II a. C. o, como muy tarde, en el siglo I a. C.⁽²⁴⁾

En relación a Digesto 42, 6, nuestra principal fuente de conocimiento de la SB, es sabido en doctrina que es un título algo confuso y que los textos comprendidos abordan cuestiones diversas sin que sigan un orden definido⁽²⁵⁾, a lo que cabe añadir,

según criterio mayoritario, el problema de las interpolaciones⁽²⁶⁾.

La figura de la *separatio*, como observa Giunti⁽²⁷⁾, al margen de otros aspectos inciertos⁽²⁸⁾, resulta nítida en su perfil sustancial a la luz de una constitución no fechada del emperador Gordiano (C. 7, 72, 2), ya que en ella se describe su fisonomía con singular precisión⁽²⁹⁾. Así, del texto deriva que el remedio de la SB, encuadrado en el contexto normativo del edicto pretorio (*edicto praetoris... demonstratum*), se ofrecía como un beneficio exclusivo de los acreedores del causante (*creditoris hereditariis*), de cuya explícita petición dependía la activación de citado mecanismo (*quotiens separationem bonorum postulavit...*). No obstante, la necesaria instancia de parte no agotaba la formalidad preliminar, pues se coordinaba con la reserva de una apreciación discrecional del Magistrado sobre las circunstancias del caso concreto, esto es, la *causa cognitio*⁽³⁰⁾. Agotado, y con éxito favorable, tal reconocimiento, la última fase del *iter* procesal preveía la formal concesión del *beneficium (impetrent)* a través de un decreto expreso, del que da noticia Ulpiano en Digesto 42, 6, 1 pr.⁽³¹⁾

Concretados, por tanto, a tenor de la mentada disposición imperial, los requisitos formales de la SB, coincidimos con Giunti⁽³²⁾ en que su estructura operativa y su eficacia encuentran, sin embargo, el eco más claro y detallado en la obra de Ulpiano *Ad edictum*, sobre todo en el libro 64, que, puntualmente, comentaba la normativa pretoria y del que los compiladores del Digesto extrajeron el extenso fragmento de apertura del título *De separationibus* (Digesto 42, 6, 1), fundamental soporte exegético para el conocimiento de dicha institución⁽³³⁾. El jurista Severiano, en Digesto 42, 6, 1, 1, enuncia la noción genérica de *separatio* trazando su perfil funcional con la ayuda de un supuesto a modo de ejemplo (*Solet autem separatio permitti creditoribus ex his causis: ut puta*), cuya transcripción es la siguiente: uno tuvo como deudor a Seyo (*debitorem quis Seium*); este falleció (*hic decessit*) y quedó como heredero Ticio (*heres ei extitit Titius*), que no es solvente (*hic non est solvendo*) y que consiente la venta de los bienes (*patitur bonorum venditionem*); los acreedores de Seyo dicen que para ellos bastan los bienes de este (*creditores Seii dicunt bona Seii sufficere sibi*), que los acreedores de Ticio deben contentarse con sus bienes (*creditores Titii contentos esse debere bonis Titii*) y hacerse,



así (*et sic... fieri*), *quasi duorum bonorum venditionem*. Porque puede suceder (*Fieri enim potest*) que Seyo fuera ciertamente solvente (*ut Seius quidem solvendo fuerit*) y que se haya podido satisfacer a sus acreedores, por lo menos, aunque no por completo, en parte (*potueritque satis creditoribus suis vel ita semen, etsi non in assem, in aliquid tamen satisfacere*), pero que, admitidos y mezclados los acreedores de Ticio (*admissis autem commixtisque creditoribus Titii*), aquellos habrán de conseguir menos (*minus sint consecuturi*), ya que Ticio no es solvente (*quia ille non est solvendo*), o conseguirían menos (*aut minus consequantur, quia plures sunt hic*) porque son muchos⁽³⁴⁾; en este caso es, por tanto, muy justo (*est igitur aequissimum*) que, deseando los acreedores de Seyo la separación (*creditores Seii desiderantes separationem*), sean oídos, y que soliciten del pretor (*audiri impetrareque a praetore*) que por separado se pague su importe a los acreedores de cada uno (*ut separatim quantum cuiusque creditoribus praestetur*).

Están legitimados para pedir la *separatio* solo los acreedores del causante⁽³⁵⁾ y, en su caso, los legatarios. Por *acreedores del causante* hay que entender, con la doctrina, solo a los que lo eran a su muerte⁽³⁶⁾ y, por ello, no estaban legitimados para pedirla aquellos otros que, aun siéndolo *ex causa hereditaria*, lo eran del heredero⁽³⁷⁾.

El derecho de los legatarios a solicitar la SB⁽³⁸⁾, ya en época clásica, es afirmado por las fuentes. Así, por ejemplo, en Digesto 42, 6, 4, 1 *Pap. 12 respons.* y Digesto 42, 6, 6 pr. *lul. 46 dig.*⁽³⁹⁾, aunque la razón por la que se les concede difiere de la de los acreedores del causante, pues el legatario difícilmente podría esgrimir que él había basado su crédito en el patrimonio del finado. Está claro que los legatarios (en concreto, los favorecidos con un legado *per damnationem*) son acreedores del heredero *ex causa hereditaria* y no del difunto⁽⁴⁰⁾, y que, por ello, no siendo acreedores del causante, la única razón posible de su referida legitimación radica en el origen de la obligación que, con motivo del legado, nace para el heredero, esto es, una obligación *ex causa hereditaria* de la que responde *intra vires hereditatis*⁽⁴¹⁾, lo que, en último término, los distingue de los acreedores personales del heredero. Lo dicho justifica, al mismo tiempo, que los acreedores del causante que pidieron la separación (en adelante, *separatistas*) tengan frente a los legatarios que también la solicitaron, en virtud del principio *nemo liberalis*

nisi liberatus, un derecho preferente de cobro sobre el caudal relicto, como manifiesta Juliano en Digesto 42, 6, 6 pr. *46 dig.*⁽⁴²⁾.

A tenor de lo expuesto, y según deriva de las fuentes⁽⁴³⁾, no pueden pedir la *separatio* el heredero (único legitimado pasivamente)⁽⁴⁴⁾ ni, como regla general, sus propios acreedores⁽⁴⁵⁾: el primero, porque cuenta con otros medios de protección para lograr el fin perseguido por la SB, esto es, evitar, de modo transitorio⁽⁴⁶⁾, algunos efectos perjudiciales de la confusión patrimonial⁽⁴⁷⁾, y los segundos, porque la *separatio* se configuró precisamente con este fin, esto es, para apartarlos del caudal relicto y proteger así a los acreedores del causante y a los legatarios respecto al cobro de sus créditos y percibo de sus legados.

Desde el punto de vista procesal, es opinión casi unánime que, en época clásica, la SB constituía un incidente del procedimiento de ejecución patrimonial (*bonorum venditio*) contra el heredero⁽⁴⁸⁾. En otras palabras, la separación de patrimonios no consistía en una demanda principal que originase un procedimiento autónomo, sino en una pretensión conectada con una *bonorum venditio* ya iniciada y que, por efecto de la *separatio*, se dividía en dos *bonorum venditiones*, referidas, una, al patrimonio del causante, y la otra, al del heredero⁽⁴⁹⁾, con el fin de distinguir, de momento, entre acreedores de uno y otro⁽⁵⁰⁾, aunque ambas se concluían a nombre del heredero.

Decisivo es que la concurrencia de los acreedores particulares del heredero en el caudal relicto pueda perjudicar, efectiva o potencialmente, la situación de los acreedores del causante y/o los legatarios

Como he apuntado con anterioridad, el pretor, previa solicitud de la parte interesada y *causa cognitio*, concedía o no la SB, pero, tal y como se desprende de las fuentes, dicha concesión estaba subordinada a la concurrencia de una serie de requisitos o presupuestos⁽⁵¹⁾, a saber: a) que el acreedor del causante no hubiera reconocido al heredero como deudor propio⁽⁵²⁾; b) que los bienes de la herencia no se hubieran confundido y mezclado con los del heredero, lo que podía ocurrir en el caso de cosas

fungibles⁽⁵³⁾; c) que no se dejara pasar mucho tiempo desde la aceptación para pedir la *separatio*⁽⁵⁴⁾, y d) ¿que el heredero fuera insolvente?

La insolvencia del heredero como requisito necesario para obtener la *separatio* ha sido, históricamente, objeto de discusión. Para cierto sector, dicha insolvencia, como se reitera en las fuentes⁽⁵⁵⁾, era presupuesto exigido para conseguir la SB⁽⁵⁶⁾. Sin embargo, como apunta Roca-Sastre⁽⁵⁷⁾, pese a que dos textos del Digesto refieren la separación al heredero no solvente⁽⁵⁸⁾, la opinión dominante es contraria a admitir la hoy denominada *insolvencia «técnica»* del heredero (igual a pasivo exigible superior al activo realizable) como presupuesto necesario para su concesión, aunque lo cierto es que sería el caso más frecuente⁽⁵⁹⁾.

Comparto con el mencionado autor que lo decisivo, en este aspecto, es que la concurrencia de los acreedores particulares del heredero en el caudal relicto pueda perjudicar, efectiva o potencialmente, la situación de los acreedores del causante y/o los legatarios⁽⁶⁰⁾. Lo dicho no es incompatible con la opinión de Fadda⁽⁶¹⁾, para el que, si bien la insolvencia del heredero no es requisito, en el sentido que no se exige una prueba matemática y actual de ella, esto no obsta para que el pretor, en virtud de la discrecionalidad que le otorga el recurso a la *causa cognitio*, valore las circunstancias del caso y, en particular, la posible insolvencia del heredero, con el fin de conceder la *separatio* solo cuando exista un riesgo de impago, efectivo o potencial, para los acreedores del difunto y los legatarios, evitando, de este modo, que la separación tenga lugar por su mero capricho⁽⁶²⁾. Por otra parte, debe tenerse en cuenta que, en el Derecho romano, a efectos de la SB, es irrelevante que la herencia tenga un pasivo inferior, igual o superior al activo⁽⁶³⁾.

Objeto de la separación será todos los bienes del causante, tal y como se encontraban a su muerte⁽⁶⁴⁾, y, en general, los incrementos *ex hereditate* que se hayan verificado después⁽⁶⁵⁾. Sin embargo, se excluyen los bienes hereditarios que hayan sido enajenados, de buena fe, por el heredero, y, por ello, si enajenó la totalidad de la herencia, la *separatio* no podrá tener lugar⁽⁶⁶⁾.

El examen de los efectos de la SB, como reconoce la doctrina, constituye sin lugar a dudas el punto álgido de dicha institución, pues la determinación de su naturaleza ju-



ridica, de honda trascendencia histórica, dependerá, en última instancia, de los efectos que se le atribuyan⁽⁶⁷⁾. La complejidad del tema radica, en esencia, en las opiniones contrarias de los juristas severianos sobre alguno de los efectos más relevantes de la *separatio*, esto es, si los acreedores separatistas, no satisfechos íntegramente con la herencia, tienen derecho al residuo patrimonial del heredero⁽⁶⁸⁾, una cuestión que, *a posteriori*, se materializó en un arduo debate dogmático sobre su verdadera naturaleza que, a día de hoy, todavía sigue abierto⁽⁶⁹⁾.

En la línea de lo expuesto, basta aquí recordar que, a juicio de Roca-Sastre, para simplificar la exposición de los términos del problema, este debe plantearse en base al siguiente dilema: ¿el aislamiento del patrimonio hereditario respecto del propio del heredero, que produce la separación, entraña una separación absoluta y plena o bien solo relativa y limitada?⁽⁷⁰⁾ Observa el autor que si se opta por lo primero, los efectos específicos de la *confusio bonorum*⁽⁷¹⁾ que la *successio* ocasiona, con motivo de la aceptación pura y simple, dejan de producirse⁽⁷²⁾; si opta por lo segundo, dichos efectos tienen lugar de otro modo⁽⁷³⁾.

A tenor de lo dicho, entiendo que las características y el fin del presente trabajo me eximen de analizar, en esta sede, una de las problemáticas más complejas que suscita, a la luz de las fuentes, la SB romana, y, por ello, me limito aquí a apuntar algunas consideraciones de interés.

Cuestión pacífica, como se afirma en los textos, es que, satisfechos los acreedores del causante (y, en su caso, los legatarios) con la venta del caudal relicto, si todavía quedasen bienes, los acreedores particulares del heredero podrán cobrar sus créditos con el residuo hereditario⁽⁷⁴⁾.

Sin embargo, mención particular merecen los fragmentos Digesto 46, 6, 1, 17 Ulp. 64 ad ed.; Digesto 46, 6, 5 Paul. 13 quaest., y Digesto 46, 6, 3, 2 Pap. 27 quaest., que abordan la cuestión de si los acreedores separatistas que no logran satisfacer íntegramente sus créditos con el caudal relicto tienen derecho o no al remanente *ex bonis herediis*, ya que la disparidad de opiniones jurisprudenciales ha suscitado, como ya he indicado, una de las mayores polémicas doctrinales. En suma, los juristas clásicos debatieron sobre el destino del citado remanente, bien negándolo a los acreedores separatistas insatisfechos (opinión de Ulpiano y Paulo)⁽⁷⁵⁾, bien asignándolo

selo, aunque con ciertas limitaciones, esto es, siempre que hubiesen sido pagados los acreedores propios del heredero (postura de Papiniano)⁽⁷⁶⁾, para dar vida, así, en palabras de Giunti⁽⁷⁷⁾, a una nueva manifestación del *ius controversum*, tanto más estimulante en cuanto sobrevive a la obra de los comisarios bizantinos⁽⁷⁸⁾. Y, en este sentido, prueba evidente de la referida discusión es el *quidam putant* empleado por Paulo, en Digesto 42, 6, 5⁽⁷⁹⁾.

Estimo de gran interés observar que, según el texto de Papiniano, los legatarios separatistas, a los que no se menciona en el fragmento, no tienen derecho alguno al posible residuo patrimonial del heredero, lo que, a mi modo de ver, es totalmente lógico, pues este, aunque acepte la herencia pura y simplemente, no responde *ultra vires hereditatis* de los legados dispuestos por el causante, ya que estos no constituyen una deuda como las que tenía el difunto⁽⁸⁰⁾.

Por todo lo dicho, cabe concluir, con López-Barajas⁽⁸¹⁾, que optar por una solución no significa que haya de calificarse a la otra de falsa, sino que habrá que ver cuál es más acorde a la naturaleza y la estructura de la SB. En definitiva, la contradicción irreconciliable entre la opinión de Ulpiano y Paulo respecto a la de Papiniano⁽⁸²⁾ produce un vacío normativo sobre dicha cuestión en el Derecho justinianeo, ya que la antinomia destruye la autoridad de los mencionados textos.

Sobre la referida polémica jurisprudencial, tan solo cabe destacar, en general, que la solución de Ulpiano y Paulo se basaría, a juicio de algunos⁽⁸³⁾, en la concepción de la *separatio* como una institución que rescindía los efectos de la *aditio hereditatis* frente a los acreedores separatistas, es decir, como si estos hubieran vendido los bienes hereditarios como de un difunto (*et quasi defuncti bona venderunt*) y, precisamente por ello, no podrían satisfacerse con bienes distintos. Pero, como apunta Solazzi⁽⁸⁴⁾, la opinión de estos juristas no se apoyaría en la rescisión de la adición ni en la anulación de la condición de *heres*⁽⁸⁵⁾, sino en la consideración que los acreedores hereditarios, con la solicitud de la *separatio*, declaran su voluntad de apartarse de la persona del heredero (*recesserunt a persona heredis*)⁽⁸⁶⁾, optando, en consecuencia, por mantener inalterada su posición como acreedores del finado⁽⁸⁷⁾. Por el contrario, la otra opinión, representada por Papiniano y a la que parece aludir

Paulo cuando observa que si los acreedores propios llegaron a cobrarlo todo (*quod si proprii ad solidum pervenerunt*) lo que sobrare (*id quod supererit*), «opinan algunos» (*quidam putant*), se les ha de dar a los de la herencia (*tribuendum hereditariis...*), respondería, según *communis opinio*, a que la SB se configura aquí como un remedio cuyo objeto es la constitución de un derecho de preferencia o prelación de los acreedores del causante sobre los bienes hereditarios, lo que no obsta a que, insatisfechos sus créditos, puedan concurrir al patrimonio del heredero para su cobro, siempre y cuando los acreedores de este ya hubiesen sido satisfechos.

Cabe entender la *separatio bonum* como un remedio cuyo objeto es la constitución de un derecho de preferencia o prelación de los acreedores del causante sobre los bienes hereditarios

Lógicamente, esta disparidad de posturas ha dado lugar, en doctrina, a diversas teorías que se han inclinado por una u otra solución o que, incluso, han tratado de armonizarlas⁽⁸⁸⁾. Al margen de estas, comparto con López-Barajas⁽⁸⁹⁾ que, en última instancia, la opción entre una u otra no es un problema de interpolación, sino de determinar cuál es la solución más acorde con la naturaleza de la institución y con su encuadramiento en el procedimiento ejecutivo romano. Así, pues, coincido con la romanista que la opinión de Papiniano es la que mejor se adapta a lo dicho⁽⁹⁰⁾, ya que el derecho de los acreedores separatistas a dirigirse contra el patrimonio del heredero se fundamenta: a) en la propia concepción del fenómeno sucesorio romano y, por tanto, en la consagración del principio de la responsabilidad *ultra vires hereditatis* del heredero por las deudas del causante; b) en que la SB es un remedio que, al menos en su origen, nace para proteger los intereses de los acreedores del difunto y también en los caracteres del procedimiento ejecutivo universal contra el heredero, es decir, de la *bonorum venditio*⁽⁹¹⁾.

Los acreedores separatistas no satisfechos íntegramente con el caudal relicto, según opina Papiniano, tienen derecho al remanente *ex bonis herediis*, es decir, a lo que



quede tras haber sido pagados los acreedores personales del heredero. A mi juicio, dicho límite, que *a priori* podría resultar extraño en atención a la responsabilidad ilimitada del heredero por deudas del causante, respondería, como ya apuntó Milani⁽⁹²⁾, a razones de equidad, esto es, a que, con el mismo, el pretor habría querido evitar que la SB se convirtiera en un instituto *iniquum* y *damnosum* para los acreedores propios del heredero⁽⁹³⁾.

La *separatio* tiene carácter único, ya que se solicita y obtiene respecto de la totalidad de la herencia, pero solo actúa a favor de los que la obtengan

En definitiva, como señaló Roca-Sastre, la influencia de la *separatio* en el principio de la responsabilidad *ultra vires hereditatis* del heredero, que acepta la herencia pura y simplemente, por deudas del causante, puede adoptar, desde un punto de vista dogmático, tres posiciones⁽⁹⁴⁾:

- 1) Que los acreedores del causante, insatisfechos sus créditos por insuficiencia de la herencia, no puedan perseguir después, en caso alguno, los bienes propios del heredero. Esta postura extrema, seguida por Ulpiano y Paulo, responde a la idea de una tajante separación entre el patrimonio hereditario y el del heredero que conduce, en suma, a eliminar la responsabilidad *ultra vires hereditatis* de este⁽⁹⁵⁾.
- 2) Que los acreedores del difunto, insatisfechos sus créditos por insuficiencia de la herencia, puedan perseguir después, en plena concurrencia y paridad con los acreedores personales del heredero, los bienes de este. Es esta una solución totalmente opuesta a la anterior, no contemplada en la Compilación justiniana y que respeta, en alto grado, el principio de responsabilidad *ultra vires hereditatis* del heredero, conjugándolo con las exigencias de la *separatio*⁽⁹⁶⁾.
- 3) Que los acreedores hereditarios, insatisfechos sus créditos por insuficiencia de la herencia, puedan perseguir después los bienes privativos del heredero, siempre que hayan sido ya pagados sus propios acreedores. Se trata, por tanto, de una posición intermedia y conciliadora,

inspirada en el citado texto de Papiniano que, aunque respeta el principio de responsabilidad *ultra vires hereditatis* del heredero, «la modaliza en el sentido recíproco compensatorio» por entender que, si en virtud de la *separatio* quedan diferenciados, de momento, el patrimonio hereditario y el del heredero, es justo y equitativo que los acreedores del causante puedan cobrar sus créditos, en primer lugar, con los bienes de la herencia y, subsidiariamente, con el remanente patrimonial del heredero, al igual que los acreedores particulares de este pueden proceder, primero, contra el patrimonio del heredero y, después, contra lo que sobre del caudal relicto⁽⁹⁷⁾.

Asimismo, otra cuestión discutida en el ámbito de los efectos de la SB es la de la relación entre los acreedores separatistas y los que no la pidieron⁽⁹⁸⁾. Ulpiano se la plantea en Digesto 42, 6, 1, 16 *64 ad ed.*⁽⁹⁹⁾, ya que, en definitiva, lo que se pregunta es si habiendo algunos acreedores hereditarios solicitado la *separatio* y otros no, podrá esta favorecer a los que se «atuviéron a la persona del heredero» (*quidam secuti heredem*); en otras palabras: si serán también admitidos a la venta de los bienes hereditarios. La respuesta del Jurista, pese a las diversas interpretaciones del texto⁽¹⁰⁰⁾, no deja lugar a dudas, al opinar que en nada les aprovechará (*et putem nihil eis prodesse*), porque han de ser contados con los acreedores del heredero (*hos enim cum creditoribus heredis numerandos*).

En última instancia, como ya apuntó Milani⁽¹⁰¹⁾, el problema está en determinar si la SB tiene carácter objetivo (esto es, beneficia a todos los acreedores del difunto, con independencia que la hubieran o no pedido y obtenido⁽¹⁰²⁾) o, por el contrario, subjetivo (es decir, que solo favorece al que la obtiene⁽¹⁰³⁾). Comparto con Roca-Sastre que ambos criterios, que él califica, respectivamente, de *relativo* o *benigno* (objetivo) y *absoluto* (subjetivo), coinciden en que la *separatio* ha de favorecer a quienes la pidan, pero se diferencian en el grado y en la medida en que ha de beneficiarlos⁽¹⁰⁴⁾.

A la luz de Digesto 42, 6, 1, 16, me adhiero al sector doctrinal que defiende que los acreedores no separatistas, entre los que, obviamente, se incluyen los que no reconocieron, de modo expreso, al heredero como deudor propio, pero que tampoco solicitaron la SB ni se sumaron a la ya pe-

dida, se equiparan, a todos los efectos, con los acreedores particulares del heredero y, en consecuencia, carecen de derecho alguno sobre el patrimonio del causante, salvo el eventual derecho sobre el remanente del caudal relicto, al igual que los acreedores del heredero, tras ser pagados los acreedores separatistas. Así, pues, según lo dicho, la *separatio* tiene carácter único, ya que se solicita y se obtiene respecto de la totalidad de la herencia, pero solo actúa a favor de los que la obtengan (carácter subjetivo)⁽¹⁰⁵⁾.

La problemática de la naturaleza jurídica de la SB⁽¹⁰⁶⁾, como ya he señalado, es una cuestión compleja íntimamente vinculada a los efectos que se le atribuyan. En función de estos, las tres opiniones que en líneas generales se han mantenido son: 1) la *separatio* como garantía real sobre el patrimonio del causante⁽¹⁰⁷⁾; 2) la SB como verdadera y efectiva separación de los patrimonios del causante y heredero⁽¹⁰⁸⁾, y 3) la *separatio* como un derecho de prelación en favor de los acreedores del causante y/o los legatarios separatistas sobre el patrimonio de este⁽¹⁰⁹⁾.

A tenor de lo expuesto en relación a los efectos de la SB, me sumo a la última de las opiniones apuntadas sobre su naturaleza jurídica, de conformidad con el criterio del texto de Papiniano (Digesto 46, 6, 3, 2), que, a mi juicio, es el que debe prevalecer por las razones ya referidas. Por ello, entiendo que la SB romana evita, temporalmente, la confusión de ambos patrimonios, el del causante y el del heredero⁽¹¹⁰⁾, ya que la separación subsiste en la medida necesaria para el cobro preferente de los créditos de los respectivos acreedores; en otras palabras: supone la configuración de dos criterios de preferencia o prelación crediticia a favor, respectivamente, de los acreedores y/o los legatarios separatistas sobre el caudal relicto y de los acreedores particulares del heredero sobre su propio patrimonio.

López-Barajas⁽¹¹¹⁾ afirma, con carácter general, que el ejercicio de la SB no implica una paralización de los efectos de la confusión de patrimonios. Aunque coincido con ella en que la *separatio* no supone, como ocurre con la aceptación de la herencia a beneficio de inventario, la subsistencia y, por tanto, la separación de los posibles créditos entre el causante y el heredero, sin embargo, creo conveniente matizar que, de los varios efectos que derivan de la *confusio bonorum*, uno de ellos, el de concurrencia de todos los acreedores, los del difunto



y del heredero, para el cobro de sus créditos sobre un mismo y único patrimonio, cuyo titular es el heredero, sí queda, transitoria o temporalmente, paralizado.

En definitiva, lo que sí cabe concluir con la citada romanista es que la separación no ha de concebirse, en caso alguno, como una manifestación de voluntad de rechazar a la persona del heredero, ni como una elección a la que el acreedor del difunto está obligado a realizar entre dos patrimonios. Con la SB, lo que se tiende a evitar es la concurrencia entre unos y otros acreedores, pero no a rechazar la responsabilidad ilimitada del heredero por deudas del causante⁽¹¹²⁾ y, por tanto, su posición deudora frente a los acreedores hereditarios. Por todo ello, como observó Biondi⁽¹¹³⁾, los conceptos de *separación material* y *derecho de prelación* de los acreedores separatistas no son contradictorios ni incompatibles, pues dicha preferencia es el resultado práctico que se obtiene, precisamente, mediante la separación de ambos patrimonios.

Por último, sobre la regulación de la SB en el Derecho justinianeo y sus posibles novedades⁽¹¹⁴⁾, basta señalar aquí, con la doctrina, por un lado, que la separación de bienes puede coexistir con la aceptación de la herencia a *beneficium inventarii*⁽¹¹⁵⁾ y, por otro, que ya no está ligada a la *bonorum venditio*, ahora extinguida⁽¹¹⁶⁾. Por lo demás, se mantiene substancialmente el régimen clásico⁽¹¹⁷⁾.

3. La regulación del «beneficio de separación de patrimonios» en el libro IV del Código civil catalán: artículo 461-23⁽¹¹⁸⁾

Una vez analizada, a grandes rasgos, la SB en el Derecho romano, corresponde ahora tratar, con carácter general, del beneficio de separación de patrimonios (en adelante, BSP) en el libro IV del CCC⁽¹¹⁹⁾ con el único fin de reflexionar, a tenor del estudio previamente realizado, sobre la impronta romana de dicho beneficio según su vigente regulación catalana, así como destacar alguna novedad digna de mención.

El lector coincidirá conmigo que en los precedentes compilados del BSP⁽¹²⁰⁾, al igual que en el derogado CS de 1991, resuena el eco, cuando menos, de la idea básica de la *separatio* romana, a la luz de los textos que la regulan, prevaleciendo la opinión de Papiniano sobre la participación de los acree-



dores separatistas en el residuo patrimonial del heredero y prescindiendo, sin embargo, de todo plazo preclusivo para solicitar tal beneficio⁽¹²¹⁾.

El artículo 37 del CS, antecedente inmediato del artículo 461-23 del CCC, como ya he apuntado, suprime la referencia expresa, como favorecidos por el BSP, de los acreedores por gastos de última enfermedad, pero, en lo demás, reproduce fielmente el contenido del artículo 264 del texto refundido de 1984 de la Compilación catalana. Así, pues, en el citado precepto del CS se decía:

«1.—Los acreedores por deudas del causante y los legatarios pueden obtener del Juez competente que el patrimonio hereditario sea considerado separado del privativo del heredero, a fin de salvaguardar su derecho ante los acreedores particulares de este último. El Juez, una vez hecho previamente el inventario de la herencia y con la adecuada justificación previa, concede este beneficio y adopta, en su caso, las medidas conducentes a su efectividad.

»2.—Los acreedores del causante y los legatarios que obtengan el beneficio

de separación tendrán derecho preferente para el cobro de sus créditos y percibo de sus legados respecto de los acreedores particulares del heredero, pero mientras estos últimos no resulten pagados, dichos acreedores no podrán perseguir los bienes privativos del heredero.»

La *separatio bonum* evita, temporalmente, la confusión de ambos patrimonios, el del causante y el del heredero, ya que la separación subsiste en la medida necesaria para el cobro preferente de los créditos de los respectivos acreedores

En el artículo 461-23 del CCC, relativo al beneficio de separación de patrimonios⁽¹²²⁾, podemos leer:

«1.—Los acreedores por deudas del causante y los legatarios pueden solicitar del Juez competente, en procedimiento de jurisdicción voluntaria, que el patrimonio hereditario sea considerado

separado del privativo del heredero, para salvaguardar su derecho ante los acreedores particulares del heredero. También pueden solicitarlo los acreedores del heredero, para salvaguardar su derecho ante los acreedores por deudas del causante.

Se ha ampliado la legitimación para solicitarlo a «los acreedores del heredero». Esta extensión es, sin duda, la gran novedad que introduce el artículo 461-23.1 *in fine*, ya que, con anterioridad, al igual que en el Derecho romano, estos acreedores no gozaban de dicho beneficio

»2.—Una vez tomado el inventario de la herencia, el Juez, con la motivación adecuada, concede el beneficio de separa-

ción de patrimonios y adopta, si procede, las medidas necesarias para hacerlo efectivo.

»3.—Los acreedores del causante y los legatarios que obtengan el beneficio de separación de patrimonios tienen derecho preferente para cobrar los créditos y percibir los legados respecto a los acreedores particulares del heredero, pero, mientras no se haya pagado a estos acreedores particulares, dichos acreedores del causante y los legatarios no pueden perseguir los bienes privativos del heredero. Este último efecto también se produce si el beneficio se concede a instancia de algún acreedor del heredero.»

La simple lectura del precepto pone de manifiesto que se amplía la legitimación para solicitar el BSP a «los acreedores del heredero», con el objeto de salvaguardar su derecho ante los acreedores por deudas del causante. Esta extensión es, sin duda, la

gran novedad que introduce el artículo 461-23.1 *in fine*, ya que, con anterioridad, al igual que en el Derecho romano, estos acreedores no gozaban de dicho beneficio⁽¹²³⁾. Asimismo, cabe reseñar, desde un punto de vista procesal, que el nuevo artículo ha precisado que nos hallamos ante un procedimiento de jurisdicción voluntaria⁽¹²⁴⁾.

Al margen de esta novedad o modificación, digna de mención, el artículo 461-23.1 del CCC no se aparta del concepto de *separatio* formulado en las fuentes romanas, pues el mismo, por lo que respecta a los acreedores por deudas del causante y los legatarios, dispone que estos pueden solicitar del Juez competente, en procedimiento de jurisdicción voluntaria, que «el patrimonio hereditario sea considerado separado del privativo del heredero, para salvaguardar su derecho ante los acreedores particulares del heredero». Así, pues, este beneficio, al igual que en el Derecho romano, tiene como fin proteger a los acreedores del causante y los legatarios de un heredero que, teniendo un patrimonio poco saneado, acepta la herencia de forma pura y que, por tanto, en virtud de la confusión patrimonial, pone en peligro sus expectativas de cobro efectivo⁽¹²⁵⁾.

El BSP es propio de la aceptación pura y simple, ya que lo que pretende es separar los dos patrimonios que se han unido como consecuencia de este tipo de aceptación. De ello resulta, como se afirmaba expresamente en el inciso final del artículo 35.3 del CS⁽¹²⁶⁾, que, existiendo aceptación a beneficio de inventario, el BSP no opera aunque haya sido solicitado, sino que, como ya se admitía respecto al Derecho justiniano, permanece latente, esto es, como medida preventiva que se activará, *ipso iure*, si decae aquella⁽¹²⁷⁾.

Están legitimados activamente para solicita el BSP, al igual que en el Derecho romano, los acreedores por deudas del causante y los legatarios. También lo están hoy los acreedores del heredero (artículo 461-23.1 del CCC)⁽¹²⁸⁾.

Como en el Derecho romano, se trata de acreedores del causante cuyas deudas no se extinguen por su muerte, es decir, los que lo eran a su fallecimiento y, por ello, quedan excluidos los acreedores por cargas hereditarias, pues estas no son débitos del causante, sino de la herencia, que nacen *ex novo* con ocasión de su apertura para el heredero⁽¹²⁹⁾.





Aunque las deudas por gastos de última enfermedad son contraídas en vida del causante, el artículo 461-19 del CCC, al igual que el anterior artículo 34 del CS, no las considera obligaciones de aquel, sino que las cataloga de cargas hereditarias y, en consecuencia, de conformidad con lo dispuesto por el CCC, los acreedores de dichas deudas quedarían excluidos de la referida legitimación activa⁽¹³⁰⁾. No obstante, observa Arroyo que, respecto al derogado artículo 37 del CS, es evidente que tanto los créditos por estos gastos como los derivados de los funerales están vinculados a la persona (o memoria) del causante y, por tanto, pese a que el artículo 37 del CS (hoy, el artículo 461-23 del CCC) no atribuya legitimación a sus titulares, el artículo 1924.B y 1924.C del CC permitiría el pago preferente cuando se liquida la herencia en cumplimiento de lo establecido por el artículo 461-23 del CCC⁽¹³¹⁾.

La vigente legislación catalana mantiene para los legatarios, en concreto, los favorecidos con un legado de efectos obligacionales, el mismo tratamiento que ya les dispensó el Derecho romano, esto es, su legitimación para solicitar el BSP (artículo 461-23.1 del CCC) y su postergación por los acreedores separatistas a la hora de cobrar sus créditos con el caudal relicto⁽¹³²⁾. No obstante, cabe matizar que, a diferencia de las fuentes romanas⁽¹³³⁾, este derecho preferente de cobro de los acreedores separatistas sobre la herencia frente a los legatarios también separatistas no se menciona, de modo expreso, en el propio artículo 461-23 del CCC, sino que se infiere de otros preceptos del libro IV del CCC⁽¹³⁴⁾. En definitiva, se puede concluir que el BSP concede a los legatarios separatistas una preferencia para el percibo de sus legados sobre el caudal relicto frente a los acreedores particulares del heredero, pero en caso alguno frente a los acreedores separatistas, cuyo derecho preferente de cobro puede suponer, en su caso, la reducción o la supresión de legados excesivos (*vid.* artículo 427-39.1 del CCC)⁽¹³⁵⁾.

También la legitimación pasiva del BSP coincide con la del Derecho romano, pues el heredero es el único legitimado pasivamente y, por ello, no puede solicitar dicho beneficio⁽¹³⁶⁾. El mismo, al igual que en el Derecho justinianeo, cuenta ya con otro mecanismo específico (la aceptación a beneficio de inventario) no solo para evitar el efecto perjudicial que produce la confusión patrimonial, en el caso de una herencia poco saneada, sino también para salvaguardar los créditos

que tenga contra el causante⁽¹³⁷⁾. A lo dicho cabe añadir que el artículo 461-23 del CCC, en la línea del derogado artículo 37 del CS, sigue sin reconocer al legitimario el derecho para pedir el BSP⁽¹³⁸⁾.

Respecto al objeto de la separación, basta decir que es el caudal relicto (artículo 461-23 del CCC)⁽¹³⁹⁾ lo que queda materialmente separado del patrimonio del heredero, con el único fin de proteger el derecho del que ha solicitado el BSP⁽¹⁴⁰⁾.

La separación de patrimonios, al igual que en el Derecho romano, no se produce automáticamente⁽¹⁴¹⁾, sino solo a instancia de la parte interesada⁽¹⁴²⁾. El procedimiento es siempre judicial, de conformidad con el artículo 461-23.1 del CCC, que dispone que los interesados «pueden solicitar al Juez competente, en procedimiento de jurisdicción voluntaria», la separación de patrimonios⁽¹⁴³⁾. Dicho artículo, en el segundo párrafo, continua diciendo que «una vez tomado el inventario de la herencia, el Juez, con la motivación adecuada, concede el beneficio de separación de patrimonios y adopta, si procede, las medidas necesarias para hacerlo efectivo».

Del artículo 461-23.2 del CCC deriva, en consecuencia, que son presupuestos necesarios para obtener del Juez una resolución favorable a la solicitud realizada y, por tanto, la concesión del BSP, los siguientes:

- a) Que se realice un inventario del caudal relicto⁽¹⁴⁴⁾, cuya forma aquí es siempre judicial⁽¹⁴⁵⁾.
- b) Que los interesados presenten una justificación adecuada y previa⁽¹⁴⁶⁾, lo que se traduce, por un lado, para los acreedores y los legatarios, en probar la realidad del crédito/legado, que este subsiste y que el heredero no garantiza suficientemente el pago, a lo que cabe añadir, a mi entender, el deber de justificar la necesidad del beneficio, es decir, acreditar el riesgo del perjuicio que derivaría para ellos de la confusión patrimonial⁽¹⁴⁷⁾; y por otro, para los acreedores del heredero, en la prueba del crédito no extinguido, así como del riesgo de perjuicio aludido.

Sobre esta última cuestión, juzgo de interés destacar que las fuentes romanas no se apartan en lo esencial de lo dispuesto por el CCC, pues de ellas se desprende que el pretor, previa *causa cognitio*, concede la

separación⁽¹⁴⁸⁾, lo que significa, en definitiva, que él mismo valoraba las circunstancias concretas del caso y, en particular, la justificación de los interesados (acreedores del causante y/o legatarios) de la necesidad o, cuando menos, conveniencia de obtener la SB.

En lo demás del procedimiento, el Juez, como el pretor en Roma, tiene amplio arbitrio para poder adoptar las medidas necesarias para hacer efectivo el BSP y, así, proteger a los acreedores y/o los legatarios separatistas. El artículo 461-23.2 del CCC no concreta las medidas a adoptar, sino que se refiere a ellas de forma genérica, al afirmar que «el Juez (...) concede el beneficio de separación de patrimonios y adopta, si procede, las medidas necesarias para hacerlo efectivo»⁽¹⁴⁹⁾.

Existiendo aceptación a beneficio de inventario, el BSP no opera aunque haya sido solicitado, sino que permanece latente, esto es, como medida preventiva que se activará, ipso iure, si decae aquélla

Hasta que no se acepta la herencia (de forma simple) por el llamado, no se puede solicitar, al igual que en el Derecho romano, el BSP. Sin embargo, el artículo 461-23 del CCC, a diferencia de la regulación justinianea⁽¹⁵⁰⁾, prescinde de establecer un plazo de caducidad para pedir dicho beneficio⁽¹⁵¹⁾, por lo que cabe entender, con Gete-Alonso⁽¹⁵²⁾, que se aplica la prescripción decenal prevista para cualquier tipo de acción sin plazo señalado (artículo 121-20 del CCC), que no puede confundirse con el plazo que corresponda a cada crédito en concreto. Parece lógico pensar que los acreedores interesados en obtener el BSP (cualquiera que sea su deudor, el causante o el heredero) y, por tanto, su efectividad, esto es, la separación material de ambos patrimonios para salvaguardar su derecho preferente de cobro, lo solicitarán lo antes posible, ya que, cuanto más tiempo transcurra desde la aceptación de la herencia, más posibilidades hay que los bienes desaparezcan (por enajenación o dación en pago) y, en suma, que la petición devenga inútil⁽¹⁵³⁾. Lo dicho cobra pleno sentido en la SB del Derecho romano clásico (a favor de los acreedores del causante y los legatarios), pues, como



vimos, a tenor de los textos, la *separatio* no tendrá lugar si se hubieran confundido y mezclado los bienes relictos y del heredero (lo que podía ocurrir en el caso de cosas fungibles) o si este hubiera enajenado, de buena fe, la totalidad de la herencia, situaciones que pueden darse, con mayor probabilidad, cuanto más tiempo se deje transcurrir desde la aceptación de la herencia y la solicitud de la separación.

Otra cuestión a destacar y que, a juicio de Arroyo⁽¹⁵⁴⁾, no es de fácil solución, es la de si el BSP, en el caso que lo pidan los acreedores del causante y/o los legatarios, presupone la insolvencia del heredero⁽¹⁵⁵⁾, o bien la simple probabilidad de impago a dichos acreedores «sobrevenidos» que, en principio, carecen de preferencia frente a los acreedores particulares del heredero⁽¹⁵⁶⁾.

Sobre este tema, históricamente debatido, cabe señalar que el actual artículo 461-23 del CCC no exige de manera explícita, como requisito necesario para solicitar el beneficio por los acreedores del causante y/o los legatarios, la situación de concurso del heredero ni, como se ha postulado aquí respecto al Derecho romano⁽¹⁵⁷⁾, su insolvencia.

Hasta que no se acepta la herencia por el llamado, el BSP no puede solicitarse. Sin embargo, el artículo 461-23 del CCC no establece un plazo de caducidad para pedirlo, por lo que cabe entender la aplicación de la prescripción decenal que no ha de confundirse con el plazo que corresponda a cada crédito en concreto

En relación a la cuestión planteada, coincido con lo argumentado por Arroyo con ocasión del anterior artículo 37 del CS y, además, considero que es perfectamente trasladable al artículo 461-23 del CCC, ya que este (como el artículo 37.1 del CS), solo contempla la situación de un heredero con deudores particulares, sin exigir a los acreedores del causante y los legatarios la prueba de su crisis económica o de la insuficiencia de su patrimonio. Pero que no se exija esto, como indica la autora, puede significar dos cosas: o bien que dicha prueba (por ejemplo, presentar el balance de sus cuentas, un

inventario de su situación patrimonial, una acreditación de la existencia de embargos por ejecuciones pendientes, etc.) sería presupuesto necesario de un procedimiento concursal previo contra el heredero, que comprendería, por tanto, la *separatio*⁽¹⁵⁸⁾; o bien que estos datos sobre la referida crisis económica o insuficiencia del patrimonio del heredero son los que los acreedores del causante y/o los legatarios deberían aportar con la presentación de la demanda de solicitud del BSP, según lo dispuesto por el artículo 461-23.2 del CCC («con la motivación adecuada», lo mismo que en el artículo 37.2 del CS: «previa adecuada justificación»), que es la que, de obtenerse, activaría un procedimiento ejecutivo y liquidatorio contra el heredero⁽¹⁵⁹⁾. Al respecto, creo interesante señalar, con Arroyo,⁽¹⁶⁰⁾ que es viable la hipótesis según la cual la separación de patrimonios puede formar parte de un procedimiento concursal ya iniciado contra el heredero antes de la aceptación, pues dicho procedimiento es uno de los mecanismos que permiten a los acreedores del difunto y/o los legatarios comprobar, precisamente, la existencia de créditos personales del heredero y, a su vez, en qué medida la concurrencia en el cobro les perjudica⁽¹⁶¹⁾. No obstante, esta declaración del heredero en concurso, como concluye la citada civilista, no ha de presuponer, necesariamente, una situación de insolvencia «técnica»⁽¹⁶²⁾.

El punto que cierra este trabajo es el de los efectos del BSP, que, como hemos visto, en el Derecho romano plantea no pocos problemas. Mi única intención, en esta sede, es la de destacar, a modo de síntesis, las principales ideas en virtud del nuevo precepto catalán, pero centrando la atención solo en los acreedores del causante y/o los legatarios que lo obtienen⁽¹⁶³⁾.

El efecto definitorio del BSP, de conformidad con su finalidad, no es otro que la separación (material) de ambos patrimonios y, en consecuencia, el establecimiento de un derecho preferente de cobro en favor de los acreedores y/o los legatarios separatistas sobre el caudal relicto (artículo 463-23.3 del CCC). Así, pues, con dicho beneficio se evita temporalmente la confusión patrimonial que produce la aceptación pura y simple de la herencia en todo lo que pudiera perjudicar a los acreedores del causante y/o los legatarios que lo obtuvieron⁽¹⁶⁴⁾.

Al igual que en el Derecho romano, el citado efecto, aunque no es general, sí es

unitario en el sentido que la separación existe con independencia del número de acreedores del causante y/o los legatarios que la hayan pedido, pero solo favorece a aquellos que, efectivamente, la obtuvieron (artículo 423-23.3 del CCC)⁽¹⁶⁵⁾.

Nadie discute hoy que el BSP no persigue limitar la responsabilidad *ultra vires hereditatis* del heredero por obligaciones del causante (artículo 461-18 del CCC), sino asegurar a los acreedores y/o los legatarios separatistas su derecho preferente de cobro. La garantía que se logra con el citado beneficio es, por tanto, la preferencia de aquellos para cobrar con bienes relictos⁽¹⁶⁶⁾, esto es, con exclusión de los acreedores del heredero (artículo 461-23.3)⁽¹⁶⁷⁾.

Después de los mencionados acreedores del causante, que, como ya he apuntado, siempre tienen un derecho preferente de cobro sobre el caudal relicto, los legatarios separatistas tienen el mismo derecho frente a los acreedores del heredero, esto es, a satisfacer sus legados con bienes hereditarios⁽¹⁶⁸⁾.

Lo dicho hasta aquí no impide, según el artículo 461-23.3 del CCC⁽¹⁶⁹⁾, que si el patrimonio hereditario resulta insuficiente para el referido cobro, los acreedores del causante que obtuvieron la separación (¿y los legatarios separatistas?) puedan perseguir los bienes privativos del heredero, pero siempre y cuando los acreedores particulares de este ya hayan sido pagados⁽¹⁷⁰⁾. Así, pues, de esta afirmación del citado precepto deriva, como con acierto apuntó Mezquita respecto al anterior artículo 37.2 *in fine* del CS, en primer lugar, la confirmación de que el BSP no modifica el sistema de responsabilidad *ultra vires* del heredero, y en segundo lugar, que los acreedores del causante que no solicitaron dicho beneficio no se ven afectados por esa restricción, ya que si se entiende que la separación de patrimonios no les favorece es justo, como ocurría en el Derecho romano, que tampoco les perjudique, de modo que concurrirán con los acreedores del heredero para el cobro de sus créditos⁽¹⁷¹⁾.

En definitiva, el Legislador catalán, de conformidad con la naturaleza y la finalidad del BSP, opta por la solución de Papiniano respecto a la participación de los acreedores separatistas en el residuo patrimonial del heredero⁽¹⁷²⁾ (¿también de los legatarios separatistas, según el artículo 461-23.3 del CCC?) y, en consecuencia, por la correlativa



preferencia de los acreedores del heredero para cobrar sus créditos con los bienes de este⁽¹⁷³⁾.

Por otra parte, considero oportuno señalar que, aunque el actual artículo 461-23 del CCC no alude, de manera expresa, como sí lo hacen los textos romanos, al derecho de los acreedores del heredero para cobrar sus créditos con el remanente hereditario, es decir, con lo que sobra una vez satisfechos los acreedores y/o los legatarios separatistas, esto no significa, a mi modo de ver, que carezcan de tal posibilidad, ya que, pagados aquellos que obtuvieron la separación de patrimonios, esta se extingue y, por tanto, deja de producir efectos⁽¹⁷⁴⁾.

No quiero finalizar este trabajo sin manifestar, cuando menos, mi sorpresa por la referencia expresa del nuevo artículo 461-23.3 del CCC a «los legatarios separatistas», junto a los acreedores del causante que obtuvieron la separación, a los efectos de poder dirigirse contra el residuo patrimonial del heredero⁽¹⁷⁵⁾.

Al margen de los problemas que pueda plantear en doctrina la responsabilidad del heredero por legados *per damnationem* (esto es, de efectos obligacionales)⁽¹⁷⁶⁾ y sin pretender ahondar ahora en los mismos, lo que sí cabe afirmar de conformidad con la vigente regulación catalana en materia sucesoria es que el heredero que acepta una herencia de forma pura y simple solo responde *ultra vires hereditatis* de las deudas del causante (contraídas en vida de este) y de las cargas hereditarias (artículo 461-18 del CCC⁽¹⁷⁷⁾), al igual que el artículo 34.1 del CS)⁽¹⁷⁸⁾.

De admitirse, como a mi juicio debe hacerse⁽¹⁷⁹⁾, que los legados, en concreto, los obligacionales, no pueden catalogarse como *deudas del causante*, ya que los favorecidos con ellos son acreedores del heredero *ex causa hereditaria*, pero no del causante, ni tampoco de *cargas hereditarias*, puesto que no son mencionados en el precepto que las enumera⁽¹⁸⁰⁾, habrá que concluir que el heredero responde de los mismos *intra vires hereditatis*, esto es, hasta el valor de los bienes hereditarios⁽¹⁸¹⁾.

Lo dicho hasta aquí bien pudiera parecer una obviedad, de no ser por la redacción del nuevo artículo 461-23.3 del CCC, que, al añadir, a diferencia del artículo 37.2 del CS, la mención explícita de los legatarios separatistas en aras a su participación en el

residuo patrimonial del heredero⁽¹⁸²⁾, entra en contradicción, a mi entender, con lo establecido en otros preceptos del CCC⁽¹⁸³⁾ y, por tanto, con el principio en virtud de cual el heredero responde de los legados *intra vires hereditatis* (hasta el valor de los bienes de la herencia)⁽¹⁸⁴⁾, en último término, con el alcance o la extensión de la responsabilidad *ultra vires* del heredero, según la vigente regulación catalana, que, como la anterior, también sigue en este aspecto el Derecho romano.

Admitir que los legatarios separatistas que no logran percibir íntegramente sus legados con el caudal relicto tienen también derecho a dirigirse, una vez pagados los acreedores particulares del heredero, contra los bienes privativos de éste, es modificar el principio de la responsabilidad *ultra vires* del heredero, según el cual éste solo responde ilimitadamente por deudas del causante y cargas hereditarias

En definitiva, admitir, como hace el artículo 461-23.3 del CCC, que los legatarios separatistas que no logran percibir íntegramente sus legados con el caudal relicto tienen también derecho a dirigirse, una vez pagados los acreedores particulares del heredero, contra los bienes privativos de este es reconocer, a mi modo de ver, que en el caso del BSP se modifica el principio de la responsabilidad *ultra vires* del heredero, según el cual este solo responde ilimitadamente por deudas del causante y cargas hereditarias.

Por último⁽¹⁸⁵⁾, solo cabe decir que la doctrina catalana, en general, no ha destacado, a mi juicio, la referida contradicción en que incurre el Legislador catalán en atención al tenor del citado precepto⁽¹⁸⁶⁾, tal vez porque, a su entender, la misma no se produce.

4. Bibliografía

ARROYO, E. «El benefici de separació de patrimoni en el Dret civil català». *Revista Jurídica de Catalunya*, 3 (2000), p. 646-677.

ASTOLFI, R. «*Separazione dei beni del defunto da quelli dell'erede* (Dritto romano)». *Novissimo Digesto Italiano*, xviii (1970), p. 1-2.

BAVIERA. «*Storia e teoria della separatio bonorum*». *Studi e Documenti di Storia e Diritto*, 20 (1899), p. 4 y s.

— *Il commodum separationis nel Dritto moderno*. Bolonia, 1901.

BIONDI, B. *Dritto ereditario romano. Parte generale*. Milán, 1954.

BONFANTE, P. *Della separazione del patrimonio del defunto da quello dell'erede nel diritto romano e nel diritto civile. Scritti giuridici varii*. Vol. I: *Famiglia e successione*. Turín, 1916, p. 569 y s.

— *Corso di Dritto romano: Le successioni. Parte generale*. Vol. VI. Milán, 1974, p. 439 y s.

DOMÍNGUEZ, P. «*Algunas consideraciones sobre la recepción del Derecho romano en España y Cataluña*». En: PANERO, R. (coord.). *El Derecho romano en la Universidad del s. XXI: CATORCE SIGLOS DE HISTORIA Y TRADICIÓN*. Valencia, 2005, p. 249-306.

— «*Constitutio Scimus: El heredero después de la confección del inventario*». *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, 9 (2005), p. 211-235.

FADDA, C. *Concetti fondamentali del diritto ereditario romano*. Nápoles, 1900.

FERRINI, C. «*Nuovi appunti sulla separatio bonorum*». *Bulletino dell'Istituto di Dritto Romano*, 13 (1900), p. 32 y s.

FUNAIOLI, C. «*Sulla separazione dei beni ereditari*». *Studi Senesi*, 61 (1949), p. 130-352.

GETE-ALONSO, M.^a C. «*La protección de los acreedores: El beneficio de separación de patrimonios*». En: *Derecho de sucesiones vigente en Cataluña*. Valencia, 2008, p. 298 y s.

GIUNTI, P. *Ius controversum e separatio bonorum*. Cagliari, 1993.

GUARINO, A. «*Il beneficium separationis dell'heres necessarius*». *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Romanis. Abt.*, 60 (1940), p. 185 y s.

— «*Gaio 2, 155, e il beneficium dell'heres necessarius*». *Studia et Documenta Historiae et Iuris*, 10 (1940), p. 240 y s.



HIRRIZUELO, G. «LÓPEZ-BARAJAS, M.^a R. *Separatio bonorum*. Granada, 1995». Recensión en: *Revista de Estudios Histórico-jurídicos*, 22 (2000), p. 1-2.

LÓPEZ-BARAJAS, M.^a R. *Separatio bonorum*. Granada, 1995.

LUNA, A. *La influencia del Derecho romano en el Derecho civil catalán: Estudios jurídicos in memoriam del profesor Alfredo Calonge*. Vol. II. Salamanca, 2002, p. 643-655.

LLÁCER, M.^a R. «Comentari a l'art. 461-23». En: ALASCIO, L. (coord.). *Comentari al llibre quart del Codi civil de Catalunya, relatiu a les successions*. Vol. II. Barcelona, 2009, p. 1538-1543.

MELUCI, P. *Trattato della separazione del patrimonio del difunto da quello dell'erede secondo il Codice civile italiano*. Turín, 1874.

MEZQUITA, E. «Comentario al art. 37 CS». En: JOU, LI. *Comentarios al Código de Sucesiones*. Vol. I. Barcelona, 1994, p. 126-131.

MILANI, A. «Della separatio bonorum: Note ed osservazioni». *Studi e Documenti di Storia e Diritto*, s/nº (1904), p. 6 y s. (ed. facsímil de dicho trabajo: Roma, 1971).

PUIG FERRIOL, LI.; ROCA, E. *Institucions del Dret civil de Catalunya*. Vol. II: *Dret de successions*. Valencia, 2009.

ROCA, E. «La supervivència de les institucions romanes en el Dret civil de Catalunya». En: *Actes del I Simposi Jurídic Principat d'Andorra/República de San Marino. El lus Commune com a dret vigent: L'experiència judicial d'Andorra i San Marino*. Vol. III. Andorra, 1994, p. 735-754.

ROCA-SASTRE, R. «El *beneficium separationis* y los actuales sistemas de separación sucesoria». *Anuario de Derecho Civil*, 13 (1960), p. 1117-1169.

— «El *beneficium separationis* en los actuales sistemas de Derecho comparado». En: *Estudios sobre sucesiones*. Vol. I. Madrid, 1981, p. 316-374.

ROTONDI, G. «Una nuova ipotesi in materia di bonorum venditio». En: *Scritti Giuridici*. Vol. III. Milán, 1922, p. 3 y s.

SOLAZZI, S. «Del diritto dei creditori separatisti sul patrimonio dell'erede». *Buletino dell'Istituto di Diritto Romano*, 11 (1898), p. 248-264.

— «Ancora sul diritto dei creditori separatisti sul patrimonio dell'erede». *Buletino dell'Istituto di Diritto Romano*, 13 (1900), p. 247 y s.

— *Il concorso dei creditori nel Diritto romano*. Vol. IV. Nápoles, 1942, p. 70 y s.

STORTI, C. «Separazione dei beni del defunto (storia)». En: *Enciclopedia del diritto*. Vol. XLI. Milán, 1989, p. 1445-1472.

TUMEDEI. *La separazione dei beni ereditari*. Bolonia, 1917.

VOCI, P. *Diritto ereditario romano*. Vol. II. Milán, 1963.

- (1) En estos términos ya me pronuncié en P. DOMÍNGUEZ, «Algunas consideraciones sobre la recepción del Derecho romano en España y Cataluña», en R. PANERO (coord.), *El Derecho romano en la Universidad del s. XXI: Catorce siglos de historia y tradición*, Valencia, 2005, p. 249-306, esp. p. 300. Además, como observa E. ROCA, «La supervivència de les institucions romanes en el Dret civil de Catalunya», *Actes del I Simposi Jurídic Principat d'Andorra/República de San Marino. El lus Commune com a dret vigent: L'experiència judicial d'Andorra i San Marino*, vol. III, Andorra, 1994, p. 735-754, esp. p. 739, lo mismo puede afirmarse de una buena parte de las instituciones de Derecho de Familia.
- (2) En este sentido, cabe recordar las palabras de FIGA FAURA, *Llibre del II Congrés Jurídic Català*, citadas por E. ROCA, «La supervivència de les institucions romanes en el Dret civil de Catalunya», *Actes del I Simposi Jurídic Principat d'Andorra/República de San Marino. El lus Commune com a dret vigent: L'experiència judicial d'Andorra i San Marino*, vol. III, Andorra, 1994, p. 735: «Dir que el nostre Dret és fonamentalment romà és una veritat a mitges enunciada de forma ambigua i desencaminadora, perquè no és cap característica del Dret català, sinó, al contrari, és allò que el fa semblant (allò que el fa comú) amb tots els drets europeus: tots als drets continentals són fonamentalment romans».
- (3) Al igual que por el Derecho foral navarro. Aprovecho estas líneas para manifestar que, a día de hoy, dedico mis esfuerzos de investigación a un próximo trabajo que tiene por objeto el análisis detallado del proceso de recepción de la *separatio bonorum* romana en el Derecho civil catalán, esto es, del devenir histórico de una institución sucesoria,

de marcado carácter procesal, como es la separación de patrimonios, desde sus orígenes romanos hasta su vigente regulación catalana.

- (4) Por el contrario, nuestro Derecho histórico español, en concreto, el Proyecto del CC de 1851, sí la reguló, al igual, entre otros, que los vigentes CC italiano y francés. En palabras de R. ROCA-SASTRE, «El *beneficium separationis* y los actuales sistemas de separación sucesoria», *Anuario de Derecho Civil*, 13 (1960), p. 1117-1169, esp. p. 1155, García Goyena destacó la frecuencia y gran importancia de esta institución para los acreedores del difunto que contrataron con él atendiendo a su fortuna y cualidades personales y que, por ello, no era de extrañar que todos los códigos modernos, a imitación del Derecho romano, se hubieran ocupado de ella, y ninguno con tanta prodigalidad como el de Luisiana. Para el citado autor (p. 1157), el silencio absoluto de nuestro CC sobre esta materia no puede ser producto del olvido, aunque pueda dar pábulo a esta impresión el que las partidas no se ocuparan de esta separación. *Vid.*, en las p. 1157-1162, las razones que esgrime Roca-Sastre sobre la desacertada postura de nuestro CC sobre la materia, a su entender.
- (5) A. LUNA, *La influencia del Derecho romano en el Derecho civil catalán: Estudios jurídicos in memoriam del profesor Alfredo Calonge*, vol. II, Salamanca, 2002, p. 643-655, esp. p. 654.
- (6) *Vid.* «Preámbulo», apartado I, párrafo 5.º, de la mencionada Ley 10/2008.
- (7) A. LUNA, *La influencia del Derecho romano en el Derecho civil catalán: Estudios jurídicos in memoriam del profesor Alfredo Calonge*, vol. II, Salamanca, 2002, p. 643. En general, sobre la recepción del Derecho romano en Cataluña y bibliografía allí citada, *vid.* P. DOMÍNGUEZ, «Algunas consideraciones sobre la recepción del Derecho romano en España y Cataluña», en R. PANERO (coord.), *El Derecho romano en la Universidad del s. XXI: Catorce siglos de historia y tradición*, Valencia, 2005, p. 249-306, esp. p. 280-306.
- (8) Como ya he señalado en las primeras líneas del trabajo, y de conformidad con su título, este no pretende ser, lógicamente, un nuevo estudio de la regulación de la SB en Derecho romano, misión que, por otra parte, merecería ser objeto de una monografía y que cuenta, con carácter general, con contribuciones de la doctrina de todas las épocas y con trabajos especializados, en su gran parte, de los primeros años del siglo XX.



- (9) Prólogo de la monografía de M.^a R. LÓPEZ-BARAJAS, *Separatio bonorum*, Granada, 1995, p. 1. Sobre la misma, *vid.* G. HIRRIZUELO, «LÓPEZ-BARAJAS, M.^a R. *Separatio bonorum*. Granada, 1995», *re-censión en Revista de Estudios Histórico-jurídicos*, 22 (2000), p. 1-2.
- (10) M.^a R. LÓPEZ-BARAJAS, *Separatio bonorum*, Granada, 1995, p. 7. En definitiva, como destaca la autora, la SB es una figura en que se manifiesta con claridad la íntima conexión entre Derecho Sustantivo y Derecho Procesal.
- (11) Cabe reseñar, entre otros, a S. SOLAZZI, «*Del diritto dei creditori separatisti sul patrimonio dell'erede*», *Bulletino dell'Istituto di Diritto Romano*, 11 (1898), p. 248-264; S. SOLAZZI, «*Ancora sul diritto dei creditori separatisti sul patrimonio dell'erede*», *Bulletino dell'Istituto di Diritto Romano*, 13 (1900), p. 247 y s.; BAVIERA, «*Storia e teoria della separatio bonorum*», *Studi e Documenti di Storia e Diritto*, 20 (1899), p. 4 y s.; BAVIERA, *Il commodum separationis nel Diritto moderno*, Bolonia, 1901; C. FADDA, *Concetti fondamentali del diritto ereditario romano*, Nápoles, 1900, p. 348-409; C. FERRINI, «*Nuovi appunti sulla separatio bonorum*», *Bulletino dell'Istituto di Diritto Romano*, 13 (1900), p. 32 y s.; A. MILANI, «*Della separatio bonorum: Note ed osservazioni*», *Studi e Documenti di Storia e Diritto*, s/nº (1904), p. 6 y s.; P. BONFANTE, *Della separazione del patrimonio del defunto da quello dell'erede nel diritto romano e nel diritto civile. Scritti giuridici varii*, vol. I: *Famiglia e successione*. Turín, 1916, p. 569 y s.; TUMEDEI, *La separazione dei beni ereditari*, Bolonia, 1917; C. FUNAIOLI, «*Sulla separazione dei beni ereditari*», *Studi Senesi*, 61 (1949), p. 130-352. Asimismo, como trabajos más recientes, cabe destacar los de R. ROCA-SATRE, «*El beneficium separationis y los actuales sistemas de separación sucesoria*», *Anuario de Derecho Civil*, 13 (1960); P. GIUNTI, *Ius controversum e separatio bonorum*, Cagliari, 1993, y M.^a R. LÓPEZ-BARAJAS, *Separatio bonorum*, Granada, 1995.
- (12) En este sentido, *cfr.* por todos M.^a R. LÓPEZ-BARAJAS, *Separatio bonorum*, Granada, 1995, p. 8, que advierte con acierto que «solo la conexión de la SB con el procedimiento ejecutivo permite una mayor comprensión y solución de los problemas que conlleva».
- (13) *Vid. supra*, nota 11.
- (14) En esta línea ya se expresó, entre otros, P. MELUCI, *Trattato della separazione del patrimonio del defunto da quello dell'erede secondo il codice civile italia-no*, Turín, 1874, p. 4, para el que «la referida institución era proverbial por las innumerables controversias a que continuamente daba lugar en la escuela y en la jurisprudencia».
- (15) Digesto 42, 6, 6, 1 Ulp. 64 ad ed.: «*est igitur aequissimum creditores*».
- (16) *Cfr.* M.^a R. LÓPEZ-BARAJAS, *Separatio bonorum*, Granada, 1995, p. 7. El que la SB fuera concebida originariamente como un mecanismo protector de los intereses de los acreedores del causante no excluye, observa la autora, que, dadas sus ventajas, fuera, con el paso del tiempo, ampliándose a otros supuestos, entre los que, a su juicio, es especialmente relevante la separación concedida al esclavo instituido heredero (p. 56). Sin embargo, para cierto sector doctrinal, el precedente inmediato de la separación a favor de los acreedores del difunto se encontraría, precisamente, en la concedida al esclavo instituido como heredero necesario (*beneficium separationis*). En esta línea, *cfr.*, entre otros, BAVIERA, «*Storia e teoria della separatio bonorum*», *Studi e Documenti di Storia e Diritto*, 20 (1899), p. 4 y s., y TUMEDEI, *La separazione dei beni ereditari*, Bolonia, 1917, p. 76 y s. Cabe destacar que la opinión de Baviera es hoy, de manera casi unánime, rechazada. Así, *vid.*, entre otros, C. FADDA, *Concetti fondamentali del diritto ereditario romano*, Nápoles, 1900, p. 355 y s.; A. MILANI, «*Della separatio bonorum: Note ed osservazioni*», *Studi e Documenti di Storia e Diritto*, s/nº (1904), p. 6 y s.; A. GUARINO, «*Il beneficium separationis dell'heres necessarius*», *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Romanis. Abt.*, 60 (1940), p. 185 y s.; A. GUARINO, «*Gaio 2, 155, e il beneficium dell'heres necessarius*», *Studia et Documenta Historiae et Iuris*, 10 (1940), p. 240 y s.; S. SOLAZZI, *Il concorso dei creditori nel Diritto romano*, vol. IV, Nápoles, 1942, p. 70 y s.; M.^a R. LÓPEZ-BARAJAS, *Separatio bonorum*, Granada, 1995, p. 61-64. En definitiva, sobre las relaciones entre la SB y el *beneficium separationis*, *vid.* por todos M.^a R. LÓPEZ-BARAJAS, *Separatio bonorum*, Granada, 1995, p. 61-64, 71-88 y la bibliografía citada.
- (17) *Vid. infra*, p. 6-7.
- (18) Sobre la legitimación de los legatarios para pedir la SB, *vid. infra*, p. 7-8.
- (19) Sobre la insolvencia del heredero, *vid. infra*, p. 10-11.
- (20) En concreto, después del título *De rebus auctoritate iudicis possidendis seu vendundis*.
- (21) Este título, particularmente breve, contiene, por este orden, un extenso fragmento de Ulpiano, tres de Papiniano, uno de Paulo, uno de Juliano y otro de Marciano. Por otra parte, a la *separatio* del esclavo heredero necesario, como apunta M.^a R. LÓPEZ-BARAJAS, *Separatio bonorum*, Granada, 1995, p. 58, se refieren, además de Digesto 42, 6, 1, 18 Ulp. 64 ad ed., Gayo, en I.2, 155, y el mismo Ulpiano, en Digesto 4, 4, 7, 5 Ulp. 11 ad ed.
- (22) A lo largo de todo el título 6 del libro 42 del Digesto se usan los términos *separare*, *separationem*, *separatio bonorum*, etc. Solo en un caso (Digesto 42, 6, 1, 6 64 ad ed.), Ulpiano utiliza la expresión *quasi separatio*, pero, a juicio de López-Barajas, el remedio contemplado no constituye en realidad un caso de separación (*vid.* M.^a R. LÓPEZ-BARAJAS, *Separatio bonorum*, Granada, 1995, p. 56, nota 2, y p. 57). Por lo que respecta a la separación del *heres necessarius*, aunque dicha figura no es objeto de este estudio, cabe señalar que las fuentes ofrecen una terminología más variada (*separare*, *reservare*, *commodum*...).
- (23) A lo dicho cabe añadir, con M.^a R. LÓPEZ-BARAJAS, *Separatio bonorum*, Granada, 1995, p. 61, que para cierto sector doctrinal el antecedente inmediato de la separación a favor de los acreedores del causante se encontraría en la otorgada al esclavo instituido heredero necesario (*beneficium separationis*). Por el contrario, para la citada romanista sería este beneficio el que tuvo su origen en la SB (p. 64). Sobre esta cuestión, *vid. supra*, nota 16. Asimismo, cabe recordar que la escasez de fuentes también plantea el problema de cómo estaba estructurado el edicto relativo a la separación de patrimonios. Al respecto se han propuesto varias hipótesis que, a modo de síntesis, pueden reconducirse a dos: la que defiende que dicho edicto era único (además, para algunos autores, iría destinado exclusivamente a los acreedores de la herencia y, para otros, también alcanzaría al esclavo instituido heredero necesario), y la que aboga por la existencia de dos edictos, uno referido a la separación del esclavo instituido heredero necesario y otro, a la de los acreedores del causante. Sobre esta problemática, *vid.* por todos M.^a R. LÓPEZ-BARAJAS, *Separatio bonorum*, Granada, 1995, p. 59-60, con la bibliografía citada, y P. GIUNTI, *Ius controversum*, Cagliari, 1993, p. 18, notas 14-15.
- (24) M.^a R. LÓPEZ-BARAJAS, *Separatio bonorum*, Granada, 1995, p. 67. Sobre esta cuestión, *vid.* p. 64-67 y la bibliografía citada.



- (25) Así, en Digesto 42, 6, 1 *Ulp. 64 ad ed.*, el primero y más largo de los fragmentos, Ulpiano, tras apuntar *ab initio* que la separación deberá ser decretada por el pretor, empieza contemplando (párrafos 1 y 2) la cuestión de la legitimación activa. En el párrafo 3 alude a los bienes objeto de la separación y, tras referirse, en el párrafo 4, a una cuestión de la legitimación pasiva, vuelve a abordar el tema de la legitimación activa (párrafos 5, 6, 7, 8 y 9). A continuación, el Jurista se dedica a los casos en que el acreedor del causante pierde el derecho a la separación como consecuencia de haber manifestado su voluntad de aceptar al heredero como deudor (párrafos 10, 11 y 15). Asimismo, de la pérdida de dicho beneficio por causas relativas a los propios bienes del difunto o al paso del tiempo tratan los párrafos 12 y 13, respectivamente. En el párrafo 14 se destaca que, en último término, será el pretor el que deberá pronunciarse sobre si procede o no la separación. A la regulación de las relaciones entre los acreedores que han solicitado la separación y los que no, se dedica el párrafo 16. La polémica cuestión de si los acreedores separatistas, tras quedar insatisfechos con la herencia, pueden dirigirse subsidiariamente contra el patrimonio del heredero, se contempla en el párrafo 17 (otros dos textos abordan el mismo problema: Digesto 42, 6, 5 *Paul. 13 quaest.* y Digesto 42, 6, 6, 3 *Pap. 27 quaest.*). Y, por último, a la separación otorgada al esclavo heredero necesario alude el párrafo 18.
- En los restantes textos del citado título se contienen referencias, por un lado, a la legitimación activa para pedir la *separatio*: a los acreedores condicionales (Digesto 42, 6, 4 pr. *Pap. 12 respons.*), a los legatarios (Digesto 42, 6, 4, 1 *Pap. 12 respons.* y, sobre todo, Digesto 42, 6, 6 pr. *Iulian. 46 dig.*), al acreedor afianzado (Digesto 42, 6, 3 pr. y 1 *Pap. 27 quaest.*); y, por otro lado, a la venta de bienes relictos por el heredero (Digesto 42, 6, 2 *Pap. 25 quaest.*).
- (26) Cfr. por todos M.^a R. LÓPEZ-BARAJAS, *Separatio bonorum*, Granada, 1995, p. 58.
- (27) P. GIUNTI, *Ius controversum e separatio bonorum*, Cagliari, 1993, p. 20-21.
- (28) C. STORTI, «*Separazione dei beni del difunto (storia)*», en *Enciclopedia del diritto*, vol. XL, Milán, 1989, p. 1445-1472, esp. p. 1455, señala que la praxis y la doctrina de la Edad Media y la Edad Moderna hicieron referencia al régimen de la SB del *Corpus Iuris*, no exento de contradicciones, y, según parece, interpolado en varios puntos.
- (29) Es práctica muy conocida de la jurisdicción (*Est iurisdictionis tenor promptissimus*) y remedio de indemnidad señalado a los acreedores de la herencia en el edicto del pretor (*indemnitasque remedium edicto praetoris creditoribus hereditariis demonstratum*) que, siempre que piden la separación de bienes (*ut, quotiens separationem bonorum postulant*), la impetren con conocimiento de causa (*causa cognita impetrent*). Así, pues, preferirás el conveniente resultado de tu pretensión (*praeoptabis igitur convenientem desiderii tui fructum*), si hubieres demostrado que no te atuviste a la seguridad de los herederos, sino que por necesidad los demandas a juicio (*si te non heredem fidem secutum sed ex necessitate ad iudicium eos provocare demonstraveris*).
- (30) Competentes para recibir la prescrita *postulatio* de los acreedores del causante habrían sido el pretor o el presidente de la provincia (*vid. Digesto 42, 6, 1, 14 Ulp. 64 ad ed.*), que preside el procedimiento de ejecución universal (esto es, la *bonorum venditio*) instaurada contra el heredero. Esto resulta lógico si se tiene en cuenta, como veremos, que la SB era un incidente dentro de dicho procedimiento.
- (31) *Sciendum est separationem solere impetrari decreto praetoris*.
- (32) P. GIUNTI, *Ius controversum e separatio bonorum*, Cagliari, 1993, p. 21.
- (33) *Vid. supra*, nota 25, las múltiples cuestiones tratadas en el mismo.
- (34) La parte central de este largo texto (*de fieri enim a quia plures sunt hic*), harto reiterativa, contrasta con la esencialidad de su inicio hasta el punto de dejar suponer, según P. GIUNTI, *Ius controversum e separatio bonorum*, Cagliari, 1993, p. 22, la caída de un glosema explicativo. Pese a ello, como reconoce la autora, no resulta contaminada en su conjunto la transparencia estructural del evento histórico, que integra el supuesto típico.
- (35) Quedan comprendidos en dicha categoría, como se desprende de las fuentes: los acreedores a término o bajo condición (Digesto 42, 6, 4 pr. *Pap. 12 respons.*), los acreedores naturales (Digesto 42, 6, 1, 18 *Ulp. 64 ad ed.*), los acreedores hipotecarios (Digesto 42, 6, 1, 4 *Ulp. 64 ad ed.*), los acreedores del peculio castrense (Digesto 42, 6, 9 *Ulp. 54 ad ed.*) y el acreedor cuyo deudor quedó heredero del fiador (Digesto 42, 6, 3 pr. *Pap. 27 quaest.*). Asimismo, el coheredero que sea acreedor del causante podrá pedir la separación por la cuota de su crédito no extinguido por confusión (*vid. C. 7, 72, 7*). Para un análisis detallado de los diversos acreedores referidos, *vid. M.^a R. LÓPEZ-BARAJAS*, *Separatio bonorum*, Granada, 1995, p. 115-132 y 139-140.
- (36) Cfr. por todos R. ROCA-SASTRE, «El *beneficium separationis* y los actuales sistemas de separación sucesoria», *Anuario de Derecho Civil*, 13 (1960), p. 1119, quien señala que, pese a que un texto de Paulo (Digesto 42, 6, 5 12 *quaest.*) presuponga que pueden pedir la separación los *creditoriis hereditarii*, solo pueden hacerlo los acreedores del finado; cfr. también M.^a R. LÓPEZ-BARAJAS, *Separatio bonorum*, Granada, 1995, p. 11, que argumenta que si bien Ulpiano, en Digesto 42, 6, 6, 1 *64 ad ed.*, se refiere a los acreedores en general (*separatio permitti creditoribus*), sin distinguir entre sus diversas clases y, por ende, el título en que se basa su crédito, el que en relación a otra categoría de acreedores *ex causa hereditaria*, como son los legatarios, haya sido necesaria una disposición que, de forma específica, los haya admitido a la separación (Digesto 42, 6, 6 *Iul. 46 dig.*), permite concluir que solo están legitimados para pedir la *separatio* los acreedores del causante.
- (37) Me refiero a los acreedores por las hoy llamadas *cargas de la herencia*, esto es, por razón de gastos funerarios, de apertura de la sucesión, de pago de impuestos, etc., exceptuándose los que lo sean por gastos de última enfermedad del difunto, pues dichos créditos nacen en vida de este. En definitiva, como ya señaló R. ROCA-SASTRE, «El *beneficium separationis* y los actuales sistemas de separación sucesoria», *Anuario de Derecho Civil*, 13 (1960), p. 1120, los gastos que no son deudas del causante, sino de la herencia, por originarse tras la apertura de la sucesión, corren a cargo del heredero.
- (38) Como matiza B. BIONDI, *Diritto ereditario romano. Parte generale*, Milán, 1954, p. 363, la separación solo se aplicaría al legado con efectos obligacionales, pues en el de efectos reales la *separatio* no parece tener mucho sentido, en la medida que el legatario adquiere, en este caso, *recta via*, la propiedad de la cosa o derecho legado sobre la misma.
- (39) Digesto 42, 6, 4, 1: *Legatarios autem in ea tantum parte, quae de bonis servari potuit, habere pignoris causam convenit*; y Digesto 42, 6, 6 pr.: *Quotiens heredis bona solvendo non sunt, non solum creditores testatoris, sed etiam eos, quibus*



legatum fuerit, impetrare bonorum separationem. El que los legatarios uvieran ya protegidos frente al heredero con otras medidas de garantía lleva a Bonfante a preguntarse (en *Corso di Diritto romano: Le successioni. Parte generale*, vol. VI, Milán, 1974, p. 439 y s.), entre otras cuestiones, si el derecho de los legatarios a pedir la SB fue ya reconocido en época clásica. Coincido con M.^a R. LÓPEZ-BARAJAS, *Separatio bonorum*, Granada, 1995, p. 133, que la respuesta, a tenor de los textos, parece ser afirmativa y que el hecho que el Edicto (*vid.* O. LENEL, *Edictum Perpetuum*, p. 418, nota 1) no hiciera mención alguna de los legatarios permite concluir que su legitimación habría sido un logro de la jurisprudencia, lo que no excluye que tal legitimación sea de origen clásico. En esta línea, R. ASTOLFI, «*Separazione dei beni del defunto da quelli dell'erede (Diritto romano)*», *Novissimo Digesto Italiano*, XVII (1970), p. 2, nota 5, ya se decantó por la poca convicción de las sospechas de interpolación. Sin embargo, a favor de la manipulación de Digesto 42, 6, 6, cfr. C. STORTI, «*Separazione dei beni del defunto (storia)*», en *Enciclopedia del diritto*, vol. XL, Milán, 1989, p. 1456.

- (40) En esta línea, M.^a R. LÓPEZ-BARAJAS, *Separatio bonorum*, Granada, 1995, p. 135, apoya tal afirmación en C. 7, 72, 2.
- (41) Sobre dicha cuestión, *vid. infra*, comentario del artículo 461-23 del CCC.
- (42) En suma, puede afirmarse con B. BIONDI, *Diritto ereditario romano. Parte generale*, Milán, 1954, p. 363, que el legatario ocupa una posición intermedia entre los acreedores del causante y los del heredero, ya que es preferido a estos, pero frente a él, como se desprende de Digesto 42, 6, 6, pr. *lul.* 46 *dig.*, tienen preferencia los acreedores del difunto (*aequum est, ita ut, cum in creditoribus solidum adquisitum fuerit, legatariis vel solidum vel portio quaeratur*).
- (43) *Vid.* también Digesto 42, 6, 1, 2 y 5-6 *Ulp.* 64 *ad ed.* y Digesto 42, 6, 6, 1 *lul.* 46 *dig.*
- (44) En relación a si podía pedir, en alguna ocasión, la separación de patrimonios, es de gran interés un fragmento de Ulpiano (Digesto 42, 6, 1, 6 64 *ad ed.*) en que se discute tal posibilidad. A juicio de M.^a R. LÓPEZ-BARAJAS, *Separatio bonorum*, Granada, 1995, p. 140, todo parece indicar que estaríamos ante un supuesto de *restitutio in integrum* (sobre dicho texto, *vid.* p. 140-141). En términos similares se manifiesta la autora (p. 141-147) respecto a otro supuesto referido, en apariencia, a la *separatio* a favor del heredero (*vid.* Digesto 42, 6, 6, 1 *lul.*

46 *dig.*). En definitiva, la romanista concluye, en la p. 147, que aunque no son supuestos de verdadera separación, los efectos derivados de la *restitutio in integrum* son los mismos que si aquella hubiera tenido lugar, lo que explica, en primer lugar, que los juristas hablen de una *quasi separatio* (en lugar de *separatio*) y, en segundo, que en un tratado destinado a la SB tengan cabida los dos casos citados.

- (45) Mayor problemática plantea la cuestión de si la *separatio* puede ser pedida, en algún caso excepcional, por los acreedores del heredero, a tenor de lo dispuesto por Ulpiano en Digesto 42, 6, 1, 2 64 *ad ed.* Al respecto me limito aquí a destacar que para R. ASTOLFI, «*Separazione dei beni del defunto da quelli dell'erede (Diritto romano)*», *Novissimo Digesto Italiano*, XVII (1970), p. 2, nota 12, en contra del sentir mayoritario, los textos confirmarían (Digesto 42, 6, 1, 5-6 y Digesto 42, 6, 6, 1) que la regla relativa a la SB, ya en Derecho clásico, habría sido extendida a hipótesis excepcionales, derogando así el principio en virtud del cual la *separatio* no puede ser solicitada por los acreedores del heredero.
- (46) *Vid. infra*, efectos de la SB.
- (47) En particular, en Derecho justiniano, con la aceptación de la herencia a beneficio de inventario (C. 6, 30, 22, a. 531), que si bien coincide con la SB en que trata de evitar ciertos efectos perjudiciales derivados de la *confusio patrimonial*, sin embargo, se diferencia de ella por su finalidad, ya que con dicha aceptación lo que se pretende es proteger al heredero, evitándole la pérdida, por confusión, de los derechos que ostenta frente al causante y, en especial, la responsabilidad *ultra vires hereditatis*. En general, sobre los efectos de la aceptación de la herencia a beneficio de inventario, *vid.* P. DOMÍNGUEZ, «*Constitutio Scimus: El heredero después de la confección del inventario*», *Anuario da Faculdade de Direito da Universidade da Coruña*, 9 (2005), p. 211-235.
- (48) Aunque no han faltado algunas voces que admiten la posibilidad que la SB sea, en sí, un medio de iniciar un procedimiento destinado a la venta del patrimonio del heredero, esto es, que pueda tener lugar al margen del procedimiento de ejecución universal. En este sentido, cfr. B. BIONDI, *Diritto ereditario romano. Parte generale*, Milán, 1954, p. 339. Sobre los argumentos en que se apoya la opinión generalizada, así como la cuestión de determinar cuál es, dentro de dicho procedimiento, el momen-

to procesal oportuno para solicitar la SB y, en su caso, para concederla, *vid.* por todos M.^a R. LÓPEZ-BARAJAS, *Separatio bonorum*, Granada, 1995, p. 168-170 y 171-177.

- (49) La opinión de BAVIERA, «*Storia e teoria della separatio bonorum*», *Studi e Documenti di Storia e Diritto*, 20 (1899), p. 45 y s., que la venta de los bienes del heredero y los del difunto sería única, como señala M.^a R. LÓPEZ-BARAJAS, *Separatio bonorum*, Granada, 1995, p. 194, es hoy prácticamente rechazada en doctrina, de manera que puede afirmarse que la SB implicó una doble *bonorum venditio*. Sobre esta y la doble *lex venditionis*, *vid.* M.^a R. LÓPEZ-BARAJAS, *Separatio bonorum*, Granada, 1995, p. 195-197 y 197-198.
- (50) En palabras de P. GIUNTI, *Ius controversum e separatio bonorum*, Cagliari, 1993, p. 23, la esencia operativa de la SB consiste, por tanto, en una distinción material en el curso del procedimiento ejecutivo entre los bienes de la herencia y los del heredero, así como en un cómputo separado del porcentaje de realización para las dos categorías de acreedores, gracias al fraccionamiento dispuesto en la fase de liquidación relativa a la quiebra (Digesto 42, 6, 1, 1 *Ulp.* 64 *ad ed.*: «*quasi duorum fieri bonorum venditionem (...) ut separatim quantum cuiusque creditoribus praestetur*»).
- (51) A juicio de M.^a R. LÓPEZ-BARAJAS, *Separatio bonorum*, Granada, 1995, p. 180, fue la libertad del pretor, en atención a las circunstancias del caso para acceder o no a la petición de los acreedores del difunto, la que dio lugar, con el paso del tiempo, a la exigencia práctica de una serie de requisitos.
- (52) Lo que ocurre, *ad exemplum*, si novó el crédito hereditario (Digesto 42, 6, 1, 10), si cobró intereses del heredero (Digesto 42, 6, 1, 10) o si obtuvo de este nueva garantía del crédito de causante (Digesto 42, 6, 1, 11 y 15). Pues, en estos casos, como se afirma en las fuentes, el acreedor del difunto se atuvo a la persona del heredero: «*quippe cum secuti sunt nomen heredis nec possunt iam se ab eo separare*» (Digesto 42, 6, 1, 10); «*hi enim secuti sunt eum*» (Digesto 42, 6, 1, 11); «*non est ei concedenda separatio, quasi eum secutus sit*» (Digesto 42, 6, 1, 15); «*plures creditores, quidam secuti heredem*» (Digesto 42, 6, 1, 16); «*si te non heredem fidem secutus*» (C. 7, 72, 2).
- (53) Ulpiano, en Digesto 42, 6, 1, 12, afirma que se ha de saber (*Praeterea sciendum est*) que, después que los bienes de la herencia fueron mezclados con los del



- heredero (*posteaquam bona hereditaria bonis heredis mixta sunt*), no se puede pedir la separación (*non posse impetrari separationem*), porque, confundidos y unidos los bienes (*confusis enim bonis et unitis*), no se podrá pedir la separación (*separatio impetrari non poterit*). Aunque se admite que este fragmento, seguramente, está manipulado (cfr. R. ASTOLFI, «*Separazione dei beni del difunto da quelli dell'erede (Diritto romano)*», *Novissimo Digesto Italiano*, xvii (1970), p. 2, nota 3), sin embargo, la opinión mayoritaria matiza que los principios que contiene son clásicos. En este sentido, cfr., entre otros, A. MILANI, «*Della separatio bonorum: Note ed osservazioni*», *Studi e Documenti di Storia e Diritto*, s/nº (1904), p. 27; B. BIONDI, *Diritto ereditario romano. Parte generale*, Milán, 1954, p. 375 y s., y P. VOCI, *Diritto ereditario romano*, vol. II, Milán, 1963, p. 671, nota 14. En general, sobre dicho texto, vid. M.^a R. LÓPEZ-BARAJAS, *Separatio bonorum*, Granada, 1995, p. 187-189.
- (54) Sin embargo, Ulpiano, en relación al tiempo en que se ha de pedir la SB, concreta, en Digesto 42, 6, 1, 13, que el plazo es de cinco años a contar desde de la adición (*ut ultra quinquennium post aditionem numerandum separationem non postuletur*). Al respecto, cabe observar que la interpolación de la última frase del fragmento (*ultra quinquennium post aditionem*), demostrada por C. FERRINI, «*Nuovi appunti sulla separatio bonorum*», *Bulletino dell'Istituto di Diritto Romano*, 13 (1900), p. 546 y s., es hoy acogida por gran parte de la doctrina, que sostiene que el plazo de cinco años fue establecido en época justiniana y que, por tanto, en Derecho clásico tan solo debió exigirse que no hubiera pasado mucho tiempo desde la aceptación. En esta línea, cfr., entre otros, S. SOLAZZI, «*Ancora sul diritto dei creditori separatisti sul patrimonio dell'erede*», *Bulletino dell'Istituto di Diritto Romano*, 13 (1900), p. 255; BAVIERA, *Il commodum separationis nel Diritto moderno*, Bolonia, 1901, p. 47 y s.; P. BONFANTE, *Corso di Diritto romano: Le successioni. Parte generale*, vol. VI, Milán, 1974, p. 472, y M.^a R. LÓPEZ-BARAJAS, *Separatio bonorum*, Granada, 1995, p. 185-186. Asimismo, señala R. ROCA-SASTRE, «*El beneficium separationis y los actuales sistemas de separación sucesoria*», *Anuario de Derecho Civil*, 13 (1960), p. 1123, en la época del *Ius Commune* no se reconoció la existencia de este plazo y solo se admitió la prescripción ordinaria.

- (55) Digesto 42, 6, 1, 1 Ulp. 64 ad ed.: «*heres ei extitit Titius: hic non est solvendo*»; Digesto 42, 6, 6 pr. Iul. 46 dig: «*Quotiens heredis bona solvendo non sunt*», y C. 7, 72, 7 a. 294: «*sin autem coheredes solvendo non sit*».
- (56) Vid., entre otros, BAVIERA, «*Storia e teoria della separatio bonorum*», *Studi e Documenti di Storia e Diritto*, 20 (1899), p. 25 y s.; BAVIERA, *Il commodum separationis nel Diritto moderno*, Bolonia, 1901, p. 47, y P. GIUNTI, *Ius controversum e separatio bonorum*, Cagliari, 1993, p. 58-59.
- (57) R. ROCA-SASTRE, «*El beneficium separationis y los actuales sistemas de separación sucesoria*», *Anuario de Derecho Civil*, 13 (1960), p. 1121.
- (58) Literalmente, *insolvente* es el que no paga o el que es mal pagador, pero según la Real Academia Española de la Lengua el concepto suele entenderse como la situación del que no tiene con qué pagar sus deudas.
- (59) Vid. autores citados por López-Barajas y los argumentos esgrimidos a favor de esta opinión, en M.^a R. LÓPEZ-BARAJAS, *Separatio bonorum*, Granada, 1995, p. 181, nota 40, y p. 182-183.
- (60) En este sentido, R. ROCA-SASTRE, «*El beneficium separationis y los actuales sistemas de separación sucesoria*», *Anuario de Derecho Civil*, 13 (1960), nota 57, apunta que es indiferente que el heredero sea solvente o insolvente, pues, aunque sea solvente, deberá tenerse en cuenta si, pese a ello, podrá incidir su situación en perjuicio de los acreedores del causante y los legatarios. Además, y como con acierto matiza, podrán ser tenidas en consideración otras condiciones, como las de moralidad o de pagador correcto, que reúna el heredero. En términos parecidos se manifiestan otros autores (vid. nota anterior), que también defienden la no exigencia de la insolvencia del heredero como condición para obtener la separación, al argumentar que, si bien es cierto que para obtenerla es necesario que se haya iniciado un procedimiento ejecutivo patrimonial (*bonorum venditio*) contra el heredero, sin embargo, no ocurre lo mismo respecto a la exigencia de su insolvencia, pues dicho procedimiento puede iniciarse por otras causas. Sobre estas, vid. G. ROTONDI, «*Una nuova ipotesi in materia di bonorum venditio*», en *Scritti Giuridici*, vol. III, Milán, 1922, p. 3 y s.
- (61) C. FADDA, *Concetti fondamentali del diritto ereditario romano*, Nápoles, 1900, p. 379 y s.
- (62) Coincido con M.^a R. LÓPEZ-BARAJAS, *Separatio bonorum*, Granada, 1995, p. 18, en que la imposibilidad del heredero de hacer frente a los créditos, tanto de la herencia como los propios, puede producirse, en ocasiones, por causas diversas a la insolvencia y que, por ello, más que exigirse una prueba técnica de esta, lo que habrá de aportarse al pretor será un indicio de la posible incapacidad del heredero para satisfacer los créditos sobrevenidos.
- (63) Así lo viene a confirmar Ulpiano en Digesto 42, 6, 1 64 ad ed., ya que considera aplicable la SB tanto si el causante Seyo era o no solvente.
- (64) Se incluyen también, señala M.^a R. LÓPEZ-BARAJAS, *Separatio bonorum*, Granada, 1995, p. 186-187, en virtud del principio *fructus augent hereditatem*, los frutos civiles o naturales que produzcan los bienes hereditarios. En contra, vid. TUMEDEI, *La separazione dei beni ereditari*, Bolonia, 1917, p. 184 y s.
- (65) Vid. Digesto 42, 6, 5 Paul. 13 quaest.
- (66) Vid. Digesto 42, 6, 2 Pap. 25 quaest. Sin embargo, a juicio de R. ASTOLFI, «*Separazione dei beni del difunto da quelli dell'erede (Diritto romano)*», *Novissimo Digesto Italiano*, xvii (1970), p. 2, parece que el heredero deberá consignar el precio obtenido de la venta o las ventas.
- (67) En este sentido, cfr., entre otros, R. ROCA-SASTRE, «*El beneficium separationis y los actuales sistemas de separación sucesoria*», *Anuario de Derecho Civil*, 13 (1960), p. 1123-1124, y M.^a R. LÓPEZ-BARAJAS, *Separatio bonorum*, Granada, 1995, p. 259. Asimismo, es de justicia destacar el esfuerzo de la citada romanista en esta materia, pues tras señalar que son varias las cuestiones que surgen en torno a los efectos de la separación, examina, de modo exhaustivo, cada una de ellas, a saber: a) análisis de si la SB supone una paralización de la confusión patrimonial; b) determinación de si los acreedores separatistas, no satisfechos íntegramente sus créditos, pueden dirigirse contra el patrimonio hereditario; c) estudio de las relaciones entre los acreedores que han pedido la separación y los que no, y d) cuál es la situación jurídica del adquirente del patrimonio separado (vid. p. 205-237 y la bibliografía citada).
- (68) Es de obligada referencia y remisión el amplio y minucioso estudio de P. GIUNTI, *Ius controversum e separatio bonorum*, Cagliari, 1993, p. 26-123, sobre la problemática que plantea la SB romana respecto al residuo patrimonial del heredero y, en concreto, la participación



- en el mismo. *Vid.* también M.^a R. LÓPEZ-BARAJAS, *Separatio bonorum*, Granada, 1995, p. 210-228 y la bibliografía citada.
- (69) En esta línea, P. GIUNTI, *Ius controversum e separatio bonorum*, Cagliari, 1993, p. 39, tras observar que la doctrina contemporánea parece calmarse frente a la contradicción cristalizada en el título 6 del libro 42 del Digesto, puntualiza, no obstante, que acoge como hipótesis crítica máxima el postulado de la diversa configuración dogmática de la SB por los juristas severianos.
- (70) R. ROCA-SASTRE, «El *beneficium separationis* y los actuales sistemas de separación sucesoria», *Anuario de Derecho Civil*, 13 (1960), p. 1123-1124.
- (71) Es por todos sabido que son los siguientes: 1) el heredero queda obligado a satisfacer las deudas del causante, íntegramente, aunque superen el valor de la herencia; 2) el heredero puede pagar a sus acreedores particulares y estos pueden exigirle el cobro con bienes de la herencia, con independencia de los acreedores del difunto y los legatarios, y 3) las relaciones de crédito y deuda entre el difunto y el heredero se extinguen, al igual que los derechos reales limitados del heredero sobre bienes de la herencia o del causante sobre los del heredero.
- (72) Y, en consecuencia, afirma R. ROCA-SASTRE, «El *beneficium separationis* y los actuales sistemas de separación sucesoria», *Anuario de Derecho Civil*, 13 (1960), p. 1124, el heredero no queda obligado a satisfacer *ultra vires hereditatis* las deudas del causante, sino solo con el caudal relicto; no puede pagar a sus acreedores personales, ni estos pueden exigirle el cobro, con el patrimonio hereditario; las relaciones jurídicas de crédito y deuda o derivadas de derechos reales limitados entre el causante y el heredero no se extinguen.
- (73) En relación a lo afirmado en la nota 71, el primero de los efectos, manifiesta R. ROCA-SASTRE, «El *beneficium separationis* y los actuales sistemas de separación sucesoria», *Anuario de Derecho Civil*, 13 (1960), p. 1225, subsiste; el segundo, queda paralizado, y el tercero, en parte subsiste y en parte no. Para un análisis detallado de los efectos que derivan de cada una de las opciones indicadas, *vid.* p. 1125-1136.
- (74) Digesto 42, 6, 1, 17 Ulp. 64 *ad ed.*: «*Item sciendum est vulgo placere creditores quidem heredis, si quid superfuert ex bonis testatoris, posse habere in suum debitum (...) heredis autem creditoribus hoc imputari non possit*»; Digesto 42, 6, 5 Paul.

- 13 *quaest.*: «*ad id quod adquisitum est illi qui separationem impetraverunt: sed si illis satisfactum fuerit, quos superest tribuetur propriis heredis creditoribus*», y Digesto 42, 6, 3, 2 Pap. 27 *quaest.*: «*ita demum aliquid ex bonis heredis ferat, si proprii creditores heredis fuerint dimissi. quod sine dubio admittendum est circa creditores heredis dimissis hereditariis*».
- (75) Ulpiano, en Digesto 42, 6, 1, 17 64 *ad ed.*, declara que los acreedores del testador (*creditores vero testatoris*) no pueden tener nada de los bienes del heredero (*ex bonis heredis nihil*). La razón de esto (*cuius rei ratio illa est*) es que el que pidió la separación (*quod qui impetravit separationem*) debe imputarse su propia *facilidad* (*sibi debet imputare suma facilitatem*), si habiendo bienes suficientes del heredero (*si, cum essent bona idonea heredis*) hubiere preferido que se separasen para él los bienes del difunto (*illi maluerint bona potius defuncti sibi separari*). Mas, si los acreedores del difunto desearan ser sustituidos también en los bienes del heredero (*at si creditores defuncti desiderant, ut etiam in bonis heredis substituantur*), no han de ser oídos (*non sunt audiendi*), porque la separación que ellos mismos solicitaron (*separatio enim, quam ipsi petierunt*) los separó de estos bienes (*eos ab istis bonis separavit*). En la misma línea, Paulo, en Digesto 42, 6, 5 13 *quaest.*, afirma que si los acreedores de la herencia impetraron la separación de los bienes (*Si creditores hereditarii separationem bonorum impetraverunt*) y se hallara que no es solvente la herencia (*et inveniatur non idonea hereditas*) pero que sí lo es el heredero (*heres autem idoneus*), no podrán volverse contra el heredero (*non poterunt reverti ad heredem*), sino que deben estar a lo que una vez pidieron (*quod semel postulaverunt, stare debent*). Pero si los propios llegaron a cobrarlo todo (*quod si proprii ad solidum pervenerunt*), lo que sobrare, opinan algunos, se les ha de dar a los de la herencia (*id quod supererit tribuendum hereditariis quidam putant*), pero a mí no me parece así (*mihi autem id non videtur*), porque cuando pidieron la separación (*cum enim separationem petierunt*), se apartaron de la persona del heredero (*receserunt a persona heredis*) y se atuvieron a los bienes (*et bona secuti sunt*) y los vendieron como de un difunto (*et quasi defuncti bona vendiderunt*), los cuales no pueden recibir aumento (*quae augmenta non possunt recipere*). Y lo mismo estimo que se ha de decir (*idemque existimo dicendum*) si, engañados en cuan-

- to a la separación de los bienes (*etiamsi circa separationem bonorum decepti*), consiguieron menos que los acreedores propios del heredero (*minus consecuti sunt quam proprii heredis creditores*).
- (76) El Jurista, en Digesto 42, 6, 3, 2 27 *quaest.*, sostiene que, respecto a otro cualquier acreedor (*Sed in quolibet alio creditore*) que pidió la separación (*qui separationem impetravit*), será más conveniente admitir (*probari commodius est*) que si no pudiera recuperar de la herencia la totalidad (*ut, si solidum ex hereditate servari non possit*), perciba de los bienes del heredero alguna cosa (*ita demum aliquid ex bonis heredis ferat*), solamente si hubieren sido pagados los acreedores propios del heredero (*si proprii creditores heredis fuerint dimissi*). Respecto a dicho fragmento, R. ASTOLFI, «*Separazione dei beni del difunto da quelli dell'erede (Diritto romano)*», *Novissimo Digesto Italiano*, xvii (1970), p. 2, nota 8, mantiene que, probablemente, en origen, sería más amplio.
- Asimismo, algunos autores han querido ver en el ya comentado texto de Ulpiano una tercera solución intermedia al referido problema, pues el Jurista afirma, *in fine*, que si los acreedores del difunto pidieron temerariamente la separación (*si tamen temere separationem petierunt creditores defuncti*), pueden impetrar venia (*impetrare veniam possunt*), habiendo alegado, por supuesto, justísima causa de su ignorancia (*iustissima scilicet ignorantiae causa allegata*). R. ASTOLFI, «*Separazione dei beni del difunto da quelli dell'erede (Diritto romano)*», *Novissimo Digesto Italiano*, xvii (1970), uniéndose al sentir común de la interpolación del fragmento, sostiene que dicha solución sería justinianeana y que consistiría en la legitimación de los acreedores separatistas insatisfechos para pedir la rescisión de la *separatio*. Sin embargo, para C. STORTI, «*Separazione dei beni del difunto (storia)*», en *Enciclopedia del diritto*, vol. xli, Milán, 1989, p. 1456, nota 21, la mentada solución consistiría en aplicar la de Papi-niano, pero solo cuando la SB hubiera sido pedida por error excusable de los acreedores del difunto. Cfr. también P. VOGLI, *Diritto ereditario romano*, vol. II, Milán, 1963, p. 623, que estimó que en Derecho justiniano se habría acordado la preferencia de los acreedores del causante, propiamente, en esta solución intermedia.
- (77) P. GIUNTI, *Ius controversum e separatio bonorum*, Cagliari, 1993, p. 76-77.



- (78) Esta constituye la línea de opinión más reciente, esto es, la que niega la manipulación de los textos y entiende, por tanto, que la diversidad de opiniones jurisprudenciales no ha de ser imputada a Justiniano, sino considerarse uno de tantos supuestos que existieron divergencias de opiniones entre los juristas. Para P. GIUNTI, *lus controversum e separatio bonorum*, Cagliari, 1993, p. 44, una nueva lectura responsable del debate jurisprudencial sobre el destino del excedente obtenido de la venta forzosa del patrimonio del heredero no puede omitir un requisito de fondo, tan esencial, a su modo de ver, que condiciona el complejo replanteamiento de este tema, esto es: ¿cómo era técnicamente posible que el procedimiento concursal desembocara en la percepción de aquel residuo activo, de cuya suerte disputaron los juristas con tal vigor polémico? Sobre esta ardua cuestión, *vid.* P. GIUNTI, *lus controversum e separatio bonorum*, Cagliari, 1993, p. 45 y s.
- (79) Como destacan algunos autores, *cfr.*, entre otros, M.^a R. LÓPEZ-BARAJAS, *Separatio bonorum*, Granada, 1995, p. 220, esta expresión no debió limitarse a la opinión aislada de Papiniano, sino comprender la de otros juristas. Y prueba de ello no solo es el uso del plural, sino, en especial, el ser Papiniano un jurisconsulto de entidad suficiente como para que se le hubiese llamado por su nombre, en caso de haber sido el único defensor de una determinada opinión. En este sentido, A. MILANI, «*Della separatio bonorum: Note ed osservazioni*», *Studi e Documenti di Storia e Diritto*, s/nº (1904), p. 44 y s., se refiere a Digestio 24, 1, 23 y Digestio 12, 1, 40, textos en que Ulpiano y Paulo, respectivamente, citan, en particular y respecto a una opinión concreta, a Papiniano.
- (80) En este sentido, *cfr.* R. ROCA-SASTRE, «El *beneficium separationis* y los actuales sistemas de separación sucesoria», *Anuario de Derecho Civil*, 13 (1960), p. 1131. Como afirma el autor, los legados constituyen una *delibatio* o sustracción de sustancia hereditaria (sustancia *in natura* en los legados *per vindicationem*, o de efectos reales, y *ad valorem* en los legados *per damnationem*, o de efectos obligacionales). Sin embargo, la responsabilidad del heredero por los legados *per damnationem* plantea, como señala Roca-Sastre, un problema muy discutido, cuya amplitud no me permite entrar en su estudio, aunque entiendo con él que no supone una responsabilidad *ultra vires hereditatis* para el heredero, sin que la cuarta falcidia altere la situación. Sobre esta cuestión, *vid. infra*, comentario del artículo 461-23 del CC. Tema distinto al apuntado es el de la responsabilidad del heredero por los legados por razón de su conducta irregular.
- (81) M.^a R. LÓPEZ-BARAJAS, *Separatio bonorum*, Granada, 1995, p. 220-221.
- (82) En este sentido ya se pronunció P. BONFANTE, *Corso di Diritto romano: Le successioni. Parte generale*, vol. VI, Milán, 1974, p. 371.
- (83) *Cfr.*, entre otros, A. MILANI, «*Della separatio bonorum: Note ed osservazioni*», *Studi e Documenti di Storia e Diritto*, s/nº (1904), p. 49, y P. VOGLI, *Diritto ereditario romano*, vol. II, Milán, 1963, p. 674.
- (84) S. SOLAZZI, «*Del diritto dei creditori separatisti sul patrimonio dell'erede*», *Bullettino dell'Istituto di Diritto Romano*, 11 (1898), p. 254.
- (85) Como afirma R. ROCA-SASTRE, «El *beneficium separationis* y los actuales sistemas de separación sucesoria», *Anuario de Derecho Civil*, 13 (1960), p. 1129, nota 36, esta tendencia ha de considerarse hoy abandonada.
- (86) Así se expresa Paulo en Digestio 42, 6, 5.
- (87) En general, sobre las razones de los citados juristas para excluir a los acreedores separatistas de los *bona herediis*, *vid.* por todos P. GIUNTI, *lus controversum e separatio bonorum*, Cagliari, 1993, p. 87 y s.
- (88) Sobre estas, *vid.* por todos M.^a R. LÓPEZ-BARAJAS, *Separatio bonorum*, Granada, 1995, p. 213-228 y la bibliografía reseñada.
- (89) M.^a R. LÓPEZ-BARAJAS, *Separatio bonorum*, Granada, 1995, p. 224.
- (90) En la misma línea, con anterioridad, *cfr.* B. BIONDI, *Diritto ereditario romano. Parte generale*, Milán, 1954, p. 372, y P. VOGLI, *Diritto ereditario romano*, vol. II, Milán, 1963, p. 673 y s.
- (91) *Vid.* el desarrollo de la postura de M.^a R. LÓPEZ-BARAJAS, *Separatio bonorum*, Granada, 1995, p. 224-227.
- (92) A. MILANI, «*Della separatio bonorum: Note ed osservazioni*», *Studi e Documenti di Storia e Diritto*, s/nº (1904), p. 50. Ya con anterioridad, *cfr.* S. SOLAZZI, «*Del diritto dei creditori separatisti sul patrimonio dell'erede*», *Bullettino dell'Istituto di Diritto Romano*, 11 (1898), p. 261.
- (93) A juicio de M.^a R. LÓPEZ-BARAJAS, *Separatio bonorum*, Granada, 1995, p. 228, además de los argumentos de justicia material, no hay que olvidar los referidos al ámbito puramente procesal.
- (94) R. ROCA-SASTRE, «El *beneficium separationis* y los actuales sistemas de separación sucesoria», *Anuario de Derecho Civil*, 13 (1960), p. 1125. *Vid.* el desarrollo de tales posturas, con bibliografía, en las p. 1127-1130.
- (95) Posición antiguamente dominante en doctrina.
- (96) A su favor, *cfr.* B. BIONDI, *Diritto ereditario romano. Parte generale*, Milán, 1954, p. 373. Para R. ROCA-SASTRE, «El *beneficium separationis* y los actuales sistemas de separación sucesoria», *Anuario de Derecho Civil*, 13 (1960), p. 1130, aunque quizás sea, teóricamente, la más fundada, todavía conserva cierta dosis de rigidez.
- (97) Postura defendida por R. ROCA-SASTRE, «El *beneficium separationis* y los actuales sistemas de separación sucesoria», *Anuario de Derecho Civil*, 13 (1960), y por otros muchos juristas.
- (98) No puedo dejar de indicar, aunque aquí no sea objeto de examen por las razones ya expuestas, otras situaciones de interés que pueden producirse en esta materia, así: la relación entre acreedores del causante que han obtenido la separación, la relación entre legatarios separatistas y acreedores del causante no separatistas y la relación entre legatarios separatistas y no separatistas. Sobre las mismas, *vid.* R. ROCA-SASTRE, «El *beneficium separationis* y los actuales sistemas de separación sucesoria», *Anuario de Derecho Civil*, 13 (1960), p. 1135-1136.
- (99) *Quaesitum est, si forte sint plures creditores, quidam secuti heredem, quidam non secuti, et hi, qui heredem secuti non sunt, impetraverint separationem, an eos secum admittant, qui secuti sunt. et putem nihil eis prodesse: hos enim cum creditoribus heredis numerando.*
- (100) La redacción del fragmento ha suscitado dudas respecto a quiénes deben incluirse en la expresión «*creditores, quidam secuti heredem*», así como cuál es el significado de las palabras «*an eos secum admittant*». Sobre las diversas opiniones postuladas, *vid.* por todos M.^a R. LÓPEZ-BARAJAS, *Separatio bonorum*, Granada, 1995, p. 229-233. No obstante, al margen de estas dudas, como con acierto observa R. ROCA-SASTRE, «El *beneficium separationis* y los actuales sistemas de separación sucesoria», *Anuario de Derecho Civil*, 13 (1960), p. 1133, al concepto de *heredem sequi*, utilizado en las fuentes como opuesto al de *defunctum sequi*, hay que atribuirle un doble significado: el de invocar al acreedor del causante que ha reconocido como propio deudor al heredero, en cuyo caso no puede pedir la *separatio*, y el de aludir al acreedor del causante que no la ha pedido.



- (101) A. MILANI, «Della separatio bonorum: Note ed osservazioni», *Studi e Documenti di Storia e Diritto*, s/nº (1904).
- (102) Postura defendida por BAVIERA, *Il commodum separationis nel Diritto moderno*, Bolonia, 1901, p. 91 y s., para el que los acreedores del causante que no han pedido la *separatio* tienen derecho a una cuota de concurso proporcional a sus créditos sobre el patrimonio hereditario, aunque dicha cuota deberá ser compartida con los acreedores propios del heredero, a los que se equiparan los acreedores no separatistas. En la misma línea, cfr. R. ROCA-SASTRE, «El *beneficium separationis* y los actuales sistemas de separación sucesoria», *Anuario de Derecho Civil*, 13 (1960), p. 1134-1135, quien observa que este criterio «relativo o benigno» va prevaleciendo modernamente. Estima el autor que, entre acreedores separatistas y no separatistas del causante, la SB no altera su rango creditual, pues ella se limita a atribuir a los separatistas la facultad de postergar a los acreedores personales del heredero respecto a los bienes de la herencia, facultad de la que carecen los acreedores no separatistas. Subsiste, por tanto, a su juicio, la *par conditio creditorum*, que permanece inalterable, aunque los acreedores no separatistas se resenten de la interferencia de algún acreedor personal del heredero.
- (103) En este sentido, cfr., entre otros, C. FADDA, *Concetti fondamentali del diritto ereditario romano*, Nápoles, 1900, p. 397 y s.; P. BONFANTE, *Corso di Diritto romano: Le successioni. Parte generale*, vol. VI, Milán, 1974, p. 463 y s.; B. BIONDI, *Diritto ereditario romano. Parte generale*, Milán, 1954, p. 373 y s., y M.ª R. LÓPEZ-BARAJAS, *Separatio bonorum*, Granada, 1995, p. 234. Sobre los argumentos esgrimidos en favor de esta postura, cabe destacar, entre otros y a modo de síntesis: a) el que se funda en el propio texto de Ulpiano, Digesto 42, 6, 1, 16; b) el que razona que, estando todos los acreedores del causante en condiciones de poder defender sus créditos con la SB, es lógico que quienes utilizaron este recurso sean preferidos a los que se abstuvieron hacerlo, y c) el que considera que, jurídicamente, es un absurdo hablar de *acreedores del difunto*, pues no se puede ser acreedor de un muerto y, por tanto, no cabe referirse a una cuota de concurso de los acreedores no separatistas respecto al patrimonio del causante y su deudor solo puede ser el heredero, ya que dejaron de ejercitar aquel beneficio del que podían disfrutar en atención a su cualidad histórica, ya extinguida, de acreedor del difunto.
- (104) R. ROCA-SASTRE, «El *beneficium separationis* y los actuales sistemas de separación sucesoria», *Anuario de Derecho Civil*, 13 (1960), p. 1134.
- (105) Cfr. B. BIONDI, *Diritto ereditario romano. Parte generale*, Milán, 1954, p. 368.
- (106) A respecto, vid. por todos M.ª R. LÓPEZ-BARAJAS, *Separatio bonorum*, Granada, 1995, p. 259-267.
- (107) El máximo exponente de esta teoría es BAVIERA, «Storia e teoria della separatio bonorum», *Studi e Documenti di Storia e Diritto*, 20 (1899), p. 47 y s.; BAVIERA, *Il commodum separationis nel Diritto moderno*, Bolonia, 1901, p. 67 y s.
- (108) Cfr., entre otros, C. FERRINI, «Nuovi appunti sulla separatio bonorum», *Bullettino dell'Istituto di Diritto Romano*, 13 (1900), p. 186 y s.; A. MILANI, «Della separatio bonorum: Note ed osservazioni», *Studi e Documenti di Storia e Diritto*, s/nº (1904), p. 41 ss, y P. VOCI, *Diritto ereditario romano*, vol. II, Milán, 1963, p. 672. M.ª R. LÓPEZ-BARAJAS, *Separatio bonorum*, Granada, 1995, p. 261, señala que esta postura es hoy mayoritaria.
- (109) Cfr., entre otros, R. ROCA-SASTRE, «El *beneficium separationis* y los actuales sistemas de separación sucesoria», *Anuario de Derecho Civil*, 13 (1960), p. 1131, y M.ª R. LÓPEZ-BARAJAS, *Separatio bonorum*, Granada, 1995, p. 263-267. A modo de conclusión, la citada romanista afirma que «la separación de patrimonios no constituye una separación jurídica, sino una mera separación material entre dos masas patrimoniales de las que es titular un mismo sujeto». Esta separación material, que se produce siempre en el procedimiento ejecutivo, es la que permite, afirma, que la venta de los bienes del heredero y causante se realice separadamente (p. 265-266).
- (110) En el mismo sentido, cfr. R. ROCA-SASTRE, «El *beneficium separationis* y los actuales sistemas de separación sucesoria», *Anuario de Derecho Civil*, 13 (1960), p. 1131.
- (111) M.ª R. LÓPEZ-BARAJAS, *Separatio bonorum*, Granada, 1995, p. 265.
- (112) Esta se produce *ipso iure* por la aceptación pura y simple de la herencia y, por tanto, no depende de la voluntad de los acreedores separatistas.
- (113) P. VOCI, *Diritto ereditario romano*, vol. II, Milán, 1963, p. 370.
- (114) A lo largo del presente trabajo ya he aludido en diversas cuestiones al Derecho justinianeo.
- (115) Cfr. ASTOLFI, *Separazione*, cit., p. 2.
- (116) Para ASTOLFI, *id. n. anterior*, todavía debe acogerse la opinión que en Derecho justinianeo la SB no puede ser independiente de un procedimiento ejecutivo. Sin embargo, otros autores, como STORTI, *Separazione*, cit., p. 1.456-1.457, consideran que la separación de patrimonios adquiere ahora un carácter autónomo, en el sentido que la demanda de *separatio* ya no queda condicionada a un procedimiento de ejecución forzosa sobre los bienes del heredero.
- (117) R. ASTOLFI, «*Separazione dei beni del difunto da quelli dell'eredità* (Diritto romano)», *Novissimo Digesto Italiano*, XVII (1970), p. 2.
- (118) El libro IV del CCC, relativo a las sucesiones, fue aprobado por la Ley 10/2008, de 10 de julio (DOGC núm. 5175, de 17 de julio). Como se afirma en el «Preámbulo», apartado I (Principios y sistemática) de dicha Ley (traducción al castellano), esta, «siguiendo el plan de codificación del Derecho civil catalán trazado por la Ley 29/2002, de 30 de diciembre, primera Ley del Código Civil de Cataluña, aprueba el libro IV del Código civil, dedicado al Derecho de sucesiones. Pese a lo establecido en el artículo 6 de dicha Ley, no lo hace por medio de modificaciones de adición, supresión o nueva redacción de las normas vigentes, sino de un texto alternativo íntegro, que evita las dificultades inherentes a una refundición posterior». Como es sabido, el Derecho catalán había sido ya codificado en este ámbito, con vocación de completud, por la Ley 40/1991, de 30 de diciembre, del Código de Sucesiones por causa de muerte en el Derecho civil de Cataluña. La Ley que ahora se aprueba sigue la huella de este Código precedente y conserva sus fundamentos, su diseño institucional básico e, incluso, la redacción de numerosos artículos. Sin embargo, se ha aprovechado la oportunidad que ofrecía la incorporación de su contenido al libro IV del Código civil para actualizar un número significativo de instituciones y preceptos y, en algunas materias, para realizar reformas de una cierta profundidad. Es preciso no olvidar, en este sentido, que, a pesar de que el Código de sucesiones era un texto relativamente reciente, con dieciséis años de vigencia, una parte sustancial de su articulado procedía de la Compilación de 1960 o del Proyecto de compilación de 1955, cuerpos legales anquilosados por las circunstancias del momento en que se redactaron.
- (119) El análisis detallado del proceso de recepción de la *separatio bonorum* roma-



na en el Derecho civil catalán, esto es, del devenir histórico de dicha institución desde sus orígenes romanos hasta el CCC, constituye, como ya he apuntado al inicio de este trabajo, el objeto principal de mi próxima publicación. No obstante, considero oportuno anticipar, a modo de síntesis, una serie de consideraciones de interés sobre el tema apuntado:

1) La fiel adhesión al texto justinianeo fue una característica en la elaboración de la institución en la fase del *Ius Commune*, conforme a la doctrina de los autores clásicos, sin que penetrase en Cataluña, como observa R. ROCA-SASTRE, «El *beneficium separationis* y los actuales sistemas de separación sucesoria», *Anuario de Derecho Civil*, 13 (1960), p. 1162-1163, la desviación francesa sobre esta figura jurídica, como lo demuestran los antiguos juristas catalanes. Respecto a los precedentes del BSB en la tradición jurídica catalana, observar, con E. ARROYO, «El *benefici de separació de patrimonis en el Dret civil català*», *Revista Jurídica de Catalunya*, 3 (2000), p. 646-677, esp. p. 651, nota 15, que los juristas del *Ius Commune* destacan la operatividad del BSP como correctivo de la confusión automática de patrimonios, una vez producida la aceptación pura y simple del heredero. En este sentido, CANCER e, indirectamente, FONTANELLA, citados por E. ARROYO, «El *benefici de separació de patrimonis en el Dret civil català*», *Revista Jurídica de Catalunya*, 3 (2000).

2) El BSP no aparece recogido, expresamente, en el Derecho catalán hasta el Anteproyecto de 1955 (igual al Proyecto de 1955), cuyo artículo 503 rezaba así: «1.-Los acreedores por deudas o cargas hereditarias y los legatarios podrán obtener del Juez competente que el patrimonio hereditario sea separado del privativo del heredero, al objeto de salvaguardar su derecho frente a los acreedores particulares de este último. El Juez, previo inventario de la herencia y adecuada justificación, concederá este beneficio si estima necesaria tal salvaguardia, pudiendo adoptar las medidas conducentes para que la misma sea efectiva. 2.-Los acreedores hereditarios y los legatarios que obtengan este beneficio de separación de patrimonios tendrán para el cobro de sus créditos y percibo de sus legados derecho preferente sobre los acreedores particulares del heredero, pero, mientras estos no queden pagados, no podrán aquellos

perseguir bienes privativos del heredero.»

3) A tenor de lo dicho *supra*, en la nota 118, el artículo 37 del derogado CS, que regulaba el BSP, es uno de los muchos preceptos que el mencionado Código importó de la Compilación de Derecho Civil Especial de Cataluña (aprobada el 21 de julio de 1969; BOE núm. 175, de 22 de julio de 1960), de modo directo (artículo 264) o a través del Anteproyecto de 1955 (igual al Proyecto de 1955). Pero esta línea continuista no obsta para destacar con E. ARROYO, «El *benefici de separació de patrimonis en el Dret civil català*», *Revista Jurídica de Catalunya*, 3 (2000), p. 651, que la proyectada regulación compilada del BSP fue objeto de ciertas vicisitudes en el periodo de 1955-1959, como consecuencia de la revisión del Proyecto de 1955 por la Comisión General de Codificación y de las enmiendas realizadas por los procuradores de las Cortes Generales españolas al proyecto de ley aprobado por el Gobierno en 1959. En general, sobre dicha cuestión, *vid.* por todos E. ARROYO, «El *benefici de separació de patrimonis en el Dret civil català*», *Revista Jurídica de Catalunya*, 3 (2000), p. 651- 659 y la bibliografía citada.

4) El Decreto legislativo 1/1984, de 19 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Compilación de Derecho Civil de Cataluña (DOGC núm. 456, de 27 de julio de 1984; Ley 13/1984, de 20 de marzo, sobre la Compilación de Derecho Civil de Cataluña, BOE núm. 107, de 4 de mayo), traslada íntegramente el artículo 264 de la Compilación catalana de 1960 al nuevo texto refundido de 1984.

5) El artículo 37 del CS de 1991 suprime la referencia expresa, como favorecidos por el BSP, de los acreedores por gastos de última enfermedad, pero, en lo demás, reproduce fielmente el contenido del anterior artículo 264 de la Compilación de Derecho Civil de Cataluña.

- (120) El capítulo III (*Del beneficio de inventario y del de separación de patrimonios*) del título V (*Disposiciones comunes a la sucesión testada e intestada*) de la Compilación catalana de 1960 disponía en su artículo 264: «1.-Los acreedores por deudas del causante o por gastos de su última enfermedad y los legatarios podrán obtener del Juez competente que el patrimonio hereditario se considere separado del privativo del heredero, al objeto de salvaguardar su derecho frente a los acreedores particulares de este último. El Juez, previo inventario

de la herencia y adecuada justificación, concederá este beneficio y adoptará, en su caso, las medidas conducentes a su efectividad. 2.-Los acreedores del causante y legatarios que obtengan el beneficio de separación tendrán derecho preferente para el cobro de sus créditos y percibo de sus legados respecto de los acreedores particulares del heredero, pero, mientras estos últimos no resulten pagados, no podrán dichos acreedores perseguir los bienes privativos del heredero.»

El texto refundido de 1984 de la Compilación de Derecho Civil de Cataluña, como ya se ha indicado, transcribe íntegramente el artículo 264 de la referida Compilación de 1960.

- (121) En este sentido se manifiesta R. ROCA-SASTRE, «El *beneficium separationis* y los actuales sistemas de separación sucesoria», *Anuario de Derecho Civil*, 13 (1960), p. 1164, respecto al artículo 264 de la Compilación catalana de 1960.
- (122) Ubicado en el libro IV, título 6 (*La adquisición de la herencia*), capítulo I (*La aceptación y repudiación de la herencia*), sección 4.^a.
- (123) No obstante, el examen de las fuentes romanas revela, como hemos visto, que si bien los acreedores particulares del heredero no podían solicitar, como regla general, la SB, la legitimación activa de estos, en ciertos casos excepcionales contemplados en los textos es objeto de discusión. Al respecto, *vid. supra*, nota 45.
- (124) La normativa aplicable continúa siendo el libro III de la LEC de 1881, cuya vigencia fue prorrogada hasta la entrada en vigor de la futura Ley sobre Jurisdicción Voluntaria, mediante la excepción I prevista en el apartado I de la Disposición derogatoria única de la Ley 1/2000, de 7 de enero, que aprobó la nueva LEC. No obstante, considero oportuno destacar la Exposición de Motivos del fallido Proyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria para facilitar y agilizar la tutela y garantía de los derechos de la persona en materia civil y mercantil (121/000019), de 27 de octubre de 2006, en concreto, la alusión a la nueva posición de los secretarios judiciales en la materia, lo que se manifiesta en el reconocimiento de competencia para dictar «decretos motivados» en los asuntos que se les atribuyan, decretos motivados que serían recurribles ante el Juez de primera instancia. La razón de esta referencia no es otra que subrayar aquí, como se hizo en dicha Exposición, que la utilización del término *decreto* supondría recuperar la



denominación de la resolución *decretum* con la que el Magistrado romano concluía el procedimiento de jurisdicción voluntaria. Lo dicho cobra gran relevancia si tenemos presente que, en Roma, el pretor, previa *causa cognitio*, concedía por decreto la SB.

- (125) Sin embargo, de conformidad con el nuevo precepto catalán, se puede afirmar que la finalidad del BSP es hoy más amplia, ya que persigue salvaguardar el derecho de los acreedores, tanto del causante como del heredero, frente a los efectos perjudiciales de la aceptación pura y simple de la herencia.
- (126) «En previsión que el beneficio de inventario decaiga, estos (acreedores del causante) pueden, no obstante, hacer valer simultáneamente el beneficio de separación de patrimonios», mención que, sin embargo, es silenciada por el nuevo artículo 461-20.c del CCC, relativo a los efectos de la aceptación de la herencia a beneficio de inventario.
- (127) En este sentido, cfr. E. MEZQUITA, «Comentario al art. 37 CS», en LI. JOU, *Comentarios al Código de Sucesiones*, vol. I, Barcelona, 1994, p. 126-131, esp. p. 126; E. ARROYO, «El benefici de separació de patrimonis en el Dret civil català», *Revista Jurídica de Catalunya*, 3 (2000), p. 649, y M.^a C. GETE-ALONSO, «La protección de los acreedores: El beneficio de separación de patrimonios», en *Derecho de sucesiones vigente en Cataluña*, Valencia, 2008, p. 298 y s., esp. p. 298.
- (128) Así, pues, a tenor del artículo 461-23.1 *in fine* del CCC, los acreedores del heredero, ante la posibilidad de una herencia pasiva, también pueden obtener el BSP para salvaguardar su derecho frente a los acreedores del causante. En este caso, el efecto de la separación no es otro que el derecho de los acreedores del heredero a satisfacer sus créditos con el patrimonio privativo de este y con preferencia a los acreedores del causante y los legatarios. En definitiva, este reconocimiento no solo es una novedad respecto al derogado artículo 37 del CS, reivindicada, desde hace tiempo, por una gran parte de la doctrina catalana (*vid.*, en este sentido, E. MEZQUITA, «Comentario al art. 37 CS», en LI. JOU, *Comentarios al Código de Sucesiones*, vol. I, Barcelona, 1994, p. 128), sino que también es un gran avance en la historia del Derecho civil catalán. Si se piensa con lógica, la atribución del derecho a pedir el BSP a los acreedores del heredero era algo que cabía esperar y, en caso alguno, un «privilegio», ya que hasta entonces dichos acreedores se

encontraban injustificadamente en una posición inferior a los del causante.

- (129) Como apunta E. ARROYO, «El benefici de separació de patrimonis en el Dret civil català», *Revista Jurídica de Catalunya*, 3 (2000), p. 665, normalmente están vinculadas a la gestión económica de la herencia.
- (130) Al igual que el artículo 37.1 del CS, a diferencia del texto anterior de la Compilación (1984), la nueva redacción del BSP tampoco hace mención expresa de los acreedores por gastos de última enfermedad como beneficiarios con derecho a solicitarlo. En palabras de E. MEZQUITA, «Comentario al art. 37 CS», en LI. JOU, *Comentarios al Código de Sucesiones*, vol. I, Barcelona, 1994, p. 127, esto podría interpretarse como una exclusión expresa, por corrección negativa, respecto del texto de la Compilación. Sin embargo, coincido con el autor en que los referidos acreedores lo son del causante, pues se trata de deudas asumidas en vida de este, a diferencia de la cargas hereditarias (como los gastos de formación de inventario, partición y defensa de la herencia, etc.), y, por tanto, como acreedores del causante deberían tener derecho a pedir el citado beneficio. En el mismo sentido se pronuncia M.^a R. LLÁCER, «Comentari a l'art. 461-23», en L. ALASCIO (coord.), *Comentari al llibre quart del Codi civil de Catalunya, relatiu a les successions*, vol. II, Barcelona, 2009, p. 1538-1543, esp. p. 1541.
- Así las cosas, no se entiende que el Legislador catalán todavía catalogue de carga hereditaria (*vid.* artículo 461-19 del CCC) los gastos de última enfermedad. A tenor de lo dicho, deben excluirse, sin embargo, todos los demás titulares de derechos por otras cargas hereditarias.
- (131) E. ARROYO, «El benefici de separació de patrimonis en el Dret civil català», *Revista Jurídica de Catalunya*, 3 (2000), p. 665-666.
- (132) Al igual que en el Derecho romano, es indiscutible la legitimación de los legatarios obligacionistas para pedir el BSP y su derecho a obtenerlo, sobre todo, como indica E. ARROYO, «El benefici de separació de patrimonis en el Dret civil català», *Revista Jurídica de Catalunya*, 3 (2000), p. 666, cuando dichos legados no están especialmente garantizados. Asimismo, tampoco hoy, como en el Derecho romano, parece tener mucho sentido que los legatarios favorecidos con un legado *per vindicationem* (con efectos reales) y que, por tanto, adquieren *recta via* del causante, la propiedad

de la cosa legada o el derecho real limitado, puedan solicitar el BSP, pues de hacerlo, coincido con E. ARROYO, «El benefici de separació de patrimonis en el Dret civil català», *Revista Jurídica de Catalunya*, 3 (2000), p. 667, difícilmente podrán justificar su necesidad.

- (133) *Vid. supra*, nota 42.
- (134) *Vid.* artículo 432-2.1.f, artículo 461-21.2 y 3 del CCC.
- (135) En este sentido, cfr. M.^a R. LLÁCER, «Comentari a l'art. 461-23», en L. ALASCIO (coord.), *Comentari al llibre quart del Codi civil de Catalunya, relatiu a les successions*, vol. II, Barcelona, 2009, p. 1542. Respecto a esta cuestión, considero de interés destacar las palabras de E. ARROYO, «El benefici de separació de patrimonis en el Dret civil català», *Revista Jurídica de Catalunya*, 3 (2000), p. 667, y que entiendo que son aplicables a la actual regulación del BSP en el CCC (en versión castellana): «La solicitud y posterior obtención del BSP no impide que los legados no lleguen a hacerse efectivos. Estos no solo pueden resultar inoficiosos (el derecho de los legitimarios es preferente al de los legatarios), sino que también pueden ser reducibles por falcidia, o por fraude de acreedores, cuyo derecho es preferente al de los propios legitimarios. Esto último implica tener presente que, aunque la propiedad de los objetos legados con eficacia real pasa directamente al legatario (son bienes que no forman parte de la herencia), su consideración como bienes relictos hace que estos hayan de constar necesariamente en el inventario y, por tanto, siempre operan como garantía para los acreedores hereditarios separatistas. De otro modo, la preferencia de estos últimos resultaría meramente teórica».
- (136) Al igual que en el Derecho romano. *Vid.* al respecto lo apuntado *supra*, nota 44.
- (137) *Vid.* lo afirmado en la nota 47.
- (138) Los legitimarios, al igual que los legatarios, son acreedores del heredero *ex causa hereditaria*, pero, tal y como señala E. ARROYO, «El benefici de separació de patrimonis en el Dret civil català», *Revista Jurídica de Catalunya*, 3 (2000), p. 668, la legítima, a diferencia del legado, no es un título: «ser legitimario es solo una condición o una cualidad personal». Lo dicho no obsta a que si la legítima ha sido atribuida a título de legado, su legitimación quede ya comprendida en lo dispuesto por el artículo 461-23.1 del CCC. Sin embargo, para LI. PUIG FERRIOL y E. ROCA, *Institucions del Dret civil de Catalunya*, vol. II: *Dret de successions*, Valencia, 2009, p. 620, que interpretan de



forma muy amplia la legitimación activa para solicitar el BSP, aunque no sean aludidos en el precepto, también la tienen los legitimarios por ser acreedores de la herencia.

- (139) Lo mismo que en el Derecho romano.
- (140) Cfr. LI. PUIG FERRIOL y E. ROCA, *Institucions del Dret civil de Catalunya*, vol. II: *Dret de successions*, Valencia, 2009, p. 620.
- (141) Como ocurre, sin embargo, en los ordenamientos jurídicos que adoptan el principio de separación como sistema automático. A estos efectos, señala R. ROCA-SASTRE, «El *beneficium separationis* y los actuales sistemas de separación sucesoria», *Anuario de Derecho Civil*, 13 (1960), p. 1148, hay que distinguir entre el ordenamiento sucesorio inglés y sus derivados, el mejicano y los demás ordenamientos; en todos ellos, el aislamiento de la herencia se consigue por la propia virtualidad del mecanismo sucesorio. En general, sobre dichos ordenamientos, *vid.* p. 1148-1154.
- (142) El Derecho civil catalán opta, como el Derecho romano, por el principio de separación como sistema facultativo, al igual que el sistema francés, el alemán y los respectivos sistemas derivados. *Vid.* un examen de los mismos en R. ROCA-SASTRE, «El *beneficium separationis* y los actuales sistemas de separación sucesoria», *Anuario de Derecho Civil*, 13 (1960), p. 1139-1148.
- (143) El Derecho romano se aparta, en época clásica, del procedimiento actual para la concesión de la separación, ya que, como hemos visto, la SB era un incidente de un procedimiento ejecutivo universal contra el heredero, esto es, de una *bonorum venditio* ya iniciada. Sin embargo, se discute en doctrina si en época justiniana la *separatio* quedaba o no condicionada a un procedimiento ejecutivo sobre los bienes del heredero (*vid.* nota 116).
- (144) En los textos romanos no se hace referencia expresa a la necesidad de practicar un inventario.
- (145) Aunque el artículo 461-23.2 del CCC nada indica sobre su confección y contenido, comparto con M.^a C. GETE-ALONSO, «La protección de los acreedores: El beneficio de separación de patrimonios», en *Derecho de sucesiones vigente en Cataluña*, Valencia, 2008, p. 299, que lo más lógico es pensar que son de aplicación analógica las normas previstas para el beneficio de inventario.
- (146) Cabe apuntar que, si bien es verdad que el vigente precepto catalán, a diferencia del anterior artículo 37.1 del CS, omite

la referencia expresa a la «previa adecuada justificación», esta se deduce a tenor del citado precepto, al disponer este que «el Juez, con la motivación adecuada, concede el beneficio de separación».

- (147) En este sentido, con ocasión del artículo 37 del CS, ya se pronuncia E. MEZQUITA, «Comentario al art. 37 CS», en LI. JOU, *Comentarios al Código de Sucesiones*, vol. I, Barcelona, 1994, p. 129, aunque reconoce la poca claridad del texto en cuanto al alcance de la «justificación». Cfr. también M.^a R. LLÁCER, «Comentari a l'art. 461-23», en L. ALASCIO (coord.), *Comentari al llibre quart del Codi civil de Catalunya, relatiu a les successions*, vol. II, Barcelona, 2009, p. 1542.
- (148) Sobre los requisitos o presupuestos a que quedaba supeditada la concesión de la SB por el pretor, previa *causa cognitio*, *vid.* p. 9-10, con notas.
- (149) La doctrina menciona, entre otras, el nombramiento de un administrador, la exigencia al heredero para que garantice el pago (garantías reales y personales), la anotación preventiva del derecho de los acreedores, si están comprendidos en alguno de los supuestos del artículo 42 de la LH, la anotación preventiva del procedimiento en el Registro de la Propiedad, el depósito de bienes y la correspondiente prohibición de disponer del heredero, etc.
- (150) El plazo de cinco años a contar desde la adición para solicitar la *separatio* (Digesto 42, 6, 1, 13), según la opinión mayoritaria, como ya he dicho, sería justiniano y, por tanto, en Derecho clásico solo debió exigirse que no hubiera pasado mucho tiempo desde la aceptación. Sobre el referido plazo de cinco años, *vid. supra*, nota 54.
- (151) El anterior artículo 37 del CS tampoco fijaba plazo alguno y, según E. ARROYO, «El beneficio de separación de patrimonios en el Dret civil català», *Revista Jurídica de Catalunya*, 3 (2000), p. 669, todo parece indicar que era una omisión deliberada (*vid.* p. 669, nota 75). La fijación de un término, como observa la autora, es innecesaria, si se tiene en cuenta que por la propia naturaleza de las cosas la petición del BSP no es operativa siempre y en cualquier momento que se interponga.
- (152) M.^a C. GETE-ALONSO, «La protección de los acreedores: El beneficio de separación de patrimonios», en *Derecho de sucesiones vigente en Cataluña*, Valencia, 2008, p. 299.
- (153) En estos términos ya se pronunció E. ARROYO, «El beneficio de separación de pa-

trimonis en el Dret civil català», *Revista Jurídica de Catalunya*, 3 (2000), nota 151, respecto al artículo 37 del CS.

- (154) E. ARROYO, «El benefici de separació de patrimonis en el Dret civil català», *Revista Jurídica de Catalunya*, 3 (2000), p. 662, sin olvidar que la autora se refiere al derogado artículo 37 del CS.
- (155) De ser así, E. ARROYO, «El benefici de separació de patrimonis en el Dret civil català», *Revista Jurídica de Catalunya*, 3 (2000), p. 662, distingue tres posibilidades: la exigencia de una situación de insolvencia «técnica» (pasivo exigible superior al activo realizable), simplemente «fáctica» o «judicialmente declarada» (*vid.* bibliografía citada).
- (156) Postura sostenida por R. ROCA-SASTRE, «El *beneficium separationis* y los actuales sistemas de separación sucesoria», *Anuario de Derecho Civil*, 13 (1960), p. 1121, como hemos visto, también para el Derecho romano. Hoy la doctrina catalana se manifiesta sobre dicha cuestión en términos poco comprometidos (al respecto, *vid.* E. ARROYO, «El benefici de separació de patrimonis en el Dret civil català», *Revista Jurídica de Catalunya*, 3 (2000), p. 663, nota 58). Por otra parte, no debe olvidarse que, a tenor de la actual legitimación activa de los acreedores del heredero para solicitar el BSP, la misma cuestión cabe plantearse respecto a la situación económica del heredero a efectos de pedir sus acreedores personales el citado beneficio.
- (157) *Vid. supra*, p. 10-11.
- (158) Lo que recordaría al Derecho romano clásico, al margen de las diferencias procesales, en el que la SB, como se ha dicho, era un incidente del procedimiento ejecutivo patrimonial, esto es, de una *bonorum venditio* ya iniciada contra el heredero.
- (159) E. ARROYO, «El benefici de separació de patrimonis en el Dret civil català», *Revista Jurídica de Catalunya*, 3 (2000), p. 663.
- (160) E. ARROYO, «El benefici de separació de patrimonis en el Dret civil català», *Revista Jurídica de Catalunya*, 3 (2000), p. 664.
- (161) Aunque E. ARROYO, «El benefici de separació de patrimonis en el Dret civil català», *Revista Jurídica de Catalunya*, 3 (2000), p. 664, reconoce que el artículo 150.2 de la LEC (2000) conduciría al mismo resultado y, por tanto, que para saber quiénes y cuántos son los acreedores particulares del heredero, no parece requisito indispensable que exista una previa ejecución universal contra el heredero; sin embargo, considera que todo parece indicar que este es, precisamente, el ca-



so que contempla el artículo 37.2 *in fine* del CS, puesto que la frase «pero mientras estos últimos no resulten pagados (acreedores particulares del heredero), dichos acreedores (los hereditarios) no pueden perseguir los bienes privativos del heredero» (al igual que el artículo 461-23.3 del CCC) da a entender que la ejecución patrimonial del heredero por sus acreedores personales es un requisito para poder dirigirse después, a mi modo de ver, solo los acreedores del causante contra el posible remanente de su patrimonio privativo. Así las cosas, concluye Arroyo, parece que contra el heredero ya existe un procedimiento concursal iniciado del que la separación sería «incidente y pieza separada».

- (162) E. ARROYO, «El benefici de separació de patrimonis en el Dret civil català», *Revista Jurídica de Catalunya*, 3 (2000), p. 664. Vid. la argumentación esgrimida.
- (163) Hoy, vuelvo a reiterar, a tenor del artículo 461-23.1 *in fine* del CCC, también pueden pedir la separación de patrimonios los acreedores personales del heredero.
- (164) Lo mismo cabe afirmar respecto a los acreedores del heredero (artículo 461-23.1 *in fine*).
- (165) «Los acreedores del causante y legatarios que obtengan el beneficio de separación de patrimonios tienen derecho preferente para cobrar los créditos y percibir los legados respecto a los acreedores particulares del heredero.»
- (166) En el caso que sean acreedores particulares del heredero los que obtienen la separación, también adquieren un derecho preferente de cobro sobre los bienes del heredero frente a los acreedores del causante y/o los legatarios.
- (167) Sobre la relación entre los acreedores separatistas y los acreedores no separatistas, una de las cuestiones más polémicas que suscita el actual estudio del BSP: vid. por todos E. ARROYO, «El benefici de separació de patrimonis en el Dret civil català», *Revista Jurídica de Catalunya*, 3 (2000), p. 674-676 y la bibliografía recogida. Asimismo, sobre la relación entre los legatarios separatistas y los legatarios y acreedores no separatistas, vid. E. ARROYO, «El benefici de separació de patrimonis en el Dret civil català», *Revista Jurídica de Catalunya*, 3 (2000), p. 676-677 y la bibliografía.
- (168) No obstante, como observa, entre otros, L. PUIG FERRIOL y E. ROCA, *Institucions del Dret civil de Catalunya*, vol. II: *Dret de successions*, Valencia, 2009, p. 622, debe tenerse en cuenta la limitación del artículo 427-39 del CCC respecto a la res-

ponsabilidad del heredero por el pago de legados excesivos.

- (169) «Pero, mientras no se haya pagado a estos acreedores particulares, dichos acreedores del causante y los legatarios no pueden perseguir los bienes privativos del heredero.»
- (170) En virtud del artículo 461-23.3 *in fine*: «Este último efecto también se produce si el beneficio se concede a instancia de algún acreedor del heredero.»
- (171) E. MEZQUITA, «Comentario al art. 37 CS», en L. JOU, *Comentarios al Código de Sucesiones*, vol. I, Barcelona, 1994, p. 130.
- (172) Esta solución ya se encuentra en los precedentes compilados del BSP (artículo 503 del Proyecto de 1955, artículo 264 de la Compilación catalana de 1969 y artículo 264 del texto refundido de 1984 de la Compilación) y en el artículo 37.2 del CS.
- (173) Es el denominado por E. MEZQUITA, «Comentario al art. 37 CS», en L. JOU, *Comentarios al Código de Sucesiones*, vol. I, Barcelona, 1994, p. 130, *efecto bidireccional del BSP*, pues mientras no resulten pagados los acreedores del heredero, no podrán perseguir los acreedores separatistas los bienes privativos de aquel.
- (174) En el mismo sentido, cfr. E. MEZQUITA, «Comentario al art. 37 CS», en L. JOU, *Comentarios al Código de Sucesiones*, vol. I, Barcelona, 1994, p. 130, y L. PUIG FERRIOL y E. ROCA, *Institucions del Dret civil de Catalunya*, vol. II: *Dret de successions*, Valencia, 2009, p. 622.
- (175) Artículo 461-23.3 del CCC: «Pero, mientras no se haya pagado a estos acreedores particulares, dichos acreedores del causante y los legatarios no pueden perseguir los bienes privativos del heredero.»
- (176) R. ROCA-SASTRE, «El beneficium separationis y los actuales sistemas de separación sucesoria», *Anuario de Derecho Civil*, 13 (1960), p. 1.131, ya apuntó la discusión sobre la misma (vid. *supra*, nota 80).
- (177) «Por la aceptación de la herencia pura y simple, el heredero responde de las obligaciones del causante y de las cargas hereditarias no solo con los bienes relictos, sino también con los bienes propios, indistintamente.»
- (178) Como ya ocurría en el Derecho romano.
- (179) En el mismo sentido, cfr., entre otros, E. MEZQUITA, «Comentario al art. 37 CS», en L. JOU, *Comentarios al Código de Sucesiones*, vol. I, Barcelona, 1994, p. 130, y E. ARROYO, «El benefici de separació de patrimonis en el Dret civil català», *Revista Jurídica de Catalunya*, 3 (2000), p. 31.

- (180) Vid. artículo 461-19 del CCC.

- (181) La garantía, como observa E. ARROYO, «El benefici de separació de patrimonis en el Dret civil català», *Revista Jurídica de Catalunya*, 3 (2000), p. 31-32, con ocasión del artículo 273.1 del CS (hoy, artículo 427-39.1 del CCC), es *pro viribus hereditatis*, esto es, que quedan vinculados a su cumplimiento, indistintamente, los bienes privativos del heredero y los de la herencia, pero solo hasta el valor de estos últimos.
- (182) Coincido con E. MEZQUITA, «Comentario al art. 37 CS», en L. JOU, *Comentarios al Código de Sucesiones*, vol. I, Barcelona, 1994, nota 179, en que la afirmación final del derogado artículo 37.2 del CS («los acreedores del causante y los legatarios, (...) pero mientras estos últimos [acreedores particulares del heredero] no resulten pagados, dichos acreedores no pueden perseguir los bienes privativos del heredero»), nos recuerda que la responsabilidad *ultra vires* del heredero no alcanza a los legados, pues no se dice que los legatarios puedan perseguir los bienes del heredero después de pagados los acreedores de este. En contra, vid. E. ARROYO, «El benefici de separació de patrimonis en el Dret civil català», *Revista Jurídica de Catalunya*, 3 (2000), p. 32. Tal y como hemos visto, en el Derecho romano los legatarios no son aludidos y, por tanto, carecen de tal derecho.
- (183) Así, el artículo 427-39.1 del CCC, relativo a la reducción o supresión de legados excesivos, dispone: «Si el valor de los legados excede de lo que la persona gravada obtiene por causa de muerte, esta los puede reducir o suprimir, salvo que los cumpla íntegramente a sabiendas de que son excesivos». Vid. también el artículo 427-40 del CCC, sobre el derecho a la cuarta falcidia o cuota hereditaria mínima.
- (184) En la misma línea se manifiesta J. Llobet en *Derecho de sucesiones vigente en Cataluña*, Valencia, 2008, p. 158.
- (185) Esta relevante cuestión será objeto de un amplio análisis en mi próxima publicación, partiendo de lo establecido en los textos romanos sobre la responsabilidad del heredero por los legados, para examinar después su regulación en el Derecho civil catalán.
- (186) En este sentido, cfr., entre otros, L. PUIG FERRIOL y E. ROCA, *Institucions del Dret civil de Catalunya*, vol. II: *Dret de successions*, Valencia, 2009, p. 622, y M.^a R. LLÁCER, «Comentari a l'art. 461-23», en L. ALASCIO (coord.), *Comentari al llibre quart del Codi civil de Catalunya, relatiu a les successions*, vol. II, Barcelona, 2009, p. 1541.

El contrato de permuta financiera de tipos de interés

Comentario a la Sentencia de la Audiencia Provincial de Girona de 18 de febrero de 2011

Es objeto del presente trabajo, teniendo como premisa el contenido de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Girona de 18 de febrero de 2011, analizar la naturaleza jurídica del contrato de permuta financiera, su tratamiento por la práctica judicial y la visión que de esta misma figura efectúa la práctica bancaria.

Sergio Sánchez y Montiel
Magistrado. Juez sustituto del Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de Girona

entonces entidad bancaria Caixa d'Estalvis de Catalunya, al apreciar un error en el consentimiento contractual prestado.

La anterior resolución judicial parte de la siguiente base fáctica: «La entidad mercantil Giromúsica, SLU, sociedad cuyo obje-

to social es la venta minorista de instrumentos musicales en la ciudad de Girona, cliente de la entidad bancaria demandada, Caixa d'Estalvis de Catalunya (en adelante, Caixa Catalunya), desde prácticamente el año 1998, fecha desde la que viene utilizando habitualmente los servicios bancarios que

1. ANTECEDENTES FÁCTICOS

En fecha 18 de febrero de 2011, la Audiencia Provincial de Girona dictó la que constituye su primera sentencia en materia de contratos de permuta financiera, más conocidos en la terminología anglosajona como contratos de *swap*. Constituye el primer pronunciamiento judicial que la Audiencia Provincial de Girona efectúa sobre el fondo de esta materia, y todo ello a raíz del recurso de apelación interpuesto por la antigua entidad Caixa d'Estalvis de Catalunya contra la **Sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de Girona en fecha 27 de agosto de 2010**, en la que se declara la nulidad de un contrato de permuta financiera de tipos de interés celebrado entre una sociedad dedicada a la venta minorista de instrumentos musicales y la por





ofrece la entidad Caixa Catalunya, en fecha 7 de marzo de 2007 concertó con la entidad demandada, Caixa Catalunya, escritura de préstamo hipotecario por un principal de 930.000 euros, en el que la prestataria se obligaba al retorno del capital prestado en el plazo de quince años, mediante el pago de ciento ochenta cuotas mensuales y con la aplicación de unos intereses ordinarios a computar mensualmente, estableciéndose, para el primer año, un interés fijo del 4,86 %, y durante las restantes anualidades del préstamo hipotecario, un interés variable igual a Euribor + 0,75 %. En la misma fecha se ofreció a la entidad demandante un producto, que resultó ser una permuta financiera de tipos de interés (*swap* de tipos de interés), por el cual, en el caso de que el tipo de interés de referencia subiera, el vendedor, que en este caso es la entidad bancaria Caixa de Catalunya, debería abonar una cantidad al cliente, y en el supuesto de que el tipo de interés bajara, era el cliente quien tenía que pagar al banco. Según dicha oferta, la entidad actora, Giromúsica, SLU, a través de su legal representante, firmó un contrato marco de operaciones financieras (en adelante, CMOF) y la orden en firme de contratación, en fecha 2 de marzo de 2007, y un documento de confirmación de la operación, en fecha 8 de marzo de 2007. Cuando la mercantil actora, a finales de marzo de 2009, recibió un aviso de liquidación en el que se le informaba que tenía que abonar la cantidad de 1.374,15 euros, con fecha de vencimiento 31 de marzo de 2009, se dirigió al director de la oficina bancaria mencionada a exigir explicaciones, y aquel le informó que tales movimientos o cargos debían atribuirse a la propia esencia del contrato y a la bajada de los tipos de interés, por lo que en fechas 31 de marzo de 2009 y 22 de mayo de 2009 remitió sendas cartas al director de la oficina bancaria mencionada mostrando su disconformidad con el producto contratado, sin recibir contestación alguna de la entidad bancaria demandada, por lo que solicitó a esta última información sobre el coste de cancelación del contrato de permuta financiera o *swap* y/o sobre la posibilidad de reducir el plazo de duración de la cobertura, informándosele que el coste de cancelación anticipada de la operación ascendía a la cantidad de 63.349,10 euros y el coste de modificación de la cobertura a partir de la próxima revisión (26 de febrero de 2010), a 28.019,05 euros».

La meritada Sentencia de la Audiencia Provincial de Girona de 18 de febrero de

2011 desestima el recurso de apelación interpuesto por la entidad financiera, confirmando en su integridad la Sentencia de primera instancia, al concluir que la contratante, en su día, se acogió a la firma del contrato de permuta financiera de tipos de interés o *swap* porque la información ofrecida por la entidad bancaria le indujo a error sobre las posibilidades de rentabilidad, algo que se acredita se produjo por una información defectuosa imputable sobre el producto ofertado al banco contratante, dándose los presupuestos jurisprudencialmente exigidos para entender que tal error en el consentimiento anula el contrato⁽¹⁾.

2. BREVE APROXIMACIÓN AL CONTRATO DE PERMUTA FINANCIERA

Una vez más, al abordar la cuestión de fondo de la presente resolución judicial, nos encontramos ante lo conocido en la doctrina científico-jurídica como **contrato de permuta financiera**⁽²⁾ en su modalidad de permuta de tipos de interés (en la terminología anglosajona, *interest rate swap*).

Se trata de un **contrato mercantil atípico**, pero lícito al amparo del artículo 1255 del Código civil y del artículo 50 del Código de comercio, importado del sistema jurídico anglosajón, caracterizado por la doctrina como **consensual, bilateral y sinalagmático** (con interdependencia de prestaciones actuando cada una como causa de la otra), de **duración continuada**. En su modalidad de *tipos de interés* (*interest rate swap*)⁽³⁾, el acuerdo consiste en intercambiar sobre un capital nominal de referencia y no real (*no-cional*) los importes resultantes de aplicar un coeficiente distinto para cada contratante (denominados *tipos de interés*, aunque no son tales, en sentido estricto, pues no hay, en realidad, acuerdo de préstamo de capital), limitándose las partes contratantes, de acuerdo con los respectivos plazos y tipos pactados, a intercambiar pagos parciales durante la vigencia del contrato, o, más simplemente, a liquidar periódicamente, mediante compensación, tales intercambios, resultando a favor de uno u otro contratante un saldo deudor o viceversa, acreedor.

Los *swaps* o contratos de permuta financiera tienen un carácter **complejo y especulativo** (financieramente hablando) y surgen en un primer momento para asegurar el precio de las operaciones complejas en las que las entidades financieras querían

limitar el riesgo, principalmente respecto de aquellas operaciones que se suelen concertar con divisas o en mercados extranjeros y que sirven para garantizar una protección al contratante de que una variación en el mismo no perjudicará su perspectiva de negocio. Recientemente, este producto ha sido introducido por determinadas entidades financieras ofreciéndolo a los clientes directamente y con independencia del perfil del mismo, sin que la entidad financiera ofreciera la información suficiente para que el contratante fuera consciente de lo que estaba firmando. En este sentido, cuando se concedía un crédito hipotecario, un contrato de descuento bancario o un arrendamiento financiero, la entidad bancaria ofertaba la firma de un contrato de *swap* o permuta financiera bajo distintas denominaciones, lo que ha llevado a que, en la práctica, este tipo de contratos haya generado una gran problemática, ya que al bajar los tipos de interés se ha repercutido un perjuicio económico considerable en los clientes de las entidades bancarias que en su día firmaron este tipo de contratos. Históricamente se ofrecía en un momento en que los tipos de interés estaban bastante altos, lo que motivaba en muchos casos a los clientes de estas entidades a contratarlos sin ser conscientes del tipo de contrato que estaban firmando⁽⁴⁾.

Se concluye que la contratante se acogió a la firma del contrato de permuta financiera de tipos de interés o *swap* porque la información ofrecida por la entidad bancaria le indujo a error sobre las posibilidades de rentabilidad. Tal error en el consentimiento anula el contrato

En la práctica judicial, las diferentes resoluciones judiciales que se han dictado sobre la materia se centran exclusivamente en la modalidad de contrato de permuta financiera más común, que es el *contrato de permuta de tipos de interés* o *interest rate swap*, a pesar de que dentro de la categoría *swap* existen distintas modalidades de productos o servicios bancarios nuevos que se conocen en la jerga bancaria como *derivados financieros* y que no son nada más que instrumentos a través de los cuales las empresas tratan de cubrir el riesgo de pérdidas derivadas de las fluctuaciones del tipo

de interés⁽⁵⁾. Entre estos contratos bancarios destacan los *caps* y los *floors*, todos ellos opciones de tipos de interés. El **floor** es la opción de tipos de interés por la que una de las partes (comprador) se obliga a pagar a la otra (vendedor) una prima, y la contraparte se obliga ante ella a que, en el supuesto de que en una fecha futura, pactada por las partes previamente, los tipos de referencia caigan por debajo del tipo *floor*, el vendedor pagará al comprador una cantidad *floor*, que se calcula sobre un importe nominal acordado por la partes (nacional), mientras que el **cap** es la opción de tipos de interés por la que una de las partes (comprador) se obliga a pagar a la otra (vendedor) una prima, y la contraparte se obliga ante ella a que, en el supuesto de que en una fecha futura, pactada por las partes previamente, el tipo de referencia exceda del tipo *cap*, el vendedor tiene que pagar al comprador una cantidad *cap*, que se calcula sobre un importe nominal acordado por las partes (nacional). A la combinación de ambas opciones se la denomina **collar** (modalidad muy utilizada por la entidad Banco Santander), que es una operación que incorpora a la vez un *cap* y un *floor*, de forma que si el tipo de referencia excede del tipo *cap* fijado por las partes, una de las partes tiene que pagar al otro una cantidad *cap* calculada sobre un importe nominal, y si el tipo de referencia cae por debajo del tipo *floor*, la parte que ha recibido la cantidad *cap* tiene que pagar una cantidad *floor*, calculada sobre el mismo importe nominal, a la otra parte. Si el tipo de referencia oscila siempre entre el tipo *floor* y el tipo *cap*, ninguna de las partes tiene que realizar ningún pago a la otra.

Entre los contratos de permuta financiera o contratos de *swap* existen, asimismo, diferentes modalidades contractuales en función del tipo de referencia utilizado, de forma que si el tipo de referencia es el tipo de interés, tenemos el *contrato de permuta financiera de tipos de interés (interest rate swap)*, que es el contrato de *swap* tipo más utilizado en la práctica bancaria; el *contrato de permuta financiera de tipos de interés día a día (call money swap o overnight indexed swap)*, y el *contrato de permuta financiera de tipos de interés variables (basis swap)*. En cambio, si el tipo del *swap* aparece referenciado respecto de divisas, acciones o activos, tenemos el *contrato de permuta financiera de divisas (FX swap)*; el *contrato de permuta financiera de divisas y tipo de interés (cross-currency interest rate swap)*, que es una combinación de la permuta de tipo de

interés y la de divisas; el *contrato de permuta financiera de materias primas (commodity swap)*; el *contrato de permuta financiera de intereses y acciones (equity swap)*; el *contrato de permuta financiera de índices de acciones (equity index swap)*, y el *contrato de permuta financiera de activos (asset swap)*.

3. LA INDISCRIMINADA UTILIZACIÓN DEL CONTRATO DE SWAP EN LA PRÁCTICA BANCARIA

En la práctica bancaria se ha constatado una serie de abusos que han derivado a los tribunales y que, en resumidas cuentas, se pueden resumir en:

1. Ofrecer este producto financiero como un contrato de seguro de interés fijo que las entidades financieras están obligadas a ofrecer cuando ofrecen un crédito hipotecario referenciado a un tipo de interés variable. Si a algo no se parece el contrato de *swap* es a un seguro, puesto que, de hecho, en su modalidad de permuta de tipos de interés, la más básica y estándar, ni siquiera se permutan (se intercambian) intereses ni sumas de dinero, sino que se compensan durante un período de tiempo (previamente pactado) liquidaciones periódicas sobre una cantidad de dinero teórica (*importe nominal*), en función de los tipos de interés vigentes en cada momento de la duración del contrato. En mi opinión, con gran seguridad, la gran mayoría de los directores, subdirectores y empleados de la banca que ofrecieron en su día a sus clientes el *swap* como si se tratara de un seguro frente al alza de los tipos de interés actuaba bajo el convencimiento de que así era, pues precisamente así les habían ofrecido el mencionado producto financiero en la formación correspondiente (con gran seguridad, en un día y en unas pocas horas), sin explicarles la estructura compleja y especulativa consubstancial al contrato de *swap*.

En la práctica bancaria, lo que se constata con estos contratos es la existencia de una serie de abusos que finalmente han derivado a los tribunales

2. Que al ofrecer este producto la entidad financiera no ofreciera al cliente suficiente información ni *precontractual* ni

postcontractual. No olvidemos que en el contrato de *swap* o de permuta financiera nos movemos de lleno en la práctica del sector bancario, que se caracteriza por la utilización generalizada de *contratos de adhesión* o *contratos tipo*, con unas condiciones generales unilateralmente redactadas por las entidades bancarias que deben ser aceptadas por el cliente a la hora de contratar, sin la posibilidad de introducir modificaciones o matizaciones en las mismas. A pesar de estas particularidades y del sector en el que se mueven los contratos objeto del presente pleito, el Código civil sigue siendo el que nos ofrece las pautas básicas en relación a los requisitos que deben concurrir en la formación de un contrato, a través del clásico contenido del artículo 1261, que exige, para que exista un contrato, la concurrencia de la oferta y la aceptación sobre la cosa y la causa que ha de constituir el mismo. El eje básico de los contratos, cualesquiera que sean sus partes, es el consentimiento de las mismas sobre su esencia, que no debe ser prestado, para surtir eficacia, de forma errónea, con violencia, intimidación o dolo.

El consentimiento, para ser válido y eficaz, exige por su propia naturaleza que los contratantes tengan plena conciencia y conocimiento claro y exacto de aquello sobre lo que prestan su aceptación y de las consecuencias que ello supone. Esto hace que en el sector bancario, el Legislador y, por ello, la jurisprudencia se cuiden de destacar en el análisis de los supuestos que contemplan la protección que es precisa que el cliente de un banco, aun cuando sea potencial, tenga a su favor en todas las fases de conclusión de un contrato con una entidad financiera, y todo ello por la necesidad de dotar de amparo a lo que se ha entendido como la parte débil de la contratación en un contrato de adhesión. En la fase **precontractual**, debe procurarse al consumidor por la propia entidad una información lo suficientemente clara y precisa para que aquel entienda el producto o servicio que pudiera llegar a contratar y si se encuentra dentro de sus necesidades, así como de las ventajas que espera obtener reclamando un servicio o aceptando un producto que se le ofrece. En la fase **contractual**, basta como ejemplo la existencia de la Ley 7/1998, de **condiciones generales de contratación**, en cuyo artículo 8 se mencionan expresamente las exigencias de claridad, sencillez, buena fe y justo equilibrio de las prestaciones en el contrato suscrito entre partes que, por la propia naturaleza del contrato, van a ser



fijadas por el banco, en este caso. Posteriormente, ya firmado el contrato, la fase posterior exige igualmente arbitrar unos mecanismos de protección y reclamación, que sean claros y eficaces en su utilización, destinados a la parte que pudiera verse perjudicada por la firma del contrato en defensa de los posibles daños a sus intereses.

Como sostiene la Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias n.º 25/10 (sección v), de 27 de enero: «El derecho a la información en el sistema bancario y la tutela de la transparencia bancaria es básica para el funcionamiento del mercado de servicios bancarios y su finalidad tanto es lograr la eficiencia del sistema bancario como tutelar a los sujetos que intervienen en él (el cliente bancario), principalmente, a través tanto de la información precontractual, en la fase previa a la conclusión del contrato, como en la fase contractual, mediante la documentación contractual exigible. En este sentido, es obligada la cita del artículo 48.2 de la LDIEC 26/1988, de 29 de julio, y su desarrollo, pero la que real y efectivamente conviene al caso es la de Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, al venir considerada por el Banco de España y la Comisión del Mercado de Valores incurso la operación litigiosa dentro de su ámbito (mercado secundario de valores, futuros y opciones y operaciones financieras, artículo 2 de la Ley del Mercado de Valores).

Examinada la normativa del mercado de valores, sorprende positivamente la protección dispensada al cliente dada la complejidad de ese mercado y el propósito decidido de que se desarrolle con transparencia, pero sorprende, sobre todo, lo prolijo del desarrollo normativo sobre el trato debido de dispensar al cliente, con especial incidencia en la fase precontractual. Este desarrollo ha sido tanto más exhaustivo con el transcurrir del tiempo, y así, si el artículo 79 de la Ley del Mercado de Valores, en su redacción primitiva, establecía como regla cardinal del comportamiento de las empresas de los servicios de inversión y entidades de crédito frente al cliente la diligencia y transparencia y el desarrollo de una gestión ordenada y prudente cuidando de los intereses del cliente como propios (letras IA e IC), el Real Decreto 629/1993 concretó, aún más, desarrollando, en su anexo, un código de conducta, presidida por los criterios de imparcialidad y buena fe, cuidado y diligencia y, en lo que aquí interesa, adecuada información tanto respecto de la clientela, a

los fines de conocer su experiencia inversora y objetivos de la inversión (artículo 4 del anexo 1), como frente al cliente (artículo 5), proporcionándole toda la información de que dispongan que pueda ser relevante para la adopción por aquel de la decisión de inversión “haciendo hincapié en los riesgos que cada operación conlleva” (artículo 5.3). Dicho Decreto fue derogado pero la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, por la que se modifica la Ley del Mercado de Valores, que continuó con el desarrollo normativo de protección del cliente introduciendo la distinción entre clientes profesionales y minoristas, a los fines de distinguir el comportamiento debido frente a unos y otros (artículo 78 bis); reiteró el deber de diligencia y transparencia del prestador de servicios e introdujo el artículo 79 bis regulando exhaustivamente los deberes de información frente al cliente no profesional, incluidos los potenciales; entre otros extremos, sobre la naturaleza y riesgos del tipo específico de instrumento financiero que se ofrece a los fines de que el cliente pueda “tomar decisiones sobre las inversiones con conocimiento de causa”, debiendo incluir la información las advertencias apropiadas sobre los riesgos asociados a los instrumentos o estrategias, no sin pasar por alto las concretas circunstancias del cliente y sus objetivos, recabando información del mismo sobre sus conocimientos, experiencia financiera y aquellos objetivos (artículo 79 bis, n.º 3, 4 y 7).

Luego, el Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero, sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión, no ha hecho más que insistir, entre otros aspectos, en este deber de fidelidad y adecuada información al cliente, tanto en fase precontractual como contractual (artículos 60 y siguientes; en especial, el 64, sobre la información relativa a los instrumentos financieros). Naturalmente, a la entidad bancaria demandada no le es exigible un deber de fidelidad al actor, como cliente, anteponiendo el interés de este al suyo o haciéndolo propio. Tratándose de un contrato sinalagmático, regido por el intercambio de prestaciones de pago, cada parte velará por el suyo propio, pero eso no quita para que pueda y deba exigirse a la entidad bancaria un deber de lealtad hacia su cliente conforme a la buena fe contractual (artículo 7 del Código civil) cuando es dicho contratante quien, como aquí, toma la iniciativa de la contratación, proponiendo un modelo de contrato conforme a objetivos y propósitos

tratados y consensuados previamente, por uno y otro contratantes, singularmente en cuanto a la información precontractual necesaria para que el cliente bancario pueda decidir sobre la perfección del contrato con adecuado y suficiente “conocimiento de causa”, como dice el precitado 79 bis de la Ley del Mercado de Valores».

Se exige un régimen de clasificación de clientes para conocer su experiencia inversora, sus conocimientos y su capacidad financiera, lo que permitirá determinar si comprenden y, por tanto, pueden asumir los riesgos derivados de sus decisiones de inversión

3. Que se contratara este producto con un cliente que tenía todo su riesgo financiero referenciado a un interés fijo y sin valorar la idoneidad del cliente para asumir el producto financiero ofrecido, así como su conveniencia respecto del cliente. La MiFID, Directiva europea sobre los mercados de instrumentos financieros (Markets in Financial Instruments Directive), regula la prestación de servicios de inversión y afecta directamente a todas las entidades a la hora de informar, asesorar o vender productos financieros o de inversión a sus clientes, así como la forma en que les ofertan y ejecutan los mismos. Esta Directiva comunitaria intenta uniformar la manera en que las entidades deben ofrecer sus productos de inversión a los clientes y establece un nuevo régimen de protección al inversor. Se aplica en España mediante la Directiva 2004/39/CE, aplicada por la Directiva 2006/73/CE, implantada en nuestro ordenamiento jurídico a través de la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, **por la que se modifica la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores**, y el Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero, **sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión y de las demás entidades que prestan servicios de inversión y por el que se modifica parcialmente el Reglamento de la Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de instituciones de inversión colectiva, aprobado por el Real Decreto 1309/2005, de 4 de noviembre.**

La MiFID exige el establecimiento de un régimen de clasificación de clientes, con el objeto de conocer su experiencia inversora, conocimientos y capacidad financiera y determinar si los clientes comprenden y pueden asumir los riesgos derivados de sus decisiones de inversión, configurándose un régimen de clasificación de los clientes en tres categorías:

- **Cliente minorista:** esencialmente todos los particulares que actúan como personas físicas, pymes, etc., que reciben el máximo nivel de protección previsto por la MiFID tanto en la realización de los tests (de idoneidad y de conveniencia) como en el alcance de la documentación e información precontractual y postcontractual que ha de ser puesta a disposición de los mismos.
- **Cliente profesional:** a los que se les otorga un menor nivel de protección respecto a los clientes minoristas, ya que se parte de que poseen la experiencia, los conocimientos y la cualificación necesarios como para adoptar sus propias decisiones de inversión y comprender y asumir los riesgos de las mismas (entidades de crédito, empresas de inversión, aseguradoras, grandes empresas, gobiernos, etc.).
- **Cliente contraparte elegible:** que hace referencia a entidades que, por su naturaleza, actúan normalmente en los mercados financieros, como bancos, cajas de ahorro, fondos de inversión y pensiones, sociedades de valores, etc. La MiFID prevé para este tipo de clientes un nivel básico de protección, al tratarse de entidades que actúan de forma directa y frecuente en los mercados financieros.

4. Que no exista un equilibrio entre las prestaciones de las partes. Obviamente, el ofrecimiento y la firma de este tipo de contratos de permuta financiera o *swaps*, calificados por la doctrina y la jurisprudencia como productos financieros de alto riesgo, de estructura compleja y especulativa, a clientes cuyo conocimiento y formación inversora era prácticamente nula, en un momento en el que estábamos prácticamente a las puertas de una crisis financiera y económica internacional y nacional (iniciada a finales del verano de 2008), por parte de entidades bancarias que, si bien no podían prever con exactitud y detalles el comportamiento de las fluctuaciones del mercado financiero, sí

estaban en condiciones de poder disponer de más información que el cliente minorista acerca del comportamiento del mercado financiero y de las fluctuaciones de los tipos de interés que se iban a producir a raíz de la crisis financiera y económica, ya supone de antemano un desequilibrio entre las prestaciones a cuyo cumplimiento se encuentran obligados el banco y el cliente, que se traduce en el abono de las distintas liquidaciones a cuyo pago recíproco se obligaron con la firma del *swap*, desequilibrio este último extrapolable a las concretas prestaciones habidas entre las partes, puesto que, por ejemplo, en el caso de autos del que deriva la Sentencia de la Audiencia Provincial de Girona comentada, se aprecia cómo de los extractos de la cuenta corriente de la actora se deduce un importante riesgo y pérdida sufrida a consecuencia de la ejecución o efectividad del contrato, puesto que la entidad Giromúsica, SLU percibió doce abonos por importe de entre 55,12 y 64,96 euros durante el año 2008 y principios del 2009 (dado que la contratación del *swap* especificaba que el inicio de la cobertura del riesgo sería en fecha 29 de febrero de 2008), mientras que, por el contrario, es reclamada de cargos devengados en marzo a octubre de 2009 por importes de entre 1.245,33 y 1.374,15 euros, con lo que se acredita un perjuicio económico relevante para la entidad demandante y, por ende, un desequilibrio contractual acuciante, lo que resulta común a la mayoría de supuestos de contratos de *swap* tratados en las diferentes resoluciones dictadas por los diferentes tribunales.

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Girona de 18 de febrero de 2011 constituye el primer pronunciamiento judicial que el citado órgano realiza en materia de nulidad de contratos de permuta financiera o de *swap* en la provincia de Girona

4. COROLARIO FINAL

En definitiva, la Sentencia dictada en fecha 18 de febrero de 2011 por la Audiencia Provincial de Girona constituye el primer pronunciamiento judicial que el citado órgano judicial realiza en materia de nuli-

dad de contratos de permuta financiera o de *swap* en la provincia de Girona, que se suma al elenco de pronunciamientos judiciales habidos y por haber en el resto del territorio nacional en los que se acuerda la nulidad de los citados contratos de *swap*⁽¹⁾, recogiendo la referida resolución judicial un mandato judicial dirigido a todas aquellas entidades bancarias que han ofrecido de forma indiscriminada *swaps* a sus clientes al afirmar que «para impedir precisamente nulidades de contrato, es preciso que el banco aperciba y advierta a la otra parte contratante (el cliente) que tales desigualdades en el resultado pueden producirse y hacerlo de una forma tan exhaustiva que impida a la parte contratar servicios que rápidamente le pueden producir unos perjuicios económicos persistentes, a través de un sistema de información imparcial, claro y no engañoso. En palabras de la Ley del Mercado de Valores, de una forma que le permita (al cliente) comprender la naturaleza y los riesgos del servicio de inversión y del tipo específico de instrumento financiero que se ofrece, pudiendo, por tanto, tomar decisiones sobre las inversiones con conocimiento de causa».

- (1) Vid. Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de junio de 2000, en la que se establecen como requisitos para apreciar el error como vicio del consentimiento los siguientes: «recaer sobre la cosa que constituye su objeto o sobre aquellas condiciones que principalmente hubieran dado lugar a su celebración, de modo que se revele paladinamente su esencialidad; que no sea imputable a quien lo padece; un nexo causal entre el mismo y la finalidad que se pretendía en el negocio jurídico concertado, y que sea excusable, en el sentido de que sea inevitable, no habiendo podido ser evitado por el que lo padeció empleando una diligencia media o regular».
- (2) Entre otras definiciones del contrato de *swap*, la proporcionada desde la práctica judicial por los Jueces de lo Mercantil de Barcelona, que definen el contrato de *swap* como «un contrato bilateral en virtud del cual cada una de las partes se obliga a entregar a la otra, en los términos pactados, sumas de dinero determinadas o determinables según parámetros objetivos y calculadas sobre un capital de referencia invariable»; o la que nos aporta el *Dictionary of Banking Terms* americano, que define el *swap* como «un contrato para intercambiar el pago de intereses calculados a



tipo fijo por el pago de intereses calculados a tipo variable».

- (3) Que en la práctica bancaria, concretamente en el modelo de contrato marco de operaciones financieras (CMOF), redactado por la Asociación Española de Banca y Confederación Españolas de Cajas de Ahorro, anexo II, se define como «aquella operación por la que las partes acuerdan intercambiarse entre sí pagos de cantidades resultantes de aplicar un tipo fijo y un tipo variable sobre un importe nominal y durante un período de duración acordado».
- (4) Recordando el Euribor del **5,393%** del mes de julio de **2008**, después de que el Euribor pasará en **2005** de un **2,312%** a un **2,783%**, del **2,833%** a un **3,921%**, en el año **2006**, y del **4,064%** a un **4,793%**, en el año **2007**, todos recordamos, asimismo, que el euribor pasó en **2009** de un **2,622%** a un **1,242%**, de manera que

en el no muy extenso plazo de dieciocho meses el Euribor se redujo en más de 4 puntos porcentuales, más de 415 puntos básicos, manteniéndose a partir de ese momento en cotas parecidas durante el año **2010**, con una ya entonces ligera subida del **1,281%**, en junio de 2010, **1,373%**, en julio de 2010, **1,421%**, en agosto de 2010, con una ligerísima bajada hasta resituarse en un **1,420%**, en septiembre de 2010, para continuar al alza volviéndose a resituarse en un **1,495%**, en octubre de 2010, hasta el **1,544%** en noviembre de 2010, experimentando una bajada tras situarse en un **1,526%**, en diciembre de 2010. **La tendencia del Euribor durante el año 2011** es la experimentar un alza, tal cual se ha demostrado en **enero de 2011**, situándose en un **1,550%**.

- (5) Vid. Sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de Ourense, de 18

de mayo de 2010 («Fundamento Jurídico Segundo»).

- (6) Entre las que cabe destacar, entre tantas, las sentencias dictadas por la Sección 11.ª de la Audiencia Provincial de Barcelona, la Sección 1.ª de la Audiencia Provincial de Pontevedra, la Sección 3.ª de la Audiencia Provincial de Jaén, el Juzgado de 1.ª Instancia e Instrucción n.º 5 de Lorca, el Juzgado de 1.ª Instancia n.º 1 de Ourense, el Juzgado de 1.ª Instancia n.º 48 de Madrid, el Juzgado de 1.ª Instancia n.º 9 de Las Palmas de Gran Canaria, el Juzgado de 1.ª Instancia n.º 2 de Santa Cruz de Tenerife, el Juzgado de 1.ª Instancia n.º 6 de Vitoria, el Juzgado de 1.ª Instancia n.º 15 de Zaragoza, el Juzgado de 1.ª Instancia n.º 1 de Girona, el Juzgado de 1.ª Instancia n.º 5 de Oviedo, etc.



Sobre la reforma de la Ley del Catastro Inmobiliario⁽¹⁾

La disposición final 18.^a de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de economía sostenible, publicada en el *BOE* de 5 de marzo y con entrada en vigor el 6 de marzo, ha modificado el Real Decreto Legislativo 1/2004, de 5 de marzo, texto refundido de la Ley del Catastro Inmobiliario. Las normas introducidas o modificadas tienen una incidencia directa en la actuación notarial y obligan a un examen que la casi total ausencia de *vacatio legis* dificulta hacer con la atención pausada que sería precisa.

Antonio Ángel Longo Martínez
Notario de Calafell

1. Introducción

La disposición final 18.^a de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de economía sostenible, publicada en el *BOE* de 5 de marzo y con entrada en vigor el 6 de marzo, ha modificado el Real Decreto Legislativo 1/2004, de 5 de marzo, texto refundido de la Ley del Catastro Inmobiliario.

Las normas introducidas o modificadas tienen una incidencia directa en la actuación notarial y obligan a un examen que la casi total ausencia de *vacatio legis* dificulta hacer con la atención pausada que sería precisa. Tanto más cuanto, lamentablemente, las contradicciones y lo confuso de la redacción hacen que las dudas se susciten casi desde el comienzo de su estudio.

El contenido y tenor de la disposición final 18.^a nos lo avanza el artículo 46 de la Ley 2/2011, titulado «Principios rectores de la actividad catastral»⁽²⁾. Para el estudio de dicho contenido, puede ser útil distinguir los siguientes apartados:

2. Referencia catastral y certificación descriptiva y gráfica. Constancia en los documentos notariales

La primera gran novedad de la Ley la encontramos en su artículo 3, en el que se ha introducido un nuevo párrafo 2.º, conforme al cual «La certificación catastral descriptiva y gráfica acreditativa de las características indicadas en el apartado anterior y obtenida, preferentemente, por medios telemáticos, se incorporará en los documentos públicos que contengan hechos, actos o negocios susceptibles de generar





una incorporación en el Catastro Inmobiliario, así como al Registro de la Propiedad en los supuestos previstos por Ley. Igualmente se incorporará en los procedimientos administrativos como medio de acreditación de la descripción física de los inmuebles».

La lectura de dicho precepto plantea ya de salida algunos interrogantes:

1) *¿Resulta ahora la acreditación de la referencia catastral obligatoria en todo caso?*

Hay que recordar que los artículos 38 a 45 de la Ley no han sufrido modificación, por lo que la referencia catastral, conforme al artículo 38, deberá figurar en los documentos «donde consten los hechos, actos o negocios de trascendencia real relativos al dominio y demás derechos reales (excepto cancelaciones, ex artículo 39), contratos de arrendamiento o de cesión por cualquier título del uso del inmueble».

A esos actos de trascendencia real añade ahora el artículo 6.3 los que «reflejen relaciones de naturaleza económica o con trascendencia tributaria vinculadas al inmueble». Con lo cual, lo cierto es que costará encontrar alguna escritura en la que se describa un inmueble y para cuyo objeto no esté prevista la constancia de la referencia catastral.

Pero eso no quiere decir que dicha constancia se imponga como una obligación que no permita la autorización de la escritura o la inscripción del acto, porque así sigue resultando del artículo 43, que regula la oportuna advertencia en caso de no aportación de la referencia catastral, y, ya con absoluta claridad, del artículo 44, que, al regular los efectos del incumplimiento de la obligación de aportar la referencia catastral, dice que no impedirá la autorización del documento notarial ni la práctica de los asientos correspondientes en el Registro de la Propiedad.

2) *¿Debe dicha acreditación realizarse siempre mediante certificación catastral descriptiva y gráfica?*

Vaya por delante que lo lógico es que la certificación se convierta, si no lo era ya, en el modo habitual de acreditación de la referencia catastral por razones no solo de índole legal, sino también práctica. Pero eso no quita que la respuesta a la pregunta,

plantada en sus estrictos términos, deba ser negativa, a mi juicio, también en este caso, y pese a que la Ley peca de falta de claridad por las aparentes contradicciones que adelantábamos.

Dado que el artículo 41 tampoco experimenta variación, la obligación concreta de acreditación de la referencia catastral seguirá pudiendo cumplirse, con carácter general, mediante cualquiera de los documentos previstos en dicho artículo: certificación, constancia en escritura pública o información registral y recibo de IBI.

3) *¿Cuándo debe incorporarse la certificación catastral descriptiva y gráfica?*

Sin perjuicio de lo anterior, el nuevo artículo 3.2 prevé la incorporación de la certificación descriptiva y gráfica en una serie de supuestos en los que, y en consecuencia, dicha incorporación dejará cumplida la obligación de acreditación de la referencia catastral. Determinar cuáles son tales supuestos no es, sin embargo, del todo sencillo, en primer lugar, por la propia redacción del precepto, que como veíamos establece que la certificación «se incorporará en los documentos públicos que contengan hechos, actos o negocios susceptibles de generar una incorporación en el Catastro Inmobiliario, así como al Registro de la Propiedad en los supuestos previstos por Ley». Tal como yo lo entiendo, el precepto dice que la certificación se incorporará en determinados documentos públicos (los que contengan hechos, actos o negocios susceptibles de generar una incorporación en el Catastro Inmobiliario), así como (también se incorporará) al Registro de la Propiedad en los supuestos previstos por Ley. Aunque la diferente preposición usada induzca a confusión, el precepto estaría hablando de dos incorporaciones de la certificación catastral: la que se hará en el documento público y la que se hará en el Registro de la Propiedad⁽³⁾.

De acuerdo con ello, y por lo que ahora nos interesa, la cuestión se centraría en discernir a qué documentos hace referencia la Ley. El concepto de *incorporación* al Catastro, al que se vincula en el artículo 3 el tipo de hechos, actos o negocios cuya formalización en el correspondiente documento público conlleva la incorporación a este de la certificación descriptiva y gráfica, aparece en el artículo 11 de la Ley, dentro del capítulo I («Procedimientos de incorpo-

ración y régimen jurídico»), del título I. Dicho artículo indica que «la incorporación de los bienes inmuebles en el Catastro Inmobiliario, así como de las alteraciones de sus características, que conllevará, en su caso, la asignación de valor catastral, es obligatoria y podrá extenderse a la modificación de cuantos datos sean necesarios para que la descripción catastral de los inmuebles afectados concuerde con la realidad». Del mismo se deduce que se debe entender por *incorporación* al Catastro tanto el primer acceso del inmueble al mismo como los de las ulteriores alteraciones de sus características, referidas estas a la descripción catastral de dicho inmueble, viniendo definido qué debe entenderse por descripción catastral en el artículo 3.1: «La descripción catastral de los bienes inmuebles comprenderá sus características físicas, económicas y jurídicas, entre las que se encontrarán la localización y la referencia catastral, la superficie, el uso o destino, la clase de cultivo o aprovechamiento, la calidad de las construcciones, la representación gráfica, el valor catastral y el titular catastral, con su número de identificación fiscal o, en su caso, número de identidad de extranjero».

La primera gran novedad de la Ley la encontramos en su artículo 3, precepto que plantea algunos interrogantes de importancia para la práctica notarial

Por su parte, el capítulo II del mismo título I regula los procedimientos de incorporación, que se verificará mediante «declaraciones, comunicaciones y solicitudes». Y por lo que a la actuación notarial se refiere, tal incorporación se realiza mediante las comunicaciones que regula el artículo 14.a:

«Son comunicaciones:

»a) La información que los notarios y registradores de la propiedad deben remitir conforme a lo dispuesto en el artículo 36, en cuanto se refiera a documentos por ellos autorizados o inscritos cuyo contenido suponga **exclusivamente la adquisición o consolidación de la propiedad de la totalidad del inmueble**, siempre que los interesados hayan aportado la referencia catastral en los términos a que se refiere el título V y se formalice en escritura pública o se solicite su inscripción en el Registro de la

Propiedad en el plazo de dos meses desde el hecho, acto o negocio de que se trate.

Lo que debe ser susceptible de generar una incorporación en el Catastro no es el documento público ni la comunicación que de su contenido haga el notario conforme al artículo 14.a, sino el «hecho, acto o negocio» formalizado en dicho documento público

»Asimismo constituirá comunicación la información que deben remitir los notarios referida a la **segregación, división, agregación o agrupación de los bienes inmuebles**, siempre que, **realizadas las actuaciones que prevé el artículo 47.2**, conste la referencia catastral de los inmuebles afectados, exista correspondencia entre los inmuebles objeto de dichas actuaciones y la descripción que figura en el Catastro y que se aporte el plano, representado sobre la cartografía catastral, que permita la identificación de esas alteraciones.»

Es decir, la información que remite el notario conforme al artículo 36 solamente se califica de *comunicación* y provocará la incorporación al Catastro en los supuestos del artículo 14.a, cuyo contenido, a su vez, habría que poner en relación con el del artículo 16.2: «Serán objeto de declaración o comunicación, según proceda, los siguientes hechos, actos o negocios». De acuerdo con ello, no parecía ilógico entender, en base a una interpretación coordinada del nuevo artículo 3 con el artículo 14.a, que la utilización de la certificación catastral descriptiva y gráfica solo fuera necesaria en los casos previstos en dicho artículo 14.a⁽⁴⁾. Sin embargo, la incorporación al Catastro se puede producir, obviamente, por medios distintos a la «comunicación» notarial, y el artículo 3.2 está hablando de «documentos públicos que contengan hechos, actos o negocios susceptibles de generar una incorporación en el Catastro Inmobiliario»; es decir, lo que debe ser susceptible de generar una incorporación en el Catastro no es el documento público, ni la comunicación que de su contenido haga el notario conforme al artículo 14.a, sino el «hecho, acto o negocio» formalizado en dicho documento público, con independencia de que tal incorporación se verifique en virtud de la co-

municación notarial del artículo 14.a o en virtud de cualquier otro de los procedimientos previstos (comunicación administrativa, declaración o solicitud).

Ello acaba por reconducirnos al antes citado y transcrito artículo 11 y a su relación con el también citado artículo 3.1, con arreglo a los cuales creo que podríamos concluir que los supuestos para los que la Ley prevé ahora la incorporación de la certificación catastral en el documento son los mismos para los que ya se preveía con anterioridad la constancia de la referencia catastral en el artículo 38, con excepción de aquellos casos en los que, por no producirse ninguna modificación de titularidad, ni de características físicas o afectantes a la descripción catastral, el hecho, acto o negocio no es susceptible de generar una incorporación al Catastro (v. g. derechos reales de garantía o constitución de servidumbres), casos en los que bastaría con hacer constar la referencia catastral por cualquiera de los medios del artículo 41.

4) ¿Cuáles serían los efectos de una eventual falta de incorporación de la certificación descriptiva y gráfica?

La cuestión se centraría ante todo en determinar la posibilidad o no de autorización e inscripción registral a falta de dicha certificación. Los términos del artículo 3 no ofrecen duda respecto del hecho de que la incorporación de la certificación al documento, en los supuestos vistos, es una obligación, como también lo es la constancia de la referencia catastral en los casos, más amplios, a los que se refiere el artículo 38. De este modo, si limitáramos la consideración de la certificación a una de las formas de acreditar la referencia catastral, la respuesta a esta cuestión sería sencilla, por cuanto, pudiendo, conforme a los artículos 43 y 44, autorizarse la escritura e inscribirse el acto o negocio en el Registro de la Propiedad aun cuando no se aporte la referencia catastral, que sería la obligación *genérica*, más aún cabrá dicha autorización e inscripción pese a no incorporarse la certificación, que sería la obligación *específica* para los casos del artículo 3.

Sin embargo, tal consideración de la certificación catastral limitada a modo de acreditación de la referencia no es correcta. Fundamentalmente, porque no se entendería la necesidad de dicha especificación, si no se pretendiera algo más. Por otro lado,

porque, mientras el artículo 41 habla de la certificación (electrónica o no), el artículo 3, párrafo 2.º, se refiere a la certificación «descriptiva y gráfica», acreditativa de las «características físicas, económicas y jurídicas» a que se refiere el párrafo 1.º. La Ley pretende que, en relación a esos actos o negocios, el documento recoja ahora no ya solamente la identificación catastral del inmueble proporcionada por la referencia, sino también esas características que, recogidas en la certificación descriptiva y gráfica, integran la descripción catastral del mismo. Podría considerarse como un paso más en el proceso de coordinación de los datos del Catastro con los del título y, en segundo lugar, con el Registro de la Propiedad.

Ahora bien, si dicha coordinación empezó con la obligación de hacer constar la referencia catastral y su incumplimiento no impide la autorización e inscripción del documento, nada hay que lleve a pensar que el Legislador ha cambiado ahora de criterio. De ser así, se debería haber señalado de cualquiera de las formas en que, en relación a muchos otros ámbitos, acostumbra a hacerlo («no se autorizará», «no se podrá inscribir»). Ni la norma del artículo 3 prevé la imposibilidad de autorización o inscripción, ni puede esta deducirse del contenido del artículo 46 de la Ley de Economía Sostenible, que, al anticipar los «principios rectores de la actividad catastral», se limita a enunciar que «se generaliza la utilización de la certificación catastral», sin que el hecho de vincular dicha generalización al «refuerzo del principio de seguridad jurídica» deba conducir a una conclusión distinta a la expuesta. La seguridad jurídica que se refuerza con la reforma, a la que coadyuva la utilización generalizada de la certificación catastral, es la que se sustenta en el conocimiento de los datos catastrales, que, según el mismo artículo 3, párrafo 3.º, se presumen ciertos (y no ya «a los solos efectos catastrales», como decía en su anterior redacción), salvo prueba en contrario. La Ley fomenta dicho conocimiento y confía en el notario para extenderlo, pero sería totalmente contraproducente, desde el punto de vista de la seguridad jurídica, entendida aquí en su concepción más amplia, impedir a los interesados acudir a la protección de la escritura pública o del Registro de la Propiedad por no poder contar con la certificación catastral, cuyos datos, por ciertos que se presuman, siempre podrán ser rectificados, de no ajustarse a la realidad física, a instancia del interesado y mediante los procedimientos



tos que la Ley regula. Piénsese que, aun no siendo lo habitual, sí hay casos en los que no se puede obtener la certificación descriptiva y gráfica, ya sea por una incorrecta incorporación de los datos al Catastro (que impide la localización tanto por titular como por finca), por falta de dicha incorporación (en casos como los del departamento de un edificio recientemente constituido en propiedad horizontal), como, en ocasiones, por meras dificultades técnicas.

Abonaría la tesis expuesta el hecho de que la certificación descriptiva y gráfica, que según el mismo artículo 3.2 también «se incorporará en los procedimientos administrativos como medio de acreditación de la descripción física de los inmuebles», no se impone como requisito para la incorporación al Catastro en los procedimientos de «incorporación mediante comunicaciones» a que se refiere el artículo 14, como vamos a ver a continuación respecto de las comunicaciones notariales.

3. Suministro de información y comunicaciones

Como hemos visto, no son **conceptos** equivalentes.

El suministro de *información* se regula en el artículo 36.3 y alcanza a todos aquellos actos susceptibles de inscripción en el Catastro, con independencia de que dicha inscripción se produzca o no (v. g. porque no se haya hecho constar la referencia catastral).

La información adquiere la calificación de *comunicación* cuando va a dar lugar a la inscripción o incorporación al Catastro. Ello ocurrirá en los supuestos del artículo 14.a, cuyo contenido, transcrito en el apartado anterior, prevé:

— Que los actos o negocios se refieran a:

- 1) Adquisición o consolidación de la propiedad de *la totalidad* del inmueble (párrafo 1.º).
- 2) Modificaciones hipotecarias (segregación, división, agregación o agrupación; no se menciona la división horizontal, que, sin embargo, considero que hay que entender incluida conforme al contenido del artículo 47.2), cuando se aporte el plano representado sobre la cartografía catastral (párrafo 2.º).

— Que se haya aportado la referencia catastral «en los términos», dice el párrafo 1.º, «a que se refiere el título V». Debe señalarse aquí que el título V regula los diferentes medios de acreditación de la referencia, entre los que la certificación aparece como uno más. Por tanto, y como decíamos más arriba, la incorporación al Catastro no parece condicionada a la certificación descriptiva y gráfica del artículo 3, si la referencia catastral se ha acreditado por cualquier otro medio.

Pues bien, la información a que se refiere con carácter general el artículo 36.3 sigue teniendo el mismo **plazo de remisión**: los veinte primeros días de cada mes. En cambio, dicho artículo incluye ahora una referencia a las comunicaciones del artículo 14.a, que deberán remitirse dentro de los cinco días siguientes a la autorización del documento⁽⁵⁾.

Lo primero que hay que decir es que, conforme a la nueva disposición transitoria 8.ª de la Ley, la vigencia de dicho plazo se producirá transcurrido un año desde la entrada en vigor de la Ley de Economía Sostenible, es decir, el 6 de marzo de 2012, hasta cuya fecha rigen los plazos anteriores.

El suministro de información se regula en el artículo 36.3 y alcanza a todos aquellos actos susceptibles de inscripción en el Catastro con independencia de que dicha inscripción se produzca o no

Por otro lado, hay una serie de puntos poco claros:

- El plazo de cinco días que prevé el artículo 36.3 es el que establece ahora también el artículo 47.2 para remitir la información en caso de modificaciones hipotecarias. Dado que el artículo 47.2 se refiere, por tanto, al mismo ámbito que el nuevo párrafo 2.º del artículo 14.a, cuando el artículo 36.3 impone ese plazo para las comunicaciones del artículo 14.a, ¿está refiriéndose a ese nuevo párrafo 2.º, es decir, a dichas modificaciones hipotecarias, o también a los supuestos del párrafo 1.º, de adquisición o consolidación de la propiedad de *la totalidad* del inmueble?

- Para que la información relativa a modificaciones hipotecarias tenga el valor de «comunicación», y por tanto provoque la incorporación al Catastro, ¿es o no es necesario aportar el plano representado sobre la cartografía catastral? El artículo 14.a, párrafo 2.º, así lo establece; sin embargo, el artículo 47.2 habla de la remisión del plano o proyecto, «si lo presentase el interesado», ligando a dicha remisión, en todo caso, la comunicación por el Catastro al notario de la nueva referencia catastral, es decir, previendo, con plano o sin él, la incorporación de dicha información al Catastro.

Otras novedades de interés son:

Según el artículo 36.3, la información a remitir debe incluir la documentación complementaria incorporada a la escritura que sea de utilidad para el Catastro. Esta obligación hay que relacionarla con el último párrafo de dicho artículo, según el cual la Dirección General del Catastro determinará, mediante Resolución, los requisitos técnicos para dar cumplimiento a las obligaciones de remisión de información y comunicaciones.

Como decíamos, en los casos de modificaciones hipotecarias, el artículo 47.2 establecía y sigue estableciendo la remisión de copia simple de la escritura, junto con el plano o proyecto, si se hubiere presentado. Las novedades son:

- La ya indicada reducción a cinco días del plazo para efectuar la remisión.
- La optimista previsión de remisión por el Catastro al notario de la nueva referencia catastral en el plazo de veinticuatro horas, para su constancia en la matriz.
- La inclusión expresa entre dichas modificaciones hipotecarias de los supuestos de obras nuevas en construcción divididas en propiedad horizontal.

El artículo 36.2, por si hubiera dudas, deja claro que la información a suministrar al Catastro es gratuita.

4. Procedimiento notarial de subsanación de discrepancias o rectificación

Se incluye en el nuevo n.º 2 del artículo 18 de la Ley⁽⁶⁾, cuyo antecedente puede encontrarse en el artículo 171 del Reglamen-

to Notarial⁽⁷⁾, redactado por Real Decreto 45/2007, de 19 de enero, y declarado nulo por la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de mayo de 2008.

La lectura de la norma plantea algunas cuestiones a tratar:

- En primer lugar, el **carácter obligatorio o potestativo del procedimiento**. El artículo 18.2 empieza diciendo que «con ocasión de la autorización de un hecho, acto o negocio en un documento público *podrán* subsanarse las discrepancias», y de esa redacción parece ya deducirse que la utilización de este procedimiento de subsanación es potestativa y que los términos utilizados en las letras que lo desarrollan («el notario solicitará... describirá... informará...») solo determinan la naturaleza (obviamente reglada) de dicho procedimiento. Por tanto, únicamente si se solicita utilizar el mismo, debe el notario seguir esas reglas. Lo contrario, el carácter obligatorio, debería haber quedado expresado en la norma, cosa que no sucede, o poderse deducir con suficiente claridad del contexto, lo que a mi juicio tampoco ocurre. La norma *posibilita* (es el verbo utilizado en el preámbulo de la Ley) la subsanación de discrepancias entre realidad física y Catastro con ocasión del otorgamiento de un documento notarial, por considerarlo el Legislador adecuado, fundamentalmente por la garantía que le merece la intervención del notario. Pero en ningún caso impone su utilización. Esta interpretación no solo sintoniza con el preámbulo de la Ley de Economía Sostenible, sino también con el propio redactado del artículo 46 de la misma, cuando en su párrafo 4.º anuncia que «a fin de incrementar la calidad de la información catastral, se amplía y mejora el procedimiento de comunicaciones y el diseño de nuevos mecanismos de conciliación de la información catastral con la realidad inmobiliaria, a cuyos efectos los notarios podrán participar en la solución de discrepancias y rectificación de errores»⁽⁸⁾.

Dicho lo anterior, cabe entender como muy positiva la novedad introducida a través de este artículo y celebrar el reconocimiento que el Legislador hace del papel del notario, que en cumplimiento de su función asesora deberá poner en conocimiento de los otorgantes la po-

sibilidad que la Ley les brinda. Pero ni el notario está obligado a iniciar de oficio el procedimiento, ni los otorgantes a utilizarlo, ni cabe fiscalización alguna al respecto por el registrador. Piénsese en el supuesto nada improbable de que los interesados no puedan afirmar con certeza la existencia o no de discrepancias. Resulta impensable entender que la Ley les obliga a efectuar las actuaciones necesarias para disipar dichas dudas como requisito para poder otorgar la escritura o inscribir sus derechos. Por tanto, considerar obligatorio el procedimiento significaría que el mismo tendría comienzo y punto final con la respuesta de los otorgantes en dicho sentido a la solicitud del notario para que se manifestasen sobre tales eventuales discrepancias. ¿Tiene razón de ser dejar constancia de ello en el documento?

La novedad introducida a través del artículo 46 es muy positiva y celebramos el reconocimiento que el Legislador hace del papel de asesoramiento propio del notario. Pero ni el notario está obligado a iniciar de oficio el procedimiento, ni los otorgantes a utilizarlo, ni cabe fiscalización alguna al respecto por el registrador

- En segundo lugar, los **supuestos a que es aplicable este procedimiento**. El concepto de *discrepancia*, si se atiende al n.º 1 del artículo 18, hace referencia a «la falta de concordancia entre la descripción catastral de los bienes inmuebles y la realidad inmobiliaria».

A su vez, esa descripción catastral incluye, según el artículo 3, distintos elementos: «La descripción catastral de los bienes inmuebles comprenderá sus características físicas, económicas y jurídicas, entre las que se encontrarán la localización y la referencia catastral, la superficie, el uso o destino, la clase de cultivo o aprovechamiento, la calidad de las construcciones, la representación gráfica, el valor catastral y el titular catastral, con su número de identificación fiscal o, en su caso, número de identidad de extranjero».

Sin embargo, las discrepancias subsanables mediante este procedimiento son únicamente las relativas a la «configuración o superficie de la parcela», aunque por resolución de la Dirección General del Catastro puede extenderse a otros elementos descriptivos. Esta concreción nos llevaría, a su vez, a entender limitado el procedimiento.

De una parte, por razón de la finca, a aquellas calificadas como *parcela* no en la legislación urbanística (para la que sería un concepto aplicable solo a las fincas urbanas), sino en la legislación catastral, que las concreta a los terrenos, sean rústicos o urbanos, con las construcciones existentes en su caso, pero sin incluir los elementos privativos de una división horizontal y los demás inmuebles a que se refiere el n.º 2 del artículo 6 de la Ley⁽⁹⁾.

De otra, por el tipo de discrepancia, a las relativas a la configuración o superficie. Si por *configuración* entiende la Real Academia Española de la Lengua «la disposición de las partes que componen una cosa y le dan su peculiar forma y propiedades anejas», y si de lo que se trata, según el artículo 18.1 de la Ley, es de conciliar descripción catastral y realidad inmobiliaria, cabe entender que las discrepancias de configuración deben referirse a aquellos elementos vinculados a la forma y propiedades de la finca, de entre los que integran el concepto de *descripción catastral* según el artículo 3. Así, cabría entender como susceptibles de subsanación o rectificación las discrepancias relativas a localización, uso o destino, clase de cultivo o aprovechamiento, calidad de las construcciones o representación gráfica, además de, lógicamente, las de superficie. Todos ellos son elementos que integran la descripción catastral. No lo es, por el contrario, el referente a los propietarios colindantes, que aun cuando constituya un dato de la descripción registral de la finca y aparezca en la mayoría de las certificaciones catastrales, no precisa ser subsanado a los efectos de este procedimiento.

En este punto hay que tener en cuenta, por tanto, que la discrepancia relativa a configuración y/o superficie de la parcela puede consistir, por ejemplo, en la no constancia en el título de una determinada construcción que sí apa-



rece en la certificación catastral; o en la circunstancia de que lo que según el título y el Registro de la Propiedad es una finca, catastralmente son dos parcelas independientes; o en que dicha parcela catastral tiene más o menos metros de los que constan en la descripción escrituraria y registral. Pues bien, no puede entenderse que la subsanación de discrepancias por el procedimiento expuesto dé por cumplidos los requisitos legalmente previstos para una declaración de obra nueva, una parcelación o un exceso o defecto de cabida.

Sin embargo, ¿cabría seguir el procedimiento a los únicos efectos de «conciliación de la información catastral con la realidad inmobiliaria»? Es cierto que el artículo 18.2 parece contemplar tal posibilidad en su letra b, y también lo es que la escritura puede recoger una mera manifestación de los otorgantes en relación a dichas circunstancias, sin pretensiones de constancia registral. Ahora bien, por una parte, el supuesto del artículo 18.2.b no es propiamente de conciliación entre Catastro y realidad inmobiliaria (porque tal conciliación ya se da con anterioridad), sino de realidad (y descripción catastral) y título (y, en su caso, Registro de la Propiedad); por otra, adviértase que el mismo artículo 18.2.b prevé que «en los documentos posteriores solo será preciso consignar la descripción actualizada», lo cual daría lugar a una apariencia cuando menos peligrosa. En base a estas consideraciones, entiendo que en casos como los expuestos no debería practicarse la subsanación⁽¹⁰⁾.

En los **trámites del procedimiento** se distinguen dos posibilidades:

- a) La confirmación expresa por los otorgantes de la correspondencia entre los datos de la certificación catastral y la realidad física de la finca, en cuyo caso se hará constar en el título, junto con la descripción anterior, la nueva descripción derivada de dicha certificación, siendo dicha nueva descripción la única requerida en los documentos posteriores. Por tanto, aquí, como decíamos más arriba, no hay ninguna subsanación de los datos catastrales, sino, en su caso, de los de la escritura.
- b) La discrepancia o no correspondencia entre certificación y realidad física, que

abre, ahora sí, el procedimiento propiamente dicho, en el cual se prevén las siguientes actuaciones:

- 1) Acreditación al notario de la discrepancia por cualquier medio de prueba admitido en Derecho.
- 2) Requerimiento a los colindantes para que presten su consentimiento.
- 3) Incorporación de la nueva descripción en el mismo documento público o en otro posterior autorizado al efecto⁽¹¹⁾.
- 4) Información por medios telemáticos a la Dirección General del Catastro en el plazo máximo de cinco días.
- 5) Incorporación de la correspondiente alteración en el Catastro, que si se ha aportado el plano representado sobre la cartografía catastral, se verificará en el plazo de cinco días.
- 6) Incorporación al documento público de la certificación actualizada⁽¹²⁾.

A falta de acreditación o de consentimiento (hay que entender que se refiere al de los colindantes), se dejará constancia de ello en el documento y se informará al Catastro para que, en su caso, incoe el procedimiento oportuno.

En relación a los **efectos del procedimiento en el Registro de la Propiedad**, el artículo 18 establece:

- a) Que la descripción actualizada conforme a la certificación catastral (la inicialmente aportada, si no había discrepancias, o la que pone fin al procedimiento de subsanación, si las había) se incorporará en los asientos de las fincas ya inscritas, sin perjuicio de las funciones que correspondan al registrador en el ejercicio de sus competencias⁽¹³⁾.
- b) Si el registrador confirma la identidad entre finca catastral y finca inscrita, en los términos del artículo 45, esa nueva descripción se tomará como base en los asientos posteriores; la referencia al artículo 45 conduce a la necesidad de que el registrador no tenga dudas fundadas sobre la identidad de la finca.
- c) Si el registrador no confirma esa identidad, remitirá comunicación telemática a

la Dirección General del Catastro, la cual emitirá informe cuyo contenido se hará constar en el Registro e incoará, en su caso, el procedimiento oportuno.

De dichas reglas parece deducirse la intención del Legislador de que la descripción que deriva de la certificación catastral, una vez seguidos los trámites notariales y, en su caso, administrativos previstos en la norma, pueda tener reflejo en el Registro de la Propiedad y pase a constituir la descripción de las inscripciones futuras, si existe identidad comprobada por el registrador. Sin embargo, de no apreciarse dicha identidad, podría darse el problema, ya apuntado en algunas de las notas, de que el registrador entendiera, dada la «doble descripción» de la finca (la actualizada y la subsistente en el registro), que en el título no se ha especificado correctamente el objeto del negocio jurídico, por lo que puede resultar prudente advertir de ello a los interesados y, en su caso, incluir en el documento la solicitud de que, de darse dicha no apreciación de identidad de la finca por el registrador, se inscriba el negocio tomando como base la descripción registral.

Aún cabe plantearse una última cuestión, referida a la **aplicabilidad temporal** del procedimiento. Más concretamente, si el mismo es aplicable de inmediato o le afecta lo previsto en la antes citada disposición transitoria 8.ª de la Ley, según la cual «la vigencia de los plazos previstos en los artículos 18.2, 36.3, 46.2, 47.2 y 48.5 de esta Ley se producirá transcurrido un año desde la entrada en vigor de la Ley de Economía Sostenible. Entre tanto, serán de aplicación los plazos establecidos en dichos artículos conforme a la redacción vigente a la entrada en vigor de dicha Ley». Podría entenderse que, dado que el artículo 18.2 constituye una novedad y no existe, por tanto, un plazo anterior al que en dicha norma se establece, el procedimiento en sí ve retrasada su aplicabilidad hasta transcurrido el primer año de vigencia de la Ley, durante el cual es de esperar que se habrían habilitado los medios telemáticos necesarios para la plena virtualidad de aquel. Sin embargo, creo que la imposibilidad de la comunicación telemática no debería frustrar la utilización inmediata del procedimiento, aun cuando la agilidad del mismo sufriera temporalmente.

(1) El texto que sigue tiene como origen la exposición hecha en la sesión de actualización del 16 de marzo de 2011 en el Co-



legio de Notarios. Como en tantas otras ocasiones, la sesión adquirió su mayor interés en el debate suscitado con posterioridad a aquella, del cual han surgido algunas de las ideas que aquí se incluyen. En consideración a dicho interés, me he permitido hacer constar, asimismo, alguna opinión discrepante. Al margen de todo ello, las conclusiones que siguen no reflejan sino la de quien suscribe estas notas, y como tales han de ser valoradas.

- (2) «En atención al principio de eficiencia y de acuerdo con el objetivo de actualización continua de la información catastral, se reducen los plazos de envío de información al Catastro por los notarios y se amplían los casos de comunicación por dichos fedatarios públicos y por los registradores de la propiedad, incrementando los supuestos en los que se suple la obligación de declarar por los titulares de los inmuebles.

(...)

»Para el refuerzo del principio de seguridad jurídica, se generaliza la utilización de la certificación catastral descriptiva y gráfica, el empleo de la cartografía ca-

tastal y se mejora la operatividad en la utilización de la referencia catastral.

»A fin de incrementar la calidad de la información catastral, se amplía y mejora el procedimiento de comunicaciones y el diseño de nuevos mecanismos de conciliación de la información catastral con la realidad inmobiliaria, a cuyos efectos los notarios podrán participar en la solución de discrepancias y rectificación de errores.»

- (3) Nótese cómo la fórmula «en los supuestos previstos por Ley» para referirse a la incorporación al Registro de la Propiedad no difiere de la que el artículo 38, con una redacción mucho más clara, utiliza respecto de la referencia catastral, la cual, según dicha norma, «se hará constar en los instrumentos públicos» y, «asimismo, se hará constar en el Registro de la Propiedad, en los supuestos legalmente previstos».
- (4) Así lo entendí en un primer momento y así lo expuse en la sesión de actualización del 16 de marzo.
- (5) Por tanto, la reforma no cumple fielmente en este punto lo que anticipa el artículo 46.1 de la Ley de Economía Sostenible,

según el cual «se reducen los plazos de envío de información al Catastro por los notarios y se amplían los casos de comunicación por dichos fedatarios públicos». Sí es cierto que se amplían los casos de comunicación, al introducir el párrafo 2.º del artículo 14.a, pero la reducción de plazos solo opera para lo que es comunicación *stricto sensu*.

- (6) «Con ocasión de la autorización de un hecho, acto o negocio en un documento público, podrán subsanarse las discrepancias relativas a la configuración o superficie de la parcela, de conformidad con el siguiente procedimiento:

a) El notario ante el que se formalicen los correspondientes hechos, actos o negocios jurídicos solicitará de los otorgantes que le manifiesten si la descripción que contiene la certificación catastral a que se refiere el artículo 3.2 se corresponde con la realidad física del inmueble en el momento del otorgamiento del documento público.

b) Si los otorgantes le manifestaran la identidad entre la realidad física y la certificación catastral, el notario describirá el inmueble en el documento público de acuerdo con dicha certificación y hará constar en el mismo la manifestación de conformidad de los otorgantes.

Cuando exista un título previo que deba ser rectificado, los nuevos datos se consignarán con los que ya aparecieran en aquel. En los documentos posteriores solo será preciso consignar la descripción actualizada.

c) Si los otorgantes le manifestaran la existencia de una discrepancia entre la realidad física y la certificación catastral, el notario solicitará su acreditación por cualquier medio de prueba admitido en Derecho. Cuando el notario entienda suficientemente acreditada la existencia de la discrepancia y una vez obtenido el consentimiento, requerido expresamente, de los titulares que resulten de lo dispuesto en el artículo 9.5, que, en su condición de colindantes, pudieran resultar afectados por la rectificación, incorporará la nueva descripción del bien inmueble en el mismo documento público o en otro posterior autorizado al efecto, en la forma establecida en el párrafo anterior.

El notario informará a la Dirección General del Catastro sobre la rectificación realizada, por medios telemáticos, en el plazo máximo de cinco días desde la formalización del documento público. Una vez validada técnicamente por la citada Dirección General la rectificación declarada, se incorporará la correspondiente alteración en el Catastro. En los supues-



tos en que se aporte el plano, representado sobre la cartografía catastral, la alteración se realizará en el plazo de cinco días desde su conocimiento por el Catastro, de modo que el notario pueda incorporar en el documento público la certificación catastral descriptiva y gráfica de los inmuebles afectados que refleje su nueva descripción.

d) En los supuestos en que no se obtenga el consentimiento para la subsanación de la discrepancia o cuando esta no resultara debidamente acreditada, el notario dejará constancia de ella en el documento público y, por medios telemáticos, informará de su existencia a la Dirección General del Catastro para que, en su caso, esta incoe el procedimiento oportuno.

La descripción de la configuración y superficie del inmueble conforme a la certificación catastral descriptiva y gráfica actualizada a la que se hace referencia en los párrafos b) y c) se incorporará en los asientos de las fincas ya inscritas en el Registro de la Propiedad, sin perjuicio de las funciones que correspondan al registrador en el ejercicio de sus competencias.

Cuando exista identidad, en los términos que establece el artículo 45, con la correspondiente finca registral inscrita, en los asientos posteriores se tomará como base la nueva descripción física y gráfica. En los supuestos en que no exista dicha identidad, el registrador de la propiedad, por medios telemáticos, pondrá esta circunstancia en conocimiento de la Dirección General de Catastro, que, tras analizar la motivación expuesta, emitirá informe cuyas conclusiones se harán constar en el Registro de la Propiedad e incoará, en su caso, el procedimiento oportuno.

Mediante resolución de la Dirección General del Catastro, previo informe favorable de la Dirección General de los Registros y Notariado, se podrán determinar otros elementos de la descripción del bien inmueble que serán objeto de rectificación de discrepancias con arreglo al procedimiento previsto en este apartado.»

- (7) «En la descripción de los inmuebles, los notarios rectificarán los datos equivocados de acuerdo con lo que resulte de la certificación catastral descriptiva y gráfica que refleje su realidad material. Al realizar la rectificación, se consignarán con los datos nuevos los que aparezcan en el título para la debida identificación de la finca con los asientos del Registro, y en los documentos posteriores solo será preciso consignar la descripción actuali-

zada, rectificándola de nuevo si fuere preciso.»

- (8) En el sentido expuesto se manifestaron en la sesión algunos compañeros, discrepando otros, que entendían imperativo el procedimiento. Entre estos últimos, se expuso la opinión de que la interpretación general de la reforma debía hacerse en relación con las tendencias legislativas que se observan en el Derecho Comparado, y que el carácter obligatorio del sistema diseñado en este artículo tiene como razón de ser la necesidad de que los otorgantes confirmen cuál es el objeto del negocio, una vez la Ley declara la presunción de certeza de los datos del Catastro y hace desaparecer la anterior limitación de dicha presunción «a los solos efectos catastrales».

- (9) «Artículo 6. Concepto y clases de bien inmueble

1.-A los exclusivos efectos catastrales, tiene la consideración de bien inmueble la parcela o porción de suelo de una misma naturaleza, enclavada en un término municipal y cerrada por una línea poligonal que delimita, a tales efectos, el ámbito espacial del derecho de propiedad de un propietario o de varios *pro indiviso* y, en su caso, las construcciones emplazadas en dicho ámbito, cualquiera que sea su dueño y con independencia de otros derechos que recaigan sobre el inmueble.

2.-Tendrán también la consideración de bienes inmuebles:

a) Los diferentes elementos privativos de los edificios que sean susceptibles de aprovechamiento independiente, sometidos al régimen especial de propiedad horizontal, así como el conjunto constituido por diferentes elementos privativos mutuamente vinculados y adquiridos en unidad de acto y, en las condiciones que reglamentariamente se determinen, los trasteros y las plazas de estacionamiento en *pro indiviso* adscritos al uso y disfrute exclusivo y permanente de un titular. La atribución de los elementos comunes a los respectivos inmuebles, a los solos efectos de su valoración catastral, se realizará en la forma que se determine reglamentariamente.

b) Los comprendidos en el artículo 8 de esta Ley.

c) El ámbito espacial de un derecho de superficie y el de una concesión administrativa sobre los bienes inmuebles o sobre los servicios públicos a los que se hallen afectos, salvo que se den los supuestos previstos en las letras anteriores.»

- (10) Si, por el contrario, lo que pretende rectificarse es la descripción catastral para ha-

cer constar en la misma esa construcción, esa parcelación o esa mayor o menor superficie que consta en el título, que los otorgantes confirman como real y que por la razón que fuere no figura en el Catastro, cabría plantearse la posibilidad de utilizar este procedimiento. Sin embargo, el mismo no tendría sentido, existiendo en el artículo 13 de la Ley la «incorporación mediante declaraciones», trámite mucho más sencillo para casos como los dichos, en los que existe la evidencia que dimana de la propia descripción en el título de propiedad.

- (11) Respecto de la indicación que hace el artículo en el último punto de la letra b) a la innecesidad de hacer constar en los documentos ulteriores otra descripción que no sea la derivada de la certificación catastral cuya concordancia con la realidad ha sido confirmada por los otorgantes, hemos de tener en cuenta que si el registrador ha entendido que hay dudas fundadas respecto de la identidad de la finca, dicha descripción, aun habiendo sido «incorporada en los asientos de las fincas ya inscritas», no se trasladará a los asientos posteriores. Es decir, la descripción registral, con independencia de esa «incorporación» de la resultante del Catastro, seguirá siendo la antigua. De modo que, pese al tenor literal de la norma, no parece prudente obviar en el ulterior documento notarial la referencia a la descripción registral.

- (12) Aunque esta incorporación parece limitarse en el texto al caso de que las discrepancias hayan sido subsanadas en el Catastro en el plazo de cinco días conforme al punto anterior, no cabe duda de la posibilidad de dejar reflejo de dicha subsanación en el documento público en cualquier momento posterior, una vez recibida la notificación del Catastro u obtenida por cualquier medio la certificación actualizada. Téngase en cuenta que, con independencia de que el requerimiento de inicio del procedimiento se recoja en un documento determinado, será lo más habitual que de la tramitación posterior y en último término de la conclusión del procedimiento se deje constancia en un documento independiente, probablemente en un acta de notoriedad.

- (13) Podría entenderse que esta reserva hace referencia a los supuestos antes comentados, en los que la subsanación habría requerido, para su acceso al Registro, requisitos adicionales cuyo cumplimiento no se ha acreditado.

Reciente doctrina registral sobre exigibilidad del seguro decenal

(RRDGRN de 22, 23, 26 de julio y 11 de noviembre de 2010 y de 25 de marzo de 2011)

La Dirección General de los Registros y del Notariado (DG) ha dictado, en los últimos meses, una serie de resoluciones que pueden considerarse como una «puesta al día» de su doctrina acerca de determinados supuestos de exigibilidad o no del seguro decenal en las declaraciones de obra nueva, fundamentalmente en aquellos casos en los que se alega el uso propio como fundamento para pretender la exención de dicha obligación. En este ámbito concreto, la DG expone una argumentación que intentaremos resumir para, a continuación y sobre la base de los diferentes supuestos de hecho tratados, sistematizar y, en su caso, comentar las conclusiones que cabe extraer de todo ello.

Antonio Ángel Longo Martínez
Notario de Calafell

1. DOCTRINA GENERAL

En las tres primeras resoluciones, y en la última de ellas, la DG empieza recordando cuáles son los supuestos de excepción a la norma general de exigibilidad del seguro decenal introducidos por la Ley 53/2002, de 30 de diciembre, en la disposición adicional 2.ª de la Ley de Ordenación de la Edificación, para el supuesto del **autopromotor individual de una única vivienda unifamiliar para uso propio**. En la de 11 de noviembre de 2010, se plantea la cuestión de la acreditación del uso propio cuando





posteriormente se produce la transmisión de la vivienda.

La DG sienta una doctrina general relativa a dichos supuestos de excepción resumible de la siguiente manera:

— «El **concepto de autopromotor individual ha de interpretarse de forma amplia**. Así lo destacan, entre otras, las resoluciones de 9 de julio de 2003 y de 5 de abril de 2005, que admiten comprender en tal concepto legal tanto a las **personas físicas como a las personas jurídicas**. (...) En esta línea interpretativa, la Resolución-Circular reseñada (de 3 de diciembre de 2003) afirmó la inclusión dentro del mismo de la comúnmente llamada **comunidad valenciana** para la construcción de edificios.»

— Sin perjuicio de lo anterior, mediante el repaso de la normativa aplicable en este ámbito, debe concluirse la necesidad de una **interpretación restrictiva del supuesto de excepción de exigibilidad del seguro al autopromotor** en base a los siguientes argumentos:

a) La Ley incluye dentro de la **regla general** de la obligación y exigibilidad del seguro también los casos en que se trate de un promotor individual que impulsa las obras de edificación «para sí», esto es, para uso propio; así se deduce de los siguientes preceptos de la LOE:

1) El artículo 9, n.º 1, según el cual el *promotor* se define como «cualquier persona (física o jurídica, pública o privada) que decide, impulsa, programa y financia, con recursos propios o ajenos, las obras de edificación, tanto si lo hace «para sí o para su posterior enajenación, entrega o cesión a terceros bajo cualquier título», y tanto si se trata de una persona «individual o colectiva».

2) El artículo 19.2, que dice que en el seguro decenal tendrá la consideración de *tomador del seguro* el promotor y de *asegurados*, «el propio promotor y los sucesivos adquirentes del edificio o de parte del mismo». Por tanto, la Ley contempla como un supuesto ordinario de seguro, dentro de la regla general de su

constitución obligatoria, aquel en que el asegurado es el propio tomador, esto es, el promotor.

3) El artículo 9.2.d, que entre las obligaciones del promotor señala la de suscribir los seguros del artículo 19.

b) La circunstancia de que «siendo la finalidad de la Ley la **“adecuada protección de los intereses de los usuarios”** (cfr. artículo 1.1), es importante advertir que **el concepto legal de usuario es distinto al de propietario, con el que podrá coincidir o no**, (...) de donde se colige sin dificultad que, fuera de los estrictos casos enunciados en la Ley, no puede dispensarse el cumplimiento del requisito legal del seguro para la inscripción de la obra nueva en base a la mera renuncia del titular inicial (promotor) o adquirente ulterior, pues **tal renuncia podría redundar en perjuicio de cualquier usuario que lo fuere por título distinto al de titular del dominio** (cfr. artículo 6.2 del Código civil)».

c) Finalmente, «la exigencia de la constitución del seguro y su carácter obligatorio para el promotor, incluso antes de que se produzca la primera transmisión *inter vivos*, se explica también por su **afectación al interés de terceros**, como son los restantes agentes que intervienen en el proceso de la edificación y los acreedores hipotecarios de la edificación o de los distintos elementos en que se haya dividido. Así resulta, en cuanto a los primeros, del régimen de responsabilidad establecido por el artículo 17, n.º 3, de la Ley, al disponer que “cuando no pudiera individualizarse la causa de los daños materiales o quedase debidamente probada la concurrencia de culpas sin que pudiera precisarse el grado de intervención de cada agente en el daño producido, la responsabilidad se exigirá solidariamente”».

2. SUPUESTOS CONCRETOS

A partir de ahí, la DG analiza en cada una de las resoluciones el concreto supuesto de hecho, y en las tres primeras, como en

la última, acaba exigiendo la constitución del seguro decenal:

Resolución de 22 de julio de 2010

Dos matrimonios, copropietarios de una parcela sobre la que hay declarada una vivienda, otorgan ahora declaración de obra nueva de otra vivienda independiente, sin constituir propiedad horizontal y sin contratar el seguro decenal, pues alegan que es para uso propio.

La Dirección General procede a analizar en cada una de las resoluciones el concreto supuesto de hecho y, tanto en las tres primeras como en la última, acaba exigiendo la constitución del seguro decenal

La DG exige el seguro, por cuanto:

- 1) En estos casos de comunidad ordinaria, la construcción es un **acto colectivo** (cfr. artículo 398 del Código civil). También el uso corresponde a todos los comuneros (cfr. artículo 394 del Código civil). Cosa distinta sería que se contuviera una asignación de usos exclusivos a favor de los respectivos matrimonios cotitulares sobre cada una de las respectivas viviendas.
- 2) Consecuencia de ello es que faltan los siguientes requisitos para aplicar la exención: **no tratarse de una única vivienda unifamiliar, ni existir autopromotor individual**, sino una pluralidad de titulares en régimen de comunidad ordinaria **ni un uso propio y diferenciado sobre cada vivienda**.

Resolución de 23 de julio de 2010

En el Registro de la Propiedad consta inscrito un edificio declarado en construcción, constituido en propiedad horizontal, con dos propietarios, cada uno de ellos de diversos elementos independientes, entre ellos dos viviendas, una a nombre de cada uno de los propietarios. Ahora se otorga:

- 1) Una ampliación de obra nueva, relativa a un sótano y una buhardilla.
- 2) La declaración de fin de obras.

- 3) La rectificación de la propiedad horizontal, con disolución de condominio y adjudicación de los nuevos elementos privativos.

La DG resuelve no admitir la exoneración del seguro decenal, matizando, sin embargo, al distinguir dos actos independientes:

a) La ampliación de obra nueva.

La DG recuerda la doctrina contenida en la Resolución-Circular de 3 de diciembre de 2003, relativa a que la excepción a la exigibilidad del seguro se aplica únicamente a las obras de ampliación que no sean autónomas, sino simultáneas a una rehabilitación.

Sin embargo, no es exigible el seguro cuando la ampliación, como es el caso presente, no afecta a la habitabilidad de las viviendas (Resolución de 17 de noviembre de 2007), aunque se realicen en edificios destinados también a viviendas.

b) La declaración de fin de obras.

Aquí la DG estudia distintos aspectos.

- En primer lugar, por lo que se refiere a si el momento de declaración de finalización de la obra es el adecuado para la exigencia del seguro decenal, se impone la respuesta afirmativa. Así lo declaró la citada Resolución-Circular de 3 de diciembre de 2003, recogiendo doctrina ya acuñada con anterioridad (*vid.*, entre otras, Resolución de 20 de marzo de 2000).
- En segundo lugar, se plantea la cuestión de determinar si, existiendo en el edificio solo dos elementos privativos, del total de ocho, destinados a vivienda, es aplicable a dicho edificio la exigencia del seguro decenal. De nuevo encontramos la respuesta, y también en sentido afirmativo, a esta cuestión en la Resolución-Circular de 3 de diciembre de 2003, que alude a la misma por referencia a los que denomina «edificios mixtos» de oficinas-viviendas.
- Por otro lado, si en este caso resulta de aplicación o no la excepción que respecto de la obligación de la constitución del seguro decenal introdujo la Ley 53/2002, de 30 de diciembre, para el «supuesto de autopromotor individual

de una única vivienda unifamiliar para uso propio».

Hay unanimidad en la determinación del momento adecuado para la exigencia del seguro decenal: el de la declaración de finalización de la obra

- En el presente caso, tanto la obra nueva inicialmente declarada como la ampliación posterior se realizan en régimen de comunidad ordinaria por los dos propietarios del inmueble. Tanto más la ampliación cuanto que se realiza sobre elementos comunes de la propiedad horizontal, sujetos a un régimen estatutario de copropiedad entre todos los titulares de los elementos privativos (cfr. artículos 396 del Código civil y 3b de la Ley de Propiedad Horizontal). Por todo ello, la construcción no puede predicarse individual, sino que, por su propia naturaleza, es un acto colectivo (cfr. artículo 398 del Código civil).
- Tampoco cabe considerar el supuesto como similar a la denominada *comunidad valenciana*, pues la asimilación del concepto de *autopromotor individual* al de *comunidad valenciana* para la construcción de edificios, como puso de manifiesto la reiterada Resolución-Circular de 3 de diciembre de 2003, se admite «si bien únicamente cuando las circunstancias arquitectónicas de la promoción de viviendas así lo permitan. Para ello, debe tenerse presente que en esta especie de comunidad no rigen las normas de propiedad horizontal, sino que se construyen diversas viviendas por una pluralidad de propietarios, siendo dueños cada uno de ellos de su propia vivienda con carácter independiente, de tal manera que los vicios o defectos de que adolezca cada vivienda unifamiliar únicamente fueren imputables a sus propios elementos estructurales y no a los derivados de la estructura de los elementos comunes del total conjunto, generalmente sitios en parcela independiente».

— Tampoco concurre en este caso el requisito objetivo de la exoneración de la obligación legal de constitución del seguro decenal, pues no estamos en presencia de una edificación integrada por una única vivienda unifamiliar, sino de un *edificio plurifamiliar* integrado, a parte de otros elementos, por dos viviendas.

— Finalmente, en cuanto al requisito de la acreditación de tratarse de una vivienda unifamiliar para uso propio, este uso propio, por ser generalmente un hecho futuro con relación al momento de la declaración de la obra nueva, puede entenderse cumplido con la nuda manifestación del promotor en tal sentido, siempre que no quede desvirtuada por ningún otro elemento documental (como, por ejemplo, en el caso a que se refiere la Resolución de 9 de mayo de 2007 de aportarse una licencia municipal de obras que no lo sea para una vivienda unifamiliar). Pues bien, en el presente supuesto se verifica precisamente la misma circunstancia a que se refería la citada Resolución de 9 de mayo de 2007, pues la licencia municipal de obras no lo es para una vivienda unifamiliar.

Resolución de 26 de julio de 2010

Sobre una finca propiedad de un matrimonio, constituida por una planta baja almacén y una planta piso desván, se otorga:

- 1) Ampliación de obra nueva en construcción de dos viviendas: una en planta primera (por transformación del desván) y otra en planta segunda, seguida de división horizontal.
- 2) Donación de una vivienda a cada uno de los dos hijos.
- 3) Declaración de fin de obras de las viviendas por cada uno de los hijos propietarios.

De nuevo, la DG resuelve no admitir la exoneración del seguro decenal, distinguiendo también aquí entre los dos mismos actos independientes:



a) La ampliación de obra nueva.

La DG recuerda la doctrina contenida en la Resolución-Circular de 3 de diciembre de 2003, en la que se entendió que la exclusión de la exigencia del seguro que introdujo la Ley 53/2002, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, afecta a los casos de rehabilitación *strictu sensu*, incluyendo únicamente las obras de ampliación que no sean autónomas, sino simultáneas a una rehabilitación. En el presente caso, dice la DG, «la ampliación de la obra se ampara en una licencia concedida con fecha 25 de octubre de 2006, independiente de la obra inicialmente construida, cuyo objeto es autorizar la modificación y ampliación del proyecto inicial de la obra, sin que resulte de la documentación aportada referencia alguna a la rehabilitación del edificio. Esta doctrina ya fue aplicada al caso resuelto por la Resolución de 19 de julio de 2005, similar al ahora examinado (transformación del uso de una de las plantas para su destino a viviendas y construcción de una nueva planta adicional con el mismo destino), al amparo de una nueva licencia de obras».

Por tanto, la transformación de un local o un desván en vivienda no se engloba en el concepto de *rehabilitación* que no haría exigible el seguro.

La transformación de un local o un desván en vivienda no se engloba en el concepto de *rehabilitación* que no haría exigible el seguro

b) La declaración de fin de obras.

Aquí la DG estudia las mismas cuestiones que en la resolución anterior y llega a las mismas conclusiones, con las siguientes particularidades en relación a la posible aplicación de la excepción del «supuesto del autopromotor individual de una única vivienda unifamiliar para uso propio»:

- Es cierto que, en este caso, la declaración de finalización de la obra se hace de forma separada respecto de cada una de las dos viviendas por los respectivos titulares de las mismas. Así, en el apartado del OTORGAN del acta, se afirma que «cada uno de ellos (los otorgantes) deja totalmente termina-

da la construcción de sus respectivas entidades, referidas en el expositivo 1 de este instrumento, en los términos que resultan del proyecto para el cual se concedió la licencia», sin que formalmente pase la situación en momento alguno intermedio por la propia de una comunidad. En este sentido, vendría a suponer una situación similar a la de la denominada *comunidad valenciana*, pues, como afirmaron las resoluciones de este Centro Directivo de 3 de diciembre de 2003 y 9 de mayo de 2007, en el concepto de *autopromotor* para uso propio puede incluirse los supuestos de «comunidad valenciana cuando se construyan diversas viviendas por una pluralidad de propietarios, pero siendo dueños cada uno de ellos *ab initio* de su propia vivienda con carácter independiente, es decir, cuando existe autopromoción individual de sus respectivos elementos independientes». A partir de aquí, la DG reitera la doctrina de la resolución anterior, según la cual la asimilación del concepto de autopromotor individual al de comunidad valenciana para la construcción de edificios se admite únicamente cuando las circunstancias arquitectónicas de la promoción de viviendas lo permitan, siendo dueño cada uno de los promotores de su propia vivienda con carácter independiente.

- En el presente caso, sin embargo, no concurre esta independencia estructural de las dos viviendas, situadas respectivamente en las plantas primera y segunda del edificio e integradas en un mismo régimen de propiedad horizontal, del que precisamente son elementos comunes e inseparables: «el suelo, vuelo, cimentaciones y cubiertas; elementos estructurales y, entre ellos, los pilares, vigas, forjados y muros de carga; y las fachadas» (cfr. artículo 396 del Código civil), lo que imposibilita dicha asimilación. Precisamente esta inseparabilidad del conjunto de los elementos estructurales comunes de los edificios que arquitectónicamente hace interdependientes unos elementos privativos con otros es lo que justifica que, respecto de los edificios configurados en régimen de propiedad dividida horizontalmente, la normativa prevea que el otorgamiento del acta de finalización de la obra nueva, en caso de

no realizarse por el conjunto de todos los titulares registrales, corresponda al Presidente de la Junta de Propietarios (cfr. artículo 47, n.º 2c, del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio). Añádase la dificultad que representa para admitir *in casu* la concurrencia de la condición de *autopromotor* en los otorgantes el hecho de que el acta de finalización de la obra se otorga el mismo día en que aquellos adquieren el dominio de las respectivas viviendas, en virtud de donación hecha a su favor mediante escritura pública (cfr. artículo 633 del Código civil), a la vista de la definición legal que de la figura del promotor, como agente de la edificación, se contiene en el artículo 9, n.º 1, de la Ley de Ordenación de la Edificación.

Tampoco concurre en este caso el requisito objetivo de la exoneración de la obligación legal de constitución del seguro decenal, pues no estamos en presencia de una edificación integrada por una única vivienda unifamiliar, sino de un edificio plurifamiliar integrado, a parte de otro elemento privativo, por dos viviendas.

RDGRN de 11 de noviembre de 2010

Venta de una vivienda unifamiliar, declarada en su día para uso propio, sin acreditar ahora dicho uso ni la constitución del seguro decenal.

Viniendo la acreditación del uso propio impuesta como requisito para la venta ulterior de la vivienda en los supuestos de excepción a la obligatoriedad del seguro decenal a que se refiere la DA 2.ª de la Ley 38/1999, el único interés de esta Resolución radicaba en ver si para la DG tal acreditación por parte del vendedor requería de alguna forma especial. Al respecto, la Resolución habla de «prueba documental adecuada, ya sea a través de un acta de notoriedad, certificado de empadronamiento o cualquier otro medio de prueba equivalente admitido en Derecho».

RDGRN de 25 de marzo de 2011

Sobre un único solar, un matrimonio en régimen de gananciales declara un conjunto de edificación compuesto de



dos viviendas unifamiliares adosadas, que constituyen en régimen jurídico de propiedad horizontal, aun cuando, en posterior escritura de rectificación, se «condiciona suspensivamente» la constitución del régimen de propiedad horizontal al transcurso de diez años desde la fecha de recepción de las obras.

La Dirección General rechaza la aplicabilidad de la exención del autopromotor para uso propio, por cuanto no se trata de una única vivienda

La DG rechaza la aplicabilidad de la exención del autopromotor para uso propio, por cuanto no se trata de una única vivienda.

CONCLUSIONES

Primero. La DG considera inaplicable la excepción del autopromotor individual al

supuesto de construcción por copropietarios, que califica como un «acto colectivo» (artículo 398 del Código civil), en el cual el uso corresponde a todos los comuneros (artículo 394 del Código civil).

Son excepciones a lo anterior:

- 1) La llamada *comunidad valenciana*, cuyos requisitos no concurrirán, sin embargo, si no hay una independencia estructural de las viviendas; v. g. por estar situadas en plantas independientes e integradas en un mismo régimen de propiedad horizontal, del que precisamente son elementos comunes e inseparables «el suelo, vuelo, cimentaciones y cubiertas; elementos estructurales y, entre ellos, los pilares, vigas, forjados y muros de carga; y las fachadas» (cfr. artículo 396 del Código civil).

Por dicho motivo, se rechaza el recurso en la segunda Resolución. Por el contrario, en la primera sí habría esa independencia, al tratarse de dos viviendas aisladas en una misma parcela, y ello aun cuando se hubiere utilizado el régimen de la «propiedad horizontal tumbada».

Pero, al no haberse hecho así, la DG confirma la calificación negativa.

Cabe decir que esta interpretación restrictiva de la comunidad valenciana como supuesto de excepción encajable en lo legalmente previsto, si bien resulta ajustada a la Resolución-Circular de 3 de diciembre de 2003, no fue aplicada por la DG en la Resolución de 9 de mayo de 2007 (aunque en la que ahora comentamos se cite como argumento), resolución en la que admitió un caso de comunidad valenciana en división horizontal como exento de la obligación de constitución del seguro. Y lo hizo con cita expresa de la Resolución-Circular de 3 de diciembre de 2003, según la cual (decía en 2007 la DG) «no se excluían siempre y en todo caso supuestos de división horizontal en sentido vertical. También aquí puede existir comunidad valenciana cuando se construyan diversas viviendas por una pluralidad de propietarios, pero siendo dueños cada uno de ellos *ab initio* de su propia vivienda con carác-



ter independiente, es decir, cuando existe autopromoción individual de sus respectivos elementos independientes».

- 2) La existencia de un pacto de asignación de uso exclusivo de cada vivienda, sin necesidad de que haya propiedad horizontal con extinción de condominio. Es otra posibilidad que, en el supuesto de la primera Resolución, habría permitido la exoneración del seguro, de haberse pactado.

Por lo demás, decir que, en nuestra opinión, este concepto de *acto colectivo* en tanto que obstáculo a la aplicación de la excepción no puede entenderse de una manera literal, por cuanto ello implicaría no admitir dicha excepción en casos como el del matrimonio o la pareja a los que les pertenece por mitades, o el de la construcción o la ampliación de su vivienda familiar por un padre y sus dos hijos, lo que debería llevar a la necesidad de distinguir según las peculiaridades de cada caso.

Segundo. Al ser el «uso propio» un hecho futuro, en la declaración de obra nueva basta la mera manifestación del promotor en tal sentido. Sin embargo, la existencia de una licencia de obras para un edificio plurifamiliar, como es el caso de las dos primeras resoluciones, desvirtúa dicha manifestación e impide hablar, según la DG, tanto de una única vivienda unifamiliar como de uso propio. Hay que entender, respecto de dicho uso, que quedan a salvo los supuestos que acabamos de mencionar en el punto anterior; no sería el caso, sin embargo, de la última Resolución, en la que la licencia de obras no solo contradice claramente cualquier pretensión de configurar la construcción como una única vivienda, sino que también impide el uso propio, dado que, siendo dos viviendas, únicamente hay un autopromotor: el matrimonio otorgante.

Tercero. El seguro decenal es exigible en los «edificios mixtos» de oficinas-viviendas, incluso en casos como el de la segunda Resolución, en el cual, del total de ocho elementos independientes, solo dos se destinan a vivienda.

Cuarto. En caso de ampliación de obra nueva, no es exigible el seguro en los siguientes casos:

- 1) Cuando la ampliación es simultánea a una rehabilitación (Resolución-Circular de 3 de diciembre de 2003). Es necesario, sin embargo, repasar los términos de dicha Resolución-Circular: «La amplitud del concepto legal de *rehabilitación* induce a pensar que, pese a su literalidad, también están excluidos del seguro decenal los casos en que la actuación rehabilitadora va unida a obras de reforma, ampliación o modificación del edificio que se realizan simultáneamente y bajo la misma licencia urbanística de edificación (cfr. artículos 4.c y 5 del Real Decreto 2329/1983), **quedando solamente sujetas a la prestación de la garantía del seguro de daños materiales o de caución las obras de reforma, ampliación o modificación del edificio que, por no venir exigidas por su deterioro, puedan catalogarse de mejora del inmueble, es decir, las que no tengan su causa en el deber de conservación impuesto a los propietarios de los edificios** (artículo 16.1 de la Ley 38/99). Desde el punto de vista registral, al tratarse de una cuestión urbanística y técnica, el registrador habrá de atenerse a la calificación que a la obra concreta dé la licencia de edificación, también necesaria para este tipo de obras en las distintas normas urbanísticas autonómicas como lo estaba en el texto refundido de la Ley del Suelo de 1992, de manera que no será preciso acreditar la constitución del seguro decenal si la licencia testimoniada autoriza una rehabilitación del edificio, aunque, además, permita su reforma o modificación, total o parcial, o a la ampliación de su volumetría, y, por el contrario, debe exigirse la justificación del seguro decenal cuando la licencia de edificación se limite a autorizar una obra autónoma de reforma, ampliación o modificación del edificio, no simultánea a una rehabilitación. Los casos dudosos se podrán resolver mediante una certificación del arquitecto en la que conste que el proyecto se refiere a supuestos que la Ley de Ordenación de la Edificación establece como de rehabilitación y por medio de la licencia municipal, que debe indicar a qué tipo de obras se refiere». En este sentido, cabe recordar que la Resolución de 9 de abril de 2007 también exigió el seguro en

un supuesto de rehabilitación con ampliación consistente en levantar una nueva planta en el edificio, por entenderse que excedía del concepto de *rehabilitación* a los efectos vistos.

- 2) Cuando no afecta a la habitabilidad de las viviendas (porque se trata, por ejemplo, de ampliación de un local), aunque se realicen en edificios destinados también a viviendas (RDGRN de 17 de noviembre de 2007).

Quedan sujetas a la prestación de la garantía del seguro de daños materiales o de caución las obras de reforma, ampliación o modificación del edificio que, por no venir exigidas por su deterioro, puedan catalogarse de mejora del inmueble

Quinto. La transformación de un local o un desván en vivienda no se engloba en el concepto de *rehabilitación*, que no haría exigible el seguro. Por dicho motivo, ya apreciado en la RDGRN de 19 de julio de 2005, la DG rechaza ahora la aplicación de la excepción estudiada en el caso de la tercera Resolución comentada.

Sexto. La acreditación del «uso propio» al vender la vivienda unifamiliar sin haber constituido el seguro, y dentro de los diez años siguientes a su terminación, requiere «prueba documental adecuada, ya sea a través de un acta de notoriedad, certificado de empadronamiento o cualquier otro medio de prueba equivalente admitido en Derecho». Lo único que exige la DG, por tanto, es que se trate de prueba documental, por lo que la apreciación notarial que se base, por ejemplo, en la mera declaración de testigos deberá revestirse del juicio de notoriedad correspondiente, y plasmar este en acta independiente (como señala la DG) o bien, entiendo yo, en la propia escritura de transmisión. Por lo demás, considero que la práctica habitual de acreditación mediante recibos de pago de suministros (agua, luz, gas, teléfono, etc.) debería seguir siendo suficiente para la acreditación que la Ley exige, sin necesidad de la solemnidad y los efectos de la declaración de notoriedad.

Discriminación a los españoles hijos de emigrantes en el acceso a la nacionalidad española de origen

La interpretación errónea de la Disposición Adicional 7.ª de la Ley 52/2007, de memoria histórica

Es objetivo de este trabajo analizar y poner de relieve cuál es el contenido de la Disposición Adicional 7.ª de la Ley 52/2007, de memoria histórica, precepto que no ha de concebirse como limitativo o restrictivo, sino que, por el contrario, establece y prevé temporalmente un nuevo derecho a sus beneficiarios, que todavía son extranjeros, a optar por la condición de «español de origen» durante los tres años de la vigencia de la norma, es decir, hasta 2011 (pues la Ley entró en vigor en 2008 y se prorrogó por un año). Para ello, los optantes deben acreditar ser hijos de españoles originarios o ser nietos de españoles exiliados o emigrantes.

Dr. Eduard Sagarra Trias

Abogado, socio fundador de Roca Junyent. Profesor titular de Derecho Internacional en la UB y ESADE.

Presidente de la Asociación para las Naciones Unidas en España (ANUE)

1. Introducción

En determinados consulados españoles, especialmente en Iberoamérica, se están denegando las peticiones de españoles hijos o descendientes de emigrantes para reconvertir su nacionalidad española «normal y sin epítetos» a la «**nacionalidad de origen**». Estos nuevos españoles por adquisición derivativa habían obtenido, por opción, la nacionalidad española con anterioridad a la reforma del Código civil operada en el año 2002 (Ley 36/2002), o incluso por residencia, adopción (a los menores de





dieciocho años) u otra forma derivativa legalmente prevista. Como es sabido, este es un estatus, hoy privilegiado, del que gozan determinados españoles en y fuera de España. Este derecho «expectante» a obtener la condición de «**españoles de origen**» lo ha concedido (con plazo de caducidad de dos años a partir 2008, prorrogado hasta 2011) la Disposición Adicional 7.^a de la Ley 52/2007, comúnmente denominada Ley de Memoria Histórica⁽¹⁾. Dicha disposición quería dar cumplimiento a lo prevenido en la Disposición Adicional 2.^a de la Ley 40/2006, de 14 de diciembre, del estatuto de la ciudadanía española en el exterior⁽²⁾.

Hemos tenido conocimiento directo de que determinados encargados de registros civiles consulares han dictado resoluciones discriminatorias que carecen de lógica dentro de la actual legislación española, en su conjunto, en materia de nacionalidad. A su vez, crean gran incertidumbre, angustia e inseguridad jurídica a sus potenciales beneficiarios (que, no lo olvidemos, son ya españoles desde hace años) y, en definitiva, les provocan innecesariamente una clara **indefensión de facto**, mientras la Dirección General de los Registros y del Notariado o el Tribunal Supremo no lo enmienden en el futuro de forma clara y no individualizada con la norma, instrucción o circular de carácter general que proceda, evitando la atomización de recursos.

A estos españoles (que residen, normalmente, en el extranjero), si hoy quieren que se les reconozca su estatus constitucional de «**españoles de origen**», se les obliga (a nuestro entender, innecesariamente), con resoluciones consulares denegatorias poco fundadas, a atravesar el siguiente «calvario»:

- a) Discutir con los funcionarios consulares, cónsules de carrera u honorarios sobre su derecho expectante a ser «españoles de origen».
- b) Estudiar ellos mismos la enmarañada legislación sucesiva históricamente promulgada en materia de nacionalidad española. Advertimos que no es fácil ni aun para expertos.
- c) Asesorarse con abogados españoles y extranjeros sobre el camino a seguir ante el Registro Civil o el Consular.
- d) Redactar, fundamentar e interponer los recursos administrativos o, en su caso, contenciosos administrativos contra las

resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en defensa de su legítimo derecho: buscando antecedentes familiares, a veces remotos, en registros españoles o, subsidiariamente, en los archivos parroquiales donde constan bodas y bautismos de sus feligreses.

- e) Satisfacer honorarios a profesionales especialistas (las copias y certificados registrales son gratuitos por Ley) de sus padres o abuelos originariamente españoles.
- f) Que el recurso sea admitido y el consulado, por valija diplomática o correo, lo remita a Madrid, a la Dirección General de los Registros y del Notariado, para que resuelva en primera instancia.
- g) Que una Dirección General de los Registros y del Notariado colapsada con miles de expedientes de todo el mundo y los propios de España⁽³⁾ resuelva dicho recurso, cuando pueda y como pueda. Entre tanto, este compás de espera les causa un irrecuperable perjuicio no solo a ellos, sino también a sus descendientes.
- h) Que se conozcan directamente (por notificación) o mediante la publicación de la Resolución en los boletines correspondientes (en estos momentos, en 2011, llevan más de un año de retraso, y se vislumbra que serán más).
- i) Que se notifique la Resolución (positiva o negativa), en estos casos, al consulado de procedencia por vía diplomática.
- j) Que el consulado notifique la Resolución al interesado reseñando los recursos que en su caso procedan.
- k) Que, de ser positiva la respuesta, se inscriba por nota marginal en la inscripción de nacimiento del interesado en España o en el Registro Central o el Consular donde ya estuviera inscrito.
- l) Que se expida la certificación literal de nacimiento para que este nuevo estatus («**español de origen**») tenga eficacia frente a la Administración, Dirección General de Policía, embajadas, consulados, Unión Europea, etc. No olvidemos que, además de ser nacional español, tiene la condición (privilegiada) de ser ciudadano de la Unión Europea.

En plena era de la informática y de la telemática, de la celeridad en todos los ámbitos, acceso a bases de datos, facilidad de consulta, etc., este es el **camino tortuoso, inseguro e innecesario** que se ofrece al ya español beneficiario que, además de ser titular del derecho, está plenamente legitimado a pedirlo. No parece que la situación sea de recibo, ni obedezca a la voluntad del Legislador, ni lo merezca la ciudadanía española en el siglo ^{XXI}⁽⁴⁾.

Hemos tenido conocimiento
directo de que determinados
encargados de registros civiles
consulares han dictado resoluciones
discriminatorias y que carecen de
lógica dentro de la actual legislación
española, en su conjunto, en materia
de nacionalidad

La vía normal que modestamente sugerimos debiera seguirse es tan simple como la siguiente:

a) El consulado aconseja, a la vista de los documentos, el ejercicio del derecho a solicitar la «**nacionalidad de origen**», el trámite a seguir, hacer firmar la solicitud y extender el acta de adquisición de la nacionalidad española de origen por opción, por parte del encargado del Registro Civil consular.

b) El encargado competente para la calificación, en aplicación e interpretación analógica (artículo 4 del Código civil) del «espíritu de la Ley» y del contenido de la Ley de Memoria Histórica, y a la vista de la Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 4 de noviembre de 2008 o de resoluciones posteriores (como la de 23 de marzo de 2010), acuerda, sin más, la práctica de nueva inscripción marginal correspondiente a la adquisición de la «**nacionalidad española de origen**» al margen de la inscripción.

c) Proceder a extender, a continuación, la inscripción marginal de adquisición de la «**nacionalidad española de origen**» por opción al margen de la inscripción principal del nacimiento del ejerciente del derecho de opción.

O, aún más simple, económico y fácil: que la Dirección General de los Registros y



del Notariado, atendido el «olvido o error», que creemos involuntario, y acorde con una Resolución de 2010 (no publicada), dicte una circular general y obligatoria, o, como mínimo, una circular (comunicada con urgencia a los encargados del Registro Civil y, en especial, a los consulados españoles) que resuelva de modo inequívoco la confusión interpretativa (o laguna legal) producida por la redacción del n.º 3 de la Instrucción de 4 de noviembre de 2008, **reflejándose, de modo expreso en la misma, que están dentro de los supuestos incluidos en el derecho a obtener la «nacionalidad de origen» quienes, ya nacionalizados españoles, se encuentran en idénticas circunstancias al supuesto de la Resolución de 23 de marzo de 2010, así como todos aquellos ciudadanos que hayan adquirido previamente la nacionalidad española, no de origen, mediante cualquier otra forma derivativa, a tenor de la legislación entonces vigente. A modo de ejemplo, en aplicación de la Ley 18/90 (Disposición Transitoria 2.ª) o de la Ley 29/1995, de 2 de noviembre (Disposición Transitoria 1.ª)**⁽⁵⁾.

No solo nos parece injusto seguir el primer camino (e incluso el segundo), sino que está totalmente reñido con lo que ha de ser una Administración ágil, buena gestora, resolutoria de problemas, eficaz, eficiente, económica y al servicio del ciudadano⁽⁶⁾. En definitiva, con lo que entendemos que debe ser la Administración pública de un estado moderno europeo del siglo XXI.

No parece que la situación descrita sea de recibo, ni obedezca a la voluntad del Legislador, ni lo merezca la ciudadanía española en el siglo XXI

Estamos convencidos que no era este el resultado que pretendía el Legislador con la promulgación de la Ley de la Memoria Histórica de 2007, y menos aún con su Disposición Adicional 7.ª, que supone una ampliación substancial e importante del ámbito subjetivo que concede (en relación a la legislación anterior, artículo 20.1.b del Código civil), y no, por el contrario, algo excluyente, sino inclusivo, para evitar desigualdades entre españoles no originarios, es decir, derivativos.

El derecho a la adquisición de la nacionalidad **«española de origen»** ampliado en la Ley 52/2007 se ve «aparentemente» restringido y limitado por una instrucción de inferior rango jerárquico: la Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 4 de noviembre de 2008. Esta situación contradice el principio de *legalidad* y de *jerarquía normativa* y es contraria al principio general de nuestro ordenamiento jurídico *ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*. La Disposición Adicional 7.ª, de constante referencia, no lo limita, como pretende interpretar la Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado, ni expresa ni tácitamente.

2. Supuesto de hecho muy común entre los hijos de españoles emigrados o exiliados que obtuvieron la nacionalidad española por opción antes del año 2002, por ser hijos de originariamente españoles

El problema que planteamos, lejos de ser hipotético o de laboratorio, es muy común. Se plantea a quienes, siendo ya españoles por ser hijos de padre o madre emigrante, cualquiera de ellos originariamente español, nacido en España y que habían perdido dicha nacionalidad española por cualquier causa, y, consecuentemente, no lo eran en el momento de nacer el hijo ahora optante, solicitan, al amparo de la nueva legislación (Disposición Adicional 7.ª de la Ley 52/2007), la reconversión u opción (ya que son españoles) a devenir **«español de origen»**.

Sus progenitores cuasi seguro habían perdido la nacionalidad española (voluntaria o involuntariamente) por su condición de españoles emigrantes de carácter económico o asilados políticos, adquiriendo voluntariamente la nacionalidad del país de acogida, con la finalidad muy justificable de poder trabajar en iguales condiciones que los ciudadanos de aquel país.

También se ha planteado esta situación anómala a aquellos que, siendo hijos de descendientes españoles originarios, hubiesen adquirido la nacionalidad española por residencia en España reducida de un año, durante el período comprendido entre los años 2002 y 2008⁽⁷⁾.

Distintas han sido las modificaciones del Código civil que han tenido lugar an-

tes y después de la Constitución de 1978, debiendo destacarse las que permitieron a estas personas la opción o el acceso a la nacionalidad española no de origen, por adquisición derivativa, a través de las disposiciones transitorias o adicionales de dichas leyes modificativas (los plazos a los que se condicionó el ejercicio de la opción están hoy en día totalmente extinguidos). Ello permitió que sus beneficiarios, descendientes de españoles originarios, obtuvieran la nacionalidad española no solo por opción, sino también por residencia con plazo temporal privilegiado.

Aquellos «nuevos españoles», al optar o adquirir la nacionalidad, no eran, obviamente, españoles **«originarios»** (concepto temporal o cronológico), pues tenían con anterioridad, por filiación o por lugar de nacimiento, atribuida otra nacionalidad, o bien carecían de ella y eran apátridas. Es evidente que al adquirir la nacionalidad española por opción no estaba legalmente previsto que obtuvieran a su vez la consideración de **«origen»**, que es un estatus legal característico y específico. Los nuevos españoles simplemente eran españoles derivativos, **«ni originarios ni de origen»**, pues el Código civil no lo contemplaba. Categoría que queda reservada a quienes ahora opten a ella, solo hasta 2011, y estén comprendidos en la Disposición Adicional 7.ª de la Ley 52/2007, interpretada por la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 4 de noviembre de 2008.

Es a estos españoles que adquirieron su nueva nacionalidad por **«vía derivativa»** antes del 2002 a quienes afecta de pleno el problema que denunciamos y estudiamos en este trabajo: la dificultad o imposibilidad de acceder a ser **«españoles de origen»** si no es mediante la interposición de un recurso administrativo o jurisdiccional, a menos que se dicte urgentemente una circular de la Dirección General de los Registros y del Notariado, que es la vía o medio más idóneo, fácil y barato que propugnamos.

La causa del problema no es otra (así lo reiteramos) que el olvido del Legislador enturbiado, innecesariamente, por el intérprete auténtico de aquella norma, la Dirección General de los Registros y del Notariado, que omitió acoger aquellas situaciones previas a 2002 en la equívoca Instrucción de 4 de noviembre de 2008.

Dicha Instrucción, por un lado, amplió el ámbito subjetivo de sus beneficiarios



(quienes se habían acogido al derecho de opción del artículo 20.1.b del Código civil), pero sin razón aparente lo restringe, por omisión, a quienes (con idénticos o superiores antecedentes o circunstancias familiares) tenían un derecho idéntico, al haber obtenido la nacionalidad española. Todo ello con independencia de la vía a través de la que llegaron a ser españoles, o, incluso, adquirida por vía de la recuperación (en especial, mujeres casadas con extranjeros), y que accedieron a su nueva nacionalidad española antes de la entrada en vigor de la Ley de Memoria Histórica o anteriormente a se aplicara la modificación del Código civil del año 2002⁽⁸⁾.

No es admisible esta discriminación en congruencia con el artículo 14 de la Constitución, del derecho fundamental de la igualdad de los españoles ante la ley.

La interpretación gramatical estricta de la Ley de 2007 y de la Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 4 de noviembre 2008 que la desarrolla limita a estos españoles injustificadamente el derecho a obtener el estatus de «español de origen», como, de hecho, está ocurriendo en determinados registros consulares, en calificaciones no favorables, insuficiente o nulamente argumentadas por la autoridad que las dicta.

La condición de «español de origen» no es meramente semántica, sino que es una categoría y un privilegio de la ciudadanía a partir de la Constitución de 1978 que figura claramente establecida en el artículo 11 de la Carta Magna. Por lo tanto, es un derecho muy importante para cualquier español, engrandecido, si cabe, en el complejo mundo actual globalizado, donde pertenecer a un estado del primer mundo (español y europeo) es como jugar, en terminología futbolística, en la Champions League.

A la mayoría de estos ya españoles descendientes a su vez de españoles (y mayoritariamente residentes en Iberoamérica), que originariamente no eran españoles pero que ahora, tras su opción, sí lo son, muy frecuentemente se les añade el derecho a ostentar una *doble nacionalidad*, legal o convencional, en aplicación de un tratado internacional ratificado por España, o bien por la aplicación directa de la Constitución española (artículo 11.3) o del Código civil (artículo 24).

3. Aclarando conceptos: nacionalidad «de origen» y nacionalidad originaria

Aunque muchas veces se confunden (principalmente, a causa de que el Legislador o la jurisprudencia nos llevan a caer en dicho error), lo cierto es que «nacionalidad de origen» y «nacionalidad originaria» son dos conceptos distintos que son utilizados en la Constitución, en el Código civil, en leyes orgánicas u ordinarias y en una multitud de tratados internacionales en vigor en España. Para complicarlo un poco más, a veces, la propia ley o normas de rango jerárquicamente inferior utilizan los términos como «nacional originariamente español» o «de origen español»⁽⁹⁾.

Como ya hemos señalado, el artículo 14 de la Constitución española de 1978 consagra el principio de que todos los españoles son iguales ante la ley; no obstante, la propia Constitución hace una clara diferenciación, en el artículo 11, entre los «españoles de origen» y los españoles que no son de origen⁽¹⁰⁾.

a) Distinción legislativa clara y consecuencias de la distinta categoría de «españoles de origen» y «españoles originarios»

El concepto «español de origen» es un concepto jurídico-legal nuevo que se estableció (como hemos señalado anteriormente) en los artículos 11.2 y 11.3 de la Constitución española de 1978. A partir de su inclusión en la Carta Magna, se realiza, constitucionalmente, una clara diferenciación entre ambas categorías. Por tanto, nos hallamos ante dos tipos o variantes de quienes son y ostentan, en un momento determinado, la nacionalidad española. Entre otros privilegios, tiene una capital importancia, para el «español de origen», no poder perder la nacionalidad por sanción.

La aparición de esta dualidad o categorías entre españoles, a partir de 1978, y en aplicación del principio constitucional del artículo 14, obliga al Legislador y también al intérprete auténtico (Dirección General de los Registros y del Notariado) a tenerlo muy presente en cuantas normas, instrucciones y circulares se promulguen sobre las posibilidades de conceder el derecho, o la expectativa, a optar por la nacionalidad española. En este mismo sentido, deberá ser orientada la actuación de la Administra-

ción española, en su conjunto, para hacer posible que los optantes tengan igualdad de condiciones y derechos a los demás españoles originarios, es decir, que puedan llegar a ser «españoles de origen».

Es a los españoles que adquirieron su nueva nacionalidad por «vía derivativa» antes del 2002 a quienes afecta de pleno el problema que denunciamos: la dificultad o imposibilidad de acceder a ser «españoles de origen» si no es mediante la interposición de un recurso administrativo o jurisdiccional

A partir de estos dos estatus entre españoles, las modificaciones postconstitucionales que se han sucedido desde 1978 en el Código civil (artículos 17 a 28) han ido introduciendo y dotando de contenido esta doble condición de españoles. Ser «originario» o «español originario» es una característica que denota un elemento exclusivamente temporal, y significa que la nacionalidad española se le atribuye al individuo *ex lege* desde su nacimiento. Atribución que será, por *ius soli*, o bien por filiación (incluyéndose los adoptados menores de edad). Este carácter de temporalidad no prejuzga que el originariamente español pueda haberla perdido o pueda conservarla a pesar de haber adquirido posteriormente una o distintas nacionalidades, por vía convencional o *de facto*.

Por el contrario, la condición o estatus de «español de origen» es una categoría jurídica de la que gozan determinados españoles (en principio, todos los originarios, es decir, aquellos a quienes se les ha atribuido la nacionalidad española desde su nacimiento; artículo 17 del Código civil). Sin embargo, también pueden obtener este estatus «de origen» personas que la adquirieron posteriormente a su nacimiento y que, obvia y previamente, ostentaban originariamente otra nacionalidad o eran apátridas, es decir, que no eran españolas inicialmente.

En síntesis, no solo ostentan la cualidad de «españoles de origen» quienes se les haya atribuido la nacionalidad española por nacimiento o filiación, sino también otros



supuestos en los que el Código civil contempla su concesión o estatus al adquirir, de forma derivativa, la nacionalidad española, por opción o incluso residencia. Y, por último, los adquirentes de la nacionalidad por opción en virtud de la Disposición Adicional 7.ª de la Ley de Memoria Histórica, así como quienes optaron por la Disposición Transitoria 2.ª de la Ley 18/90.

Confirmando nuestra posición argumental, se pronuncia la Dirección General de los Registros y del Notariado en la reciente Resolución que nos parece capital en este tema⁽¹¹⁾:

«A estos efectos, hay que recordar que el artículo 11 de la Constitución, en sus apartados 2 y 3, da un cierto trato de favor a la nacionalidad española de origen, lo que ha motivado que tanto el Legislador de 1982 como el de 1990 se hayan preocupado de determinado caso por caso, cuando la nacionalidad española es de origen, señalándose incluso algunas hipótesis en las que una nacionalidad española adquirida después del nacimiento se la considera de origen por decisión legal (cfr. artículos 17.2 y 19 y la Disposición Transitoria 2.ª de la Ley de 1990). **La nacionalidad española de origen constituye, pues, hoy una categoría legal que justifica en todo caso un régimen privilegiado respecto de otras nacionalidades españolas adquiridas (cfr. artículos 24.2 y 25 del Código civil).**» (La negrita es nuestra.)

b) Derechos y beneficios de ostentar el estatus de nacional «de origen»

Tanto la Constitución como el Código civil establecen un estatus de «ciudadanía» o «nacionalidad española» privilegiada para quienes tengan la **«nacionalidad española de origen»**. Se conceden a sus titulares (españoles originarios o derivativos pero con el estatus de **«españoles de origen»**), entre otros, los siguientes derechos:

- No pueden perder la nacionalidad española por sanción (artículo 11.2 de la Constitución).
- Podrán gozar de doble o triple nacionalidad por vía legal o convencional, en especial, acogidos a los tratados concluidos con los países de la comunidad iberoamericana o por ser nacionales con los que España ha tenido una relación histórica: Andorra, Portugal,

Guinea Ecuatorial o Filipinas (artículos 11.3 de la Constitución y 24.1 del Código civil).

- No perderán la nacionalidad española por haber utilizado otra nacionalidad voluntariamente o por estar al servicio de armas o ejercer un cargo público extranjero, aun contra la prohibición expresa del Gobierno español (artículos 25.a y 25.b del Código civil).
- Podrán acogerse a determinados convenios de doble nacionalidad que exigen que el nacional lo sea «de origen» o de nacimiento.
- Derechos de «extranjería privilegiada» para sus hijos y descendientes reconocidos en la Ley Orgánica de Extranjería vigente (la última modificación es de 2009)⁽¹²⁾ y en disposiciones que la desarrollan; por ejemplo, el artículo 2.1.c de la Ley 40/2006, el artículo 45.2.c del Real Decreto 2394/2004, etc. Una última norma que concede dichos beneficios a los descendientes es la reciente Orden Ministerial TIN/3364, de 28 de diciembre de 2010 (BOE de 30 de diciembre de 2010), por la que se regula la gestión colectiva de contrataciones en origen.
- En la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 1 de julio de 1994 se declara este carácter privilegiado de la **«nacionalidad de origen»** como una categoría legal específica, como veremos en la Resolución de 23 de marzo de 2010⁽¹³⁾.

Cabe afirmar, aunque parezca contradictorio, que mientras todos los «españoles originarios» lo son de «de origen», no todos los españoles «de origen» son «originarios»

La Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 1 de julio de 1994 declara el carácter «privilegiado» del estatus **«nacionalidad de origen»**:

«Segundo:

»(...) **La nacionalidad española de origen constituye, pues, hoy una categoría legal que justifica en todo caso un régimen privilegiado respecto**

a otras nacionalidades españolas adquiridas (...)»⁽¹⁴⁾.

4. Evolución legislativa postconstitucional del derecho de opción que faculta a sus beneficiarios a obtener la condición de «españoles de origen»

Sería objeto de otro amplio trabajo estudiar qué casos de opción de la nacionalidad española producidos con anterioridad a la Ley de Memoria Histórica facultarían a sus beneficiarios a ser **«españoles de origen»**. Por ello, nos ceñiremos ahora únicamente a los casos en que se trate de hijos de padre o madre originariamente español, nacido o no en España (emigrante o exiliado)⁽¹⁵⁾.

a) Igualdad entre filiación biológica y filiación legal

En el Código civil se introdujo una importante modificación en materia de nacionalidad con el objeto de conseguir la igualdad entre la filiación biológica y la filiación legal, en especial, en lo que se refiere a la obtención de la nacionalidad de **«origen»** a sus beneficiarios. Así, se prevé en el Código civil que, a pesar de no ser originariamente españoles, también tendrán la condición **«españoles de origen»**:

— Quienes sean mayores de dieciocho años y opten por la nacionalidad española dentro de los dos años siguientes, una vez que se determine su filiación o nacimiento en España (artículo 17.2 del Código civil). Es decir, que originariamente tenían otra nacionalidad pero que, a raíz de haberse investigado y descubierto la filiación de sus progenitores españoles o determinado su lugar de nacimiento, son personas que, aun siendo originariamente extranjeros o apátridas, serán (tras ejercitar su derecho de opción) **«españoles de origen»**.

- Los extranjeros menores de dieciocho años adoptados por un español (artículo 19.1 del Código civil), que adquieran automáticamente la nacionalidad española con la consideración de **«español de origen»** por imperio de la ley.
- Los mayores de dieciocho años adoptados por españoles, que pueden optar a la nacionalidad española **«de origen»** durante los dos años siguientes a partir de la fecha de constituirse la adopción (artículo 19.2 del Código civil). Obsér-



vese que en este supuesto se requiere, además de un acto jurídico (la adopción por español o española), un acto volitivo expreso y declarado por el interesado ante el encargado del Registro Civil: el ejercicio del derecho de adquisición de la nacionalidad española por opción.

b) Otras modificaciones legislativas recientes sobre el derecho de opción a la nacionalidad por filiación o como descendiente de originariamente español

- De forma temporal, se concedió el derecho de opción a los hijos cuyo padre hubiere sido «español originario» nacido en España. Así se recogió en la Disposición Transitoria 1.ª de la Ley 29/1995 (BOE de 4 de noviembre de 1995) y, previamente, en las disposiciones transitorias 2.ª y 3.ª de la Ley 18/1990. No se preveía, sin embargo, en estas disposiciones la posibilidad de reconversión de la nacionalidad al estatus constitucional de «**españoles de origen**» por parte de personas que ya hubiesen adquirido la nacionalidad española «**no de origen**».

Este es el supuesto que ahora se plantea en numerosos casos y, mayoritariamente, en muchos registros civiles consulares en los que, a la vista de una aplicación restrictiva de la Ley 52/2007 y debido a la Instrucción limitativa de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 4 de noviembre de 2008 (jerárquicamente, de rango inferior), conduzcan a la situación denunciada en este trabajo. Este supuesto, no resuelto dada la laguna existente en la citada Instrucción, contribuye a un potencial colapso administrativo en los consulados y en la propia Dirección General de los Registros y del Notariado, órgano registral de segunda y última instancia en vía administrativa.

- En el año 2002, el Legislador, con la finalidad de unificar las desigualdades generadas por las sucesivas y precedentes modificaciones parciales del Código civil, y por la concesión temporal de derechos a optar que tuvo lugar mediante las disposiciones transitorias anteriormente citadas, quiso unificar criterios y se presentaron a tal efecto numerosas proposiciones de ley por los distintos grupos parlamentarios. El derecho sucesivo, en ocasiones, se en-

cabalgaba, y ello situaba a sus beneficiarios en una incómoda **inseguridad jurídica**, a la par que provocaba cierta dificultad interpretativa a los encargados de los registros competentes para las calificaciones de las actas de adquisición, lo que generó una **disparidad de acuerdos calificadores ante idénticos supuestos de hecho**. A ello contribuye el hecho constatado de que, salvo aquellas privilegiadas capitales de provincia que por su población disfrutaban de la figura de un Juez encargado exclusivo del Registro Civil, en el resto de las localidades y en los registros consulares, el encargado simultanea sus funciones del Registro Civil con otras de la más diversa índole, de tipo penal, civil y administrativa, lo que lógicamente puede incidir en una falta de especialización técnica-jurídica en materia registral.

La unificación de criterios a la que hemos hecho alusión fue llevada a cabo mediante la publicación de la Ley 36/2002, de 8 de octubre, que modificó sustancialmente la regulación de la nacionalidad española, creando, en el artículo 20 del Código civil, un nuevo apartado b y añadiendo un nuevo ordinal 3.º, ampliándose generosamente el ámbito subjetivo de aquellos que podían adquirir la nacionalidad española por opción:

«Artículo 20.1. Tienen derecho a optar por la nacionalidad española:

»b) Aquellos cuyo padre o madre hubiere sido originariamente español y nacido en España.

(...)

»3.—El ejercicio del derecho de opción previsto en el apartado 1.b de este artículo no estará sujeto a límite alguno de edad.»

Debe destacarse que este nuevo artículo 20.1.b contempla un supuesto idéntico al que temporalmente se concedió y contemplaba la Disposición Transitoria 5.ª 1.ª de la Ley 29/1995: «*Las personas cuyo padre o madre hubiese sido originariamente español y nacido en España*». Sin embargo, este derecho, como ya apuntamos en virtud de la citada Disposición Transitoria, estuvo sujeto a su ejercicio durante un plazo de vigencia que finalizó el 7 de enero de 1997⁽¹⁶⁾.

La gran novedad operada por la Ley 36/2002, en relación con la regulación anterior citada, consiste en que la opción ejercida al amparo del nuevo artículo 20.1.b del código Civil es un derecho que no caduca, pudiendo ejercitarse en cualquier momento de la vida del beneficiario. Así se prevé en el nuevo artículo 20.3 del Código civil, anteriormente transcrito⁽¹⁷⁾.

La gran novedad operada por la Ley 36/2002, en relación con la regulación anterior citada, consiste en que la opción ejercida al amparo del nuevo artículo 20.1.b del Código civil es un derecho que no caduca, pudiendo ejercitarse en cualquier momento de la vida del beneficiario

Sin embargo (**y este es el nudo gordiano del problema que planteamos en este trabajo**), es preciso destacar que la adquisición de la nacionalidad española por opción o residencia, en cualquiera de los supuestos contemplados en el Código civil, no supone *ex lege* la obtención de la condición de «**español de origen**» a sus beneficiarios. Dicha posibilidad no llegará hasta seis años más tarde, tras la modificación operada por la Ley 36/2002, y tuvo lugar con motivo no de una nueva modificación del Código civil, sino con la entrada en vigor, en 2008, de la Disposición Adicional 7.ª de la Ley de Memoria Histórica (Ley 52/2007), cuyo derecho de opción, también temporal, está aún vigente en el momento de redactarse este artículo, y lo estará por haberse ampliado su vigencia hasta diciembre de 2011⁽¹⁸⁾.

Con hacer solo un ligero repaso de la legislación operada en la regulación de la nacionalidad española desde el 15 de julio de 1954 hasta el año 2011, nos percatamos de la multiplicidad de normas que se han ido sucediendo (de ejercicio temporal o vigencia permanente), algunas de las cuales ya no son de aplicación. Ahora bien, quienes optaron por la nacionalidad (en su momento) tenían y tienen una igualdad de circunstancias familiares y personales que los que lo ejerciten a partir de la Ley de Memoria Histórica, e incluso por



cualquier otra vía en el ejercicio del derecho de opción, conservación y recuperación de la nacionalidad española⁽¹⁹⁾.

- Adicionalmente, la Ley de la Memoria Histórica, en su Disposición Adicional 7.ª, amplía el ámbito subjetivo al derecho de opción a la nacionalidad española la «**de origen**» a los descendientes de españoles emigrantes y de exiliados⁽²⁰⁾.

Disposición Adicional 7.ª:

«1.—Las personas cuyo padre o madre hubiese sido originariamente español podrán optar a la nacionalidad española de origen si formalizan su declaración en el plazo de dos años desde la entrada en vigor de la presente Disposición Adicional. Dicho plazo podrá ser prorrogado por acuerdo del Consejo de Ministros hasta el límite de un año.

»2.—Este derecho también se reconocerá a los nietos de quienes perdieron o tuvieron que renunciar a la nacionalidad española como consecuencia del exilio.»

La gran novedad legislativa que supone la aplicación de esta Disposición Adicional 7.ª es que sus beneficiarios obtendrán, a través del ejercicio de la opción (ahora sí), la condición privilegiada de «**españoles de origen**».

La actual regulación de la adquisición de la nacionalidad española «de origen», operada por la Ley de Memoria Histórica y, en particular, por la Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 4 de noviembre de 2008, carece de lógica legislativa y sus resultados atentan con el principio de no discriminación e igualdad de los españoles ante la ley consagrado en el artículo 14 de la Constitución española

Es a partir del nacimiento del derecho expectante de acceso al estatus privilegiado de «**español de origen**» cuando se ha planteado una clara discriminación, injusticia y desigualdad con los españoles que, cumpliendo los mismos requisitos (ahora exigidos para este acceso), ya habían adquirido

la nacionalidad española con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 52/2007, por cualquiera de las vías que posibilitan la adquisición derivativa.

La situación de discriminación que señalamos viene acrecentada si consideramos que se concede a sus beneficiarios un «mejor derecho» (**el estatus de «español de origen»**), aunque sus progenitores puedan tener menos puntos de conexión o antecedentes con España. Los padres de los beneficiarios de este nuevo derecho de opción no es necesario que hubieren sido españoles (es el caso de los nietos de exiliados) o, siendo originariamente españoles, no necesitaban haber nacido en España (los hijos de emigrantes). Este último es el supuesto que estaba tipificado hasta ahora en el artículo 20.1.b del Código civil y que concede la opción a sus beneficiarios a serlo «**de origen**» gracias a la interpretación que hace la Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 4 de noviembre de 2008.

En el análisis de lo expuesto se da una paradoja absurda: el descendiente de padres originariamente españoles, nacido cualquier de ellos en España (recordemos que son las condiciones que permiten al interesado al acceso a la nacionalidad española «**de origen**»), si en lugar de haber adquirido la nacionalidad española «**no de origen**» (al amparo de cualquiera de las vías permitidas por legislación anterior al año 2002), se hubiera esperado hasta el día de hoy, ejercitando ahora su derecho, podría acceder, **en este caso y ahora sí**, al estatus privilegiado de la nacionalidad española «**de origen**». El mejor derecho citado podría ser accedido por el beneficiario por una vía insólita, incluso no deseable: **la renuncia a la nacionalidad española, si cumple los requisitos del artículo 24.2 del Código civil**⁽²¹⁾.

¡Es muy sorpresivo e inconcebible!

De lo expuesto cabe concluir que la actual regulación de la adquisición de la nacionalidad española «**de origen**», operada por la Disposición Adicional 7.ª de la Ley 52/2007, de memoria histórica, y, en particular, por la Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 4 de noviembre de 2008, carece de lógica legislativa y sus resultados atentan, de nuevo y claramente, con el principio de no discriminación e igualdad de los españoles

ante la ley consagrado en el artículo 14 de la Constitución española.

5. Dificultades que presenta en la práctica la aplicación e interpretación de la Disposición Adicional 7.ª de la Ley 52/2007 causadas por la Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 4 de noviembre de 2008, que establece el cuerpo de la doctrina que, restrictivamente, delimita quiénes pueden reconvertir y quiénes no en su criterio III (conversión de una nacionalidad española derivativa o «no de origen» en nacionalidad «de origen»)

Ante las dificultades hermenéuticas que suscitó la aplicación de la Disposición Adicional 7.ª de la Ley 52/2007 desde su publicación, el Centro Directivo de la Dirección General de los Registros y del Notariado se propuso aclarar a sus beneficiarios el exacto ámbito subjetivo de la misma. A partir de aquí se complica (innecesariamente) la situación de muchos ya españoles que desearían y podrían ser «**españoles de origen**», y se les veda este derecho, en especial, cuando ha de ser ejercido en determinados registros consulares sitos en América del Sur

No debemos olvidar que la *ratio legis* de la Ley de Memoria Histórica, muy especialmente de su Disposición Transitoria 7.ª, era y es favorecer el acceso a ser españoles a quienes no podían acogerse hasta entonces al artículo 20.1.b, aun siendo descendientes de españoles originarios.

Dicha afirmación resulta lógica y es acorde con la voluntad del Legislador para solucionar y enmendar agravios comparativos históricos producidos a los descendientes de emigrantes españoles y de exiliados que habían perdido la nacionalidad española por cualquier causa.

La diferencia sustancial entre quienes se acojan al ofrecimiento contenido en la Disposición Adicional 7.ª y quienes, con las mismas circunstancias, ya habían adquirido la nacionalidad española «**no de origen**» por cualquier vía será y es de nuevo la posibilidad de acceder al estatus privilegiado de ser «**nacional de origen**».

La repetida Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado de



4 de noviembre de 2008 que interpretó y desarrolló la Disposición Adicional 7.^a de la Ley 52/2007, matizando en parte su ámbito de aplicación, pretendió evitar, entre otros fines, la diferencia expuesta, en concreto en el criterio III. Sin embargo, esta Instrucción solo cita un único supuesto de los posibles para aquellos potenciales beneficiarios que, cumpliendo los requisitos exigidos por la Ley 52/2007, ya son españoles «**no de origen**» por adquisición derivativa, esto es, aquellos que la obtuvieron por la vía del artículo 20.1.b del Código civil. Esta **omisión** ha provocado una aparente exclusión del resto de los supuestos: por residencia, opción o cualquier otro supuesto.

Donde la ley no distingue, reiteramos, el intérprete no puede distinguir ni mucho menos limitar un derecho subjetivo

El criterio III señala que:

«III.—Supuesto especial: opción a la nacionalidad española de origen por españoles no de origen.

»Se debe entender que los hijos de padre o madre español de origen y nacido en España que hubieran hecho uso de la opción que reconoce el artículo 20.1.b del Código civil (y adquirido así la condición de españoles no de origen) concurre título suficiente para acogerse al apartado 1 de la Disposición Adicional 7.^a y obtener de este modo la cualidad de español de origen⁽²²⁾.» (La negrita es nuestra.)

Donde la ley no distingue, reiteramos, el intérprete no puede distinguir ni mucho menos limitar un derecho subjetivo.

Presumimos que, involuntariamente, la Dirección General de los Registros y del Notariado incurrió al redactar este criterio III en una lamentable omisión, al acoger específicamente solo a quienes hubieran adquirido la nacionalidad española por la vía del artículo 20.1.b, en lugar de expresar un modo más amplio (y más sencillo, a su vez) a quienes, ya españoles, cumplan los requisitos fijados en la Ley 52/2007.

En este sentido, cabe recordar que la Disposición Transitoria 1.^a de la Ley 29/1995 concedía también un claro derecho de adquisición de la nacionalidad española por

opción a un supuesto idéntico al del artículo 20.1.b, es decir, hijos de padres «**originariamente españoles**» nacido uno de ellos en España:

«1.^a Plazo para el ejercicio del derecho de opción:

»Las personas cuyo padre o madre hubiese sido originariamente español y nacido en España podrán optar por la nacionalidad española, si formalizan su declaración antes del día 7 de enero de 1997.»

Nótese que ambas disposiciones son idénticas por los supuestos fácticos de sus beneficiarios: hijos de padre o madre originariamente español y nacido en España. El matiz surge a partir de la Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado, interpretando la Ley 52/2007, que deja fuera o sin subsumir a quienes ya habían optado con anterioridad a la Ley 36/2002.

La disparidad resultante y no justificable será que ciudadanos españoles que constitucionalmente han de disfrutar de igualdad de derechos pueden ver limitado el ejercicio de su derecho en función de la vía por la que accedieron a la adquisición de la nacionalidad española.

Cabe recordar, al respecto de esta contradicción, que nuestro Tribunal Supremo ha afirmado, en relación al valor jerárquico de las resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado frente a leyes o normas de inferior rango:

«Las resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado no constituyen jurisprudencia a los efectos del artículo 88.1.d de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Dicho Centro Directivo, cuya alta autoridad jurídica es generalmente reconocida, **no deja de ser un órgano de la Administración que, como tal, no puede sentar jurisprudencia en sentido estricto.**» (Sentencia del Tribunal Supremo 3646/2008, de 7 de julio de 2008.) (La negrita es nuestra.)

La profesora Aurelia Álvarez ha sostenido, en multitud de artículos y publicaciones, la posición que nosotros también defendemos, denunciando este

error u olvido por parte de la Dirección General de los Registros y del Notariado y la urgente e imperiosa necesidad de subsanarlo, afirmando:

«Desde nuestra perspectiva, ante la existencia de este precedente, habría que dar una respuesta clara y contundente a los casos de descendientes de progenitores que hubiesen sido originariamente españoles, que actualmente son españoles no de origen y, que de hacer hoy su petición, podrían acogerse a la Disposición Adicional 7.^a de la Ley 52/2007. Desde luego, para cumplir con el principio de economía procesal y teniendo presente que en el ámbito del Registro Civil no rige el principio de autoridad de cosa juzgada, de modo que mientras persista el interés público de lograr la concordancia entre Registro Civil y la realidad (cfr. artículos 24 y 26 de la Ley del Registro Civil) es factible reiterar un expediente o unas actuaciones decididas por resolución firme, siempre que la nueva petición se base en hechos o circunstancias nuevas que no pudieron ser tenidas en cuenta en la primera decisión, hubiera sido importante recoger expresamente el mismo tratamiento dado a los que han optado en virtud del artículo 20.1.b del Código civil. Desde luego, ello debido fundamentalmente porque aquellos optaron a la nacionalidad española en virtud de disposiciones que pueden ser consideradas como los precedentes del actual artículo 20.1.b del Código civil⁽²³⁾.»

6. Resultado final: discriminación real entre españoles aun siendo todos ellos hijos de emigrantes originariamente españoles o de abuelos exiliados al no ostentar el mismo estatus de «español de origen»

La Dirección General de los Registros y del Notariado debería emitir con urgencia una circular remitida inmediatamente a todos los registros civiles españoles (consulares o sitios en España) conteniendo expresamente un texto como el que sugerimos:

«El derecho de la adquisición de la cualidad de origen por españoles que cumplan los requisitos para optar establecidos por la Disposición Adicional 7.^a de la Ley 52/2007 abarca no solo a aquellos que hayan adquirido la nacionalidad “no de origen” por la



vía del artículo 20.1.b del Código civil, sino que es independiente de la vía por la que el optante adquiriese, en su día, la nacionalidad española.»

Consideramos contraria al principio de igualdad y de no discriminación la interpretación de la Instrucción de 4 de noviembre de 2008 en su criterio III, que limita el derecho a obtener la «reconversión de origen»

Con ello se solventaría la omisión padecida en la reiterada Instrucción de 4 de noviembre de 2008, restrictiva de la Ley a los ya españoles y que discrimina injustificadamente a unos españoles frente a otros basándose, únicamente, en el momento histórico en que el individuo optó por la nacionalidad de sus progenitores y, aun haberla ejercitado conforme a la estricta legalidad vigente, en el momento de su ejercicio.

Abogamos por considerar perjudicial la interpretación de la Instrucción de 4 de noviembre de 2008 en su criterio III por limitar el derecho a obtener la **«reconversión a español de origen»**. Además de ser contraria al principio de igualdad y de no discriminación, va claramente contra la obligada aplicación interpretativa analógica a la que se está obligado por los artículos 3.1 y 4.1 del Código civil:

«Artículo 3.1 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.»

«Artículo 4.1 Procederá a la aplicación analógica de las normas cuando estas no contemplen un supuesto específico pero regulen otro semejante entre los que se aprecie identidad y de razón.»

Si lo expuesto no fuere suficientemente grave de por sí, hay que recordar que la denegación de este derecho por parte de los encargados del Registro mal informados o que interpretan la Instrucción en sentido restrictivo, no contenido en la Ley, puede provocar, a su vez, la

imposibilidad del ejercicio de derechos por parte de terceras personas, por ejemplo, de sus descendientes, que no serán «hijos de español de origen».

La emisión de la circular que solicitamos por parte de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el sentido expuesto, que estimamos imprescindible y urgente, obedece a estos postulados previstos en nuestro Derecho civil, es decir, a los «antecedentes legislativos», a los «antecedentes históricos» y, obviamente, «al objeto y fin de la norma», en este caso, la Ley de Memoria Histórica (Ley 52/2007).

7. Criterio jurisprudencial y resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado que fundamentan nuestra interpretación favorable de aquellos españoles «no de origen», beneficiarios expectantes, a devenir «españoles de origen»

Nuestro malestar o incomodidad se nos ha planteado ante un supuesto concreto en el que el ejercicio del derecho de opción a reconvertir una nacionalidad derivativa a **«nacionalidad de origen»** se ha calificado desfavorablemente mediante una resolución denegatoria que transcribiremos en parte. Es esta una prueba fehaciente, o compendio, de la desafortunada interpretación restrictiva del ámbito de aplicación de la Disposición Adicional 7.ª, fruto de la redacción equívoca de la Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 4 de noviembre de 2008, que hemos denunciado en este artículo.

Se trataba de una española nacida en Argentina de padre originariamente español, nacido en España, que ya había optado por la nacionalidad española al amparo de la Disposición Transitoria 1.ª de la Ley 29/1995.

Transcribimos, en parte, dicha resolución denegatoria:

«3.—No es de aplicación el apartado 1 de la Disposición Adicional 7.ª de la Ley 52/2007, de 26 de diciembre, sobre el derecho de opción a la nacionalidad española “de origen” con la directriz 7.a de la Instrucción de 4 de noviembre de 2008 de la Dirección General de los Registros y del Notariado. Efectivamente, esta posibilidad queda

reservada **exclusivamente** para personas que hubieren optado a la nacionalidad española “no de origen” en virtud del artículo 20.1.b del Código civil, en su redacción dada por la Ley 36/2002, de 8 de octubre.»

La interpretación restrictiva expuesta en esta resolución denegatoria, que no compartimos en absoluto, suponemos que se funda en la omisión que tiene lugar en la Instrucción de 4 de noviembre de 2008. Desconocemos si esta interpretación es fruto de instrucciones consulares precisas, pero parece improbable, dado que las materias objeto de calificación, como se trata en el caso que estamos analizando, ni siquiera pueden ser consultadas por los encargados de la Dirección General de los Registros y del Notariado (artículo 122 del Reglamento del Registro Civil).

Entre otras que pueden sostener nuestra tesis, he aquí la Resolución de 1 de junio de 2009, sobre cancelación de inscripción de nacimiento, que hace referencia, de modo no excluyente, al exacto alcance conceptual de a quién beneficia el derecho de adquisición de la cualidad o estatus de **«español de origen»** por quien no la tenía, es decir, era español pero «no de origen»:

«No obstante, cabe advertir a la promotora que conforme a la Disposición Adicional 7.ª, apartado 1.º, de la Ley 52/2007, de 26 de diciembre (BOE de 27 de diciembre de 2007), podrán optar a la nacionalidad española aquellas personas cuyo padre o madre hubiese sido español de origen, siempre que formalicen su declaración en el plazo de dos años desde la entrada en vigor de la citada Disposición (el 28 de diciembre de 2008). En relación con este derecho, la Instrucción de 4 de noviembre de 2008 de la Dirección General de los Registros y del Notariado establece, en la directriz 7.ª, que **las personas que hubiesen optado a la nacionalidad española no de origen en virtud del artículo 20.1.b del Código civil, en su redacción dada por la Ley 36/2002, de 8 de octubre, podrán ahora acogerse igualmente a la Disposición Adicional 7.ª de la Ley 52/2007 a fin de obtener la nacionalidad española de origen**, formalizando una nueva declaración de opción durante el plazo de vigencia de la citada Disposición. Estos interesados estarán exentos de aportar la documentación ya presentada que sirvió de base para obtener la nacionalidad española no originaria.» (La negrita es nuestra.)



El supuesto en discusión era el interesante caso de si podían considerarse «nacidos en España» los nacidos en Cuba antes de la descolonización de 1898. Esta premisa geopolítica era imprescindible que fuera afirmativa para que el interesado pudiera solicitar y acogerse a la condición de padre originariamente español nacido en España. La parte transcrita de la Resolución de 1 de junio de 2009 es interesante por cuanto no solo considera que Cuba era España, a los efectos previstos en el artículo 20.1.b del Código civil, sino también por considerar como beneficiario a ser **«español de origen»** al amparo de lo previsto en la Ley de Memoria Histórica interpretada por la Instrucción de 4 de noviembre de 2008.

Aunque esta Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 2009 es evidente que no resuelve el problema o la disfunción sistémica que se plantea en nuestro trabajo, y no existe aún una resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado publicada oficialmente en este sentido concreto y específico en que se apoye una solución razonable (no injusta o discriminatoria) para quienes ya habían optado por la nacionalidad **«no de origen»** de sus padres, originariamente españoles nacidos en España, antes del año 2002, por otras vías.

Durante la elaboración de este trabajo, llegamos al conocimiento extraoficialmente de una Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 23 de marzo de 2010 que apoya nuestra tesis. Sin embargo, no la podíamos citar al no haber sido publicada (el retraso administrativo en su publicación dificulta la prueba del derecho)^[24]. La Resolución es favorable al reconocimiento de obtener el estatus de **«española de origen»** a una persona, originariamente mejicana, descendiente de españoles «originarios», que, habiendo obtenido, por residencia de un año, la nacionalidad española, solicitaba ahora optar por el estatus **«de origen»** en virtud de la Ley 52/2007. Esta Resolución de 23 de marzo de 2010 es importantísima, por cuanto emana del Centro Directivo y marca un rumbo preciso, inequívoco e incuestionable que evitará resoluciones como la del encargo del Registro Civil Consular en Argentina, que (con todos los respetos) ha cercenado un derecho que aún puede ser ejercido por su beneficiario. **En efecto, la Dirección General de los Registros y del Notariado ha declarado reiteradamente que en el Re-**

gistro Civil no rige el principio de «cosa juzgada», y la norma que permite su ejercicio está aún vigente.

Es procedente y cabe alegar también a favor de nuestra tesis la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 1 de julio de 1994, también positiva y afirmativa, que versa sobre un supuesto de la nacionalidad española **«de origen»**. En este caso, la recurrente era española por naturalización y la Dirección General de los Registros y del Notariado señaló acertadamente:

«II.—La cuestión que se suscita es si una persona, nacida de madre española y que ha adquirido la nacionalidad española por residencia, puede obtener dentro del año establecido por la Disposición Transitoria 2.ª de la Ley 19/90 la inscripción de su declaración de voluntad de optar por la nacionalidad española “de origen”.

(...)

«IV.—Está suficientemente acreditado que la interesada nació en 1949, siendo su madre española, por lo que, si hubiera nacido bajo el régimen vigente, sería sin duda española “de origen” (artículo 17.1 del Código civil).

«Por esto no debe coartarse su derecho, formulado dentro de plazo, para ostentar a partir de su declaración la nacionalidad española “de origen”. El hecho de que haya ya adquirido antes la nacionalidad española no debe perjudicarla, pues no tendría sentido, en una interpretación lógica y finalista de la norma, que el que no fue español pudiera adquirir por opción, al amparo de la Disposición Transitoria 2.ª de la Ley de 1990, la nacionalidad española “de origen”, y que el que ha demostrado su mayor vinculación con España hasta el punto de haber adquirido ya esta nacionalidad tuviera vedado el camino para que esta nacionalidad mereciera el trato “de origen”.

«V.—Esta interpretación de la repetida Disposición Transitoria, a cuyo tenor “quienes no sean españoles a la entrada en vigor de esta Ley, y lo serían por aplicación de los artículos 17 o 19 del Código civil, podrán optar por la nacionalidad española de origen en el plazo de dos años”, equivale simplemente a entender que la frase inicial, “quienes no sean españoles”, abarca también, **por un razonamiento de maior**

ad minus, a quienes no sean españoles “de origen”. **No es suficiente argumento en contra que la Instrucción de 20 de marzo de 1991 (apartado VII y declaración final 11.ª) parezca excluir la posibilidad examinada porque, en rigor, tal Instrucción solo se preocupa de rechazar que las opciones de esas dos disposiciones transitorias puedan encubrir hipótesis distintas de recuperación, sujetas a otro régimen, y no preveía el supuesto tan singular objeto de este recurso.»** (La negrita es nuestra.)

La Resolución no puede ser más clara, explícita y adecuada a nuestro planteamiento y se ve confirmada (como hemos descubierto por conductos «no públicos ni boletines de la Dirección General de los Registros y del Notariado») en la ya reiteradamente citada y no publicada Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 23 de marzo de 2010:

La Dirección General de los Registros y del Notariado ha declarado reiteradamente que en el Registro Civil no rige el principio de «cosa juzgada»

«V.—En el presente caso, lo que sucede es que tal previsión de la citada Instrucción no es directamente aplicable al recurrente, ya que optó en su día por la vía de la opción del artículo 20.1.b del Código civil, en su redacción dada por la Ley 36/2002, sino al amparo del artículo 21.2 del Código civil, en su redacción actual, con base al cual solicitó y obtuvo la nacionalidad española por residencia en España.

«Pero es evidente que con el mismo fundamento antes expuesto ha de permitirse que ejerciten la opción de la Ley 52/2007 quienes, siendo “hijos de español o española de origen y nacidos en España”, adquirieron la nacionalidad española por residencia, pues esta última es una nacionalidad por título derivativo y no de origen, y por ello las personas que adquieren en virtud de tal título no pueden transmitir su nacionalidad española a sus hijos, salvo que en el momento de adquirir la nacionalidad estos sean menores de edad (en cuyo caso pueden, a su vez, optar por estar



sujetos a la patria potestad de un español o española; cfr. artículo 20.1.a del Código civil), siendo, en consecuencia, evidente la utilidad y concurrencia de una causa justificativa suficiente para ejercitar la opción atribuida ahora por la Ley 52/2007 a fin de acceder a la condición de español de origen.»

En este caso, como ya apuntábamos, el supuesto de hecho objeto de recurso lo planteaba una española que había adquirido la nacionalidad española no por opción, en la vía tasada por el criterio III de la Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado (la del artículo 20.1.b del Código civil), sino por residencia de un año, al ser hija de española originaria nacida en España. ¿Era o no era «española de origen»?

Afortunadamente, a tenor de dicha Resolución, se constata de forma inequívoca que la interpretación de la norma por parte de la Dirección General de los Registros y del Notariado, aunque no conocida *urbi et orbe*, es diametralmente opuesta a la interpretación restrictiva argüida en su calificación por el encargado del Registro Civil Consular argentino. Lo que nos lleva, **insistimos**, dado el carácter temporal del derecho de opción o reconversión en el que hemos centrado este estudio (que fine en diciembre de 2011), **a dictar una urgente circular de la Dirección General de los Registros y del Notariado** que ilustre a los encargados sobre el criterio del Centro Directivo, que, con carácter de Orden, sea de obligado cumplimiento, en congruencia con el artículo 9 de la Ley del Registro Civil⁽²⁵⁾.

También, y a nuestro modesto entender, nos resulta clara la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado 1/2008, de 5 de febrero, en que, ante un supuesto idéntico al que planteamos en este trabajo, resuelve conceder la nacionalidad española por aplicación **«analógica» de la reforma del Código civil por la Ley 36/2002 a supuestos anteriores:**

«TERCERO.—La reforma operada en el Código civil por la Ley 36/2002, de 8 de octubre, dio nueva redacción al artículo 20 del citado cuerpo legal, recogiendo en su apartado 1 el derecho de optar por la nacionalidad española a “b) Aquellos cuyo padre o madre hubiera sido originariamente español y nacido en España”. El supuesto de hecho objeto del presente expedien-

te resulta subsumible en la citada norma, toda vez que concurre en el interesado el doble requisito de ser hijo de madre originariamente española (adquirió por opción la nacionalidad española de origen al amparo de la Disposición Transitoria 2.ª de la Ley 18/1990, de 17 de diciembre, y nacida en España (C.), extremos ambos acreditados mediante la certificación de nacimiento de la madre aportada al expediente.

»CUARTO.—Queda tan solo despejar las posibles dudas sobre la aplicación temporal de la nueva norma al presente caso. La reforma citada del Código civil entró en vigor el 9 de enero de 2003, de acuerdo con la Disposición Final Única de la Ley 36/2002, siendo así que el derecho de opción se incorpora en su artículo 20.1.b, se introduce *ex novo*, por referencia a la situación legislativa inmediatamente interior, lo que supone que, aplicando analógicamente la Disposición Transitoria 1.ª del Código civil en su redacción originaria, **tal derecho “tendrá efecto desde luego” aunque el hecho que lo origine se verificara bajo la legislación anterior**⁽²⁶⁾.» (La negrita es nuestra.)

8. El nuevo criterio (desconocido por algunos registros consulares) de la Dirección General de los Registros y del Notariado en relación al ámbito de aplicación de la Disposición Adicional 7.ª de la Ley 52/2007, a nuevos beneficiarios del *estatus* de «españoles de origen», a supuestos no previstos expresamente en la Instrucción de 4 de noviembre de 2008

Como hemos significado, conocíamos la existencia de la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 23 de marzo de 2010 comunicada a la interesada el 28 de septiembre de 2010, que resolvía el recurso y la pretensión de una española, descendiente de españoles originarios, que solicitaba ser «**española de origen**». Dicha Resolución no ha sido publicada oficialmente a la fecha de finalizar el presente comentario y, consecuentemente, no la podíamos transcribir.

Sin embargo, la ciudadana española a quien se ha concedido este derecho nos ha autorizado expresamente⁽²⁷⁾ a hacer pública dicha Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado.

La recurrente descendiente de españoles que adquirió la nacionalidad española por residencia solicitaba ahora la reconversión de su nacionalidad «**no de origen**» a la condición de «**española de origen**» al amparo de la Disposición Adicional 7.ª de la Ley de Memoria Histórica.

La DGRN ha puesto de manifiesto su criterio no restrictivo, ni excluyente, del ámbito de aplicación subjetiva de la Disposición Adicional 7.ª de la Ley 52/2007 y que puede beneficiar a miles de españoles

Denegada su solicitud inicial en el Registro Civil Consular, interpuso un recurso resuelto por la Dirección General de los Registros y del Notariado a favor de la peticionaria, que ha puesto de manifiesto su criterio no restrictivo, ni excluyente, del ámbito de aplicación subjetiva de la Disposición Adicional 7.ª de la Ley 52/2007, y que puede beneficiar a miles de españoles (dado que, insistimos, en el Registro Civil no rige el principio de «cosa juzgada») que pueden solicitarlo todavía hoy.

«VI.—Finalmente, se ha de señalar que este criterio favorable cuenta, además, con un claro precedente en la doctrina de este Centro Directivo, en concreto, en su Resolución de 1 de julio de 1994. La cuestión que se suscitaba en esta Resolución era la de si una persona nacida de madre española y que había adquirido la nacionalidad española precisamente por residencia podía o no obtener, dentro del plazo establecido por la Disposición Transitoria 2.ª de la Ley 18/1990, de 17 de diciembre, la inscripción de su declaración de voluntad de optar por la nacionalidad española de origen (...).

»Por el contrario, esta Dirección General entendió que tal circunstancia no debía constituir motivo para coartar su derecho, formulado dentro de plazo, para ostentar a partir de su declaración la nacionalidad española de origen. El hecho de que hubiera ya adquirido antes la nacionalidad española no debe perjudicarla, pues no tenía sentido, en una interpretación lógica y finalista de la norma, que el que no fuera español pudiera adquirir por opción, al amparo



de la Disposición Transitoria 2.ª de la Ley de 1990, la nacionalidad española de origen, y que el que ha demostrado su mayor vinculación con España hasta el punto de haber adquirido ya esta nacionalidad tuviera vedado el camino para que esta nacionalidad mereciera el trato de la de origen.

»Esta interpretación de la repetida Disposición Transitoria, a cuyo tenor «quienes no sean españolas a la entrada en vigor de esa Ley, y lo serían por aplicación de los artículos 17 o 19 del Código civil, podrán optar por la nacionalidad española de origen en el plazo de dos años», equivale simplemente a entender que la frase inicial, «quienes no sean españoles», abarca también, por un razonamiento *de maior ad minus*, a quienes no sean «españoles de origen». Idéntica solución y por idéntico razonamiento procede aplicar ahora, en relación con las opciones de la Disposición Adicional 7.ª de la Ley 52/2007, máxime cuando en este caso ni siquiera existe el obstáculo que en su interpretación gramatical ofrecía la Disposición Transitoria de la Ley 18/1990.

»Esta Dirección General ha acordado, de conformidad con la propuesta reglamentaria, estimar el recurso interpuesto y revocar el Auto apelado.»

Si se sigue esta línea, que consideramos la adecuada y justa con el «objeto y fin de la norma», nos daríamos por muy satisfechos y sobraría nuestro comentario-denuncia. Sin embargo, nos tememos que aún hay un alud de recursos por resolver y que aún los habrá hasta que caduque el plazo de petición previsto en la Ley 52/2007 y su prórroga, es decir, hasta el mes de diciembre de 2011.

9. Conclusiones y propuestas a la Dirección General de los Registros y del Notariado

De todo lo expuesto, cabe extraer, entre otras, la conclusión siguiente: la Disposición Adicional 7.ª de la Ley 52/2007, de memoria histórica, establece y prevé temporalmente:

— Un nuevo derecho a sus beneficiarios, que todavía son extranjeros, a optar por la condición de «español de origen» durante los tres años de la vigencia de la norma, es decir, hasta 2011 (la Ley entró en

vigor en 2008 y se prorrogó por un año). Los optantes deben acreditar ser hijos de españoles originarios o ser nietos de españoles exiliados.

— Amplía el ámbito subjetivo de sus posibles interesados a los **descendientes de padre o madre originariamente español** cuyo nacimiento no había ocurrido en España. Es un supuesto distinto al previsto en el artículo 20.1.b del Código civil vigente, que exige el haber nacido, al menos uno de los progenitores, en España.

— Crea el derecho «expectante» a obtener la nacionalidad, también «**de origen**», a nietos de exiliados cuyos padres nunca fueron españoles ni quizás hubieran residido ni visitado España, ni conocen alguno de los idiomas oficiales en España ni las culturas que conviven en España.

— La Disposición Adicional 7.ª no limita, expresa ni tácitamente, el derecho a optar ahora por un estatus privilegiado de «**español de origen**» a aquellos españoles «no originarios» que habían obtenido la nacionalidad, por opción o por cualquier otra vía, antes de la entrada en vigor de la Ley de Memoria Histórica y que acreditasen ser hijos o nietos de españoles «originarios».

— Sin embargo, la interpretación injusta, restrictiva y carente de soporte jurídico que hacen algunos encargados responsables de determinados registros consulares de la Dirección General de los Registros y del Notariado de la Instrucción de 4 de noviembre de 2008 limitan derechos a sus beneficiarios, españoles, a acceder a la cualidad «**de origen**» de su nacionalidad española previamente adquirida.

Propuesta final del autor

La solución que se propone, por nuestra parte, es muy fácil, sencilla, económica, rápida y eficaz.

La Dirección General de los Registros y del Notariado, con carácter urgente y a los efectos de aclarar, en parte, la Instrucción de 4 de noviembre de 2008, debe dictar una circular, dirigida a todos los registros civiles y, en especial, a los encargados de los registros civiles de las oficinas consulares de España, en la que se ordene claramente:

— Que el ámbito subjetivo de sus beneficiarios queda ampliado y afecta a cuantos optaron por la nacionalidad

española en virtud de las disposiciones transitorias anteriores a la Ley 36/2002, siempre que fueren descendientes de españoles (un progenitor originariamente español nacido en España) o de abuelos exiliados españoles (sin que sea indispensable que los padres fueran españoles).

Tememos que aún hay un alud de recursos por resolver y que aún los habrá hasta que caduque el plazo de petición previsto en la Ley 52/2007 y su prórroga, es decir, hasta el mes de diciembre de 2011

— Que dichas oficinas cursen todos los expedientes de petición de «reconversión» que se encuentren en dicha situación y procedan a resolverlos, sin más, favorablemente, extendiendo su nueva condición de «**españoles de origen**» por anotación marginal a la inscripción de nacimiento.

— Que recuperen, «de oficio», cuantos recursos en trámite se hubieren interpuesto por culpa de resoluciones dictadas en sentido contrario, remitidas a la Dirección General de los Registros y del Notariado, y también «de oficio» las revoken y las resuelvan favorablemente. Con ello se evitará un perjuicio irreparable y no se colapsará (como ahora) la Dirección General de los Registros y del Notariado.

— Finalmente, que se establezca claramente, de cara al futuro, que gozarán de la condición de «**españoles de origen**» quienes opten, a partir de ahora, a la nacionalidad española en ejercicio del derecho previsto en el artículo 20.1.b del Código civil, derecho que no tiene plazo de caducidad, a tenor del ordinal 3 del mismo artículo.

Con una circular de la Dirección General de los Registros y del Notariado de este tenor, comunicada directamente a los encargados de los registros civiles, se logrará el deseado efecto pretendido de una aplicación uniforme de la norma evitando así la «disfunción sistémica» que atenta contra el derecho fundamental de igualdad de los españoles



ante la ley, consagrado en el artículo 14 de la Constitución española.

10. Epílogo

Otros trabajos nos aclararán qué se entiende exactamente por *emigrante* o qué pruebas deben darse para considerarse *exiliado*, a los efectos de poder acogerse a la Ley de Memoria Histórica.

Pero esto es harina de otro costal o, como diríamos en catalán, *figues d'un altre paner*.

Posdata

El artículo que aquí se publica fue terminado de escribir en el mes de febrero de 2011. Sin embargo, su autor no se limitó a redactarlo en un ámbito meramente teórico o académico, sino que se dirigió por las mismas fechas a la Defensora del Pueblo en funciones, denunciando la situación y solicitando su intervención frente a la Administración pública y, en concreto, frente al Ministerio de Justicia, para paliar el «embrollo» denunciado.

Con gran satisfacción para quien firma este artículo y mediante escrito de la Defensora del Pueblo en funciones (con registro de salida a 11 de abril de 2011, recaído en el expediente 11006934), le ha sido comunicado que:

«Una vez estudiado su contenido, hemos estimado procedente remitir a la Secretaría de Estado de Justicia una recomendación en los siguientes términos:

»Que con carácter urgente se modifique la Instrucción de 4 de noviembre de 2008 de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre el derecho de opción a la nacionalidad española establecido en la Disposición Adicional 7.ª de la Ley 52/2007, de 26 de diciembre, ampliando el ámbito subjetivo de los beneficiarios del precepto, con el fin de incluir a todos aquellos que optaron por la nacionalidad española al amparo de normas anteriores a la Ley 26/2002, de 8 de octubre, siempre que estén incluidos en los supuestos previstos en la mencionada Disposición Adicional 7.ª.

»Que, como consecuencia de dicha modificación, se resuelvan en sentido favorable y con la mayor brevedad posible

los recursos que sobre este asunto se encuentran pendientes de resolución y se impartan las instrucciones que procedan para reconocer el derecho de todas aquellas personas que hayan visto denegado su recurso con anterioridad, pese a cumplir los requisitos establecidos por la citada Disposición, como consecuencia de la limitación introducida por la Instrucción de 4 de noviembre de 2008 de la Dirección General de los Registros y del Notariado.»

Cabe decir que, aparte de ser un complejo e interesante tema jurídico, el resultado obtenido con dicha recomendación colma las esperanzas de quien ha sostenido la injusticia y discriminación entre españoles. A su vez, hace bueno el proverbio que dice: «quien la sigue, la consigue».

- (1) Ley 52/2007, de 26 de diciembre, por la que se reconocen y amplían derechos y se establecen medidas a favor de quienes padecieron persecución o violencia durante la Guerra Civil y la Dictadura (BOE de 27 de diciembre de 2007, p. 5341-53416).
- (2) Ley 40/2006 (BOE de 15 de diciembre de 2006). Vid. E. Sagarra Trias, «¿Los nuevos españoles? El Estatuto de la ciudadanía española en el exterior», *Revista Jurídica de Catalunya*, 3 (2007), p. 279-305.
- (3) El 1 de febrero se publicó la noticia que solo en el Consulado de la Habana ya se han recibido ciento trece mil solicitudes de nacionalidad española, acogiendo a la Disposición Adicional 7.ª de la Ley de Memoria Histórica, desde su entrada en vigor el 27 de diciembre de 2008 (vid. <http://www.migrarconderechos.es>).
- (4) Debo agradecer muy sinceramente a Don José Juan Gallego Miró, gran conocedor y experto en todo cuanto hace referencia al Registro Civil y a la adquisición, pérdida y recuperación de la nacionalidad española, su muy valiosa colaboración y comentarios desinteresados a mi trabajo. Es de justicia recomendar a cualquier interesado o estudioso sobre las resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado, que acceda a su excelente buscador: <http://www.cendoreg.es>.
- (5) BOE de 18 de octubre de 1990, n.º 250, y de 4 de noviembre de 1995, n.º 264, respectivamente.
- (6) Vid., referido al derecho a una buena Administración, el muy reciente trabajo de la UE, 2010 report on the applications of the

charter of fundamental rights, elaborado por la Comisión Europea 2011 (<http://europa.eu>), en especial, su punto 5, en el apartado «Citizens' Rights», la parte dedicada a «Right to good Administration». Vid., asimismo, E. Sagarra Trias, *La legislación sobre extranjería e inmigración: una lectura. Los derechos fundamentales y las libertades públicas de los extranjeros en España*, Universitat de Barcelona, 2002, p. 166 y s., en el apartado titulado «Derecho a una buena Administración».

- (7) La Resolución 6.ª de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 23 de marzo de 2010, no publicada pero conocida, notificada el 15 de septiembre de 2010, resolvía un recurso interpuesto desde México por una española que, reuniendo los requisitos del artículo 20.1.b del Código civil, había adquirido la nacionalidad española por residencia y ahora solicitaba la reconversión a ser «nacional de origen», acogiendo a espíritu de la Disposición Adicional 7.ª de la Ley 52/2007. Finalmente, le fue concedida, aunque desconocemos si ha sido o no recurrida por vía contencioso-administrativa.
- (8) Ley 36/2002, de 8 de octubre (BOE de 9 de octubre de 2002, p. 35638-35640).
- (9) E. Sagarra Trias, «Modificación de la regulación de la nacionalidad española en el Código civil», *Revista Jurídica de Catalunya*, 2 (2003), p. 287-406; del mismo autor, «Españoles nacionales originarios, españoles "de origen" y ciudadanos "de origen" español. ¿Términos sinónimos?», *Revista Jurídica de Catalunya*, 3 (2005), p. 293-300; igualmente del mismo autor, «¿Los nuevos españoles? El Estatuto de la ciudadanía española en el exterior», *Revista Jurídica de Catalunya*, 3 (2007), p. 279-305.
- (10) Vid. M. Fernández Fernández, «El principio de igualdad y su incidencia en el Derecho español de la nacionalidad», *REDI*, vol. xxxv (1983), p. 431-446.
- (11) Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 23 de marzo de 2010 ya citada, notificada el 15 de noviembre de 2010, a la interesada en México, admitiendo su petición y recurso al «estatus de española de origen».
- (12) Ley Orgánica 9/2009, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y no integración social (texto refundido) (BOE de 12 de diciembre de 2009).
- (13) Vid. A. Álvarez Rodríguez, *Nociones básicas de Registro Civil y problemas frecuentes en materia de nacionalidad*, GPS, p. 63.
- (14) Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 1 de julio de



1994 citada en este trabajo. Atención, en determinadas bases de datos, por ejemplo, en Westlaw, figura como Sentencia del Tribunal Supremo y no como Resolución del Centro Directivo.

- (15) Resulta muy interesante la disquisición terminológica y legal que ha construido la Dirección General de los Registros y del Notariado, matizando, ora de una forma, ora de otra, el significado que para el Centro Directivo tienen términos que son análogos en el lenguaje normal, pero que jurídicamente se antojan, a veces, distintos: *España, territorio español o territorio nacional*, al referirse a la posibilidad de optar o adquirir la nacionalidad española por parte de los originarios o descendientes del Sáhara español, Ifni, el Marruecos español o incluso Cuba.
- (16) Ley 29/1995, de 2 de noviembre (BOE de 4 de noviembre de 1995). Previamente, en las disposiciones transitorias 2.ª y 3.ª de la Ley 18/1990. Por Ley 15/1993, de 23 de diciembre, se prorroga el plazo de opción hasta el 7 de enero de 1996 (BOE de 24 de diciembre de 1993).
- (17) Retengamos, a los efectos pertinentes y dialécticos, que si hoy, en pleno 2011, se optara por esta vía a la nacionalidad española, la nacionalidad del optante resul-

taría privilegiada, es decir, «español de origen».

- (18) Ampliado el plazo para optar hasta el 27 de diciembre de 2011 por la Resolución de 17 de marzo de 2010.
- (19) Vid. una recopilación antigua pero muy útil: M.ª T. Echezarreta Ferrer, *Legislación sobre nacionalidad*, Tecnos, 2003.
- (20) Vid. A. Álvarez Rodríguez, *Nacionalidad española. Normativa vigente e interpretación jurisprudencial*, Ministerio de Trabajo e Inmigración y Thomson Aranzadi, 2008, p. 77-79; «La opción a la nacionalidad española prevista en la Disposición Adicional 7.ª de la denominada Ley de Memoria Histórica», en <http://www.espaexterior.com>, p. 6-7; pueden encontrarse otras referencias bibliográficas posteriores y jurisprudencia en <http://www.migrarconderechos.es>.
- (21) Artículo 24.2 del Código civil: «Pierden la nacionalidad española los españoles emancipados que renuncien expresamente a ella, si tienen otra nacionalidad y residen habitualmente en el extranjero».
- (22) Instrucción de 4 de noviembre de 2008 (BOE de 26 de noviembre de 2008, n.º 285).

- (23) A. Álvarez Rodríguez, *Nociones básicas de Registro Civil y problemas frecuentes en materia de nacionalidad*, GPS, p. 207.
- (24) El Ministerio de Justicia edita, de forma virtual, los volúmenes monográficos de las resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado en su página web: <http://www.mjusticia.es>.
- (25) «Los encargados del Registro, cualesquiera que sean sus cargos o empleos que desempeñen, deben cumplir, para todo cuanto se refiere al Registro Civil, a las órdenes e instrucciones del Ministerio de Justicia y de la Dirección General del ramo, aun cuando les fueren comunicadas directamente» (artículo 9 de la Ley del Registro Civil).
- (26) Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado 1/2008, de 5 de febrero (JUR/2009/46413).
- (27) La Asociación OIDE (Organización Internacional del Descendientes de Españoles) y el CAD (Centro de Atención al Descendiente) nos han facilitado esta Resolución para que pueda ser útil a otras personas. Agradecemos su colaboración.

Reseñas de Normativa

Elisabeth García Cueto

Notaria de Santa Coloma de Queralt

Reglamento de Extranjería

Se ha aprobado por Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, el Reglamento de Extranjería, que complementa la actual Ley de Extranjería (Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero) y deroga el hasta ahora vigente Real Decreto de 30 de diciembre de 2004. Con este Reglamento se cumple el mandato

previsto por la Ley Orgánica 2/2009 (última reforma en materia de extranjería), que preveía el desarrollo de las disposiciones reglamentarias necesarias.

La norma, que se dicta con algo más de diez meses de retraso, pretende ser una herramienta útil para la aplicación de la Ley de Extranjería, regulando los flujos migratorios hacia España (ahora con un importante retroceso debido a la crisis económica) y de los españoles hacia el exterior (cada vez más frecuentes entre los jóvenes).

Una de las importantes medidas previstas en la norma es el impulso de las políticas migratorias de retorno de trabajadores extranjeros a sus países de origen. En específico, se prevé la figura de la *autorización de regreso*, ordenando, asimismo, los temas

relativos a las salidas obligatorias y las devoluciones, y fomentando la movilidad y el retorno voluntario de los inmigrantes a su país de origen, siempre que cumplan ciertos requisitos y exista un compromiso de no retorno.

Se regula con profundidad la situación de los inmigrantes en nuestro país: además del desarrollo básico de derechos y libertades ya previstos en la Ley de Extranjería, en el Reglamento se intenta luchar, de manera expresa, contra la inmigración irregular, previendo una intensidad en las relaciones de España con terceros países a fin de evitarla y una regulación más clara de las autorizaciones y los visados.

Por otro lado, se fija como objetivo la máxima integración social de todas



aquellas personas que, por razones laborales o como parte de una reagrupación, se encuentran en España, estableciendo controles o informes por parte de las administraciones públicas, tanto locales como autonómicas, en los que se plasme el esfuerzo de integración, la adecuación de la vivienda o la reagrupación familiar de los sujetos.

Los extranjeros residentes en España seguirán siendo identificados mediante su NIE, que deberá figurar en todos los documentos que se les expidan o que tramiten, a excepción de los visados. Se mantiene su carácter personal, único y exclusivo, y será asignado por la Dirección General de la Policía y de la Guardia Civil, salvo casos excepcionales.

Finalmente, y a fin de hacer efectivas las medidas adoptadas, se establecen Oficinas de Extranjería y Centros de Migraciones.

Cabe recordar, a efectos notariales, en lo que a dicho Reglamento se refiere, que:

«1.—Respecto a las **actas de invitación**, aunque la orden PRE/1283/2007, de 10 de mayo, establece que el órgano competente es la Comisaría de Policía, el artículo 8 del nuevo Reglamento dispone que: “Los extranjeros que soliciten la entrada, para justificar la verosimilitud del motivo invocado, podrán presentar cualquier documento o medio de prueba que, a su juicio, justifique los motivos de entrada manifestados”, por lo que será admisible el acta notarial que acredite la invitación del extranjero por un residente.

»2.—En cuanto a las **actas de reagrupación**, se modifica el procedimiento y el plazo actual, al disponer el artículo 55 que el extranjero que solicite autorización de residencia para la reagrupación de sus familiares deberá adjuntar, en el momento de presentar la solicitud, informe expedido por los órganos competentes de la comunidad autónoma del lugar de residencia del reagrupante a los efectos de acreditar que cuenta con una vivienda adecuada para atender sus necesidades y las de su familia. El informe anterior podrá ser emitido por la corporación local en la que el extranjero tenga su lugar de residencia, cuando así haya sido establecido por la comunidad autónoma competente.

»El informe habrá de ser emitido y notificado al interesado en el plazo de treinta días desde la fecha de la solicitud.

»En caso de que el informe no haya sido emitido en ese plazo, circunstancia que habrá de ser debidamente acreditada por el interesado, podrá justificarse este requisito por cualquier medio de prueba admitido en Derecho, entre los que está el acta notarial de reagrupación.»

Apostillas

La Orden de 4 de mayo de 2011 (JUS/1207/2011) crea y regula el Registro Electrónico de Apostillas del Ministerio de Justicia, así como el procedimiento de emisión de apostillas en soporte papel y electrónico.

Dicha norma complementa el Convenio de la Haya de 5 de octubre de 1961, donde se establece la regulación de la apostilla, sus requisitos y las autoridades competentes para que esta sea válida y produzca plenos efectos. El mismo Convenio, en su artículo 7, establece que las autoridades competentes en cada uno de los estados parte han de llevar un registro o fichero donde se anoten los datos de las apostillas expedidas. Ahora bien, como la tecnología ha evolucionado sustancialmente desde la firma del Convenio, se ha previsto la creación de un registro electrónico, así como la posibilidad de expedir electrónicamente las apostillas, todo ello respetando el sistema hasta ahora en uso (en formato papel).

Este registro se forma en el Ministerio de Justicia y centralizará toda la información de este orden, tanto si se han emitido electrónicamente como en soporte papel. El contenido de la inscripción será:

- Número y fecha de la apostilla.
- El nombre y la capacidad en la que firma el signatario del documento público apostillado y, si el documento no está firmado, el nombre de la autoridad que haya sellado el documento.
- Imagen de la apostilla emitida y, en su caso, de la huella electrónica de los documentos digitales o documentos digitalizados apostillados.

Es importante advertir, a efectos notariales, que los documentos autorizados por notario o documento privado con firma legitimada notarialmente solo podrán seguir siendo apostillados en soporte papel. Estos serán apostillados por los decanos de los colegios notariales correspondientes o quienes hagan sus veces reglamentariamente.

Empresas de dimensión comunitaria

Se ha promulgado la Ley 10/2011, de 19 de mayo, por la que se modifica la Ley de 24 de abril de 1997, sobre derechos de información y consulta de los trabajadores en las empresas y grupos de empresas de dimensión comunitaria.

Inicialmente regulado por la Directiva 94/45/CE, la Directiva 2009/38/CE, de 6 de mayo de 2009, relativa a la constitución de un comité de empresa europeo o un procedimiento de información y consulta de los trabajadores en las empresas o grupos de empresas de dimensión comunitaria, refunde ambas regulaciones. Se incide en el deber de transmitir información a los trabajadores de las empresas y grupos de dimensión comunitaria. Especial relevancia tienen los representantes de los trabajadores, quienes tendrán la obligación de informar a sus representados sobre el contenido y los procesos de información y consulta.

Derecho comparado

Francia

Mediante la Ley 2011-672, de 16 de junio de 2011, relativa a la inmigración, la integración y la nacionalidad, se prevé una modificación del Código civil francés. En la misma, entre otros, se establece la exigencia de que todo inmigrante que pretenda adquirir la nacionalidad francesa tenga una cierta integración cívica, científica, cultural o deportiva. Asimismo, se exige un mínimo de conocimiento en materia de historia y cultura francesas, así como control del idioma, que se realizará a través de exámenes cuyos requisitos mínimos y nivel serán fijados por reglamento. Habrá, asimismo, un control de su asimilación, que se complementará con la firma de una carta de derechos y deberes de los ciudadanos franceses, en la que se mencionarán expresamente los



principios, valores y símbolos esenciales de la República Francesa.

http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?sessionId=4B1EA50DB33E91AC4046D33BE70C63EC.tpdjo09v_3?cidTexte=JORFTEXT000024191380&categorieLien=id

Nuevo proyecto de ley relativa a la protección e información de los consumidores. A fin de reforzar la confianza de los consumidores y la interacción de éstos con los operadores, se están intentando reforzar los derechos de los primeros. Se hace especial hincapié en los sectores de la gran distribución, inmobiliario, energía, telecomunicaciones y sanitario.

http://www.legifrance.gouv.fr/html/actualite/actualite_legislative/pjl_consommateurs.html

Italia

Con la entrada en vigor del Código de Turismo (desde el 21 de junio de 2011), se aplican también las normas en materia de multipropiedad que innovan la disciplina, hasta ahora prevista en el Código de Consumo del año 2005.

La finalidad de la nueva normativa consiste en dotar de nuevas garantías a la figura jurídica de la multipropiedad, adecuando la misma a la regulación de la Directiva 2008/122/CE, colmando las lagunas existentes en las legislaciones en materia relativa a

la comercialización de la multipropiedad y a los productos para las vacaciones de largo plazo (que son los que justamente han exigido una revisión de la legislación existente, a fin de dar soluciones a dicha situación y, sobre todo, de proteger a los consumidores).

Asimismo, con la nueva Directiva se da una definición unitaria para todos los estados miembros del contrato de multipropiedad, a fin de evitar las divergencias entre unos y otros. Y se establece que todo contrato que verse de la misma deberá cumplir con la forma escrita, so pena de nulidad de pleno derecho.

<http://www.diritto.it/docs/5087419-con-il-codice-del-turismo-previste-nuove-norme-a-tutela-del-multiproprietario?source=1&tipo=news>



Wolters Kluwer
España

Este es el fruto de la **ALIANZA** entre dos grandes Editoriales, para proveerle a Usted con el **mayor fondo editorial jurídico**



Texto comparado y comentado según la reforma de la Ley 38/2011
Incluye aplicación on-line

Quienes aplican la Ley Concursal (jueces, abogados, administradores concursales, peritos, etc.), incluidos quienes resultan sus posibles sujetos "pasivos" (empresarios y deudores en general), encontrarán en esta obra un instrumento útil para comprender los porqués de la última reforma operada, y para contemplar cómo queda configurado el Derecho concursal a partir de la misma.

Un Derecho que busca ordenar la situación del deudor insolvente, estableciendo tanto mecanismos de posible superación de la crisis en evitación del concurso (acuerdos de refinanciación), cuanto de solución de la crisis en caso de declaración de concurso, bien a través de un convenio si la situación económica del deudor lo hace viable y las partes lo desean, bien a través de una liquidación que maximice el patrimonio del deudor y logre la máxima satisfacción de los créditos de los acreedores.

ADQUIERA HOY MISMO SUS EJEMPLARES

TEL.: 902 250 500 / INTERNET: <http://tienda.laley.es>

[BOSCH]

GUÍA LEGISLATIVA DE LA LEY CONCURSAL



NUEVO

AUTOR:

Eduardo Valpuesta Gastaminza

Páginas: 538 / Encuadernación: Cartóné
ISBN: 978-84-9790-905-1

Reseña de las principales sentencias del Tribunal Supremo

Por Redacción de LA LEY

Fechadas entre abril y mayo de 2011

SUCESIÓN HEREDITARIA

Validez de la cesión de herencia realizada después de la muerte de la causante, pero antes de que se declarara la nulidad de su testamento y de que la cedente fuera declarada heredera intestada

Sentencia Tribunal Supremo, Sala Primera, núm. 294/2011, de 15 de abril. (Ponente: Xavier O'Callaghan Muñoz) LA LEY 37940/2011

Las sentencias de instancia estimaron la demanda sobre declaración de validez del contrato privado de cesión de derechos hereditarios celebrado entre los litigantes y su elevación a escritura pública. El Tribunal Supremo declara no haber lugar a los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación interpuestos.

En el caso, se solicita que se declare la validez de la cesión de derechos hereditarios realizada por la demandada en favor del demandante. La demanda es estimada. El negocio jurídico a que se ha hecho referencia aparece recogido en el art. 1000.1.º CC cuya naturaleza es de aceptación de herencia y simultánea transmisión total o parcial a tercero. La norma dice: «Entiéndese aceptada la herencia: 1.º Cuando el heredero vende, dona o cede su derecho a un extraño.». Fallecido el causante y, por tanto, producida la apertura de la sucesión, el llamado a la herencia —delación— tiene el derecho a aceptarla o repudiarla; este derecho —*ius delationis*— no es transmisible —salvo el caso del art. 1006 CC—, pero sí es objeto de transmisión el derecho del heredero sobre la herencia, una vez aceptada. En el caso, la demandada era conocedora en el momento de la cesión de que era única heredera de la causante, ya fallecida —abierta la sucesión—, lo que quedó confirmado con la

posterior declaración judicial de nulidad del testamento otorgado por la causante y la declaración de la demandada como heredera universal de la misma en virtud de auto de declaración de herederos *ab intestato*. Ambos actos judiciales no fueron constitutivos de su derecho a la herencia, sino declarativos de la certeza de tal derecho —art. 991 CC—, que es retroactiva al momento de la muerte de la causante —como disponen los arts. 657 y 661 CC—. Por tanto, el negocio jurídico celebrado entre los litigantes es válido.

DONACIÓN

Validez de la donación de participaciones sociales, disimulada bajo una aparente venta, cuando el donatario ejercita sin oposición los derechos de socio desde la donación

Sentencia Tribunal Supremo, Sala Primera, núm. 234/2011, de 14 de abril. (Ponente: José Ramón Ferrándiz Gabriel) LA LEY 52208/2011

El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda de nulidad de pleno derecho por falta de causa (inexistencia de precio) de contrato de compraventa de participaciones sociales. La AP Valencia estimó en parte el recurso de apelación y revocó la sentencia del Juzgado en cuanto a la imposición de las costas causadas, cuyo pronunciamiento condenatorio dejó sin efecto. El Tribunal Supremo declara no haber lugar a los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación interpuestos por el demandante.

Ante la ausencia de norma especial, es aplicable a las participaciones sociales el régimen jurídico de la donación contenido en



el CC. Y, en concreto, el propio de la que tiene por objeto bienes muebles. Las dos formas que, alternativamente, exige el art. 632 CC para la donación de bienes muebles tienen un carácter solemne, pues ha de hacerse necesariamente por escrito, aunque sea privado, y constar en la misma forma la aceptación o, si la donación fuera verbal, realizarse con la «entrega simultánea de la cosa donada». De no cumplirse alguna de esas dos formas, la escrita o la real, la donación no producirá efectos. Por otro lado, la forma escrita ha de ser la de una donación, de donde se sigue que no vale como forma de donación un escrito otorgado para dar apariencia a una compraventa. Es, por tanto, correcto concluir que, en el caso de autos, la escritura de venta de las participaciones no vale como forma escrita de donación, ya que el documento no fue la expresión formal de un contrato de tal clase, sino un artificio para ocultarlo bajo la apariencia una venta. Sin embargo, cabe que la donación de bienes muebles se perfeccione de palabra, con entrega simultánea de la cosa, y no hay inconveniente en entender probada dicha entrega cuando el donante, o quien lo hiciera por él, deja de poseer los derechos de los que aquellos son expresión y pasa a hacerlo el donatario. Pues bien, ese cambio subjetivo en la condición de socio se considera producido en el caso de autos, al derivar de las actuaciones el nítido reflejo de que, desde la aparente venta y disimulada donación, fue el donatario quien ejercitó sin oposición conocida los derechos de socio.

SOCIEDAD DE RESPONSABILIDAD LIMITADA

Disolución por paralización de los órganos sociales

Sentencia Tribunal Supremo, Sala Primera, núm. 229/2011, de 11 de abril. (Ponente: Jesús Corbal Fernández) LA LEY 14250/2011

Las sentencias de instancia estimaron la demanda sobre disolución de sociedad y conversión del administrador en liquidador de la misma. El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación.

El art. 110.1 LSRL 1995 establece, para el caso de apertura de la liquidación, que cesarán en su cargo los administradores y que quienes tuvieren esta condición al tiempo de la disolución quedarán convertidos en liquidadores, salvo que se hubieren designado otros en los estatutos o que, al acordar la disolución, los designe la Junta General. No hay ninguna razón estructural ni formal para sostener, o que permita entender, que dicha norma no es aplicable a las causas de disolución del art. 104.1 c) LSRL 1995 —«imposibilidad manifiesta de conseguir el fin social, o paralización de los órganos sociales de modo que resulte imposible su funcionamiento»—. El supuesto de autos, dos socios con igual participación social del cincuenta por ciento cada uno, y claramente enfrentados, plantea una cierta singularidad respecto de otras causas de disolución, pero ello no es razón suficiente para objetar con carácter general la aplicación de la norma del art. 110.1. Puede suceder que concurriendo determinadas circunstancias objetivas —fraude; inidoneidad patente; manifiesta complejidad; imbricación de otras sociedades; etc.— pueda justificarse una medida judicial —de designación de liquidador, o de intervención—, pero se trata en todo caso de circunstancias excepcionales, que no se dan con desconfianzas subjetivas, o preparación de la situación mediante el ejercicio de acciones de responsabilidad social o de naturaleza penal, de resultado desconocido o incierto, por lo que basta, por lo

general, la operatividad de la responsabilidad a que está sujeto todo administrador-liquidador —art. 114 LSRL 1995; art. 375.2 LSC—.

SOCIEDAD ANÓNIMA

Responsabilidad del liquidador

Sentencia Tribunal Supremo, Sala Primera, núm. 264/2011, de 18 de abril. (Ponente: Rafael Gimeno-Bayón Cobos) LA LEY 98642/2011

El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda de reclamación de cantidad por responsabilidad civil del liquidador de la sociedad deudora de la demandante. La AP Madrid estimó en parte el recurso interpuesto por el liquidador y redujo la condena del mismo a pagar la cantidad que resultó de la liquidación, que fue entregada a los socios. El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación interpuesto por la demandante.

Para garantizar el ordenado desarrollo del proceso de liquidación el art. 279 TR LSA dispone que «los liquidadores de la sociedad anónima serán responsables ante los accionistas y los acreedores de cualquier perjuicio que les hubiesen causado con fraude o negligencia grave en el desempeño de su cargo», de cuya exégesis se deduce que para que haya lugar a la exigencia de responsabilidad a los liquidadores es preciso que concurran los siguientes: 1) Acción u omisión en fraude o por negligencia grave, excluyéndose los supuestos de simple negligencia; 2) Que la acción u omisión se desarrolle por el liquidador o liquidadores precisamente en tal concepto; 3) Daño o perjuicio directo o indirecto —«cualquier perjuicio», según el tenor de la norma—, y 4) Relación de causalidad entre el actuar de los liquidadores y el daño.

ACCIÓN DECLARATIVA DE DOMINIO

Acción declarativa de dominio de un inmueble objeto de un negocio fiduciario

Sentencia Tribunal Supremo, Sala Primera, núm. 349/2011, de 17 de mayo. (Ponente: Antonio Salas Carceller) LA LEY 62798/2011

El Juzgado de Primera Instancia desestimó la acción declarativa de dominio. La AP Guipúzcoa revocó la sentencia del Juzgado y estimó la demanda. El Tribunal Supremo declara no haber lugar a los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación.

En la fiducia *cum amico* el fiduciario no ostenta la titularidad real pues no es un auténtico dueño, teniendo solo una titularidad formal, sin perjuicio del juego del principio de la apariencia jurídica, de modo que el dominio sigue perteneciendo al fiduciante en cuyo interés se configura el mecanismo jurídico, lo que acentúa la nota de la confianza. En tal situación no cabe acudir a la doctrina de los actos propios del fiduciante para sostener que de los mismos se desprende la efectiva titularidad del fiduciario pues no concurren en tales actos los requisitos para que los mismos creen estado y hayan de considerarse vinculantes para quien los protagoniza. La doctrina de los actos propios tiene su último fundamento en la protección de la confianza y en el principio de la buena fe, que impone un deber de coherencia y limita la libertad de actuación cuando se han creado expectativas razonables. Sin embargo, solo tiene aplicación cuando lo realizado se oponga a los actos que previamente



Sentencias

hubieren creado una situación o relación de Derecho que no podía ser alterada unilateralmente por quien se hallaba obligado a respetarla, pues constituye un presupuesto necesario para la aplicación de esta doctrina que los actos propios sean inequívocos, en el sentido de crear, definir, fijar, modificar, extinguir o esclarecer sin ninguna duda una determinada situación jurídica que afecte a su autor, y que entre la conducta anterior y la pretensión actual exista una incompatibilidad según el sentido que, de buena fe, hubiera de atribuirse a aquélla; situación de incompatibilidad que no existe cuando la base de la acción se encuentra precisamente en la afirmación de que se han venido realizando actos de reconocimiento de propiedad a favor de quien no era titular real del dominio.

COMPRAVENTA

Falta de legitimación del tercero a quien los vendedores cedieron determinados derechos que formaban parte del precio, para exigir la elevación del contrato privado a escritura pública

Sentencia Tribunal Supremo, Sala Primera, núm. 400/2011, de 1 de junio. (Ponente: Antonio Salas Carceller) LA LEY 71515/2011

Las sentencias de instancia estimaron la demanda en la que se interesaba que se declarase válido un contrato privado de compraventa y un contrato privado de transmisión a la demandante de los derechos de la vendedora derivados de aquella compraventa, y se condenase a las entidades compradora y vendedora a elevar a público tales documentos privados. El Tribunal Supremo declara haber lugar al recurso de casación, casa la sentencia recurrida y, en su lugar, desestima íntegramente la demanda.

Transmisión por la vendedora a un tercero de los derechos de los que era titular en la edificación a realizar en la finca. El cesionario no está facultado para exigir la elevación a escritura pública de un contrato celebrado entre compradora y vendedora en el que no fue parte. No existió una cesión de contrato sino una simple cesión de derechos derivados del mismo. El objeto de la transmisión no fue una posición jurídica contractual sino que únicamente la vendedora realizó una dación en pago cuyo objeto eran determinados derechos que formaban parte de la contraprestación que había de satisfacer la compradora, cuya cesión habían previsto los propios contratantes. Diferencias entre transmisión de derechos y cesión de contrato.

SUCESIÓN HEREDITARIA

Donación de dinero por los padres a un hijo para la compra de dos terceras partes de un inmueble

Sentencia Tribunal Supremo, Sala Primera, núm. 355/2011, de 19 de mayo. (Ponente: Xavier O'Callaghan Muñoz) LA LEY 71528/2011

Las sentencias de instancia estimaron la demanda sobre imputación de bienes y de colación en el patrimonio hereditario de unos determinados causantes. El Tribunal Supremo declara haber lugar al recurso de casación formulado por los demandados, anula en parte la sentencia recurrida y declara colacionable en los patrimonios hereditarios de los causantes tanto el valor actualizado del dinero que recibió como donación uno de sus hijos para la compra

de dos tercios de dos pisos, como el valor actualizado al tiempo de la partición de la tercera parte de uno de los pisos donada por los causantes al mismo hijo.

Debe traerse a colación el dinero de aquella compra por su valor actualizado al tiempo de hacerse la partición. Donación por los padres al mismo hijo de la tercera parte restante. Es colacionable el valor actualizado de esa tercera parte al tiempo de la partición. Dispensa de colación. Ha de ser manifestada expresamente, con expresiones claras e indudables y se puede acordar en cualquier tiempo, tanto en el propio texto del contrato de donación o posteriormente, en otro acto *inter vivos* o en el propio testamento. La donación hecha en escritura de compraventa simulada no debe entenderse como dispensa de la colación.

PRÉSTAMO HIPOTECARIO

Legitimación activa para el ejercicio de la acción declarativa de la prescripción de la acción hipotecaria y subsiguiente cancelación de su inscripción registral

Sentencia Tribunal Supremo, Sala Primera, núm. 389/2011, de 27 de mayo. (Ponente: Xavier O'Callaghan Muñoz) LA LEY 71526/2011

Las sentencias de instancia desestimaron la demanda de extinción de hipoteca por prescripción de la acción hipotecaria y cancelación registral de la citada hipoteca, por falta de legitimación activa de la sociedad demandante. El Tribunal Supremo declara haber lugar a los recursos por infracción procesal y de casación, casa la sentencia recurrida y ordena la reposición de las actuaciones al tiempo anterior al dictado de la misma para que se dicte nueva sentencia sobre el fondo del asunto partiendo de la legitimación activa de la entidad demandante.

Es el suplico de la demanda el que marca la acción ejercitada. Y la ejercitada en el caso, de declaración de prescripción de la acción hipotecaria, añade además y como consecuencia de dicha petición, contradictoria del derecho real de hipoteca inscrito, la cancelación de la inscripción correspondiente de hipoteca, cumpliendo así lo previsto en el art. 38.2 LH. La rectificación de la inscripción registral inexacta requerirá del ejercicio de la acción contradictoria del derecho real inscrito —por ejemplo, como en este caso, por razón de prescripción— que habrá de ir acompañada de la pretensión de cancelación de la inscripción en el Registro de la Propiedad. La referencia del art. 38 LH a la demanda de nulidad o cancelación del asiento registral no limita la legitimación activa, sino que la tiene quien ejercita la acción principal relativa al derecho real. La rectificación a que se refiere el art. 40 LH no es judicial, sino que es un procedimiento registral y la alusión que hace en sus últimos párrafos a la pura acción judicial de rectificación es difícilmente practicable separada de la acción principal referida en el art. 38 LH. Consecuencia de lo dicho es que la entidad demandante tiene legitimación activa para el ejercicio de la acción declarativa de prescripción y para el ejercicio subordinado —e imperativo ex art. 38 LH— de la pretensión de cancelación de la inscripción de la hipoteca, cuya prescripción se pretende.



RETRACTO DE COMUNEROS

Reembolso por el retrayente al comprador-retraído de la comisión pagada por este al mediador en la compra

Sentencia Tribunal Supremo, Sala Primera, núm. 441/2011, de 30 de junio. (Ponente: Francisco Marín Castán) LA LEY 119767/2011

El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda por caducidad de la acción de retracto. La AP Valencia revocó la sentencia del Juzgado y estimó parcialmente la demanda y declaró el derecho de la demandante a retraer la parte indivisa de las fincas vendidas con obligación de abonar a la demandada determinadas cantidades. El Tribunal Supremo estima el recurso de casación y casa en parte la sentencia recurrida dejando sin efecto su fallo en cuanto dispone que la actora abone a la demandada la comisión del intermediario, la comisión de apertura de crédito y los intereses devengados con arreglo a lo establecido en el contrato de apertura de crédito en cuenta corriente.

El Tribunal Supremo ratifica la doctrina jurisprudencial que establece que en caso de retracto, el retrayente no debe reembolsar al comprador los gastos e intereses del préstamo o crédito obtenido por este para financiar la adquisición de la finca, pues no merecen la consideración de «gastos del contrato» ni de «pagos legítimos» hechos para la compra: en primer lugar porque su relación con la compra es solamente indirecta, y en segundo lugar porque son la consecuencia de un riesgo que libremente decide correr el comprador cuando carece de liquidez para la adquisición o prefiere realizarla acudiendo a la financiación de un tercero. Sin embargo, sí matiza o precisa la referida doctrina jurisprudencial en el sentido de considerar reembolsable la comisión del mediador satisfecha por el comprador cuando se pruebe que la mediación fue razonablemente necesaria para la compra y se hubiera comunicado el importe de la comisión al retrayente junto con las condiciones esenciales de la compraventa, es decir, como uno más de los datos con base en los cuales el facultado para el retracto ha de decidir si lo ejerce o no. El Alto Tribunal considera que la importancia económica de la compraventa y la dedicación profesional o actividad de los sujetos intervinientes, comprador, vendedor y retrayente, no son razones suficientes para justificar un cambio de jurisprudencia ya que la consecuencia serían dos regímenes diferentes cuya frontera nunca estaría bien delimitada, o incluso que como regla general, prescindiendo ya de la importancia económica de la compraventa y de la condición de los sujetos intervinientes, se incluyeran en el concepto legal «gastos del contrato y cualquier otro pago legítimo hecho para la venta» los que en rigor no lo son o, al menos, no tienen por qué serlo.

ARRENDAMIENTOS URBANOS

Validez de la renuncia anticipada al derecho de retracto arrendaticio de local de negocio de la LAU 1964

Sentencia Tribunal Supremo, Sala Primera, núm. 335/2011, de 9 de mayo. (Ponente: Juan Antonio Xiol Ríos) LA LEY 98654/2011

El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda formulada por los arrendatarios en ejercicio de la acción de retracto, y estimó la reconvencción formulada por el arrendador declarando la resolución del contrato por obras no consentidas. La AP Barcelona revocó la sentencia del Juzgado, estimó la demanda principal y desestimó la reconvencción. El Tribunal Supremo declara haber lugar al recurso de casación, casa la sentencia recurrida y confirma la sentencia de primera instancia en cuanto a la desestimación de la acción de retracto, reponiendo las actuaciones al momento anterior a dictarse la sentencia de apelación, con el fin de que la Audiencia Provincial entre a valorar la causa de resolución arrendaticia.

El art. 6.3 LAU 1964 establece que «Serán asimismo renunciables los beneficios que la Ley confiere al arrendador, lo sea de vivienda o de local de negocio, y a los arrendatarios y subarrendatarios de estos últimos, salvo el de prórroga del contrato de arrendamiento, cuyo derecho no podrá ser renunciado por el arrendatario». La cuestión planteada en el caso se centra en determinar si el derecho de retracto es renunciable de forma anticipada o si, como establece la sentencia del Tribunal Supremo de 11 oct. 2001, hay que esperar a conocer las condiciones del retracto para que el beneficio surja. El Alto Tribunal considera necesario revisar el criterio seguido en dicha sentencia, por entender que no es adecuado plenamente al tenor literal de la norma, sus antecedentes legislativos, ni tampoco con su finalidad. La interpretación por la que la renuncia del derecho de tanteo o retracto solo puede realizarse una vez surjan las condiciones para su ejercicio dejaría vacío de contenido este artículo —6.3 LAU 1964— pues carece de sentido establecer el derecho a una renuncia a un derecho de carácter potestativo, como es el retracto, limitando sus efectos a los inherentes al no-ejercicio del derecho, cuya posibilidad es inherente a su naturaleza. Los derechos de tanteo y retracto se convertirían así en derechos irrenunciables, pues los derechos irrenunciables no conllevan la obligación de ejercitarlos, sino la facultad de ejercitarlos, siendo susceptibles de renuncia posterior. Considerar que no cabe la renuncia anticipada supondría equiparar a los arrendatarios de locales de negocio con los de vivienda, sin que hubiera sido necesario establecer legalmente esta distinción, dejando así la posibilidad de ejercicio o no del derecho, una vez surjan las condiciones. Debe entenderse, por tanto, que, en el marco de equilibrio entre las partes, en el momento de celebración del contrato de arrendamiento de local de negocio, las partes podían establecer las cláusulas que considerasen pertinentes, permitiendo una renuncia anticipada de los beneficios de la ley, con la única salvedad de la prórroga forzosa. Esta renuncia debía hacerse de forma expresa y escrita.

Reseña de las principales sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña^(*)

Publicadas entre marzo y mayo de 2011

Por Víctor Esquirol Jiménez. Notario de El Masnou

RESCISIÓN POR LESIÓN

Para que la venta de un inmueble se califique como civil y sea aplicable la acción de rescisión por lesión ultradimidium, se requiere que el vendedor no se dedique al comercio de inmuebles y que el comprador no adquiera con la intención de revender. La acción de rescisión caduca a los cuatro años de la perfección de la venta, que, si ha ido precedida de una opción de compra, cuenta desde que la intención de comprar se haya notificado a la parte vendedora. Para que la renuncia a la acción sea válida, se requiere que no se haya pactado antes de la formalización de la venta.

Sentencia 17/2011, de 31 de marzo (ponente: José Francisco Valls Gombau)

Resumen: El mismo día se celebran dos contratos: uno de compraventa, en que la parte vendedora es una persona física no comerciante y la compradora una persona jurídica cuyo objeto social no consta en la Sentencia, y otro en que la parte antes compradora arrienda con derecho de opción de compra la finca a favor de la antes vendedora.

La primera cuestión que se plantea es si la venta es rescindible por lesión. El Tribunal parte de la base que la solución depende de si la compraventa es mercantil o civil, siendo rescindible solo en es-

te último supuesto, y recuerda que se ha pronunciado ya en ocho ocasiones sobre la misma cuestión, con el resultado de siete ventas civiles y una venta mercantil (en esta, Sentencia 27/2007, de 10 de septiembre, las dos partes eran comerciantes dedicados al negocio inmobiliario y la operación se enmarcaba dentro del objeto de tráfico empresarial de las dos sociedades). Hace una mención especial de la Sentencia 46/2008, de 30 de diciembre, en que se declaró el carácter civil de la venta en base a que la vendedora era una persona física no comerciante y la compradora se dedicaba a la intermediación inmobiliaria, pero no quedó acreditado que comprase la finca con intención de revenderla, «siendo trascendente, según se establece en dicha Resolución a los efectos de calificación de la venta como civil o mercantil, la condición personal del vendedor y la del comprador», pero añade que «dicho elemento no es el único, puesto que, como declaró la Sentencia 35/2004, de 22 de noviembre, “per determinar la naturalesa civil o mercantil d’un contracte de compravenda i, per tant, per a fer-ne la seva qualificació, s’ha d’estar fonamentalment al contingut dels seus pactes o estipulacions, i si d’ells resulten elements qualificables, uns de caràcter civil i altres d’índole mercantil, caldrà veure quins són els prevalents per tal de qualificar la compravenda global como a civil o mercantil”. Por lo tanto, en el caso examinado, hemos de considerar que la compraventa ha de calificarse como civil y queda sujeta a la acción de rescisión por lesión en atención a las siguientes circunstancias: a) la condición de persona física no comerciante de la vendedora; (...) b) no se ha acreditado en autos el ánimo de revender de la compradora».

En segundo lugar, el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña examina si ha caducado el plazo de cuatro años que el artículo 322 del CDCC establece para ejercitar la acción de rescisión por lesión

(*) El texto íntegro de las sentencias se puede consultar en www.poder-judicial.es.



por la venta. La duda surge porque la escritura de venta fue precedida de una de opción de compra cuya fecha es anterior en cuatro años a la presentación de la demanda (no así la escritura, que es de fecha posterior) y porque, antes de otorgarse la escritura en la que se ejercitaba el derecho de opción de compra, el optante había otorgado varias actas de manifestaciones también anteriores a los cuatro años, en que declaraba que había entregado sumas que serían descontadas del precio de la escritura a los efectos del ejercicio de la opción. El Tribunal estima que el plazo de caducidad debe contarse desde la perfección de la venta, que en este caso coincide con el ejercicio de la opción, como ya estableció la Sentencia 25/1993, de 9 de noviembre. Por su parte, el Tribunal Supremo tiene sentado que la opción se perfecciona cuando la notificación de su ejercicio se lleva a cabo, aun cuando la compraventa se consume posteriormente (sentencias de 27 de septiembre de 2007, de 23 de mayo de 2007 y 17 de septiembre de 2010). También el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña dijo, en la Sentencia 5/1995, de 9 de febrero, que en el caso de contrato privado de compraventa posteriormente formalizado en escritura pública, el plazo de caducidad se cuenta desde la perfección en el contrato privado y no desde la consumación en la compraventa. En el caso presente, se había pactado que la intención de ejercitar la opción debía notificarse fehacientemente a la propietaria, lo cual no se hizo, por lo que la entrega de cantidades a cuenta no se considera como ejercicio de la opción a los efectos de la perfección de la venta.

La tercera cuestión plantea la validez de la renuncia a la acción de rescisión por lesión que se había otorgado por la vendedora en un documento en que justificaba la renuncia por haber recibido en realidad una cantidad mayor que la estipulada en la escritura de venta. La fecha del documento de renuncia coincide con la de la escritura de venta. El Tribunal Superior de Justicia de Cataluña no da validez a dicha renuncia en base a que la Sentencia recurrida declaró probado que la renuncia se pactó con anterioridad a la venta (debiendo ser posterior a ella, conforme al artículo 322 del CDCC) y declaró como no probado que la vendedora recibiera ningún complemento de precio, declaraciones que no han sido combatidas por el cauce del recurso extraordinario de infracción procesal, por lo que resultan intangibles.

Finalmente, declara haber lugar a la rescisión en base a los hechos declarados probados en la segunda instancia, entendiendo que un arrendamiento por cinco años y por una renta de mercado no desvaloriza el valor de la finca.

Comentario:

1) *Naturaleza civil o mercantil de la venta a efectos de la procedencia de la acción de rescisión.*

Como puede verse, el tema de la rescisión por lesión *ultradividium* o *engany a mitges* está de plena actualidad, sin duda, a consecuencia de la crisis económica que padecemos. El artículo 344 del Ccom establece que no se rescindirán las ventas mercantiles por causa de lesión, lo cual tiene su lógica, pues la rescisión se ha basado tradicionalmente en la posible impericia de la parte vendedora, la cual se excluye si se dedica al tráfico inmobiliario. Hasta aquí no hay problema; la cuestión surge cuando la parte vendedora no es comerciante y la parte compradora sí lo es (cuando hablo de *comerciante*, me refiero principalmente al supuesto de una persona jurídica que se dedica al comercio de bienes inmuebles, aunque sea de forma secundaria, como una entidad bancaria, por ejemplo). El Tribunal Su-

perior de Justicia de Cataluña ha tenido muchas dudas en calificar la compraventa como civil o como mercantil en este supuesto, pese a que siempre la ha acabado calificando como civil. Por ejemplo, en la anterior sentencia sobre la materia, la Sentencia 28/2010, de 26 de julio, que comenté en esta revista (n.º 3/2010, p. 138), en un supuesto muy parecido al presente, después de dar muchas vueltas a la cuestión, a mí no me quedó claro que el Tribunal calificara finalmente la venta como civil. Ahora parece que sí lo hizo, pues la misma Sala dice que en todas las sentencias anteriores se consideraron civiles las ventas. Por lo tanto, parece que el criterio debería ser claramente que cuando la vendedora es una persona física que no se dedica al tráfico o a la intermediación inmobiliaria, la venta debería ser siempre civil, al menos a los efectos de la rescisión por lesión. Sin embargo, el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña no lo ve tan claro, ya que, como hemos visto, parece exigir la concurrencia acumulativa de los dos requisitos de: a) condición de persona física no comerciante de la vendedora, y b) ánimo de revender de la compradora. *A contrario sensu*, si se acredita el ánimo de revender de la compradora, parece que la venta será mercantil (en el caso examinado, el comprador, probablemente en el marco de una operación global de refinanciación, arrendaba la finca a la vendedora, lo que a juicio del Tribunal otorga carácter civil a la venta). Sin olvidar que el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña también exige estar al contenido de los pactos y estipulaciones.

En mi opinión, en base al fundamento de la acción de rescisión por lesión, debería ser suficiente que la parte vendedora no fuese comerciante, sin más requisitos. Como he dicho al principio de este comentario, la acción rescisoria se basa en la posible impericia de la parte vendedora, por eso el Ccom la excluye cuando la venta es mercantil, en el convencimiento de que, en esta, la parte vendedora debería ser conocedora de que vende muy por debajo del precio de mercado y asume dicha circunstancia por la razón que sea. Por eso debería bastar que la parte vendedora no sea comerciante para admitir la rescisión por lesión, aunque la otra parte sea comerciante y tenga ánimo especulativo. Y todo ello sin la exigencia de elemento subjetivo alguno, pues, como ha dicho reiteradamente el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, no es necesaria la intención de engañar en la parte compradora (ni el desconocimiento en la parte vendedora, añadiría yo).

2) Caducidad de la acción de rescisión.

El Tribunal Superior de Justicia de Cataluña establece, con buen criterio, que el plazo de caducidad de la acción rescisoria cuenta desde la fecha de perfección del contrato del ejercicio de la opción (que coincide con la perfección de la compraventa, aunque no necesariamente con la consumación de esta o la fecha de la escritura pública). Sin embargo, el optante manifiesta que, antes del otorgamiento de la escritura de venta, había entregado al propietario diversas cantidades a cuenta de la venta, pero no se nos dice si el propietario intervino en la recepción de dichas cantidades. Si así fuera, podría considerarse perfeccionada la venta sin necesidad de notificación alguna, siendo jurisprudencia del Tribunal Supremo (Sentencia de 12 de mayo de 2009), que cita la Audiencia, que la perfección se produce aunque no medie entrega de la cosa ni pago del precio, pues entrega y precio pertenecen a la fase de consumación de la venta, como no podría ser de otro modo, dado el carácter consensual del contrato de compraventa. La cuestión es que si el propietario ha intervenido en la recepción de las cantidades a cuenta del precio (por



Sentencias

ejemplo, firmando un recibo de dichas cantidades), podría considerarse perfeccionada la venta sin necesidad de notificación de la voluntad de optar, que podría darse por implícita en el acto de recibir el pago del precio o de parte del mismo. En cambio, si el propietario no ha intervenido en la recepción de dichas cantidades (por ejemplo, pago mediante transferencia bancaria), el requisito de la notificación se debe considerar como incumplido.

3) Renuncia a la acción de rescisión.

Esta es una cuestión de gran trascendencia práctica, ya que es habitual que la renuncia a la acción rescisoria se otorgue después de la escritura de compraventa, pero inmediatamente a continuación, de modo que podría considerarse realizada en el mismo acto y no cumplirse el requisito de posterioridad del artículo 322 del CDCC (que exime del mismo a Tortosa y a su antiguo territorio, «on la renúncia es podrà fer en el mateix contracte»). La alusión a las palabras «mateix contracte» puede dar a entender que si la renuncia se celebra en otro contrato ya sería suficiente, aunque se realice a continuación de la venta. Pero no lo entendió así la SAPB (Sec. 16.ª) de 23 de octubre de 2007, que declaró nula la renuncia en documento privado por entender que se había «efectuado en unidad material de acto con el propio otorgamiento de la escritura». La Sentencia que comentamos va incluso más allá y, aceptando que la renuncia, pese a llevar la misma fecha que la venta, se hizo posteriormente a esta, no la admite, puesto que considera que se pactó antes de la venta, lo cual es bastante evidente en este caso, pues en la renuncia se reconocía un complemento de precio que no figuraba en la escritura. No obstante, creo que, salvo en casos de la claridad de este, no debería investigarse tanto el momento en que se pactó verbalmente la renuncia (la cual podría considerarse implícita en las condiciones de la venta; algunas sentencias de las audiencias provinciales han admitido, para mí de forma discutible, la posibilidad de la existencia de la renuncia tácita o implícita, como la SAPT, Sec. 1.ª, de 22 de marzo de 2010, o la SAPB, Sec. 16.ª, de 18 de octubre de 2007), como el momento en que se otorgó el contrato de renuncia que, como hemos visto, no debería realizarse en unidad de acto con la escritura de venta.

PROPIEDAD HORIZONTAL. ELEMENTOS COMUNES

Los gastos extraordinarios de conservación de los elementos comunes son a cargo de todos los propietarios, incluso de aquellos que no los utilizan por el destino o la naturaleza de dichos elementos, salvo que el título o los estatutos dispongan lo contrario o así lo acuerde la Junta de Propietarios.

Sentencia 20/2011, de 12 de mayo (ponente: M. Eugènia Alegret Burgués)

Resumen: Se plantea si los partícipes en una subcomunidad de propietarios de sótanos destinados a aparcamientos deben contribuir a los gastos realizados por la Comunidad general del edificio correspondientes a la sustitución de unas tuberías de gas que se encontraban en mal estado de conservación.

La Sentencia de la Audiencia resolvió que no debían contribuir por considerar que la instalación de gas del inmueble es un elemento de uso restringido o privativo de los pisos, ya que no puede ser

utilizada por los propietarios de las plazas de aparcamiento. Esta postura puede tener apoyo legal en el artículo 553-38.2 del Código civil de Cataluña, al decir que «los gastos ordinarios y *extraordinarios* de conservación y mantenimiento de los elementos comunes de uso restringido son a cargo de los propietarios de los elementos privativos que los disfrutan», mientras que, continúa diciendo, «las reparaciones que afectan y benefician a todo el edificio son comunitarias». Parece, por lo tanto, que estamos ante un gasto extraordinario de conservación de unas instalaciones que solo pueden disfrutar, por su propia naturaleza, los propietarios de los pisos, y deberían ser estos los que los asumieran de forma exclusiva.

El Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, no obstante, casa la Sentencia en base principalmente al artículo 553-42.3, que dispone que «los propietarios de los elementos privativos que tienen el uso y disfrute exclusivo de los elementos comunes (...) asumen sus gastos ordinarios de conservación y mantenimiento»; en cambio, dice a continuación que los «gastos extraordinarios son comunes». La contradicción entre los artículos 553-38.2 y 553-42.3 parece clara (como otras de la propia Ley, como reconoce el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña), ya que considera que en el articulado no hay base suficiente para establecer un régimen legal distinto para los elementos comunes de uso restringido que para los de uso privativo, o, si se prefiere, para los elementos comunes por destino que para los elementos comunes por naturaleza.

El Tribunal Superior de Justicia de Cataluña declara que la exoneración de los gastos de mantenimiento debe constar en el título, en los estatutos o por acuerdo de la Junta de Propietarios, en base a los siguientes argumentos:

- La naturaleza propia de los elementos comunes, que convierte a todos los propietarios de las entidades privativas en copropietarios de ellos.
- La regla general fijada para los elementos comunes en los artículos 553-44.1 y 553-45.2, que atribuyen a todos los propietarios los gastos de conservación de los mismos.
- El carácter general que se puede predicar del artículo 553-42.3 (que contradice al artículo 553-38.2), cuya redacción ha permanecido invariable en todos los textos legales precursores de la Ley vigente.
- Las sucesivas previsiones que, tanto para los elementos comunes por naturaleza como por destino, se realizan en los artículos 553-45.2.3, 553-45.2.4, 553-3.1.c, 553-3.3, 553-11.2.b y 553-11.2.c, en vista al pago de los gastos que se generan en la Comunidad, que siempre se remiten al título o a los estatutos como marco legal de obligado cumplimiento para todos los copropietarios, como corresponde al principio democrático que rige para estas comunidades.
- Lo impone por la seguridad jurídica, ya que los bienes se adquieren con la confianza de que las cargas y los beneficios que generen responderán a lo que se ha publicitado y a lo que ha previsto la Ley.



Comentario: Pocas aportaciones se pueden hacer a una Sentencia que estimo acertada y muy bien argumentada. Para mí, el precepto más claro para resolver la cuestión es el artículo 553-45.2, que dice que «la falta de uso y goce de elementos comunes concretos no exime de la obligación de sufragar los gastos que derivan de su mantenimiento, salvo que una disposición de los estatutos, que solo puede referirse a servicios o elementos especificados de forma concreta, establezca lo contrario». Pese a que se podría alegar que este precepto prevé solamente el supuesto del propietario que decide no utilizar los elementos comunes pudiendo hacerlo, y no el caso del que no puede utilizarlos, lo cierto es que la norma no distingue y que la contribución a los gastos es más acorde a la sistemática de la Ley, pues es preferible dar más peso a la regulación de los gastos extraordinarios de los elementos comunes no aprovechados por todos los propietarios hecha por un precepto con el epígrafe de «aprovechamiento de elementos comunes» (el artículo 553-42) que la realizada por otro que tiene por título «obligaciones de conservación y mantenimiento de los elementos privativos» (el artículo 553-38).

Descendiendo al terreno de la casuística, podemos decir que tan elementos comunes son las conducciones de gas como la fachada o la cubierta, y a nadie se le ocurriría eximir a los sótanos de los gastos de conservación de estas, aunque no se benefician de ellas. También creo que la interpretación del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña se aviene más con el espíritu de la Ley, que necesita una reforma para reparar los numerosos puntos negros que han sido advertidos por la doctrina y los tribunales.

PRESCRIPCIÓN. NORMATIVA APLICABLE

La prescripción aplicable a las obligaciones se regula por el Código civil de Cataluña y no por el Código civil español, aunque la pretensión derive de una obligación no regulada todavía por el Derecho catalán.

Sentencia 22/2011, de 26 de mayo (ponente: Núria Bassols i Muntada)

Resumen: A la reclamación de una deuda derivada de un *arrendamiento de servicios* o de un *contrato de ejecución de obra* (las partes y el Tribunal utilizan ambos términos indistintamente), la parte demandada opone la prescripción trienal del artículo 121.21.b del Código civil de Cataluña, lo cual es estimado en primera instancia, pero no así por la Audiencia, que considera aplicable el período prescriptivo de quince años del artículo 1.964 del Código civil español. El Tribunal Superior de Justicia de Cataluña casa la Sentencia y declara aplicable la norma catalana.

El argumento central de la Sentencia de la Audiencia es que no existe en Cataluña una regulación específica del contrato en cuestión (que es calificado en todas las instancias indistintamente como *arrendamiento de servicios* o *ejecución de obra*), por lo que debe aplicarse el Código civil y no de forma parcial, sino integral, para garantizar la coherencia de la ordenación legal. Apoya esta argumentación:

- En el Auto del Tribunal Constitucional de 29 de octubre de 2003, que ordenó alzar la suspensión de la aplicación del libro I del Código civil de Cataluña, en la medida en que tal aplicación se limitara a las leyes civiles de Cataluña.
- En que el conflicto entre las dos leyes civiles (la estatal y la autonómica) ha de resolverse conforme a los artículos 16 y 10-10 del Cód-

go civil español. El primero establece que los conflictos de leyes de Derecho interregional se regirán por las normas del Código reguladoras del Derecho internacional privado, por lo que es aplicable el artículo 10-10, inciso 1.º, que dispone que «la ley reguladora de una obligación se extiende a los requisitos del cumplimiento y a las consecuencias del incumplimiento, así como a su extinción».

- En que el Convenio de Roma de 19 de junio de 1980 y otras normas de la Unión Europea establecen que la ley aplicable a un contrato rige también las formas de extinción y en concreto la prescripción.
- En que del artículo 149.3 *in fine* de la Constitución española se infiere que el Derecho estatal es supletorio del Derecho autonómico.

Por su parte, el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña se basa:

- En el artículo 111-3 del Código civil de Cataluña, que proclama el carácter territorial del Derecho civil de Cataluña.
- En que no hay «ningún indicio de conflicto entre diferentes regímenes jurídicos civiles coexistentes en el territorio nacional, ya que queda claro que no es preciso averiguar acudiendo al artículo 10, apartado 5.º, del Código civil español, cuál es la norma civil aplicable, dado que una lectura del mismo hace evidente que es aplicable el Código civil catalán, cosa que ha comportado que ninguna de las partes litigantes ni tan siquiera se plantease la aplicación de dicha norma para resolver el “conflicto”, ya que se detecta automáticamente sin ni tan solo cuestionarlo; recordando que la norma que se aplicaría para solucionar un supuesto conflicto, dice literalmente: “5.—Se aplicará a las obligaciones contractuales la ley a que las partes se hayan sometido expresamente, siempre que tenga alguna conexión con el negocio de que se trate; en su defecto, la ley nacional común a las partes; a falta de ella, la de la residencia habitual común, y, en último término, la ley del lugar de celebración del contrato”. Añade más adelante que es «necesario para la aplicación de las normas de conflicto, tanto en el caso del Derecho internacional privado como en el caso del Derecho interregional, la presencia de un elemento de esta naturaleza, bien por la existencia de elementos personales o subjetivos referidos a las partes (vecindad, residencia o domicilio en otra comunidad autónoma) o, en su caso, por los elementos objetivos de realización del negocio o porque este tuviese que tener efecto en otro lugar, etc. El elemento interregional tiene que estar presente en todo caso, ya que, de otra manera, el conflicto de leyes no se producirá. El artículo 10-10 del Código civil español que cita la Sentencia objeto de recurso, como también las normas comunitarias relativas a la resolución de conflictos cuando se dan elementos comunitarios, resuelve el supuesto en el cual un intérprete tenga que optar, al aparecer un elemento internacional o bien interregional, entre aplicar la normativa del Código civil español como sistema jurídico completo, bien la normativa extranjera en el caso del Derecho internacional, o bien la normativa regional o autonómica en el caso del Derecho interregional, que incluye su propio sistema de fuentes. (...) El juego de la integración del ordenamiento jurídico mediante la aplicación de su propio sistema de fuentes impide que pueda hablarse de quiebra del principio de unidad del régimen jurídico aplicable a la institución».



Sentencias

- En relación al Auto del Tribunal Constitucional de 29 de octubre de 2003, en que el recurso al que se refería fue retirado y en que no resulta lícito intentar que la fundamentación jurídica del Tribunal Constitucional dictada en un ámbito pueda producir efectos en otro tan diferente.
- En que la normativa comunitaria alegada es una normativa de Derecho internacional privado con el objeto de «resolver conflictos de aplicación de las distintas normas privadas de los países signatarios, sin que en ninguno se pueda hacer extensiva la aplicación entre las diversas normas de cariz privado vigentes en un mismo estado».
- En que la interpretación de la Audiencia «obligaría a dejar de aplicar en Cataluña instituciones seculares como la rescisión por lesión *ultradimidium*, aplicable a los contratos de compraventa, permuta u otros de carácter oneroso que no tienen una regulación propia en el Derecho civil de Cataluña».

De las anteriores consideraciones, en relación con el artículo 111.2 del Código civil de Cataluña (relativo a la interpretación e integración del Derecho civil de Cataluña) y con el artículo 13.2 del Código civil español («En cuanto al resto, y respetando plenamente los derechos especiales o forales de las provincias o territorios en que están vigentes, rige el Código civil como Derecho supletorio, en defecto del que lo sea en cada una de esas, según sus normas especiales»), deduce el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña que:

«Para completar la norma catalana, es procedente acudir a:

- Los principios generales que informan el Derecho civil de Cataluña.
- La tradición jurídica catalana.
- La jurisprudencia del Tribunal de Casación y del Tribunal Superior de Justicia.
- Al derecho supletorio en la medida en que no se oponga a las disposiciones del Derecho civil de Cataluña o los principios que lo informan (artículo 111.5 del Código civil de Cataluña).»

Comentario: La presente Sentencia tiene una gran importancia ya que es la primera vez que el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña se pronuncia sobre un tema que ha sido objeto de debate en la doctrina, que ha dado lugar a soluciones divergentes en las resoluciones de las audiencias provinciales y que, ¿por qué no decirlo?, afecta claramente al carácter del Derecho civil de Cataluña. No repetiré aquí los argumentos a favor y en contra de una y otra solución, pues creo que han quedado suficientemente expuestos en el resumen anterior, esta vez un poco más extenso de lo que suele ser habitual, pero creo que la argumentación de la Sentencia merece una literalidad mayor que la acostumbrada en mis resúmenes. Para una mayor amplitud, especialmente en las citas de las sentencias de las audiencias y del Tribunal Supremo, recomiendo la lectura íntegra de la propia Sentencia y el artículo de JUAN MANUEL ABRIL CAMPOY («La prescripción en el Derecho civil de Cataluña: ¿es aplicable la normativa catalana solamente cuando existe regulación propia de la pretensión que prescribe?», *InDret*, 2/2011), que es el trabajo más reciente

sobre la materia, publicado muy poco antes de la divulgación de esta Sentencia y que defiende el mismo criterio que esta.

Queda claro, tras la lectura de esta Sentencia, que las normas del Código civil de Cataluña no son un Derecho especial formado por unas cuantas normas fragmentarias destinadas a preservar las especialidades aplicables en Cataluña en relación a la regulación del Derecho común, sino un ordenamiento jurídico integral, con pretensión de plenitud (salvando las materias que el artículo 149.1.8 CE atribuye en exclusiva al Estado), y que, como dice el artículo 111.4, es el Derecho común en Cataluña (*común* en el sentido de que se aplica supletoriamente a otras leyes, que pueden ser civiles especiales o no civiles y procedentes o no del propio Parlamento catalán; recomiendo a este respecto el artículo de FERRAN BADOSA COLL, «El caràcter de Dret comú del Codi civil de Catalunya», *Revista Catalana de Dret Privat*, 8, 2007, p. 19 y s.). La consecuencia práctica de esta Sentencia es que el Código civil español solo se aplica en Cataluña si la materia concreta de que se trate no está regulada por la Legislación catalana, ya sea por omisión voluntaria (como ocurre, de momento, con la mayor parte de la materia de obligaciones y contratos), ya sea por omisión necesaria (en aquellas materias que son de competencia exclusiva del Estado).

En el terreno notarial, una consecuencia práctica importante es la relativa a la cancelación registral de la condición resolutoria, a la que una sentencia reciente (SAPB, Sec. 1.ª, de 24 de marzo de 2009) aplicaba el plazo de prescripción de quince años del Código civil español. La cuestión tiene su propia historia, que resumiré siguiendo a BADOSA (*op. cit.*, p. 42). El artículo 177.2 del Reglamento Hipotecario (tras el Real Decreto 1867/1998, de 4 de septiembre) aplicaba el plazo de quince años a la cancelación de las condiciones resolutorias, pero la Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de enero de 2001 lo anuló, ya que aplicaba solo la regulación del Código civil español, sin tener en cuenta las normativas navarra y catalana sobre la prescripción, que establecían plazos distintos (treinta años). Esta Sentencia daba a la materia un carácter civil, que la excluía del artículo 148.1.8 del CE («la ordenación de los registros»). Así lo confirmó la disposición transitoria 27.ª de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, que añadió un párrafo quinto al artículo 82 de la Ley Hipotecaria, en el que hablaba genéricamente del «plazo señalado por la Legislación civil aplicable para la prescripción de las acciones». Nótese que, aunque estamos en materia de caducidad de un asiento registral, la Ley remite a los plazos de la prescripción «civil». Por lo tanto, y más aún a la vista de la Sentencia que comentamos, la remisión en Cataluña debe entenderse hecha al artículo 121-20 del Código civil catalán, que establece un plazo de diez años. Debe tenerse en cuenta, sin embargo, que por aplicación de la disposición transitoria de la Ley 29/2002, de 30 de diciembre, Primera Ley del Código civil de Cataluña, para las condiciones resolutorias constituidas antes del 1 de enero de 2004 (fecha de su entrada en vigor), sigue vigente el plazo de treinta años, salvo que antes se agote el plazo de diez años del artículo 121-20, a contar desde el 1 de enero de 2004. Por lo tanto, si añadimos el año del último inciso del artículo 82.5 de la Ley Hipotecaria, el 1 de enero de 2015 habrán caducado y se podrán cancelar todas las condiciones resolutorias constituidas antes del 1 de enero de 2004; y, para las constituidas después de dicha fecha, se aplicará el plazo de diez años (más uno). Todo ello no constituye ninguna novedad, pues ya lo había declarado así la DGDEJ en RR de 28 de enero de 2006 y de 24 de enero de 2007, ahora confirmadas por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña.

Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado contra calificaciones de la propiedad y mercantiles

Publicadas en abril, mayo y junio de 2011

Por Fernando Agustín Bonaga. Notario de Calatayud

ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

Resolución de 20 de abril de 2011 (BOE n.º 113, de 12 de mayo de 2011, 8304)

Deniega la inscripción de una escritura de venta de una finca inscrita a nombre de «Junta Administrativa de Miñano Menor, Ayuntamiento de Vitoria-Gasteiz» por falta de ratificación expresa del Ayuntamiento. Las entidades locales de ámbito inferior al municipio solo tienen competencias patrimoniales de mera administración y conservación (artículo 38.d del texto refundido de Régimen Local). La enajenación es competencia del Ayuntamiento, por lo cual el artículo 41-2 exige la ratificación municipal para los acuerdos dispositivos de la Junta o Asamblea Vecinal, lo cual debe interpretarse como auténtico consentimiento de quien ostenta el poder de disposición.

No es aplicable la doctrina del silencio administrativo positivo (sino las reglas generales contractuales, que exigen consentimiento dispositivo inequívoco), pues la enajenación de un bien patrimonial es «acto de la Administración», pero no «acto administrativo», ya que aquella no actúa con *imperium*, sino como persona jurídico-privada. Además, la doctrina del silencio administrativo positivo no es aplicable al consentimiento para las transacciones inmobiliarias, para el cual exige el citado artículo 41-2 una ratificación y no una mera

autorización; y hay que recordar que no cabe hacer valer el silencio cuando el acto es contrario a la Ley (Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de enero de 2009).

Resolución de 13 enero de 2011 (BOE n.º 78, de 1 de abril de 2011, 5902)

Inscrita una concentración parcelaria, la inscripción está sujeta a los principios hipotecarios (sin más particularidades que la inscripción obligatoria y la exigencia de acompañar plano cuando se altere el perímetro de la finca). Por ello, para inscribir una rectificación administrativa del expediente que supone cambiar el titular inicialmente inscrito, hace falta consentimiento de este o sentencia dictada en procedimiento donde se le haya demandado.

Resolución de 16 de marzo de 2011 (BOE n.º 78, de 1 de abril de 2011, 5912)

Deniega la inscripción de una Orden Ministerial de deslinde de dominio público marítimo-terrestre por dos razones: no se determina la parte de la finca afectada que debe pasar al dominio público y no se acredita la intervención en el expediente del titular registral (artículos 20 y 40 de la Ley Hipotecaria).

Resolución de 28 de marzo de 2011 (BOE n.º 97, de 23 de abril de 2011, 7304)

El titular de una finca solicita al Registrador, mediante instancia privada, que deniegue la inscripción del acuerdo de conversión en definitivas de las medidas cautelares adoptadas sobre la finca por la Agencia Tributaria. El titular alega estar pendiente de resolución el recurso interpuesto por él ante el TEAR contra el procedimiento de

Nota: Las apostillas entre corchetes [...] no proceden de la resolución extractada, sino que se trata sólo de comentarios u observaciones del autor de estos resúmenes.



Resoluciones

adopción de medidas cautelares. La Dirección deniega la pretensión del titular por la falta general de aptitud del documento privado como título inscribible, y porque los asientos practicados están bajo la salvaguarda de los tribunales y solo pueden quedar sin efecto por los procedimientos legalmente previstos.

ANOTACIÓN PREVENTIVA

Resolución de 22 de enero de 2011 (BOE n.º 78, de 1 de abril de 2011, 5905)

No cabe practicar anotación preventiva de demanda de mera reclamación de cantidad en tanto no exista un acto que lleve aparejada una mutación jurídico-real de trascendencia inmobiliaria (como, por ejemplo, un embargo) o una medida cautelar restrictiva de la disponibilidad de un bien.

Resolución de 15 de abril de 2011 (BOE n.º 106, de 4 de mayo de 2011, 7908)

Admite practicar una anotación preventiva de demanda por la que se pide la resolución de una transmisión inmobiliaria, con la especialidad de que aún no se ha inscrito esta y, por tanto, la finca figura aún inscrita a nombre del demandante.

Es cierto que para poder inscribir un título, este ha de estar otorgado por el titular registral o resultar de procedimiento dirigido contra él. Pero el mismo principio de tutela judicial efectiva impone admitir la anotación cuando su no práctica produzca indefensión para el demandante.

Resolución de 7 de mayo de 2011 (BOE n.º 123, de 24 de mayo de 2011, 9042)

En su día fue tomada anotación preventiva de suspensión por el defecto subsanable de falta de previa inmatriculación de la finca. Posteriormente, se anotó la prórroga de la anotación por ciento ochenta días. En día posterior al de finalización del plazo de prórroga, se presenta mandamiento judicial ordenando la prórroga de un año prevista en el artículo 205-2 del Reglamento Hipotecario. La Dirección deniega la nueva prórroga por entender que el asiento y su primera prórroga ya se hallan caducados.

Resolución de 7 de marzo de 2011 (BOE n.º 136, de 8 de junio de 2011, 9959)

Durante la vigencia de una anotación de embargo, se presenta mandamiento de prórroga cuya anotación se suspende por falta de nota fiscal. Retirado el mandamiento y subsanado el defecto, cuando se vuelve a presentar la anotación inicial ha caducado y está cancelada. La Dirección deniega la inscripción de la prórroga. La cancelación está ahora bajo la salvaguarda de los tribunales. La existencia de un defecto formal en la notificación de la calificación negativa (fue verbal) solo podría generar responsabilidad del Registrador.

Resolución de 5 de febrero de 2011 (BOE n.º 146, de 20 de junio de 2011, 10712)

La reparcelación o compensación puede inscribirse de dos modos (artículo 54-3 del texto refundido de la Ley del Suelo): por cancelación directa de los asientos de las fincas originarias o por la agrupación con simultánea división de toda su superficie. En este

segundo caso, la inscripción de la agrupación se practicará a favor de la comunidad de los interesados en el procedimiento y en la nota de referencia se hará constar su carácter instrumental (artículo 18-2 del Real Decreto 1093/1997).

La Dirección deniega la posibilidad de tomar anotación preventiva de embargo sobre la finca resultante de una agrupación instrumental de este tipo, la cual ya no existe por haber sido inmediatamente dividida. No hay inconveniente en anotar el embargo sobre las fincas de reemplazo adjudicadas al deudor, pero el principio de tracto sucesivo impide anotarlo sobre las fincas adjudicadas a un tercero protegido por la fe pública registral.

Resolución de 23 de mayo de 2011 (BOE n.º 146, de 20 de junio de 2011, 10717)

Resolución de 24 de mayo de 2011 (BOE n.º 146, de 20 de junio de 2011, 10718)

Resolución de 25 de mayo de 2011 (BOE n.º 152, de 27 de junio de 2011, 11051)

Resolución de 26 de mayo de 2011 (BOE n.º 152, de 27 de junio de 2011, 11052)

Deniegan la inscripción de mandamientos de embargo dictados por sendas corporaciones locales por impago de impuestos sobre inmuebles del deudor existentes fuera de su ámbito territorial. El artículo 8 de la Ley de Haciendas Locales dispone que las actuaciones de inspección o recaudación ejecutiva que hayan de efectuarse fuera del territorio de la entidad local en relación con tributos propios de esta deberán realizarse a través de la Administración autonómica o estatal.

COMPETENCIA NOTARIAL

Resolución de 10 de mayo de 2011 (BOE n.º 132, de 3 de junio de 2011, 9714)

Se refiere a una escritura de elevación a público de acuerdos de una sociedad limitada cuyo socio único es el Ayuntamiento de Ajofrín (Toledo), respecto de cuyo lugar de otorgamiento la Registradora Mercantil tiene dudas, puesto que fue autorizada por la Notaría de Mora, como sustituta y para el protocolo del Notario de Sonseca, aunque no en el término de residencia del Notario sustituido, sino en el de aquella. La Dirección admite la inscripción y desestima el pretendido defecto de incompetencia territorial del Notario autorizante (que, además, está insuficientemente motivado). La competencia territorial de los notarios se extiende a todo el distrito notarial (en este caso, Mora y Sonseca pertenecen al distrito de Orgaz). Ni siquiera un hipotético incumplimiento de los deberes reglamentarios sobre sustituciones y turno de reparto afectaría a la eficacia e inscribibilidad del documento.

CONCURSO E INSOLVENCIA

Resolución de 9 de mayo de 2011 (BOE n.º 132, de 3 de junio de 2011, 9712)

Resolución de 9 mayo de 2011 (BOE n.º 132, de 3 de junio de 2011, 9713)

Admiten la práctica de una anotación de embargo a favor de una sociedad concursada, pese a estar ordenada por Juzgado diferente



del que conoce del concurso y no haber intervenido los administradores concursales. El artículo 8 de la Ley Concursal (y el artículo 86 ter de la Ley Orgánica del Poder Judicial) atribuye al Juez del concurso jurisdicción exclusiva y excluyente en determinadas materias entre las que no se incluyen las demandas entabladas por el concursado en reclamación de cantidades. Por otro lado, es cierto que el principio de tutela efectiva exige que el titular registral haya tenido posibilidad de intervenir en el procedimiento, pero el Registrador no puede revisar la calificación del Juez sobre la capacidad procesal de la parte actora, a diferencia de la legitimación pasiva, que sí es calificable por el registrador por exigencia del principio de tracto sucesivo.

CONDICIÓN RESOLUTORIA

Resolución de 1 de abril de 2011 (BOE n.º 106, de 4 de mayo de 2011, 7904)

Se refiere a una sentencia que ordena la reinscripción a favor del vendedor, por falta de pago del precio aplazado garantizado con condición resolutoria, y que también ordena la cancelación de la venta posterior a favor de un segundo comprador. La Resolución fue ya inicialmente inscrita por el Registrador, pero la Dirección confirma ahora la denegación de la cancelación de la venta posterior, puesto que solo se demandó al primer comprador, sin citación de los actuales titulares registrales, quienes compraron sin que constase anotada la demanda de resolución.

Uno de los presupuestos necesarios para la Resolución es la acreditación de la consignación a favor de los titulares de derechos inscritos con posterioridad, a quienes corresponderá, por subrogación real, el derecho sobre la cantidad consignada (artículo 175-6 del Reglamento Hipotecario y Resolución de 9 de junio de 2010).

DECLARACIÓN DE OBRA NUEVA

Resolución de 24 de marzo de 2011 (BOE n.º 88, de 13 de abril de 2011, 6678)

Resolución de 14 de abril de 2011 (BOE n.º 106, de 4 de mayo de 2011, 7907)

Resolución de 4 de mayo de 2011 (BOE n.º 134, de 6 de junio de 2011, 9842)

En relación a sendas escrituras de declaración de obra, que incorporan certificado técnico acreditativo de una antigüedad superior a diez, quince y diez años, respectivamente, la Dirección resuelve que no es exigible la obtención de licencia de primera ocupación, pese a que hoy la exige el Reglamento de Disciplina Urbanística de Andalucía (Real Decreto 60/2010, de 16 de marzo) y pese a que es doctrina de la Dirección (v. gr. Resolución de 9 de enero de 2010) que las sucesivas redacciones legales sobre requisitos para la documentación e inscripción de obras se aplican a los documentos otorgados durante sus respectivos períodos de vigencia, aunque las obras se hayan ejecutado antes. Lo que ocurre en el supuesto es que se ha acreditado una antigüedad de obra superior al plazo de prescripción de infracciones urbanísticas graves y muy graves, que en Andalucía es de cuatro años. Por ello, resulta aplicable el régimen del artículo 52 del Real Decreto 1093/1997, que dispensa del requisito de apor-

tación de licencia de obras y que debe dispensar de la licencia de primera ocupación por identidad de razón (prescripción de eventuales infracciones urbanísticas).

Además, en las resoluciones de 24 de marzo y de 14 de abril, se declaran exigibles las obligaciones relativas al Libro del Edificio (y, en particular, la obligación de depositar en el Registro de la Propiedad una copia del mismo, que impone el Reglamento de Disciplina Urbanística de Andalucía), sin que resulten exoneradas por la antigüedad del edificio, pues en la fecha a que nos remonta el certificado ya había entrado en vigor la LOE, y en la fecha de la escritura ya estaba vigente el citado Reglamento andaluz.

Resolución de 25 de marzo de 2011 (BOE n.º 96, de 22 de abril de 2011, 7234)

Se refiere a la declaración de obra nueva de un conjunto de edificación compuesto por dos viviendas unifamiliares adosadas que los cónyuges promotores manifiestan destinar a uso propio suyo y de sus hijos. La Dirección exige el seguro decenal por no concurrir los requisitos de la excepción prevista para el autopromotor. En particular, falta el requisito objetivo de tratarse de «una única vivienda unifamiliar para uso propio», ya que: la edificación no comprende una sola vivienda, sino dos unifamiliares, y el quedar destinada a «uso propio», como es algo futuro, se puede entender acreditado con la mera manifestación del promotor, pero siempre que no quede contradicha documentalmente, como ocurre en el caso resuelto, en el cual la licencia de obras no es para una vivienda unifamiliar, sino para dos (remite a la Resolución de 9 de mayo de 2007 y a la Resolución de 23 de julio de 2010).

Por otro lado, en el documento relativo a la licencia de obras, suscrito por el Secretario, es preceptivo también el visto bueno del Alcalde, pues así lo exige el artículo 205 del Reglamento de Régimen Local (Real Decreto 2568/1986, de 28 de noviembre), con el objeto de significar que el certificante está en el ejercicio de su cargo y que su firma es auténtica.

Resolución de 5 de febrero de 2011 (BOE n.º 101, de 28 de abril de 2011, 7573)

Se refiere a una declaración de obra en construcción que incorpora certificación del arquitecto director de la obra, con firma legitimada notarialmente, afirmando que la descripción de la obra se ajusta al proyecto para el que se obtuvo licencia (artículo 50-1 del Real Decreto 1093/1997).

La Dirección entiende que no es preciso el visado colegial. Es cierto que, según el artículo 31 del Real Decreto 327/2002 (Estatutos de los Colegios de Arquitectos), el visado tiene, entre otras funciones, la de acreditar la cualificación y la habilitación profesional del certificante. Pero, fuera del ámbito corporativo, el visado no es un requisito exigido para la inscripción de obras nuevas, sino que solo lo es la identificación del certificante, acreditada por su comparecencia o por la legitimación notarial de su firma.

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona 17.^a, de 18 de marzo de 2009, publicada por la Resolución de 30 de mayo de 2011 (BOE n.º 149, de 23 de junio de 2011, 10909), anula la Resolución de 19 de julio de 2007, en la cual la Dirección



Resoluciones

reiteraba la siguiente doctrina, sentada en la Resolución de 21 de marzo de 2007 (BOE de 21 de abril de 2007, 8417):

«No es obstáculo a la inscripción que la suma asegurada según la póliza de seguro decenal (que debe ser al menos el 100 % del coste de ejecución material de la obra, incluidos los honorarios profesionales) sea menor que el valor de la obra nueva declarada, el cual podrá incluir también el valor añadido de la construcción, que dependerá de circunstancias como el mercado o el entorno.»

Resolución de 26 de abril de 2011 (BOE n.º 152, de 27 de junio de 2011, 11050)

Los artículos 20 y sucesivos de la Ley Valenciana 2/2004, de suelo no urbanizable, regulan las construcciones sobre suelo agrícola, ganadero, cinegético o forestal, permitiéndolas excepcionalmente: solo caben las estrictamente indispensables para la actividad propia de la parcela, con una serie de limitaciones cuyo cumplimiento o dispensa solo puede acreditarse mediante la correspondiente documentación administrativa.

En el caso resuelto, el Ayuntamiento concede licencia de edificación de una vivienda unifamiliar aislada sobre suelo no urbanizable, pero condicionado a la previa vinculación de la finca a la edificación. El titular otorgó e inscribió la vinculación y la declaración de obra conforme a la licencia y el proyecto. Ahora pretende inscribir una nueva declaración de obra consistente en garaje, caseta-barbacoa y piscina, donde manifiesta que la antigüedad de la obra es superior a cuatro años (lo cual es corroborado con certificado de arquitecto) y que no le consta la incoación de expediente de disciplina urbanística. La Dirección exige autorización administrativa y entiende que la vinculación inscrita impide la aplicación del artículo 52 del Real Decreto 1093/1997.

DOCUMENTOS EXTRANJEROS

Resolución de 8 de marzo de 2011 (BOE n.º 146, de 20 de junio de 2011, 10714)

Se pretende la cancelación de un usufructo mediante instancia y certificado de defunción del usufructuario, procedente del Registro Civil de Montlhéry (Francia), en que dicha defunción figura inscrita. El Registro Civil español no es competente para acreditar esta defunción, que tuvo lugar en Francia y afecta a un ciudadano de nacionalidad francesa. El documento acreditativo extranjero solo podrá ser inscrito si cumple los requisitos establecidos por las normas de Derecho Internacional Privado, siempre que contenga la legalización y demás requisitos necesarios para su autenticidad en España (artículo 36 del Reglamento Hipotecario). El trámite de la legalización ha sido sustituido por la apostilla para documentos públicos procedentes de países firmantes del Convenio de La Haya de 1961. Ahora bien, este Convenio da preferencia a un eventual régimen convencional internacional más favorable. Así, la parte recurrente entiende aplicable el Convenio de Atenas de 1977, n.º 17, de la Comisión Internacional del Estado Civil, que dispensa de legalización a los documentos que se refieran al estado civil.

Sin embargo, la Dirección no entiende aplicable al caso este Convenio, ya que el certificado incorporado no es original, sino un fax cuyo reporte de actividad dice que ha sido remitido desde el Ayuntamiento de Montlhéry. No identifica suficientemente la autoridad que

lo firma (el certificado no dice de qué localidad procede ni lleva sello de la entidad). El propio Convenio de Atenas está acompañado de un *rapport explicatif* (interpretación auténtica) del cual resulta que el concepto *estado civil* debe interpretarse restrictivamente, de modo que no incluye todo acto inscribible en el Registro Civil, sino solo los hechos y actos que se refieran propia y directamente al estado civil (así, el fallecimiento estaría excluido).

EXCESO DE CABIDA

Resolución de 19 de abril de 2011 (BOE n.º 112, de 11 de mayo de 2011, 8262)

Deniega la inscripción de un exceso de cabida acreditado por certificación catastral descriptiva y gráfica. La finca está inscrita con una cabida de 37 metros y se pretende inscribirla con una cabida de 67 metros; en el Catastro aparece como lindero una finca también de 37 metros, ubicada en la misma calle y número que la que es objeto de la escritura. La Dirección encuentra justificadas las dudas del Registrador sobre la identidad de dicho exceso, sin que el recurso sea marco adecuado para dilucidarlas, ya que para ello habría que acudir a la vía jurisdiccional.

Resolución de 4 de mayo de 2011 (BOE n.º 132, de 3 de junio de 2011, 9711)

Las dudas sobre la identidad de la finca o el exceso de cabida solo pueden impedir la inmatriculación o la inscripción del exceso cuando se documenta en escritura pública o certificación administrativa, pero no en los supuestos de expediente de dominio.

HIPOTECA

Resolución de 12 de mayo de 2011 (BOE n.º 133, de 4 de junio de 2011, 9763)

Declara inscribible una escritura de novación y ampliación de préstamo hipotecario, en la cual la responsabilidad total por intereses ordinarios y de demora no se calcula sobre la base de los nuevos tipos de interés resultantes de la novación (como exigía la Registradora), sino que es la suma de la responsabilidad preexistente (calculada al tipo de interés inicial) y de la ampliada (calculada al nuevo tipo de interés). No debe alterarse la responsabilidad de la hipoteca inicial aplicando los plazos y tipos de interés de la segunda, salvo que, además, se pretenda una cancelación parcial de la primera. Como señaló la Resolución de 10 de octubre de 2006, tras especificar la parte de responsabilidad correspondiente al préstamo inicial y a la ampliación, conviene poner la suma total de ambas, aunque su omisión no impide la inscripción, pues resulta de una mera suma aritmética.

Respecto de las ampliaciones de préstamo con incremento de responsabilidad hipotecaria, la Dirección sienta esta doctrina: entre las partes y sus causahabientes, se unifica el pago de dos obligaciones en una sola cuota; frente a terceros (situación concursal o acreedor intermedio), existen dos obligaciones; la determinación con efecto frente a tercero de a qué parte de crédito (el inicial o el ampliado) se imputaría un pago parcial, se resolverá por las reglas sobre imputación de pagos (artículos 1172 y sucesivos); a efectos hipotecarios, es como si hubiese dos hipotecas, cada una con su ran-



go, pero no una sola hipoteca con dos responsabilidades distintas, lo cual vulneraría las exigencias legales de indivisibilidad y prioridad única de la hipoteca.

Resolución de 5 de febrero de 2011 (BOE n.º 146, de 20 de junio de 2011, 10711)

Se refiere a un préstamo hipotecario incluido en el ámbito objetivo de la Ley 2/2009, de 31 de marzo (la cual regula la contratación entre consumidores y personas o entidades que no sean entidades de crédito, pero que, profesionalmente, realicen, entre otras actividades, préstamos o créditos hipotecarios bajo la forma de pago aplazado, apertura de crédito u otro medio equivalente de financiación). El artículo 3 impone a tales financiadores el deber previo de inscribirse en el Registro previsto a tal efecto por la Ley. En principio, es un Registro autonómico, pero, para las comunidades donde no exista, se prevé un Registro estatal que ha sido creado por el Real Decreto 106/2011, de 28 de enero.

La escritura del supuesto fue otorgada antes de la vigencia del Real Decreto 106/2011. La Dirección entiende que la no inscripción por inexistencia del citado Registro no impide que una sociedad preexistente pueda continuar desarrollando su actividad, eso sí, con cumplimiento de los demás requisitos que impone la citada Ley, en aras de la transparencia del mercado hipotecario, incrementando la información precontractual y protegiendo a los consumidores.

INMATRICULACIÓN

Resolución de 16 de marzo de 2011 (BOE n.º 78, de 1 de abril de 2011, 5911)

La Dirección entiende declarada la notoriedad pretendida al instar acta de notoriedad para inmatriculación complementaria de escritura de herencia. Es cierto que la declaración de notoriedad no dice claramente que el causante es tenido por dueño, sino que se limita a declarar genéricamente la notoriedad de los hechos declarados por el requirente en el requerimiento inicial, donde, eso sí, se afirma que el causante era dueño de la finca, que esta fue comprada al vendedor que se nombra en contrato verbal y que se solicita la inmatriculación.

Aunque lo que se pretende inscribir es la escritura de herencia y el acta ha sido autorizada por un Notario diferente, este último tiene interés legítimo para recurrir, en tanto tiene responsabilidad (artículo 22 de la Ley Hipotecaria).

Resolución de 30 de abril de 2011 (BOE n.º 132, de 3 de junio de 2011, 9710)

Deniega la inscripción de auto recaído en expediente de dominio para inmatriculación por falta de constancia de la superficie construida y de la superficie ocupada por la edificación. Las exigencias impuestas para la registración de obras nuevas son aplicables a la inmatriculación de edificaciones. Es cierto que se incorpora un plano y una descripción completa de la vivienda, pero la descripción no está contenida en una certificación de un técnico competente con firma legitimada notarialmente, no siendo suficiente para cumplir este requisito el visado colegial.

Resolución de 7 de marzo de 2011 (BOE n.º 146, de 20 de junio de 2011, 10713)

Deniega la inscripción de un expediente de dominio para la inmatriculación de una finca salvo la bodega, cuyo dominio se declara perteneciente a otra persona que no ha intervenido como promotora en el expediente. La finca pertenece catastralmente a varias personas, en un régimen jurídico que no consta y que no está inscrito en el Registro. La Registradora no exige la previa inscripción del título constitutivo de una comunidad especial para inscribir el derecho de uno de los copropietarios, pero señala como defecto la falta de definición del régimen de comunidad a que está sometido el derecho del interesado. En efecto, si se tratase de una propiedad horizontal, habría que aclarar la cuota de participación de cada elemento privativo en los elementos comunes y demás datos esenciales en la determinación de esa propiedad especial; y si se tratase de una medianería, engalaberno u otra forma especial de comunidad, debería determinarse tal régimen.

Resolución de 19 de mayo de 2011 (BOE n.º 146, de 20 de junio de 2011, 10716)

Admite la inmatriculación de una finca mediante escritura de disolución de comunidad, cuyo título previo es una escritura de partición de herencia otorgada hace más de tres años.

Doctrinalmente, se discute si la disolución de comunidad es título traslativo o meramente especificativo. La Dirección, desde el punto de vista de la capacidad, ha exigido la autorización judicial propia de los actos de disposición sobre inmuebles cuando hay varios bienes en comunidad y se rompe la regla de la posible igualdad del artículo 1061 del Código civil, y no la ha exigido cuando existe una sola finca en común, aunque se compense al menor (Resolución de 2 de enero de 2004), o cuando se forman lotes iguales (Resolución de 28 de junio de 2007).

En el caso que se resuelve ahora, la Dirección asume la doctrina de la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de febrero de 2011: la división de cosa común tiene naturaleza jurídica compleja; sea o no traslativa, lo cierto es que produce una mutación jurídico-real esencial, pues extingue la situación de comunidad preexistente y modifica el derecho y el poder del comunero sobre el bien, por lo que es una verdadera atribución patrimonial apta como título inmatriculador de la totalidad del pleno dominio de la cosa adjudicada. Caben títulos inmatriculadores en los que no se exige que la finca sea totalmente ajena, razón por la cual cabe también inmatricular mediante aportación a gananciales (Resolución de 19 de octubre de 2010).

MEDIOS DE PAGO

Resolución de 5 de mayo de 2011 (BOE n.º 127, de 28 de mayo de 2011, 9301)

Reitera la doctrina general de la Dirección sobre acreditación de los mismos. Además, en concreto, considera debidamente acreditados los medios de pago por incorporación del testimonio de cheque bancario, en el que constan todos los datos esenciales exigidos por el artículo 177-5 del Reglamento Notarial. En el caso resuelto, incluso consta la cuenta de cargo (tras el Real Decreto 1/2010, la falta de constancia de las cuentas de cargo y abono ya no producen el cierre del Registro). El artículo citado admite la constancia de los medios



Resoluciones

de pago no solo por manifestación en el cuerpo de la escritura, sino también por soporte documental.

OPCIÓN

Resolución de 18 de mayo de 2011 (BOE n.º 146, de 20 de junio de 2011, 10715)

La trascendencia real de la opción significa que, una vez ejercitada, cabe solicitar la cancelación de las cargas posteriores, pero siempre que se deposite el precio a favor de los titulares de estas (artículo 175-6 del Reglamento Hipotecario). El principio de consignación íntegra del precio impide pactos que dejen la consignación y su importe al arbitrio del optante, pero no puede llevarse al extremo de perjudicar al titular de la opción en favor de los titulares de cargas no preferentes.

Así, por ejemplo, la Dirección admite deducir de la cantidad a consignar el importe de la prima de opción, si consta en el Registro que la cantidad pagada por el otorgamiento de la opción sería deducible al ejercitar esta. También es deducible el importe de las cargas anteriores a la propia opción cuando sean satisfechas o asumidas por el optante. Así, la Resolución de 4 de septiembre de 2009 permitió detraer las cargas en que se subrogó el adquirente en los términos del artículo 118 de la Ley Hipotecaria.

En el caso resuelto, el optante paga en el acto las cargas preferentes con la consiguiente extinción y cancelación de las mismas, de modo que no queda sobrante alguno para consignar. Las cantidades satisfechas por estos conceptos no pueden superar la cobertura hipotecaria, pero, dentro de ella, cabe deducir no solo el principal, sino también otros posibles conceptos garantizados con la hipoteca (en el caso resuelto, intereses de demora de la hipoteca cambiaria vencida).

El Registrador debe no solo calificar el título, sino también decidir si está sujeto o no a presentación fiscal. En este caso, se presentó a liquidar la escritura de ejercicio de la opción y ahora se solicita la cancelación de cargas no preferentes mediante instancia privada complementaria. La no necesidad de presentación a liquidación de la instancia está plenamente justificada.

PROCEDIMIENTO REGISTRAL

La Sentencia del Juzgado de 1.ª Instancia de Barcelona 57.ª, de 28 de septiembre de 2009, publicada por la Resolución de 27 de mayo de 2011 (BOE n.º 149, de 23 de junio de 2011, 10908), anula la Resolución de 13 de marzo de 2009, en la cual la Dirección reiteraba la siguiente doctrina, sentada en la Resolución de 16 de febrero de 2008 (a su vez anulada por la Sentencia de la Audiencia Provincial de Lleida de 30 de octubre de 2009):

«Cuando se presenta un título, el Registrador debe decidir si la operación se halla o no sujeta a impuesto, a los efectos de acceder a la inscripción o suspenderla. El deber del artículo 254 de la Ley Hipotecaria se entiende cumplido si el documento presentado contiene: nota firmada por el Liquidador del impuesto que acredite su pago, prescripción o exención, o nota al pie del título expresiva de la presentación de la autoliquidación correspondiente. Es apreciable de oficio por el Registrador la no sujeción en supuestos claramente

apreciables, como las cancelaciones de hipoteca y las anotaciones de embargo en causa criminal (respecto del ITP-AJD). El Registrador debe exponer todos los defectos que impidan la inscripción del título, aunque no se le haya acreditado el pago del impuesto; no cabe suspender la calificación hasta que se acredite el pago del impuesto y, después, volver a apreciar otros defectos.»

Resolución de 25 de abril de 2011 (BOE n.º 152, de 27 de junio de 2011, 11049)

En general, el correo electrónico no es el medio idóneo para notificar una calificación negativa a efectos del inicio del cómputo de los plazos de interposición de recurso y de prórroga del asiento de presentación, puesto que no permite tener constancia de la recepción por parte del interesado, así como de la fecha, la identidad y el contenido del acto notificado (exigencias derivadas de los artículos 322 de la Ley Hipotecaria y 59 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas-PAC).

No obstante, el hecho de la interposición del recurso pone de manifiesto que el Notario ha conocido la calificación negativa, lo cual subsana el posible defecto formal de la notificación. No es obstáculo la norma del artículo 322 de la Ley Hipotecaria según la cual, para que sea válida la notificación por vía telemática, se exige que así lo haya manifestado el interesado en el momento de presentar el título y que quede constancia fehaciente de ello, pues esta norma debe interpretarse según su espíritu, el actual marco normativo y la realidad de las comunicaciones entre notarios y registradores, todo ello en razón del principio de agilización y economía procedimental y la obligación de colaboración entre ambos para la seguridad del tráfico jurídico-inmobiliario.

PROPIEDAD HORIZONTAL

Resolución de 3 de marzo de 2011 (BOE n.º 152, de 27 de junio de 2011, 11045)

Deniega la inscripción de la cláusula estatutaria por la que los promotores y únicos propietarios del edificio se excluyen del pago de los gastos comunes de los elementos privativos inscritos a su nombre, temporalmente, mientras las fincas sigan en su poder y en intención de venta.

Es cierto que la jurisprudencia ha pasado de declarar inválido el pacto de exención en gastos (Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de junio de 1970) a permitir, sobre la base del actual artículo 9-5 de la Ley de Propiedad Horizontal, un régimen de gastos basado en módulos diferentes a la cuota (Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de mayo de 2008). Pero, en todo caso, la exención total en el gasto debe justificarse en una causa proporcionada (por ejemplo, exención que los propietarios de planta baja no paguen ascensor, o que los dueños de los locales no paguen gastos de portal y escalera), la cual no concurre en el supuesto resuelto, donde resulta incongruente tal exención con la conservación por parte de la promotora de su derecho de voto y su participación en el solar proporcionales a su cuota. La exclusión en los gastos generales supondría una exclusión de la Ley aplicable (artículo 6-2 del Código civil) en perjuicio de tercero, pues los demás propietarios deberían soportar una cuota muy superior a la que les correspondería por Ley.



Resolución de 8 de abril de 2011 (BOE n.º 152, de 27 de junio de 2011, 11047)

Deniega la inscripción de una sentencia firme en la que se anula, por falta de unanimidad, una modificación del título constitutivo de una propiedad horizontal y se ordena cancelar el asiento de modificación por infracción del principio de tracto sucesivo (artículo 20 de la Ley Hipotecaria), ya que no han intervenido en el procedimiento copropietarios que adquirieron después de la inscripción del título anulado, sin que la demanda de declaración de nulidad hubiese sido anotada antes de inscribir tales adquisiciones.

La Dirección matiza el principio de tracto sucesivo en inscripciones relacionadas con el título constitutivo de la propiedad horizontal, sobre la base de la distinción entre actos colectivos, que se imputan a la Junta como órgano comunitario (desafectación y venta de determinados elementos comunes; vinculación *ob rem* de los trasteros a las viviendas, como anejos; determinadas modificaciones de los estatutos), y actos que afectan al contenido esencial del derecho de dominio y que requieren, por ello, el consentimiento individualizado de los propietarios correspondientes (especificación del trastero que corresponde a cada piso; conversión de elemento privativo en común, lo que requiere el consentimiento de los titulares registrales y sus cónyuges en régimen de gananciales; modificación de cuotas o creación de nuevos elementos con la subsiguiente alteración de las cuotas de los elementos preexistentes).

Aplicando esta doctrina a las resoluciones judiciales, hará falta emplazar individualizadamente a todos los titulares cuando no se trate de actos colectivos competencia de la Junta, que es lo que ocurre en el supuesto resuelto, en el que se pretende la cancelación de derechos inscritos a favor de personas determinadas.

Resolución de 12 de abril de 2011 (BOE n.º 152, de 27 de junio de 2011, 11048)

Se plantea en este recurso si es necesaria previa licencia municipal para inscribir una escritura de división horizontal en cuatro viviendas a partir de una vivienda unifamiliar.

Corresponde a cada comunidad autónoma determinar qué actos urbanísticos están sujetos a licencia, y corresponde al Estado determinar en qué casos debe acreditarse el otorgamiento de licencia para que el acto tenga acceso al Registro (Sentencia del Tribunal Constitucional de 20 de marzo de 1997). Por ello, la regla del artículo 53.a del Real Decreto 1093/1997 (que exige licencia para constituir más elementos independientes de los que se hubieran hecho constar en la declaración de obra nueva) no puede considerarse absoluta o genérica, sino que dependerá de la normativa autonómica sustantiva.

En el caso resuelto, la Ley 9/2001, del suelo de la Comunidad de Madrid, exige licencia para el cambio de uso de las construcciones. La Dirección, sobre la base del Plan General del municipio en que existe la vivienda (Pozuelo de Alarcón), considera que, en el caso resuelto, al pasar de una a cuatro viviendas, hay cambio objetivo de uso y es precisa la licencia.

RECTIFICACIÓN Y SUBSANACIÓN DE ASIENTOS

Resolución de 7 de marzo de 2011 (BOE n.º 125, de 26 de mayo de 2011, 9183)

En 1987 se elevó a público un contrato privado de compraventa (fechado en 1978 y con nota fiscal de 1982) de la mitad indivisa de una finca. En el contrato nada se decía sobre el estado civil del comprador. En la escritura se dijo que estaba casado con una primera esposa en el momento del contrato privado, y con una segunda (tras haber enviudado) en el momento de la elevación. En la misma escritura de elevación, por título de cesión de remate (de 22 de septiembre de 1986) en subasta en procedimiento ejecutivo, el Juez vendió de oficio la otra mitad indivisa al mismo comprador sin especificar el carácter de la adquisición. Toda la finca fue inscrita a nombre del comprador, casado en gananciales con su segunda esposa. Ahora se pretende la subsanación de la inscripción para hacer constar que toda la finca fue adquirida por el comprador, casado con su primera esposa. La escritura de subsanación incorpora certificados del Registro Civil de ambos matrimonios, resultando que el primero fue contraído en 1967 y el segundo, en 1985.

La Dirección entiende que, en cuanto a la mitad objeto de documento privado elevado a público, el error padecido en la inscripción no es material, sino de concepto, pues varía el verdadero sentido del título. Hay dos soluciones alternativas (artículo 217 de la Ley Hipotecaria): o bien acuerdo de todos los interesados y el Registrador (o, en su defecto, resolución judicial), o bien rectificación de oficio por parte del Registrador cuando el error resulte claramente de los asientos practicados o (según doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado) de documentación fehaciente independiente de la voluntad de los interesados. En este caso, de los certificados de matrimonio aportados resulta que la subsanación pretendida, en cuanto a la mitad objeto de compra elevada a público, no requiere consentimiento de la segunda esposa, pues ningún derecho podía ostentar ella entonces, pero sí hace falta su consentimiento para la subsanación referida a la otra mitad, adquirida constante el segundo matrimonio.

Resolución de 7 de abril de 2011 (BOE n.º 152, de 27 de junio de 2011, 11046)

Deniega la rectificación de la descripción de una finca consistente en añadir un corral, que figuraba en asientos anteriores pero que no consta en la última inscripción, practicada en virtud de expediente de dominio para la reanudación del tracto.

No existe error del Registrador, pues este trasladó correctamente el contenido del título (en el auto recaído en el expediente no había mención alguna al corral).

Más que la rectificación de un error, lo pretendido es una rectificación del contenido de un asiento practicado por auto judicial. No cabe ya rectificar las inscripciones canceladas por dicho auto. Siempre se podrá inmatricular el corral por los medios ordinarios.

RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL

Resolución de 19 de enero de 2011 (BOE n.º 78, de 1 de abril de 2011, 5903)

Deniega la inscripción de una liquidación de gananciales en convenio regulador aprobado por sentencia de divorcio, donde se decía



Resoluciones

que la vivienda familiar, adquirida antes del matrimonio por mitad, se aportaba a los gananciales y se adjudicaba en la liquidación a uno de los cónyuges, quien asumía íntegramente el préstamo hipotecario pendiente.

El negocio carece de adecuado reflejo documental. El principio de legalidad hipotecaria exige titulación pública (artículo 3 de la Ley Hipotecaria), 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.

Además, concurren otros defectos: indeterminación causal, por cuanto no queda claro si lo realmente pretendido es una aportación a la sociedad de gananciales (que ya estaría disuelta), o más bien un negocio de compensación de diferencias de adjudicación ocasionadas en la liquidación de los gananciales; no se expresa si los fondos usados para pagar el préstamo eran gananciales o privativos, ni la cuota de propiedad que corresponde a cada cónyuge y a la sociedad de gananciales por aplicación de los artículos 1354 y 1357 del Código civil.

Resolución de 1 de marzo de 2011 (BOE n.º 97, de 23 de abril de 2011, 7302)

Admite la cancelación por transcurso de su plazo de un derecho de uso de vivienda familiar atribuido a la esposa, si bien la vivienda es propiedad del marido. La Sentencia de la Audiencia dispuso una duración de cinco años desde la fecha de la Sentencia de Primera Instancia. Este plazo es claro y no está condicionado al pago de la pensión compensatoria ni al cumplimiento de otras obligaciones.

Resolución de 21 de enero de 2011 (BOE n.º 117, de 17 de mayo de 2011, 8595)

Es obligatorio demandar conjuntamente a los dos cónyuges extranjeros para embargar bienes inscritos a nombre de ambos con sujeción a su régimen económico (el rumano de comunidad, en el caso resuelto), cuando no conste, por acreditación del derecho extranjero o conocimiento de este por el Notario o Registrador, que rige un sistema de mera notificación al otro cónyuge similar al del artículo 144-1 del Reglamento Hipotecario.

REPRESENTACIÓN

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante 6.ª, de 9 de julio de 2009, publicada por la Resolución de 26 de mayo de 2011 (BOE n.º 149, de 23 de junio de 2011, 10907), anula, por haber adquirido firmeza la calificación del Registrador, dos resoluciones de igual fecha, 27 de septiembre de 2005, en las cuales la Dirección entendió bien realizada por el Notario la reseña del poder y el juicio de suficiencia de facultades representativas, sin necesidad de acompañar, transcribir o reseñar el contenido del documento del que nacían tales facultades.

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona 17.ª, de 22 de enero de 2008, publicada por la Resolución de 31 de mayo de 2011 (BOE n.º 149, de 23 de junio de 2011, 10910), anula la Resolución de 9 de junio de 2006 (BOE de 25 de agosto de 2006, 15120), que confirma la doctrina de la Dirección General de los Registros y

del Notariado sobre juicio notarial de suficiencia de facultades representativas.

SOCIEDADES MERCANTILES. ADMINISTRADORES

Resolución de 24 de enero de 2011 (BOE n.º 78, de 1 de abril de 2011, 5907)

Consta inscrito el cese de un administrador, quien ahora se opone al cese y pide que su inscripción quede sin efecto sobre la base del artículo 111 del Reglamento del Registro Mercantil.

La Dirección se opone, ya que tal artículo regula la inscripción de operaciones registrales mediante certificación expedida por un administrador no inscrito, admitiendo la oposición del anterior administrador, pero solo en los casos (que no concurren en el supuesto) de interposición de querrela o acreditación de la falta de autenticidad del nombramiento del nuevo certificante. Todo ello sin perjuicio de que el administrador cesado podrá impugnar el acuerdo de cese, pero, entretanto, la impugnación de los acuerdos no impedirá la toma de razón de los mismos.

Resolución de 24 de enero de 2011 (BOE n.º 78, de 1 de abril de 2011, 5908)

Cuestiones procedimentales previas. La subsanación del defecto y la práctica de la inscripción no impiden el recurso, pues el objeto de este no es el asiento, sino el acto de calificación. En general, el telefax no es un medio idóneo para notificar una calificación negativa, pero el hecho de interponer el recurso pone de manifiesto que el Notario ha conocido la calificación negativa, lo cual subsana el posible defecto formal de la notificación.

En cuanto al fondo, la Dirección considera defecto que impide la inscripción de un acta notarial de Junta de una sociedad limitada el hecho de que el administrador compareciente sea identificado por el Notario con un determinado segundo apellido no coincidente con el atribuido a la misma persona al recoger los acuerdos adoptados (sobre su dimisión), donde se emplea un apellido diferente que coincide con el de otro administrador. Es doctrina de la Dirección que no cabe rechazar la inscripción cuando de la simple lectura del documento no quepa albergar duda razonable sobre cuál es el dato erróneo y cuál el verdadero, pero, en este caso, del contexto del acta no se deduce claramente quién es el administrador dimisionario.

Resolución de 15 de marzo de 2011 (BOE n.º 78, de 1 de abril de 2011, 5910)

Una sociedad limitada tiene dos administradores mancomunados nombrados por un plazo determinado: uno es la persona física A, y el otro es otra sociedad limitada que, para el ejercicio del cargo, nombró a la persona física B. Consta inscrito un poder conferido por ambos administradores a B, individualmente, en cuanto persona física. Ahora A tiene el cargo de administrador caducado y pretende elevar a público por sí solo una revocación de tal poder, basándose en dos comunicaciones anteriores realizadas por burofax mientras su cargo estaba vigente.

La Dirección deniega la inscripción de la revocación por el único obstáculo de que la revocación debería constar en escritura pública (artículos 94-1-5.º y 95-1 del Reglamento del Registro Mercantil)



otorgada por el órgano de administración con cargo vigente e inscrito, en cuanto órgano competente para la gestión y representación de la sociedad (artículo 209 de la Ley de Sociedades de Capital), lo que incluye el otorgamiento de escrituras de poder y su revocación, así como la elevación a público de acuerdos sociales preexistentes.

Ahora bien, la manifestación de un solo administrador mancomunado puede fundar la revocación de un poder otorgado a otro de ellos, como ya admitió la Resolución de 12 de septiembre de 1994, y la Dirección extiende al presente caso de poder otorgado al representante del administrador mancomunado persona jurídica. Un poder de este tipo es una delegación por la que un administrador autoriza al otro para usar las facultades que el poderdante tiene atribuidas conjuntamente con el apoderado. Si uno de los administradores retira el consentimiento, el apoderado ya no reunirá la voluntad concorde de ambos administradores y sus actos ya no vincularán a la sociedad. Si se exigiera el consentimiento de ambos administradores, dependería del propio apoderado la subsistencia del poder conferido y sería ilusoria la posibilidad de revocación del poder.

Resolución de 3 de enero de 2011 (BOE n.º 88, de 13 de abril de 2011, 6671)

Rechaza la inscripción de una renuncia al cargo de administrador única de una sociedad limitada por falta de acreditación de la convocatoria de Junta que pueda proceder al nombramiento de nuevo administrador, evitando la paralización social. La Dirección, sobre la base del actual artículo 171 de la Ley de Sociedades de Capital, distingue dos supuestos:

- Si la renuncia deja al órgano de administración inoperante para las funciones de su competencia pero permanece en el cargo algún otro administrador, será inmediato el conocimiento de la renuncia por parte de este, como receptor de la obligatoria notificación a la sociedad. La posibilidad de respuesta a la situación creada es inmediata, pues el administrador subsistente está, en este caso, legalmente habilitado para convocar la Junta.
- Una renuncia de todos los administradores abocaría a la convocatoria judicial de la Junta a solicitud de los socios, solución más engorrosa y lenta, pues el conocimiento de la renuncia por parte de los socios y su remedio pueden dilatarse.

Resolución de 12 de enero de 2011 (BOE n.º 88, de 13 de abril de 2011, 6672)

Rechaza la posibilidad de hacer constar en el Registro Mercantil que se dejan sin efecto acuerdos sociales posteriores a determinada fecha, pero que no están previamente inscritos. El principio de tracto sucesivo exige la previa inscripción del título que documenta los acuerdos que se pretenden dejar sin efecto (artículo 11-2 del Reglamento del Registro Mercantil).

Rechaza la inscripción de acuerdos de una sociedad anónima unipersonal, cuyo socio único es otra sociedad anónima, elevados a público por el Consejero Delegado de la socia única, puesto que, según asientos anteriores y títulos presentados antes, tiene en entredicho su facultad certificante, pues hay ya presentados títulos en los que se acuerda convocar Junta para destituir a todo el consejo de la sociedad socia. El principio de prioridad impone despachar los títulos por orden de presentación.

El principio de tracto sucesivo impide inscribir los actos otorgados por apoderados o administradores con cargo no inscrito, pero esto no se extiende al representante de la sociedad, que, como Presidente de la Junta, firma el acta cuya elevación a público se pretende.

Resolución de 3 de febrero de 2011 (BOE n.º 88, de 13 de abril de 2011, 6675)

Deniega la inscripción de una escritura de cambio de administradores otorgada sobre la base de certificación expedida por el nuevo administrador con cargo no inscrito, por haber formulado oposición los salientes y haber estimado el Registrador Mercantil acreditada la falta de autenticidad de la certificación.

En efecto, el artículo 111 del Reglamento del Registro Mercantil permite al anterior administrador oponerse al asiento pretendido en virtud de certificación expedida por titular no inscrito, pero el cierre del Registro a los acuerdos certificados no se produce por la mera alegación de falsedad (aunque sea interponiendo querella criminal), sino que hace falta acreditar la falta de autenticidad del nombramiento, lo cual debe tener lugar por algún medio fehaciente, como, por ejemplo, el acta notarial de la Junta que documente un acuerdo contradictorio con el nombramiento del nuevo administrador.

En el caso resuelto, del acta notarial de la Junta resulta que fue absolutamente imposible celebrar la Junta en primera convocatoria, debido a la gran conflictividad existente, lo cual niega autenticidad a la certificación de un acuerdo que se dice adoptado en dicha primera convocatoria.

Resolución de 18 de marzo de 2011 (BOE n.º 101, de 28 de abril de 2011, 7574)

La simple modificación estatutaria ampliando el plazo de duración del cargo de administrador (de cinco a seis años, como permite la Ley 19/2005, sobre sociedad anónima europea), pero sin pronunciarse sobre la duración del cargo de los administradores preexistentes, no implica por sí misma una prórroga del anterior nombramiento si no lo ha acordado así la Junta General.

Resolución de 7 de abril de 2011 (BOE n.º 125, de 26 de mayo de 2011, 9184)

Se refiere a una escritura de cambio de sistema de administración y nombramiento de administradores mancomunados de una sociedad limitada.

No constituye defecto el hecho de que el acuerdo social no se haya documentado tomando como base el acta, su testimonio notarial o su certificación, sino directamente en una escritura en cuyo cuerpo se certifica sobre los acuerdos adoptados, sin necesidad de certificado unido. Pero se deniega la inscripción porque la escritura ha sido otorgada solo por una de las administradoras mancomunadas, cuando debería haberlo sido por el órgano de representación social, su apoderado o cualquier administrador facultado para ello. Además, en la escritura no se expresa que la Junta haya sido universal, «sin que sea suficiente le referencia a la asistencia a la reunión de los dos únicos socios» (*sic*). Tampoco se acredita que el otro administrador mancomunado haya aceptado el cargo, ni que se haya realizado al anterior administrador único la notificación prevista en el artículo 111 del Reglamento del Registro Mercantil (en la escritura



Resoluciones

hay un mero requerimiento al Notario para que practique tal notificación, el cual no consta que haya sido cumplimentado).

Resolución de 10 de mayo de 2011 (BOE n.º 132, de 3 de junio de 2011, 9715)

Declara inscribible el nombramiento de un miembro del Consejo de Administración de una sociedad limitada, nombrado en una Junta no universal convocada con un orden del día ajeno a esta cuestión, pero en la cual se produjo la dimisión de uno de los consejeros (que dejaba al Consejo con menos del número mínimo de miembros) y el nombramiento por mayoría de un nuevo consejero.

Es cierto que uno de los presupuestos de validez de los acuerdos de la Junta es la previa convocatoria de esta incluyendo el orden del día, salvo que se trate de Junta universal (la cual requiere aceptación unánime no solo de la celebración, sino también de los temas a tratar). Excepcionalmente, el Legislador permite adoptar acuerdos sin tal requisito: ejercicio de acción social de responsabilidad contra los administradores (artículo 238-1 de la Ley de Sociedades de Capital) y separación de estos (artículo 223-1 de la Ley de Sociedades de Capital). Respecto de la segunda excepción, para el Tribunal Supremo y la Dirección General de los Registros y del Notariado, la posibilidad de destitución de los administradores lleva consigo la de nombrar a quienes hayan de sustituirlos, sin necesidad de que el nombramiento se incluya en el orden del día, para así evitar situaciones de acefalia y paralización de la vida social. Aunque, en este caso, el administrador dimisionario expresó su voluntad de seguir en el cargo hasta la próxima Junta, debe prevalecer la voluntad mayoritaria de los socios sobre su cese inmediato y el nombramiento de sustituto.

Resolución de 11 de mayo de 2011 (BOE n.º 133, de 4 de junio de 2011, 9762)

La exigencia establecida por el artículo 23 de la Ley de Sociedades de Capital, sobre la necesidad de expresar el número de administradores o, al menos, el número máximo y el mínimo, se aplica no solo a la sociedad anónima (como se entendía antes de la citada Ley de Sociedades de Capital), sino también a la limitada, tal y como ya estableció la Resolución de 23 de marzo de 2011.

Resolución de 16 de mayo de 2011 (BOE n.º 136, de 8 de junio de 2011, 9960)

La Dirección, sobre la base del actual artículo 171 de la Ley de Sociedades de Capital, distingue dos supuestos de renuncia de administradores:

- Si la renuncia deja al órgano de administración inoperante para las funciones de su competencia pero permanece en el cargo algún otro administrador, será inmediato el conocimiento de la renuncia por parte de este, como receptor de la obligatoria notificación a la sociedad. La posibilidad de respuesta a la situación creada es inmediata, pues el administrador subsistente está, en este caso, legalmente habilitado para convocar la Junta.
- Una renuncia de todos los administradores aboca a la convocatoria judicial de la Junta a solicitud de los socios, solución más engorrosa y lenta, pues el conocimiento de la renuncia por los socios y su remedio pueden dilatarse.

En aplicación de esta doctrina, admite la inscripción de una escritura de elevación a público de acuerdos sociales sobre cambio de sistema de administración y nombramiento de administrador único, a pesar de que la Junta que adoptó este acuerdo fue convocada con ese único objeto por quienes ya habían renunciado al cargo de administradores mancomunados en otra Junta anterior. No es precisa la convocatoria judicial de la segunda Junta, sino que vale también la convocatoria hecha por los propios administradores dimisionarios.

CAPITAL SOCIAL

Resolución de 25 de enero de 2011 (BOE n.º 80, de 4 de abril de 2011, 6043)

Admite una reducción del capital social de una sociedad limitada con la finalidad de constituir una reserva voluntaria indisponible durante cinco años. Es cierto que el artículo 79 de la Ley de Sociedades Laborales solo contempla dos posibles finalidades de la reducción de capital: restitución de aportaciones a los socios y reequilibrio entre capital y patrimonio disminuido por pérdidas. Pero esa enumeración no es exhaustiva, y una reducción para dotar reservas no solo no está prohibida por la Ley, sino que existen argumentos para su admisión: refuerzo de los fondos propios y refuerzo de la garantía a los acreedores al incrementar la base patrimonial de la sociedad. En los casos de reducción con devolución de aportaciones, el artículo 80-4 de la Ley de Sociedades Laborales permite sustituir el régimen de responsabilidad de los socios y la sociedad, si se dota una reserva con cargo a beneficios o reservas libres. El artículo 317 de la actual Ley de Sociedades de Capital admite la reducción de capital sin restitución de aportaciones y dotación de una reserva voluntaria.

Resolución de 16 de marzo de 2011 (BOE n.º 80, de 4 de abril de 2011, 6044)

Se pretende inscribir ahora una escritura de aumento del capital de una sociedad limitada que fue otorgada en 2006 (rectificada varias veces en años posteriores). No es obstáculo que las cuentas depositadas en el Registro correspondientes a 2006 reflejen el aumento de capital social pendiente de inscripción, pero no en la partida correspondiente al capital, sino como una deuda, ya que así lo exigía el anterior Plan General de Contabilidad de 1990, aplicable al supuesto.

Además, entiende la Dirección que debe rechazarse el depósito de las cuentas cuando el capital social no coincida con el inscrito en el Registro (artículo 368-1 del Reglamento del Registro Mercantil, Resolución de 10 de diciembre de 2008), pero no al revés: el contenido de las cuentas depositadas no puede condicionar ni impedir la inscripción de un aumento de capital social.

Resolución de 4 de febrero de 2011 (BOE n.º 88, de 13 de abril de 2011, 6676)

Por Sentencia de 2003 fueron declarados nulos los acuerdos de una sociedad anónima adoptados en juntas de 2001 y 2002, y se ordenó la cancelación de los asientos registrales referidos a ellos. Por Auto de 2007, se acordó la ejecución provisional de la Sentencia y se ordenó no solo la cancelación de los asientos dichos en la Sentencia, sino también la de los asientos posteriores contradictorios. El primer asiento cancelado fue la inscripción 26.ª, correspondiente a la Junta de 2001, sobre ampliación de capital, de modo que los acuerdos pos-



teriores fueron ya adoptados en virtud de las mayorías surgidas de la ampliación anulada. También fueron canceladas las inscripciones 30.^a (cese y nombramiento de administrador, según acta notarial de Junta de 2005) y 31.^a (fusión por absorción de otra sociedad). Por Auto de 2008, se declara improcedente la anterior cancelación, por decretarse en ejecución provisional de una Sentencia que aún no era firme. El Registrador deja sin efecto las cancelaciones efectuadas. Por Auto del Tribunal Supremo de 2008, se inadmiten los recursos interpuestos contra la Sentencia de 2003, la cual pasa a ganar firmeza.

La Dirección entiende que el Registrador es competente para cancelar los asientos posteriores al declarado nulo que sean contradictorios con la sentencia, aunque no exista Orden Judicial expresa para ello (Resolución de 26 de febrero de 2001), y que, ante la nueva presentación del acta notarial de 2005, no cabe inscribir de nuevo, tras su cancelación, los acuerdos anulados.

Resolución de 16 de marzo de 2011 (BOE n.º 88, de 13 de abril de 2011, 6677)

Admite una reducción del capital social de una sociedad limitada con la finalidad de restablecer el equilibrio entre capital social y patrimonio disminuido por pérdidas, de modo que la reducción supera (en 63,29 euros) las pérdidas y con la diferencia se crean reservas legales.

Es cierto que el artículo 79 de la Ley de Sociedades Laborales solo contempla dos posibles finalidades de la reducción de capital: restitución de aportaciones a los socios y reequilibrio entre capital y patrimonio disminuido por pérdidas. Pero esa enumeración no es exhaustiva, y una reducción para dotar reservas no solo no está prohibida por la Ley, sino que existen argumentos para su admisión: refuerzo de los fondos propios y refuerzo de la garantía a los acreedores al incrementar la base patrimonial de la sociedad. En los casos de reducción con devolución de aportaciones, el artículo 80-4 de la Ley de Sociedades Laborales permite sustituir el régimen de responsabilidad de los socios y la sociedad, si se dota una reserva con cargo a beneficios o reservas libres. El artículo 317 de la actual Ley de Sociedades de Capital admite, tanto para anónimas como para limitadas, la reducción de capital sin restitución de aportaciones y dotación de reservas.

CONSTITUCIÓN EXPRES

Resolución de 23 de marzo de 2011 (BOE n.º 101, de 28 de abril de 2011, 7575)

Aunque la certificación negativa de denominación social haya sido aportada al Notario por el interesado en papel y hayan pasado varios días desde su emisión, la Dirección entiende que a la constitución de sociedad le es aplicable el Real Decreto-Ley 13/2010 (en concreto, su artículo 5-2, por tratarse de una sociedad con un capital no superior a 30.000 euros, socios todos personas físicas y órgano de administración sencillo) y que rigen las obligaciones notariales y registrales, los plazos y la reducción de costes que prevé dicha norma. El retraso en los plazos impuestos a Notario y Registrador solo producirá eventual responsabilidad disciplinaria. Si la certificación negativa es solicitada por el interesado, el plazo que tiene el Notario para presentar la escritura comenzará a contar desde que le es aportada, y no desde la recepción por parte del solicitante.

La Dirección resuelve sobre otras cuestiones referidas a los estatutos sociales adaptados a los estatutos-tipo aprobados por la Orden Judicial 3185/2010:

- Basta con incluir alguna de las actividades relacionadas en la Orden (en el caso concreto, «construcción, instalaciones y mantenimiento»), sin ser necesario (aunque nada lo impide) referirla a productos o servicios concretos.
- La previsión de la Orden sobre posibilidad de notificación a los socios de la convocatoria de la Junta «a través de procedimientos telemáticos, mediante el uso de firma electrónica», asegura razonablemente la recepción del anuncio por parte del socio personal e individualmente.
- La previsión de la Orden, como una de las posibilidades de administración (artículo 8.b) de «varios administradores con facultades solidarias», es meramente indicativa y debe completarse, a los efectos del artículo 23 de la Ley de Sociedades de Capital, con la exigencia de concretar el número de ellos o, al menos, el número mínimo y el máximo.

Resolución de 18 de abril de 2011 (BOE n.º 117, de 17 de mayo de 2011, 8606)

Aunque la certificación negativa de denominación social haya sido aportada al Notario por el interesado en papel y hayan pasado varios días desde su emisión, la Dirección entiende que a la constitución de sociedad le es aplicable el Real Decreto-Ley 13/2010 (en concreto, su artículo 5-2, por tratarse de una sociedad con un capital no superior a 30.000 euros, socios todos personas físicas y órgano de administración sencillo), y que rigen las obligaciones notariales y registrales, los plazos y la reducción de costes que prevé dicha norma. El retraso en los plazos impuestos a Notario y Registrador solo producirá eventual responsabilidad disciplinaria. Si la certificación negativa es solicitada por el interesado, el plazo que tiene el Notario para presentar la escritura comenzará a contar desde que le es aportada, y no desde la recepción por el solicitante. Ello reitera la doctrina de la Resolución de 23 de marzo de 2011 (BOE n.º 101, de 28 de abril de 2011, 7575).

La Dirección sí considera defecto que impide la inscripción el hecho de que la escritura especifique algunas menciones estatutarias concretas (entre otras, denominación, capital, domicilio, objeto, nombramiento y duración del administrador) y que en lo demás diga que la sociedad se registrará por los estatutos aprobados por la Orden Judicial 3185/2010. Los estatutos son una de las menciones esenciales de la escritura de constitución (artículo 22-1.d de la Ley de Sociedades de Capital), pues, aun cuando contengan remisiones concretas al contenido de la Ley, deben ser íntegramente objeto de consentimiento contractual.

DENOMINACIÓN SOCIAL

Resolución de 5 de febrero de 2011 (BOE n.º 117, de 17 de mayo de 2011, 8596)

Confirma la decisión del Registrador Mercantil Central de rechazar la reserva de la denominación social Financiera Naranja, SL.



Resoluciones

La Ley 17/2001 introdujo una mayor coordinación legislativa entre el Derecho de sociedades y el de marcas. Su adicional 14.ª prohíbe registrar como razón social una marca o nombre comercial notorio o renombrado, salvo autorización del titular de este (de forma simétrica, el artículo 9-1.d prohíbe registrar una razón social, como marca o nombre comercial). Así, el Registrador Mercantil Central o el Provincial pueden ya denegar la reserva o la inscripción de denominaciones sociales coincidentes con ciertos nombres comerciales o marcas que generen confusión en el tráfico.

En el caso resuelto, la denominación que se pretende induce a confusión con la sociedad ING Direct, que se dedica al mismo sector de actividad y utiliza notoriamente como marca distintiva el adjetivo *naranja* en la mayor parte de sus productos. La denominación pretendida podría generar una falsa apariencia de vinculación o pertenencia.

DEPÓSITO DE CUENTAS

Resolución de 28 de febrero de 2011 (BOE n.º 111, de 10 de mayo de 2011, 8182)

La Dirección acepta el desistimiento del recurso interpuesto contra la calificación que denegaba el depósito de cuentas de una sociedad limitada, porque en la certificación hay correcciones sin salvar y no consta que todos los administradores hayan firmado las cuentas.

Resolución de 4 de marzo de 2011 (BOE n.º 117, de 17 de mayo de 2011, 8597)

Resolución de 7 de marzo de 2011 (BOE n.º 117, de 17 de mayo de 2011, 8598)

Resolución de 8 de marzo de 2011 (BOE n.º 117, de 17 de mayo de 2011, 8599)

Resolución de 9 de marzo de 2011 (BOE n.º 117, de 17 de mayo de 2011, 8600)

Resolución de 21 de marzo de 2011 (BOE n.º 117, de 17 de mayo de 2011, 8601)

Resolución de 21 de marzo de 2011 (BOE n.º 117, de 17 de mayo de 2011, 8602)

Resolución de 22 de marzo de 2011 (BOE n.º 117, de 17 de mayo de 2011, 8603)

Resolución de 23 de marzo de 2011 (BOE n.º 117, de 17 de mayo de 2011, 8604)

Reiteran el carácter imperativo que tiene para las empresas obligadas a dar publicidad a sus cuentas anuales la presentación de su información contable en los modelos aprobados como anexos a la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 6 de abril de 2010.

Resolución de 25 de marzo de 2011 (BOE n.º 123, de 24 de mayo de 2011, 9039)

Aunque desde la fecha estatutaria de comienzo de operaciones hasta el último día de ese año no se haya realizado actividad social

alguna, subsiste la obligación de depositar cuentas de ese primer ejercicio (independientemente de su contenido). Si no se hace, el Registro quedará cerrado a operaciones posteriores, como, por ejemplo, el depósito de las cuentas del ejercicio siguiente.

DISOLUCIÓN Y LIQUIDACIÓN

Resolución de 29 de abril de 2011 (BOE n.º 122, de 23 de mayo de 2011, 8960)

Se pretende la cancelación de la hoja registral de una sociedad limitada que, según la escritura de liquidación, tiene un solo acreedor y carece de activo social alguno. El Registrador exige resolución judicial que así lo disponga en procedimiento concursal, pero la Dirección considera suficiente que en el balance de liquidación y bajo la responsabilidad del liquidador conste la inexistencia de activo alguno para la satisfacción del acreedor.

Es opinión doctrinal mayoritaria (aunque no unánime) que la pluralidad de acreedores es presupuesto necesario del concurso. El acreedor único tiene otros medios de protección: el procedimiento de ejecución singular basado en la responsabilidad patrimonial universal del deudor (artículo 1911 del Código civil), la posibilidad de impugnar los actos en fraude de acreedores (artículo 1291-3 del Código civil) y la acción revocatoria o pauliana (artículo 111 del Código civil). Pero es que, además, no hay norma que supedita la cancelación de asientos registrales de una sociedad de capital sin activo a la previa declaración de concurso. La exigencia de previo pago o consignación de los créditos sociales presupone necesariamente una disponibilidad patrimonial. La aparición, después de inscribirse la extinción de la sociedad sin activo, de bienes sociales no tenidos en cuenta en la liquidación no impedirá la responsabilidad de la sociedad (artículo 398 de la Ley de Sociedades de Capital).

JUNTA DE SOCIOS

Resolución de 6 de abril de 2011 (BOE n.º 106, de 4 de mayo de 2011, 7906)

En la certificación del acta relativa a acuerdos inscribibles deben constar los elementos esenciales para que el Registrador pueda calificar la regularidad de la convocatoria, entre otros, la fecha y el modo en que la misma se haya efectuado, cuando no sea Junta universal. También se exige expresar esta circunstancia cuando los acuerdos de la Junta consten en acta notarial, sin poder suplirlo con una manifestación tan genérica como la que en el supuesto realiza el Notario («que la Junta ha sido debidamente convocada por correo certificado con acuse de recibo y con la antelación mínima de quince días que establece la Ley y [...] los estatutos»).

Dado que la Junta acordó no solo el nombramiento de administradoras, sino también el cambio de sistema de administración, no basta complementar el acta notarial de Junta con una escritura de mera aceptación de cargos, sino que todo acuerdo que cambie el sistema de administración, se modifiquen o no los estatutos, debe elevarse a escritura pública (artículo 210-4 de la Ley de Sociedades de Capital).



Resolución de 21 de marzo de 2011 (BOE n.º 122, de 23 de mayo de 2011, 8959)

Declara inscribible la cláusula estatutaria de una sociedad limitada por la cual la Junta General será convocada mediante anuncio publicado en su página web o, en el caso de que no exista, por el procedimiento de comunicación individual y escrita de burofax con acuse de recibo.

No contraviene el artículo 173-1 de la Ley de Sociedades de Capital (reformado por el Real Decreto-Ley 13/2010), según el cual el anuncio de convocatoria de Junta de todas las sociedades capitalistas se publicará en la página web de la sociedad y, solo en el caso de que no exista, en un diario de circulación en el término municipal, pudiendo, para las sociedades limitadas, sustituir la publicación en tal diario por un procedimiento de comunicación individual y escrita que asegure su recepción por parte de todos los socios.

OBJETO SOCIAL

Resolución de 4 de abril de 2011 (BOE n.º 106, de 4 de mayo de 2011, 7905)

No procede la publicación en dos diarios de gran circulación de la provincia exigida en el artículo 289 de la Ley de Sociedades de Capital para la modificación del objeto social de una sociedad anónima, porque en el caso resuelto lo único que se ha hecho es aclarar dos cosas: que se excluyen las actividades reservadas por Ley en exclusiva a determinadas categorías o formas de personas físicas o jurídicas, y que tales actividades podrán ser desarrolladas por cualquier otro tipo de asociación, con o sin personalidad jurídica, incluso como socio colectivo en una sociedad comanditaria (no es necesario particularizar los modos en que se desarrollarán las actividades sociales, pero si se hace, su alcance es meramente aclaratorio o explicativo).

SOCIEDAD PROFESIONAL

Resolución de 5 de abril de 2011 (BOE n.º 117, de 17 de mayo de 2011, 8605)

Se refiere a la escritura de constitución de una sociedad limitada en cuyo objeto se incluyen, entre otras actividades, el asesoramiento jurídico. La Dirección reitera su doctrina: la mera inclusión en el objeto social de actividades profesionales, faltando los demás presupuestos tipológicos de las sociedades profesionales, no obsta a la inscripción. Hoy esto resulta confirmado por la referencia a «actividades profesionales» incluida en el artículo 2-4 de los estatutos-tipo aprobados por la Orden Judicial 3185/2010. Para que exista sociedad profesional en sentido estricto, no basta con que su objeto incluya actividades profesionales, sino que hace falta que la actividad profesional se impute a la sociedad (no es estrictamente profesional la mera sociedad de medios, comunicación de ganancias o intermediación) y que sea realizada por los socios profesionales (no es profesional la sociedad cuya actividad es solo desarrollada por profesionales no socios).

El asesoramiento jurídico genéricamente considerado no requiere titulación o colegiación, sin perjuicio de que ciertos tipos (como el prestado como Abogado) sí que las exijan. Pero la sociedad cuyo objeto se califica no tiene por objeto el ejercicio colectivo de la actividad de asesoramiento jurídico como Abogado, ni se consti-

tuye como profesional en sentido estricto, ni concurren en ella los requisitos estructurales o tipológicos de la sociedad profesional. Por ello, no puede el Registrador exigir una manifestación expresa sobre el carácter de intermediación de la actividad social que la Ley no impone.

Por otro lado, uno de los socios fundadores está representado mediante un apoderado. La Dirección considera debidamente reseñada la escritura de poder y realizado el juicio de suficiencia de facultades representativas (el Notario juzga suficiente el poder «para el otorgamiento de esta escritura de constitución de sociedad limitada»).

SOCIEDAD UNIPERSONAL

Resolución de 4 de febrero de 2011 (BOE n.º 152, de 27 de junio de 2011, 11044)

Deniega la inscripción de un poder en virtud de escritura de elevación a público de acuerdos de Junta de una sociedad limitada unipersonal. Es doctrina consolidada que la Junta General no puede otorgar poderes por tratarse de una competencia del órgano de administración, a quien corresponde la representación de la sociedad en juicio y fuera de él.

Este criterio no cambia en el caso de sociedad unipersonal, a pesar de que el artículo 15 de la Ley de Sociedades de Capital dispone que las decisiones del socio único podrán ser ejecutadas o formalizadas por el propio socio o por los administradores. La sociedad unipersonal ha de contar con los órganos previstos en la Ley y observar los preceptos procedimentales sobre toma de decisiones. Como en este caso, puede ocurrir que no haya coincidencia personal entre el socio único y el órgano de administración (que adopta la forma de Consejo).

SUCESIONES

Resolución de 22 de marzo de 2011 (BOE n.º 80, de 4 de abril de 2011, 6047)

En el fideicomiso de residuo en que la facultad de disponer queda supeditada a una situación de necesidad, la existencia de esta queda al margen de la calificación registral, si no se sujetó a necesidad de justificación. La existencia de necesidad quedará a la apreciación del heredero, sin más limitaciones que las del dolo o el abuso y sin perjuicio de la posibilidad de impugnación judicial del acto de disposición. Es doctrina consolidada (resoluciones de 11 de julio de 2003 y de 30 de abril de 1999).

Resolución de 22 de enero de 2011 (BOE n.º 88, de 13 de abril de 2011, 6674)

Solo deberá nombrarse un administrador judicial de la herencia yacente si no se conoce el testamento del causante, no hubiese parientes con derecho a la sucesión por ministerio de la Ley y la demanda fuese genérica a los posibles herederos del titular registral; pero no en el caso resuelto, donde la demanda se ha dirigido contra la herencia yacente representada por uno de los hijos de los titulares registrales como posible interesado en el herencia, aunque no se haya acreditado su condición de heredero ni, por supuesto, su aceptación.



Resoluciones

Para cumplir con el principio de tracto sucesivo, la demanda debe dirigirse contra el titular registral y, si este ha fallecido, contra la herencia yacente, pero, en tal caso, es preciso acreditar la fecha de su fallecimiento (artículo 166-1 del Reglamento Hipotecario).

Es doctrina consolidada: Resolución de 10 de enero de 2011 (BOE n.º 62, de 14 de marzo de 2011, 4670), Resolución de 27 de julio de 2010 (BOE n.º 228, de 20 de septiembre de 2010, 14429), Resolución de 19 de agosto de 2010 (BOE n.º 234, de 27 de septiembre de 2010, 14795), Resolución de 20 de agosto de 2010 (BOE n.º 234, de 27 de septiembre de 2010, 14796).

Resolución de 16 de mayo de 2011 (BOE n.º 136, de 8 de junio de 2011, 9961)

Rechaza la inscripción de una escritura de herencia otorgada en julio de 2007 por el viudo y por los dos albaceas y contadores-partidores, puesto que estos dos últimos habían renunciado a su cargo en escritura pública otorgada en mayo de 2007, si bien por otra escritura pública posterior, de junio de 2007, revocaron la renuncia previa y aceptaron el cargo.

El régimen legal del contador-partidor debe integrarse con las normas del albacea. En el caso resuelto, hay que dilucidar si estamos ante una renuncia anterior a la aceptación o si, por el contrario, el cargo fue aceptado tácitamente por no haberse excusado el llamado en seis días desde el fallecimiento o desde el conocimiento del nombramiento, de modo que se trataría de una renuncia posterior a la aceptación, admisible con justa causa (artículos 898 y 899 del Código civil). Sin perjuicio de que judicialmente se pudiesen hacer valer otros medios de prueba, de los documentos calificados y de los asientos registrales, no resulta la fecha en que los interesados tuvieron conocimiento de su nombramiento o del fallecimiento del testador. Más que renunciar a un cargo previamente aceptado, lo que parece es que se excusaron del mismo. En este caso, la renuncia es irrevocable, como resulta (según la doctrina dominante) del artículo 898 del Código civil y de la aplicación analógica del artículo 997, sobre aceptación y repudiación de la herencia.

TRACTO SUCESIVO

Resolución de 22 de enero de 2011 (BOE n.º 78, de 1 de abril de 2011, 5904)

Deniega la inscripción de un expediente de reanudación de tracto sobre una finca inscrita en 1948 a favor de una mujer casada por título de compra en la que el marido declaró que el dinero invertido era parafernalia de la esposa, por falta de citación del marido o de sus herederos, puesto que su consentimiento habría sido exigido para vender por la legislación entonces aplicable. No es exigible al promotor del expediente que determine ni justifique las transmisiones operadas desde la última inscripción hasta la adquisición de su derecho.

Resolución de 24 de enero de 2011 (BOE n.º 78, de 1 de abril de 2011, 5906)

Admite practicar una anotación preventiva de demanda por la que se pide la resolución de una permuta de solar por obra futura, con la especialidad de que aún no se ha inscrito la permuta y, por tanto, la finca figura aún inscrita a nombre del demandante.

Es cierto que para poder inscribir un título, este ha de estar otorgado por el titular registral o resultar de procedimiento dirigido contra él. Pero el mismo principio de tutela judicial efectiva impone admitir la anotación cuando su no práctica produzca indefensión para el demandante.

Resolución de 22 de febrero de 2011 (BOE n.º 78, de 1 de abril de 2011, 5909)

Deniega la inscripción de un expediente administrativo confirmado por sentencia firme, mediante el cual se segrega una parcela cuya inscripción se solicita a favor del Ayuntamiento, por el defecto de no haber sido notificado el expediente al titular de una hipoteca recayente sobre la finca matriz.

El recurrente alega que dicha finca tiene el carácter de dominio público inembargable, lo que determina la nulidad de la hipoteca. Pero tal carácter no resulta del Registro, por lo que sería precisa una previa rectificación del mismo, mediante expediente con citación del acreedor hipotecario, por imperativo del artículo 20 de la Ley Hipotecaria.

Resolución de 3 de marzo de 2011 (BOE n.º 97, de 23 de abril de 2011, 7303)

Deniega la inscripción de una sentencia firme que declara ilegal una licencia de obras, y cuyo objeto es el derribo de la construcción y su adaptación a la normativa vigente. En el procedimiento ha intervenido el titular registral, pero no el acreedor hipotecario de varios elementos de la división horizontal. No se anotó preventivamente en su día la demanda. No procedería tampoco la nota marginal de declaración de ilegalidad que prevé el artículo 75 del Real Decreto 1093/1997. Remite y reitera la Resolución de 16 de julio de 2010 (BOE n.º 227, de 18 de septiembre de 2010, 14359).

Resolución de 29 de marzo de 2011 (BOE n.º 106, de 4 de mayo de 2011, 7903)

Deniega la inscripción de un auto de reanudación de tracto sobre una cuota de finca registral, porque esta se encuentra inscrita a favor de una persona distinta de quien se consideró titular registral en el expediente promovido, al haber accedido al Registro previamente otro expediente de dominio en el que se reanudaba el tracto a favor de otra persona.

Resolución de 3 de mayo de 2011 (BOE n.º 123, de 24 de mayo de 2011, 9040)

Deniega la inscripción de un expediente de dominio para reanudar el tracto, cuyo promotor adquirió como heredero abintestato del titular registral. No cabe acudir al expediente de reanudación (sino al juicio ordinario) cuando no existe propiamente tracto interrumpido.

Existe interrupción si la inscripción de una adquisición no se puede basar inmediatamente en el derecho del titular registral. Así, no procede este expediente cuando su promotor es heredero o causahabiente del titular registral, incluso cuando adquirió de los herederos de este (resoluciones de 18 de marzo de 2000 y de 15 de noviembre de 2003), o cuando el titular de quien adquirió el promotor es una sociedad disuelta (Resolución de 12 de mayo de 2006), o cuando el promotor es heredero de quien adquirió del titular registral (Resolución de 7 de septiembre de 2009; BOE n.º 242, de 7 de octubre de 2009, 15991).



Por contra, cuando son más de una las transmisiones no inscritas previas al título que se pretende registrar, no cabe gravar al propietario actual con la carga de tener que inscribirlas todas, incluso aunque existan títulos públicos de alguna de ellas (Resolución de 4 de julio de 2007).

Resolución de 3 de mayo de 2011 (BOE n.º 123, de 24 de mayo de 2011, 9041)

Fallecida abintestato la titular registral de una finca, se inscribió, por título de partición judicial, una cuarta parte a nombre de algunos de los herederos declarados judicialmente. Las otras tres partes permanecen aún a nombre de la titular. Ahora se pretende inscribir una sentencia que declara el dominio de toda la finca a favor de un tercero por título de usucapión contra tabulas, dejando sin efecto la anterior inscripción de herencia. La Dirección considera inscribible la sentencia en cuanto a la citada cuarta parte, porque los herederos adjudicatarios de la misma han sido correctamente demandados, pero deniega la inscripción en cuanto a las otras tres partes, por no constar claramente que hayan sido demandados todos los herederos: en algunas partes de la sentencia se menciona como parte demandada a la «comunidad hereditaria», mientras que en otras se designa nominativamente solo a algunos herederos. No se trata de una herencia yacente, pues en el Registro consta el fallecimiento de la primera titular, así como la existencia de declaración judicial nominativa de sus herederos y de partición judicial de la herencia.

TUTELA

Resolución de 17 de enero de 2011 (BOE n.º 88, de 13 de abril de 2011, 6673)

Se refiere a una compra de un inmueble hecha por un menor representado por su tutora. El Registrador entiende que es precisa

la autorización judicial por ser un acto dispositivo susceptible de inscripción (artículo 271-2 del Código civil) e implicar un gasto extraordinario en los bienes (artículo 271-5 del Código civil).

Para la Dirección, no es precisa una autorización judicial. No es aplicable el artículo 271-5 (que se refiere a bienes que ya existan en el patrimonio del tutelado) ni el 271-2. El modelo general de control judicial de la tutela en nuestro ordenamiento es reconocer al tutor una representación y administración dinámicas que permitan la respuesta inmediata a las continuas necesidades de cuidado de la persona y del patrimonio del tutelado (donde el control se materializa en rendición de cuentas e informes), y solo excepcionalmente se requiere autorización previa o aprobación posterior del Juez para los actos más relevantes, que forman una lista cerrada (artículos 271 y 272 del Código civil), de interpretación restrictiva, en la que no se encuentra la adquisición de inmuebles.

Por estas razones, expresamente la Ley permite al tutor, sin necesidad de autorización, una adquisición patrimonial, como es la compra del derecho de suscripción preferente de acciones. Someter la adquisición a autorización judicial haría prácticamente imposible para un tutelado adquirir en virtud de los retractos legales, que tienen generalmente un plazo muy breve de ejercicio. Los padres pueden realizar sin autorización actos de aplicación de dinero de los hijos en adquisición de inmuebles, incluso cuando estos se encuentren gravados.

Por otro lado, el sistema de reseña de datos de la representación y juicio notarial de suficiencia de facultades se aplica también a la representación legal derivada de la tutela.

Reseña de las principales resoluciones de la Dirección General de Derecho y Entidades Jurídicas de la Generalitat

Publicadas en los meses de abril a junio de 2011

Por Víctor Esquirol Jiménez. Notario de El Masnou

ADJUDICACIÓN DE UN PRELEGADO

Para que el prelegatario pueda adjudicarse por sí solo el prelegado, es necesario que haya aceptado la herencia.

Resolución de 15 de marzo de 2011 (DOGC de 4 de abril de 2011)

Resumen: En una herencia sujeta al Código civil de Cataluña, la prelegataria otorga una escritura de aceptación del prelegado (con-

sistente en la mitad indivisa de una finca), sin aceptar ni repudiar la herencia. El registrador suspende la inscripción de la adjudicación del prelegado porque la prelegataria no ha aceptado la herencia, lo que puede perjudicar a los legitimarios y a los acreedores del causante. La interesada recurre basándose en que: a) el artículo 427-22.4 del Código civil de Cataluña permite que el prelegatario pueda tomar posesión por sí del prelegado con independencia de la aceptación o repudiación de la herencia; b) el artículo 427-16.6 faculta al legatario



Resoluciones

para aceptar el legado y renunciar a la herencia, y c) no perjudica a los acreedores y a los legitimarios, quienes pueden igualmente pedir la ineficacia del legado, si les perjudica.

La Dirección General de Derecho y Entidades Jurídicas de la Generalitat confirma la nota de calificación, en base a la naturaleza misma de la institución de heredero en el Derecho catalán, figura clave en la ordenación de la sucesión como sucesor del causante, siendo una de sus funciones el cumplimiento de las cargas hereditarias, entre las que figura la entrega de los legados, aunque sean de eficacia real. No obstante, una excepción a esta regla general es el supuesto en que el legatario también sea heredero (aunque no sea heredero único, según el FD 2.1), para lo cual no es suficiente que el testador le haya designado como tal, sino que se requiere la aceptación de la herencia por parte del prelegatario, pues, en otro caso, ya no sería prelegatario, sino un legatario ordinario. Por otra parte, la Ley Hipotecaria faculta al legatario para solicitar la anotación preventiva de su derecho (artículos 42.7 y 47 de la Ley Hipotecaria), lo que lleva a la conclusión de que no puede inscribirlo por sí solo.

Comentario: La solución de la Dirección General está plenamente fundamentada en el artículo 81.a del Reglamento Hipotecario en relación con los artículos 427-22.3 y 427-22.4 del Código civil de Cataluña. El artículo 81 del Reglamento Hipotecario establece: «La inscripción a favor del legatario de inmuebles específicamente legados se practicará en virtud de: a) Escritura de manifestación de legado otorgada por el propio legatario, siempre que no existan legitimarios y aquél se encuentre facultado expresamente por el testador para posesionarse de la cosa legada». A simple vista, parece, por tanto, que son necesarios dos requisitos acumulativos:

- Que no existan legitimarios, exigencia que Pedro Albiol (*Comentarios al CS*, Bosch, 1994, p. 967) y Antoni Vaquer (*Derecho de sucesiones*, Marcial Pons, 2009, p. 235) extienden a la inexistencia de acreedores y de herederos con derecho a la cuarta falcidia, a mi juicio erróneamente, ya que no hay norma sustantiva que lo exija. Por el contrario, parece más lógico incluso suprimir la exigencia de inexistencia de legitimarios en base a la consideración, que recoge la Dirección General, de que el artículo 81.a del Reglamento Hipotecario está pensando en el legitimario del Código civil español y no en el simple acreedor del Código civil de Cataluña.
- Que el testador haya autorizado expresamente al legatario para tomar posesión por sí de la cosa legada, si bien parece que esta exigencia reglamentaria en Cataluña debería concordarse con la norma de rango superior del artículo 427-22.4 y equiparar la autorización del testador al caso en que el legatario sea también heredero, el legado sea de usufructo universal o, en Tortosa, toda la herencia esté distribuida en legados. De hecho, de la aplicación concordada de las dos normas que comentamos, debería llegarse a la conclusión de que el legatario puede inscribir su derecho en el Registro de la Propiedad siempre que pueda tomar por sí mismo posesión de la cosa legada.

Por lo tanto, no se discute si el prelegatario puede inscribir su derecho de propiedad, que ha adquirido por la sola delación a su favor, lo cual acepta el registrador y proclama la Dirección General (FD 1.3), sino si el legatario que es heredero pero no acepta ni re-

nuncia a la herencia puede inscribir su derecho de propiedad. La Dirección General se inclina por poner el acento en las facultades del heredero, basada en su naturaleza jurídica como sucesor del causante, que siempre ha realizado; véase, en este sentido, la Resolución de la Dirección General de Derecho y Entidades Jurídicas de 22 de mayo de 2009, que autorizaba al heredero para retener, por sí solo e incluso con la oposición del legatario en la propia escritura de manifestación de herencia, una participación indivisa de un legado de un inmueble e inscribirla a su nombre en el Registro de la Propiedad. Me parece más acertada la resolución que comentamos que la de 2009. Aun así, creo que se pueden hacer un par de consideraciones:

- Podría valorarse si el testador, al nombrar heredero al legatario, le está autorizando implícitamente para tomar posesión por sí de la cosa legada. Por una parte, puede que el testador no haya expresado tal voluntad por la consideración de que el prelegatario puede tomar posesión por ley (el testamento se otorgó en noviembre de 2008, ya promulgado el libro IV, que introdujo la novedad de que el prelegatario podía tomar posesión del legado, y poco antes de su entrada en vigor). Por otra parte, podría considerarse que el prelegado existe desde el momento de la apertura de la sucesión y no desde que el heredero acepta la herencia y que puede haber cierta independencia entre ambos actos de aceptación. Como señala Joan Marsal Guillamet («Recursos governatius. Doctrina de la DGDEG», *InDret*, 2/2011), en el Derecho romano «l'adquisició del dret al llegat des de la delació tenia com a única funció la transmissió d'aquest dret als hereus del legatari que va sobreviure el causant però no al moment en què l'instituit hereu va acceptar l'herència. En el Dret actualment vigent, on cada atribució testamentària és independent de les altres, i on s'admet la transmissió *mortis causa* de la vocació en el cas del substitut vulgar (article 425-4.1 del Codi civil de Catalunya), potser caldria plantejar-se si no fóra convenient impedir que l'adquisició *mortis causa* de béns es produeixi abans de la liquidació dels deutes del causant, sigui per l'hereu o pel marmessor universal. Si els efectes de l'acceptació de la delació per l'instituit hereu es retrotrauen al moment de la mort del causant, també podrien retrotraure's al mateix moment els efectes de l'acceptació del llegat».
- También debería valorarse si la aceptación del prelegado implica la aceptación tácita de la herencia. El artículo 461-5.a considera aceptada tácitamente la herencia si el llamado hace cualquier acto que no puede hacer si no es a título de heredero (como sería tomar posesión por sí solo de la finca legada). La interpretación por parte del registrador de la existencia de una aceptación tácita no es admisible cuando el hecho que implica la aceptación no resulta del propio Registro o del título que tiene que calificar, pero sí lo es cuando resulta del propio título. Así, la Resolución de la Dirección General de Derecho y Entidades Jurídicas de 17 de marzo de 2008 aceptó la existencia de aceptación tácita del heredero por el simple hecho de haber dispuesto en testamento de una finca procedente de una herencia no aceptada. De hecho, la aceptación tácita ni siquiera requiere que se ponga de manifiesto la voluntad del heredero de aceptar, como dice la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 24 de abril de 2003. Quizás sí requiere una actuación del heredero referida a la herencia y no al lega-



do, pero hubiera sido interesante que la Dirección General se planteara y resolviera esta cuestión.

Para disponer de los bienes de los menores sin la autorización judicial, la filiación tiene que estar determinada respecto de los dos progenitores, pues son las dos ramas familiares las que tienen que consentir la disposición

Resolución de 30 de marzo de 2011 (DOGC de 18 de abril de 2011)

Resumen: Madre e hijo son, respectivamente, usufructuaria y nudo propietario de un inmueble que habían adquirido por herencia del padre de la madre y, por lo tanto, abuelo del hijo. Catorce días antes de que el hijo alcance la mayoría de edad, la madre, que es el único progenitor cuya filiación está determinada, vende el piso actuando en nombre propio y en representación de su hijo menor, sin la intervención de este pero con el consentimiento de la abuela del menor, que es el pariente a quien corresponde darlo por la línea materna, conforme al artículo 153.2.b CF. En la escritura de venta no consta ninguna manifestación de la madre en relación al destino del dinero obtenido por la venta, ni ninguna distribución entre precio del usufructo y precio de la nuda propiedad, ni ninguna previsión relacionada con la continuidad del usufructo sobre el precio. Cuatro meses más tarde, cuando el hijo ya es mayor de edad, comparece ante el mismo notario, quien acredita ser el tío de mayor edad del menor, naturalmente también por línea materna, y consiente la venta. Presentada toda la documentación en el Registro de la Propiedad, la registradora suspende la inscripción por considerar insuficiente el consentimiento prestado solo por los dos parientes más cercanos de la línea materna y exigiendo la autorización judicial, dada la falta de determinación de la filiación paterna. El notario autorizante recurre la calificación sobre la base de que, dada esta circunstancia, debería ser suficiente el consentimiento del pariente de la línea materna, de la misma manera que, cuando la filiación está determinada en relación a un solo progenitor, este ostenta la patria potestad en exclusiva, pues de lo contrario se produciría una discriminación de las familias monoparentales que, en todo caso, deberían acudir a la autorización judicial. También alega que hay otros supuestos previstos por la Ley en instituciones que tienen por fundamento la fiducia, como es el caso de los albaceas mancomunados, que cuando han desaparecido todos menos uno, este puede actuar solo.

La Dirección General de Derecho y Entidades Jurídicas confirma la nota de calificación. Después de repasar la historia de la autorización familiar sustitutiva de la judicial, que fue introducida por el artículo 66 CS para los bienes adquiridos por los menores por herencia y que en la actualidad se ubica en el artículo 236-30 del Código civil de Cataluña y se extiende a los bienes que los menores posean por cualquier título, la fundamenta, de una parte, en la tendencia a ofrecer a la ciudadanía fórmulas de intervención familiar en la línea de la normativa sobre mediación, contenida hoy en la Ley 15/2009, de 22 de julio, de mediación en el ámbito privado; y de otra parte, en garantizar que los negocios dispositivos realizados en nombre del menor se celebren en su beneficio y que, a través de ellos, no se lesionen sus intereses. Desde este punto de vista, declara que la intervención de los parientes de dos líneas diferentes garantiza un equilibrio y una objetividad que no se da si solo intervienen de una sola línea, dado que puede resultar más fácil al progenitor que pretende disponer obtener la autorización del pariente de su familia que el de la familia del otro progenitor: el consentimiento conjunto

de las dos líneas ofrece una neutralidad mucho mayor. La exigencia de que la autorización la tengan que dar los parientes de las dos líneas no es una discriminación respecto a las familias monoparentales, sino una exigencia estructural y consustancial a la institución. La discriminación se produce cuando supuestos o situaciones iguales o similares no reciben el mismo trato, pero no cuando supuestos diferentes reciben un tratamiento también diferente. Finalmente, alega la Dirección General que, como medida de excepción a la norma general de la autorización judicial, el consentimiento de los parientes debe interpretarse de manera restrictiva, por lo que no será admisible alterar el orden de su determinación por lejanía, disminución de capacidad o desinterés del pariente a quien corresponda dar su consentimiento.

Comentario: Sin perjuicio de manifestarme de acuerdo con esta Resolución, hay dos hechos que sin duda han influido en la solución adoptada por la Dirección General de Derecho y Entidades Jurídicas: uno, que el Centro Directivo incluso califica como de interés para la Resolución el hecho de que la venta se produzca catorce días antes de la mayoría de edad del menor y que, en lugar de comparecer este para consentir por tener más de dieciséis años (conforme al artículo 153.2.a CF, actual 236-30.a del Código civil de Cataluña) o para ratificar una vez alcanzada la mayoría de edad, o en lugar de esperar dos semanas para hacer la venta, se haga en la forma reseñada, de manera chapucera y muy sospechosa; el otro hecho que también pone de relieve la Dirección General es que no se guarden un poco las formas y al menos se manifieste en la escritura el destino que se dará a la parte del precio obtenido que pertenece al menor. De todos modos, por muchos argumentos de interpretación teleológica y de discriminación de familias monoparentales que el notario autorizante pueda encontrar, lo que me parece evidente es que el notario no tenía que haber autorizado la venta en tales condiciones (ni mucho menos prestarse a que después consienta la venta un pariente a quien no corresponde cuando el menor ya es mayor de edad), pues todo conduce a indicar que la venta se hace a espaldas del menor.

Por tanto, la Resolución me parece muy acertada. Incluso con independencia de las circunstancias concurrentes, creo que es adecuado exigir el consentimiento de los dos parientes de las dos ramas por las razones que sienta la Dirección General, a pesar de que cierre la posibilidad de esta autorización a las familias monoparentales. Creo que corresponde al Legislador y no al intérprete prever un control que supla la tramitación del expediente judicial en estos casos y que debería hacerlo.

Por poner un pero a la Resolución, no me ha acabado de gustar la declaración final a favor de una interpretación restrictiva en la elección del pariente llamado a consentir, pues en la práctica nos encontramos con casos en que es materialmente imposible la comparecencia de dicho pariente, sobre todo por causa de falta de capacidad (recuérdese que la Ley obliga a acudir, dentro de cada línea, al pariente de mayor edad). Quizás hubiera sido una buena idea aprovechar la ocasión de este supuesto de hecho para sentar algún criterio en tales casos justificados (criterios que la Dirección General ha dado alguna vez, aunque no se correspondan con el caso concreto, como en materia de cédulas de habitabilidad), en lugar de imponer como regla general una interpretación restrictiva que no creo justificada.

Los ojos de los notarios, según el historiador García Espuche



De izquierda a derecha: Albert García Espuche, historiador; Joan Carles Ollé, Decano del Colegio; y Laureà Pagarolas, Director del Archivo Histórico de Protocolos de Barcelona.

El pasado 31 de mayo, el Colegio acogió la conferencia «Los ojos de los notarios. De la vida cotidiana a la economía de un país (Barcelona y Cataluña, 1550-1714)», a cargo del historiador Albert García Espuche. En el transcurso de la misma, el destacado investigador, arquitecto y escritor hizo un extenso repaso a la importancia de los documentos notariales como principal fuente de información para reconstruir la vida social, económica y cultural de un país, y destacó el protagonismo de los notarios en sus obras. García Espuche es actualmente Director del Proyecto del Borne y ha recibido el Premio FAD de diseño (1985), el Premio Ciudad de Barcelona (1984, 2005 y 2010) y el Premio Nacional de Cultura (2010), entre otros.

Por su interés, reproducimos íntegramente el contenido de la ponencia.

Los ojos de los notarios. De la vida cotidiana a la economía de un país (Barcelona y Cataluña, 1550-1714)

Una experiencia personal

Muchas gracias al Colegio de Notarios de Cataluña por invitarme a dar esta conferencia. No es un agradecimiento protocolario. Ésta es, para mí, una ocasión muy especial. Por primera vez a la hora de analizar un tema, no puedo separar la experiencia como historiador de la experiencia personal. Me disculparán que aborde cuestiones relacionadas con la investigación



Las posibilidades de investigación
histórica que proporciona
la documentación notarial
son enormes

histórica y que lo haga situándolas en el contexto de la deuda que tengo con los notarios, que supera los límites de mi condición de historiador.

Estoy en deuda, en primer lugar, con el Archivo Histórico de Protocolos de Barcelona, con su responsable y con todas las personas que en él trabajan. Ésta es la mayor oportunidad que he tenido jamás para loar al Archivo y a sus responsables por el trato que recibo de ellos desde hace más de tres décadas.

Siempre que puedo, hago esta alabanza. Aprovechando, por ejemplo, el pequeño eco asociado a algún premio, he procurado dejar bien claro que, por lo menos en el caso de mi trabajo, es de aquí de donde sale casi todo. Y es que, desde mi punto de vista, este archivo no sólo es el más importante de Cataluña, sino también, y huelga decirlo, el más ejemplar.

Estoy en deuda también con los notarios de los siglos modernos, de aquellos siglos falsamente oscuros que ellos dejaron intensamente iluminados. Y, claro está, estoy en deuda con los notarios de hoy en día, que mantienen abierto el Archivo, y en perfectas condiciones. A menudo he pensado que la perfección absoluta del Archivo se conseguiría con un horario de consulta más amplio, pero creo que, dejándolo como está, con tres horas diarias, se me ha hecho un favor. Si tuviera un horario más amplio, todavía me hubiera pasado más horas dentro y ello quizá habría sido excesivo para mi vida cotidiana, que ha tenido una parte bastante pequeña fuera de los archivos. El horario corto me ha salvado de un empeoramiento de la enfermedad que sufro, que me lleva a estudiar protocolos notariales de manera incontrolable y que los médicos denominan, creo, *protocolitis crónica*. Sin embargo, esta enfermedad que padezco es sana y feliz. Todavía hoy, después de más de treinta y tantos años, cuando oigo las ruedas del carrito donde se transportan los protocolos, desde el subterráneo hasta la sala de consulta, y veo que los volúmenes se acercan a la mesa en la que espero, siento un escalofrío intenso. La ilusión por descubrir y aprender, que es de lo que se trata, ha sido exactamente la misma todos estos años, y todavía lo es. En parte, esta ilusión proviene del hecho que no haya habido ni un solo día, de los miles que he tenido la suerte de poder trabajar en el Archivo, que no haya aprendido alguna cosa. Y ésta es, para mí, una lección de modestia metodológica y científica que ha conformado mi posición ante la investigación. Cuanto más sabes, más desconoces. Un día más de trabajo, y en este caso también de satisfacción, es un día más para aumentar el conocimiento y para saber que, de hecho, todavía te falta más por saber que antes. En el Archivo Histórico de Protocolos de Barcelona, el placer de encontrar y aprender, incesantemente, está del todo garantizado.

LOS NOTARIOS Y LA INVESTIGACIÓN HISTÓRICA

A lo largo de los últimos años, casi todas las universidades catalanas (la Universidad Pompeu Fabra, la Universidad de Barcelona, la Universidad Autónoma, la Universidad de Girona, etc.) se han interesado por una reflexión sobre el papel que puede tener la documentación notarial en la investigación histórica. Esto significa que la cuestión interesa a los universitarios, a los historiadores y, en especial, a los investigadores.

Y, en efecto, las posibilidades de investigación histórica (y, por lo tanto, de conocimiento histórico) que proporciona esta documentación son enormes.

En esta ocasión, querría hacer la aproximación al papel de la documentación notarial en la investigación histórica de una manera que no sea completamente técnica, sino que siga un recorrido personal, con todo lo que ello supone.

LOS OJOS DE LOS NOTARIOS (BARCELONA 1700)

En la obra *Barcelona 1700* consta un apartado que hace explícita la deuda que tenemos con los notarios quienes queremos acercarnos al pasado. El apartado se titula «Los ojos de los notarios», ya que, en efecto, el pasado podemos verlo en gran medida gracias a los ojos de los notarios.

Dice este apartado, hablando de los notarios de la Barcelona de alrededor de 1700:



Vida corporativa

En la Barcelona de 1700 parecía que nada pudiera empezar si un notario no estaba presto a tomar nota de lo que iba a suceder

«En aquella ciudad vivían y trabajaban cerca de noventa notarios. Su labor no era mecánica, sino de pluma, pero no pensemos que la plumífera condición los llevaba, como a las águilas, a ver el mundo desde las alturas, sino a pisar, como lo hacen las modestas aves de corral, el suelo de la cotidianeidad. Estaban diseminados por toda Barcelona, con preferencia por los barrios tranquilos, pero sin dejar de lado las agitadas áreas del comercio. Esta tendencia a la dispersión hacía que no hubiera existido nunca, en la ciudad, una vía que llevara el nombre de calle de los Notarios. La máxima concentración que se les conocía era la presencia de seis o siete miembros del colegio en la calle Petritxol y de otros tantos en la de Sant Pere Més Baix, abundancia del todo insuficiente para darle nombre de ocupación escribana a dichas vías. En otras calles, la cifra más alta de proximidad entre notarios era el tres, número que los barceloneses podían encontrar en las calles Basea, Carme, Palla o Banyes Nous.

»Esparcidos como estaban por todas partes, los hombres que practicaban el arte de la notaría tomaban el pulso a la actividad diaria de toda la ciudad, con la pluma y el tintero a punto para levantar acta minuciosa de todo lo que sus conciudadanos estuvieran dispuestos a hacer, entre el nacimiento y la muerte.

»Los barceloneses visitaban los estudios de los notarios para hacer constar la compra-venta de todo tipo de productos, de tocinos a lanas y de pistolas a sardinales; para redactar capítulos matrimoniales o testamentos; para crear compañías o acordar préstamos; para establecer, vender y alquilar casas o anotar pagos de obras; para dar fe de vida o cambiar de manos esclavos negros o moriscos; para nombrar procuradores o disponer condiciones de viajes por mar y por tierra; para comprobar las cuentas de los tutores o precisar los contratos con plateros, pintores y escultores; para registrar la entrada de un aprendiz en algún taller; o para mil otras cosas más.

»El arte de la notaría, sin embargo, era un arte móvil y bien dispuesto, así que los escribanos no sólo recibían a los clientes en su casa, sino que se desplazaban, diligentes, allí donde fueran llamados. Parecía que nada pudiera empezar en la ciudad si uno de ellos no estaba presto a tomar nota de lo que iba a suceder. Se les requería, fuera de sus despachos, para hacer el inventario de los objetos que contenía una vivienda o que se metían en un barco; para asistir a los consejos generales de parroquianos o a las reuniones de las cofradías de oficios; para dar fe rigurosa de milagros; para atestiguar el cambio de propietario de una casa; para listar los bienes vendidos en un encante; y para todas las transacciones entre dos partes que tuvieran que quedar bien escritas y mejor ratificadas. Los notarios estaban presentes, pues, en los acontecimientos principales, felices o dramáticos, de la vida de buena parte de los barceloneses del 1700, pero también en los pequeños actos de todo tipo que tenían lugar cotidianamente y que tejían, día a día, la historia de cada uno de los habitantes de la ciudad. Y de la mano de los notarios iremos nosotros de rincón en rincón de Barcelona, dejando pocos sin pisar. No acabarán aquí los servicios de guía que prestarán los escribanos a nuestro caminar, sino que, cruzando las líneas de la intimidad, entraremos con ellos en las casas, hasta plantarnos, un poco avergonzados, ante la cama del propietario.

»Esta posibilidad de pasear por el interior de las viviendas barcelonesas, con el descaro del ladrón y la impunidad del militar vencedor, es el mejor regalo que nos han hecho los notarios de hace tres siglos. Ellos llevaban a cabo pacientemente el inventario de los bienes de los difuntos, una larga operación destinada a cumplir las voluntades del finado y a preservar los derechos de las viudas y de los herederos. Comenzaba la singular tarea poco después de la muerte del sujeto. La viuda, en efecto, estaba obligada a iniciar el recuento en los dos meses posteriores al óbito, y el heredero no podía dejar pasar treinta días sin comenzarlo, con un plazo de tres meses para darlo por terminado. El listado de los bienes, realizado por el escribano público con la ayuda de su escribiente y ante los testigos elegidos para la ocasión, solía durar uno o dos días, aunque a veces el trabajo resultaba tan fastidioso que podía prolongarse durante muchos más. El notario entraba en la casa, con paso no exento de solemnidad, dispuesto a pasar de habitación en habitación y de piso en piso, hasta llegar al soportal. Examinaba con parsimonia todo aquello que encontraba en cada una de las estancias y hacía abrir cajas, armarios y baúles para anotar qué objetos contenían. Adornaba las descripciones de cada cosa hasta donde su rigor le llevaba, sin dejar de considerar ni el paso del tiempo de cada uno de los bienes (dictando si estaban viejos, usados, hechos a la antigua o adaptados a la moda), ni los colores, ni el peso de las cosas (si éstas estaban hechas de oro o plata). Y si el día del inventario resultaba singularmente propicio para el examen exhaustivo, el notario



La documentación notarial resulta no sólo adecuada, sino del todo imprescindible para abordar la sociedad barcelonesa de alrededor de 1700

anotaba hasta las piedras que, en el estudio del finado, impedían que la corriente de aire se llevara los papeles.»

No exageraba cuando escribía sobre el detalle, a veces sorprendente, de las descripciones notariales, y el ejemplo último que daba era real. En 1674, el notario Ramon Vilana Perlas realizó el inventario *post mortem* de los bienes del mercader Francesc Joan Pujol y, al describir los objetos que se encontraban en el estudio del difunto, hizo constar la mesa larga de madera para contar dinero, pero no dejó de anotar que, encima de ella, había, entre otras cosas, y cito textualmente, «tres piedras para poner sobre los papeles para que el viento no se los lleve».

La documentación notarial resulta no sólo adecuada, sino del todo imprescindible, para abordar la sociedad barcelonesa de alrededor de 1700 y, en general, de los siglos *xvi* y *xvii* catalanes, que se habían considerado oscuros y de decadencia, entre otras cosas, porque no se había utilizado la riqueza de la información notarial para abordarlos.

Refiriéndose a la investigación sobre historia de Cataluña de estos siglos, Jaume Vicens Vives escribió en 1948:

«Respecto a estas dos centurias, la tarea es muy árida y desagradable. Centenares y centenares de registros se guardan en la sección de Lugartenencia del Archivo de la Corona de Aragón, vírgenes de toda curiosidad, preciosísima fuente de información. Se trata de un campo tan inexplorado, salvo en lo referente a los episodios críticos de la época (guerras de Secesión y Sucesión), que, con franqueza, solo creemos que sería posible, de momento, practicar algunos sondeos y establecer los primeros jalones de una futura investigación sistemática. No estimo aconsejable, pues, en este caso particular, el establecimiento de un equipo de trabajo, sino aprovechar alguna vocación heroica que arremetiera contra aquella muralla de millones de documentos.»

Todavía debe de ser necesario hacer, en el Archivo de la Corona de Aragón, el esfuerzo para estudiar los siglos *xvi* y *xvii* que mencionaba Vicens Vives, pero creo que lo que urgía más era trabajar con la documentación notarial. La realidad de la sociedad catalana de aquel periodo, que podía parecer inmóvil y carente de interés, debía abordarse no tanto por arriba, por la esfera del poder, sino por abajo, que es donde se produjeron los cambios notables. La documentación notarial permite construir una «historia con minúsculas», suma de la comprensión de la actividad de miles de individuos anónimos y de centenares de hechos supuestamente menores pero fundamentales. Y el resultado de este trabajo es el descubrimiento de la transformación intensa y del dinamismo económico, social y cultural de las sociedades barcelonesa y catalana de aquellos siglos. Una realidad que queda en buena parte escondida si se trabaja con fuentes documentales diferentes de las notariales. Cabe decir que en el trabajo con la documentación notarial, que debe ser forzosamente paciente, pero que no resulta heroico sino apasionante, se actúa por acumulación de información, tejiendo una densa red de relaciones entre unos datos y otros. Trabajando por suma y en red, la documentación notarial permite circular de la microhistoria a la historia global, de la vida social, económica y cotidiana de una persona o de una familia a la economía de un país.

Las dificultades de este trabajo son palpables y pueden resumirse diciendo que la documentación notarial no está hecha para impacientes. Como es bien sabido, la documentación se ordena por notarios y por tipos de documento (testamentos, capítulos matrimoniales, inventarios...), y no, evidentemente, por temas. Por lo tanto, hay que realizar un trabajo masivo y forzosamente largo.

Este trabajo resulta más rentable, en el sentido de aprovechar la máxima proporción posible de información analizada, si el tema de investigación es amplio o si las preguntas planteadas son globales. Podemos pedirle a la investigación realizada con esta documentación en qué porcentaje de casas barcelonesas del siglo *xvii* se encontraban raquetas de tenis, o podemos pedirle si la economía del periodo era intensa. En ambos casos, para obtener una respuesta sólida, tendremos que dedicar muchos años de trabajo, pero parece evidente que el resultado y el interés final del esfuerzo no serán los mismos. Además, si nos interesamos por el global, si queremos saber el empuje económico de la etapa, lo cual requerirá fijarse en casi todo, también acabaremos sabiendo en cuántas casas había raquetas de tenis.



Vida corporativa

Hay que transitar de la microhistoria a la macrohistoria... y al revés

En cualquier caso, si se trabaja con mucha documentación notarial, el resultado casi siempre acabará siendo bueno. Y, además, en muchos ámbitos temáticos de investigación, el trabajo con esta documentación es la única vía posible para obtener resultados: si sólo quisiéramos responder a la pregunta de las raquetas, o a tantas otras, tan sólo encontraríamos respuesta en la documentación notarial.

En este sentido, huelga decir que subrayar las carencias de los documentos notariales, por encima de sus méritos, no tiene mucho sentido. Se critica a veces, por ejemplo, la falta de precisión de los inventarios *post mortem*, el detalle insuficiente de las descripciones de los objetos listados. Cuando un notario del siglo XVIII hacía un inventario *post mortem*, no tenía que pensar en facilitar el trabajo a un historiador del siglo XXI, sino en llevar a cabo su trabajo con la calidad requerida para la finalidad del acta notarial. De hecho, si seguimos con el ejemplo de los inventarios *post mortem*, hay que decir que se trata de documentos de un interés enorme, de una potencialidad casi inagotable. Sencillamente, sin estos documentos (y sin los otros documentos notariales), una buena parte de la realidad pasada nos resultaría del todo invisible.

Nos hacen falta, como decíamos, los ojos de los notarios. Y nos hacen falta aunque nos parezca que vemos ya bastante claro gracias a otros documentos que proporcionan aproximaciones más globales, aparentemente más entendedoras por el hecho de ser amplias. A lo largo de los años de investigación, he podido aprender al menos una cosa, que planteo ahora como elemento metodológico esencial. A menudo, se repite un aforismo muy sensato: «que los árboles no te impidan ver el bosque». Es cierto, hay que ser prudentes en este sentido. Ahora bien, pienso que hemos de ampliar el aforismo: si es evidente que sin entender el bosque no se pueden entender los árboles, es igualmente cierto que sin entender los árboles no se puede entender el bosque. Hay que entender los cambios producidos en el sistema de ciudades catalán entre los años 1550 y 1640 para entender la Cataluña del periodo, pero hay que saber también que un mercader, como por ejemplo Jeroni Cerveró, podía tener en su casa un reloj de sol portátil, importado desde Núremberg; que un herrero de animales, como Josep Manalt, podía ser primer bailarín; o que el pescador Joan Perramon disponía de un arpa, una guitarra y dos guitarrillos. Si no sabemos ver y explicar estas pequeñas cosas, que en realidad son cosas esenciales, no podremos entender ni el detalle ni el país. Hay que transitar, en la investigación y en las explicaciones, de la macrohistoria a la microhistoria, en una sucesión que va del país al sistema de ciudades, a la ciudad, al barrio, a la casa y a los objetos que en ella se encuentran. Y al revés: es necesario que nuestro conocimiento circule desde el objeto hasta el país. Y en este trayecto de continuas idas y venidas, la documentación notarial nos ayuda enormemente, hasta el punto de poder ser, en algunos tramos del camino, nuestro único guía.

EL SUEÑO DE UN NOTARIO

Podríamos desear, claro está, la existencia de un «gran documento» que lo recoja todo, que lo describa todo y que lo explique todo, que nos evite hacer el largo trayecto de sumar centenares de miles de informaciones obtenidas en otros centenares de miles de documentos notariales. Los historiadores que trabajan con los documentos de los notarios podríamos soñar con este documento infinito, que parecería surgido de un relato de Jorge Luis Borges. Un sueño que introduce en la mente, precisamente, de un notario: Francesc Lentisclà, protagonista de la obra *El inventario*:

«Francesc Lentisclà, recién acomodado en su lecho, se ha quedado dormido, y ahora su método de trabajo, que usa tanto del rigor paciente como del hallazgo repentino, se enriquece con el capricho del sueño, pues en sueños corre la imaginación sin cortapisas y se mueve la mente con entera libertad, sin los constreñimientos que nostalgias y disciplinas imponen a quien está despierto. Siente el notario, con la certitud que solo proporcionan la fe absoluta o el dormir profundo, que en un futuro no muy lejano una autoridad amiga o enemiga compilará un gran documento, útil como no lo fue antes ningún otro en el loable empeño de conocer por completo la ciudad. Advierte en su sueño que esa futura obra recogerá, en numerosos volúmenes, hechos de una inmensa suma de detalles minuciosos, el nombre de todos los cabezas de hogar de la ciudad y de los miembros de sus familias, sus empleados y criados, los oficios de todos ellos, sus edades aproximadas, el valor de sus casas, el número de techos de cada edificio y la relación cumplida de las estancias de todas las moradas. No



Comprobada la imposibilidad de un “documento absoluto” que todo lo explica, hay que sumar a la aportación de documentos globales, como el catastro, la que hacen centenares de miles de documentos notariales

será ese texto una pobre crónica de la ciudad, a diferencia de otros que se han escrito; no contendrá únicamente algunos hechos con sus simples descripciones. Alcanzará a ser, muy al contrario, un auténtico inventario de todo aquello que en la ciudad se mueve y de todo lo que está quieto, de lo que algunos creen que es importante y de lo que para esos mismos no cuenta para nada, de lo que nadie nunca podrá olvidar y de lo que jamás llamará la atención de persona alguna. Si pudiera Lentsclà disponer de ese soñado documento, destinaría una parte de su fortuna a conseguir su completa perfección. Encargaría a sus escribientes anotar en el margen de las páginas el color de los ojos de todos los hombres y de todas las mujeres, el número de caños que cantan en las fuentes de los muchos jardines y terraplenes, los olores que, desprendiéndose de todos los seres, vivos o inanimados, se elevan a cientos hacia los cielos, las infinitas formas de las nubes que por un momento forman parte de la ciudad, y algunos miles de cosas más, hasta llegar de nuevo al color de los ojos de los que entre tanto habrán nacido. Pero, no contento con ello, Lentsclà haría llenar también los largos y estrechos huecos entre las líneas con otros muchos datos, todos y cada uno de ellos en verdad útiles a la memoria verdadera de los hombres, piezas de una frágil sabiduría que nadie suele guardar en las memorias ni escribir en los papeles, porque la premura de los trabajos que ordenan quienes gobiernan deja siempre para mejor ocasión lo que en verdad importa.»

Este documento soñado por Francesc Lentsclà, y que él hubiera querido completar, era, de hecho, el documento inicial del catastro borbónico, documento que describe todas las casas y todas las familias de la ciudad y al cual, en aquella obra, hacía un homenaje que hoy desvelo. No deja de ser paradójico y dramático, por cierto, que un documento que nos ayuda a conocer la Barcelona de principios del siglo XVIII, incluida la parte de la ciudad desaparecida a causa de la construcción de la Ciudadela, sea el documento que hicieron quienes destruyeron una parte de la capital catalana, un documento que era la base para extraer de la ciudad vencida la mayor cantidad de impuestos posible.

Una vez comprobada la imposibilidad del «documento absoluto» que todo lo explica, hay que sumar a la aportación de documentos globales, como el catastro, la que hacen centenares de miles de documentos notariales. Los primeros nos acercan al bosque de golpe, y los segundos nos llevan a los árboles, más pacientemente. Y ya hemos aprendido que debemos entender, al mismo tiempo y de forma inseparable, el bosque y los árboles.

RECORRIDO DE INVESTIGACIÓN Y HOMENAJE A LOS NOTARIOS

Ahora repasaré, más explícitamente, el modesto homenaje que he podido hacer a los notarios a lo largo de mi investigación.

Un siglo decisivo. Barcelona y Cataluña, 1550-1640, y centenares de notarios catalanes

La obra *Un siglo decisivo. Barcelona y Cataluña, 1550-1640* analiza la transformación esencial producida en Cataluña y en Barcelona en aquellos años: un cambio decisivo que supuso el inicio de la modernidad en nuestro país. No puedo entrar en detalle en este tema. Solo puedo decir, a modo de síntesis, que se produjo una descentralización de la industria barcelonesa hacia las ciudades cercanas, la creación de un sistema de ciudades económica y funcionalmente especializadas, el aumento del papel de Barcelona como centro director y el paso, proporcionalmente apreciable, del comercio con el Mediterráneo al comercio con el Atlántico. Creo que la singularidad metodológica de la obra es la de estudiar la globalidad del país a partir, en grandísima parte, de la documentación notarial. Esto parece una aparente locura, pero la documentación notarial era, en efecto, imprescindible para analizar el conjunto de Cataluña, los cambios producidos en cada una de las ciudades, las relaciones entre Barcelona y las poblaciones catalanas clave y las transformaciones que tuvieron lugar en el comercio exterior. Ello implicaba trabajar en una treintena de archivos de notarios, en una treintena de ciudades y con decenas de miles de actas notariales.

Obviamente, para no perderse en la inmensidad documental de los archivos de notarios, el trabajo debía estar orientado conceptualmente (qué buscar) y metodológicamente (dónde y cómo buscar). Se partía de una hipótesis proporcionada por los documentos globales, como los fogajes, y el trabajo se basaba en el análisis de elementos estratégicos: oficios clave en la



Vida corporativa

El notario Francesc Lentislà es el protagonista de *El inventario*, que se sumerge en la Barcelona de los años 1640 a 1652

transformación económica y territorial del periodo, como los pelaires, los curtidores, los vi-drieros, los marineros y los trajinantes; y documentos fundamentales, como las procuras (por las cuales tenía procurador cualquier catalán de cualquier ciudad), que permitían encontrar las relaciones entre las diferentes partes de un sistema muy complejo.

Uno de los pasos intermedios de la investigación consistía en la construcción de unas tres mil minibiografías de personas de buena parte de Cataluña, todas ellas anónimas, pero signi-ficativas desde el punto de vista de la transformación territorial y económica. De esta manera, se tejía una base de informaciones muy sólida que permitía acabar pasando del detalle a lo global, de la actividad del individuo a un sistema de ciudades que funcionaba en red y con grados de complejidad muy notables.

El inventario. Barcelona, 1640-1652, y el notario Francesc Lentislà

Como he dicho antes, el notario Francesc Lentislà es el protagonista de la obra *El inventario*, que se sumerge en la Barcelona de los años 1640 a 1652, los «años franceses». Desde el punto de vista de la investigación, la obra plantea un análisis «por debajo» en un momento histórico clave; proporciona una visión de la vida cotidiana de una ciudad en un periodo considerado por la historiografía casi exclusivamente como terrible y negativo (las tres calamidades: hambre, guerra y peste); plantea una revisión de esta etapa histórica (en síntesis: la guerra quedaba lejos, había signos claros de una economía al alza, con una notable calidad, por ejemplo, de las tiendas, como las del textil o los colmados, y funcionaba una nada desdeñable economía de guerra con unos agentes económicos que se aprovechaban de ella); la obra comprueba que el gran golpe lo dieron la peste y el asedio, en el momento final de la etapa francesa; y, finalmente, la obra respon-de a una pregunta clave: ¿cómo funcionaba la economía en un momento en el que la dirección atlántica del comercio, creciente desde 1550, quedaba truncada por la guerra? Comprobado pri-mero que el periodo completo de 1640 a 1652 no fue de crisis total, la respuesta era lógica: la eco-nomía funcionó volviendo la vista hacia Francia. Más allá de la comprobación de tesis concretas, *El inventario* está entre las obras, más bien escasas, que abordan los grandes acontecimientos de la Historia (con mayúscula), bajando desde las macroestructuras hasta las personas, con nombre y apellidos, y estudiando sus actividades, como la figura del mercader francés Baltasar Aymerich, un personaje clave que, ante todo, es un «personaje anónimo notarial».

Desde el punto de vista más personal, la obra plantea una cierta contraposición entre la novela histórica y el trabajo con documentación notarial; se trata, por decirlo de alguna ma-nera, de una novela histórica «registrada ante notario». Todo lo que en ella aparece es cierto y real, desde las personas hasta el más pequeño objeto descrito. Y en la obra hay un cierto tratamiento irónico de este hecho, que hace notar que no se trata de una meritoria obra de creación digna de un admirable autor de novelas históricas, sino de una transcripción casi literal de la realidad, de una esforzada pero modesta transcripción notarial.

En la introducción de *El inventario* se dice: «Todo lo que se relata en esta obra ocurrió exac-tamente tal y como queda plasmado. Los hombres y mujeres que en ella aparecen, sea con la insistencia propia del protagonista, sea con la fugacidad modesta del secundario, gozaron y sufrieron vidas muy reales, y los actos con los que se dan a conocer son fiel reflejo de los que llevaron a cabo en vida. Las plazas, calles, casas y tiendas en las que se agitan o reposan unos y otros personajes son, hasta el último detalle, como las que en verdad existieron. Y los objetos que dormitan en cuartos, armarios y desvanes, o se ofrecen tentadores en los anaqueles de las tiendas, estuvieron en su día en sus respectivos y precisos lugares, con formas y colores idénticos a los que lucen en las páginas siguientes. Un respeto tan extremo para con lo real hubiera sido imposible sin el concurso de alguien que conociera muy bien, además de la substancia de lo narrado, la precisión de los tiempos y la riqueza de los espacios en los que ocurrieron los hechos. Como el lector podrá descubrir por sí mismo, es el meticuloso amor que el notario Francesc Lentislà profesó por una etapa de su juventud, vivida en la agitada Barcelona de mediados del siglo XVII, el que ha dado origen al texto. Armado de tenaz paciencia, Lentislà añadió a su tarea de notario la de recoger y guardar incontables documentos de aquellos años, de los que solo se separó, con la definitiva resignación del finado, un instante después de la última hora. Y tan no-tables fueron sus logros, más propios de notario divino que de escribano terrenal, que para llegar al producto definitivo de esta obra faltaba únicamente añadir el leve trabajo de alguien atraído por esos miles de papeles. A los legajos de Lentislà les bastaba con esperar un hecho que podía demorarse más o menos años, pero que había de acabar sucediendo: que alguien leyera todos



La documentación notarial permite analizar la realidad económica y hacerse una idea de la compleja red de relaciones familiares, de amistades y de negocios que le daban un carácter singular a la economía

los documentos con atención, recogiera lo de mayor relieve respetando la verdad y redactara finalmente sin ofensa de gramática. Sucedido ello, sería sin duda más exacto que quien firma este libro lo hiciera no como autor, sino como escribiente fiel de notario prodigioso».

En su momento, algún comentarista excesivamente crédulo con aquello que decía la introducción cometió el error, simpático, de confundir el resultado del trabajo que hice con los protocolos del notario Francesc Lentislà, pero también con los volúmenes de muchos otros notarios, con la transcripción, casi literal, de una especie de supuesto dietario o de supuestos papeles personales de Lentislà, en los cuales él habría descrito la sociedad barcelonesa de los años 1640-1652. Obviamente, no existen ni tal dietario ni tales papeles.

Me gustaría mencionar otra cosa, también simpática. En esta obra heterodoxa, me permití una licencia inverosímil: presentar al notario Francesc Lentislà como un hombre tan minucioso en su ejercicio profesional, tan convencido de su trabajo, que, poco antes de morir, hizo él mismo el inventario *post mortem* de sus propios bienes. Algún historiador me preguntó si el «autoinventario», por llamarlo de alguna manera, estaba clasificado entre los papeles de Lentislà o entre los de otro notario.

Me permití también otra pequeña licencia en el casi único y breve diálogo de la obra, entre Francesc Lentislà y algunos jesuitas de Belén, un breve diálogo que me inventé. Pues, bien, otro historiador me comentó que era magnífico poder encontrar documentos como el que yo había utilizado, que recogen diálogos y permiten adentrarse en la realidad histórica mejor que cualquier otra fuente. El diálogo inventado había parecido real. Todo esto creo que muestra que, mientras trabajaba en esta obra, casi me fui transformando en el notario Francesc Lentislà. Y cabe decir que no me sentí a disgusto.

Y querría añadir una cosa más. Mientras preparaba *El inventario*, a la vista de lo que iba aprendiendo de Francesc Lentislà, imaginé que el notario era sordo, una condición que me parecía que encajaba con su «concentración», con su «rigor» profesional. Cuando ya tenía redactadas bastantes páginas en las que Lentislà aparecía como sordo «concentrado», pude comprobar, documentalmente, que era sordo de verdad. En efecto, Lentislà pleiteó contra el municipio, que le quería apartar de un cargo precisamente porque era sordo. El notario se defendía asegurando que no era sordo, que sólo era «sordaster», es decir, no sordo del todo y, por lo tanto, hábil para el cargo.

Barcelona entre dues guerres, 1652-1714 (Barcelona entre dos guerras, 1652-1714), y los notarios Vilana Perlas

Me toca hablar ahora de la obra *Barcelona entre dues guerres, 1652-1714*, y de los notarios Vilana Perlas. La Barcelona del periodo posterior a la Guerra de Secesión no se había estudiado detalladamente. En efecto, no se había analizado la recuperación posbélica y, para la etapa siguiente, la del marcado crecimiento económico de 1670 a 1714, no se había puesto de manifiesto que Barcelona tuvo en él un doble carácter, positivo y dramático al mismo tiempo: por un lado, con una evidente prosperidad económica y una rica vida social, cotidiana y cultural; y por el otro, con la presión acarreada por la guerra y por los desastres que esta producía. En estos dos contextos, el de la inmediata postguerra después de 1652 y el del intenso crecimiento económico posterior, la documentación notarial permite analizar la realidad económica al nivel de la familia, del individuo, de la compañía, etc., y permite hacerse una idea de la compleja red de relaciones familiares, de amistades y de negocios que daban un carácter singular a las economías barcelonesa y catalana, lo cual hacía avanzar este conjunto de vínculos como una unidad bien cohesionada.

En el lado positivo de la situación de la ciudad, la documentación notarial hace visibles facetas de la vida social, cultural y económica que eran totalmente desconocidas, como el juego o la danza, que muestran, entre otras cosas, el dinamismo de la sociedad. En el lado negativo, la documentación notarial permite analizar con todo lujo de detalles los efectos de la guerra: las casas derribadas para hacer obras de defensa, las viviendas bombardeadas durante los diferentes ataques, los costes de las reparaciones de los edificios, los agentes beneficiados económicamente por la destrucción y la reconstrucción, etc.

En esta obra, y ya totalmente cerca de los notarios no como herramienta de investigación, sino como protagonistas, el apartado titulado «Los Vilana Perlas y la casa del Regomir:



Vida corporativa

del notariado al poder» estudia los orígenes y la base social y cultural de un personaje tan importante como Ramon Frederic Vilana Perlas i Camarasa, Secretario de Estado con Carlos III, el Archiduque. De hecho, se trata del estudio de una familia de notarios, los Vilana Perlas, y de su ascenso, paralelo al de la transformación, más que notable, de su casa de la calle del Regomir, y paralelo también a la recuperación de Barcelona y de Cataluña después de la Guerra de Secesión. En este caso, se constata que, usando masivamente los documentos notariales, es posible acumular una gran cantidad de información sobre una sola familia, sobre sus relaciones sociales y económicas y sobre una sola casa. Pero este apartado era también el homenaje al Vilana Perlas desconocido y anónimo, el Vilana Perlas padre, rescatado gracias al Archivo de Protocolos. Se trata de otro «personaje anónimo notarial» que tuvo vida propia más allá de ser el padre del Vilana Perlas famoso. El texto muestra la importancia del Vilana Perlas padre y pone de relieve, más en general, el papel de la generación que tuvo que sufrir las consecuencias inmediatas de la Guerra de Secesión. Una generación que podemos denominar *generación de los padres* (como Narcís Feliu, padre del famoso Narcís Feliu de la Penya) o también *generación de las ruedas de molino* (ya que, en buena parte, salió de la crisis posbélica vendiendo ruedas de molino).

La ciutat del Born (La ciudad del Borne)

Paso ahora a referirme a la obra *La ciutat del Born*, que parte del estudio del yacimiento del Borne para intentar aproximarse mejor al país, a la ciudad, a sus barrios, a las familias, a las casas y a los objetos que en ellas se encontraban. El yacimiento del Borne es singular, a mi parecer, por la inmensa cantidad de información que se le ha podido asociar. Es esto lo que hace que haya pasado de ser un «yacimiento de piedras» a ser un «yacimiento de conocimiento», un «yacimiento de personas y de actividades». En este sentido, cabe decir que, sin el Archivo Histórico de Protocolos, no existiría el yacimiento del Borne tal como existe ahora, con la extraordinaria espesura de información que presenta. Se trata, en efecto, de un caso único de conocimiento sobre un yacimiento arqueológico. Se ha podido hacer un análisis interdisciplinario bastante insólito, sumando los ámbitos yacimiento-arqueólogos, objetos-museógrafos, documentos-historiadores... Pero, ante todo, se ha constatado la superioridad absoluta de la documentación sobre la arqueología que se presenta en el caso de un yacimiento de este periodo gracias a la documentación notarial.

El primer paso para conseguir el conocimiento asociado al yacimiento es la identificación de las casas y de las familias que vivían en ellas. Ello es posible gracias a los documentos catastrales, pero con la confirmación detallada posterior que proporcionan los documentos notariales. El segundo paso es conseguir el máximo de información posible sobre cada unidad habitada: sobre la familia, su lugar de procedencia, su actividad económica, las relaciones sociales, los datos sobre matrimonio, testamento y otros, la descripción de la casa y de los objetos que se encontraban en ella, las obras de mantenimiento o transformación realizadas en la vivienda, etc. Y toda esta información la encontramos en la documentación notarial. Conviene saber, por ejemplo, que si hemos podido conservar unos dos mil objetos que se expondrán en el Borne, son unos setenta mil los objetos descritos en inventarios notariales de casas del yacimiento. Son objetos que no podemos ni ver ni tocar, pero que ayudan extraordinariamente, en algún sentido más que los objetos tangibles, a entender la sociedad del periodo. El tercer paso es hacerse una idea de la evolución de cada unidad, de cada casa y de quienes las ocuparon a lo largo de varios siglos: la documentación notarial ofrece, en efecto, visiones «en movimiento», en el transcurso del tiempo, que hacen visibles los cambios en la familia, las transformaciones de la casa y del mobiliario y, en global, la mejora general, a lo largo del siglo XVII, de las condiciones de la vida material.

En definitiva, esta obra está completamente en deuda con la documentación notarial. Pero, además, quise destacar la importancia de algunos actos protagonizados por los notarios que constituían momentos importantes en la ciudad, desde el punto de vista social, económico y cultural. La idea se desarrolla en un apartado titulado «Un mundo de inventarios y encantos», donde se pone de manifiesto, por ejemplo, la importancia de los encantos *post mortem*, que tenían una presencia muy relevante en los espacios públicos de la ciudad, suponían momentos de intensa sociabilidad y conformaban una manera de hacer y, sobre todo, de ser.

El historiador expuso una aproximación al papel de la documentación notarial en la investigación histórica siguiendo su recorrido personal



Una gran cantidad de palabras catalanas que estaban en uso en el siglo XVII ha desaparecido incluso de los diccionarios etimológicos

Una ciutat oblidada (Una ciudad olvidada)

Finalmente, en este recorrido de investigación, siempre vinculado a los notarios y a la documentación notarial, quiero referirme a la futura película *Una ciutat oblidada*, que dirigirá el cineasta Claudio Zulian a partir de un guión confeccionado por los dos.

No se trata de una obra de ficción, sino, de forma similar a *El inventario*, de una recreación fidedigna de las microhistorias de *La ciutat del Born*. La recreación permitirá profundizar en los campos del lenguaje, la música, la danza y la indumentaria, elementos fundamentales que hay que tratar con mucho rigor histórico cuando se entra en el medio comunicativo de la imagen y del sonido.

Desde el punto de vista del homenaje a los notarios, cabe decir que, aquí también, un notario ayuda a llevar el hilo narrativo de la película. Es un notario que, como es lógico, hace de notario, y al que vemos trabajando en el espacio público, pero a quien también sorprendemos algunas veces con su guitarra, tocando por la calle.

Esta no es una invención sin base ni objetivo. Que un notario del siglo XVIII o de principios del XVIII tocara la guitarra por la calle no es una posibilidad, sino un hecho: una noche de octubre del año 1677, a la luz de las estrellas, Joan Riquer, notario real de treinta y tres años, tocaba la guitarra y cantaba mientras paseaba por la calle Egipcíiques. De la misma manera, y gracias a un colega notario de éste, hemos podido saber de un clérigo que tocaba la guitarra de noche, ante La Taverna de l'Infern. Ninguno de los dos hechos es anecdótico para entender la sociedad barcelonesa del periodo. Y quiero resaltar que, en el caso del notario guitarrista que llevará una parte del hilo narrativo en la película *Una ciutat oblidada*, se trata de darle un protagonismo, afectuoso y realista al mismo tiempo, que nos acerca a los notarios del periodo. Es una manera de caracterizarlos, además de como hombres de estudio, como profesionales cercanos a la calle, que «a pie de calle» seguían las palpitaciones de la ciudad, de una ciudad que quedaba caracterizada también por el carácter de sus notarios.

Dos epílogos

Notarios y lengua. En la obra *Barcelona 1700*, escribí, refiriéndome una vez más a los notarios:

«Con la mirada precisa y detallada de aquellos hombres concienzudos, nos ha quedado también la música de sus palabras. Los documentos legados por los notarios no son mudos, sino que están llenos de sonoridad. Recogen minuciosamente las palabras que salían de los labios de los barceloneses en las plazas, las casas y las tiendas, un material muypreciado por nosotros. Muchas de estas palabras, sin embargo, sonarán en el texto que sigue (o ahora en esta sala, puedo añadir) como vocablos extraños y, en ocasiones, indescifrables, lo cual nos recuerda en cada momento que no lo sabemos todo sobre la economía, la vida cotidiana y la cultura de la Barcelona de 1700.»

Una gran cantidad de palabras catalanas que estaban en uso en el siglo XVII han desaparecido incluso de los diccionarios etimológicos.

He aquí veinticinco ejemplos de entre los centenares que hay:

escala a la caputxina / aigua de Sant Nicolau / aigües garrapinyades / bossa escarsellera / bossa de tres parròquies / cadena fanfarrona / caixa a tall de monja / color de Montserrat / dau de major /

drap de reverències / emparrada de sucre / fogó de jueu / llibre de quatre mans / perla de Moran /

pinta de reina / punt en l'aire / punta brescadeta / rellotge de llum / sangra dos a dos / serrell de Sant Joan / sucre vent de roses / tabaco d'aigües / tarragada de pols de pebre / vi de la mesura /

vi de tres nits

No encontraremos explicación sobre estas palabras en los diccionarios etimológicos de nuestros grandes sabios filólogos, porque no han dispuesto de muchos trabajos publicados hechos a partir de documentación notarial.



Vida corporativa

Notarios y heroísmo profesional. Un último homenaje. En los momentos más duros del asedio de 1714, en la Barcelona que vivía bajo las bombas, se seguían celebrando actos notariales. El 4 de septiembre de 1714, una semana antes del ataque final, bajo un intenso fuego enemigo, el notario Josep Amat Reixach, jugándose la vida, hizo dos actas de posesión de casas. Un acta notarial por la mañana, en la Riera d'en Prim, ante un baluarte de la muralla del Raval; y otra por la tarde, en Montjuic, cerca de la ermita de Sant Bertran. El acto de posesión, bastante extraño en sí mismo, consistía en abrir y cerrar la puerta, entrar en la casa, tomar tierra del patio y lanzarla a los cuatro vientos pronunciando una serie de fórmulas protocolarias. Más extraño que los propios actos, sin embargo, era hacerlos bajo una lluvia de bombas.

Resulta evidente que actos como estos no son de mera subsistencia, sino francamente prescindibles en una situación de conflicto extremo. Son, sin embargo, actos de fidelidad a unas formas de hacer sociales y culturales, y actos de fidelidad a una profesión, la notarial, que no solo ayudan a explicar momentos concretos de la historia, sino, más en general, a entender cuáles son algunos de los rasgos, quizá sorprendentes, que caracterizan a la humanidad.

Jornada sobre Seguridad Jurídica Preventiva

El pasado 7 de abril, el Colegio acogió la Jornada sobre Seguridad Jurídica Preventiva en el Marco Constitucional, que reunió a muchos representantes destacados del ámbito jurídico tanto de Cataluña como de Madrid, hecho que visualiza la necesidad de restablecer los puentes de unión necesarios para continuar construyendo una justicia al servicio de los ciudadanos. Entre los participantes en la Jornada, en este caso con una ponencia que finalmente leyó el moderador debido a la imposibilidad del ponente de asistir a la misma, encontramos a Enrique López, Magistrado de la Audiencia Nacional, que afirmó que «es muy importante hacer el sistema previsible y eficaz en la resolución de conflictos», destacó el hecho de que «el poder de los jueces es el poder del Derecho» y reivindicó un Estatuto jurídico diferenciado que garantice su plena independencia. En cuanto a la reforma del Poder Judicial, afirmó que «hay que tomar con tranquilidad medidas profundas que permitan restaurar su crédito». Para ello, afirmó la necesidad de trabajar desde cinco grandes ejes: el elemento personal (valorando la capacidad del Juez para aplicar las normas), el material (haciendo evidente el déficit estructural de la Administración de Justicia), el formal (teniendo presente que la protección del Derecho debe ser correctora de su vulnerabilidad) y el temporal (afirmando que el hecho de que los procesos se alarguen en exceso comporta una falta de efectividad patológica que deberá resolverse).

El Decano del Colegio, Joan Carles Ollé, reivindicó con firmeza la necesidad de aprobar la Ley de Seguridad Jurídica Preventiva, un tema repetidamente pospuesto por los sucesivos Ministros de Justicia. «Es imprescindible», afirmó, «para aclarar y resolver definitivamente cuestiones como el control de legalidad o las respectivas competencias de notarios y registradores; en definitiva, para modernizar y actualizar un sistema que se ha demostrado plenamente válido para conseguir la paz social y para el desarrollo de los mercados, tanto en épocas de bonanza como en tiempos de crisis». Además, recordó la necesidad de que el Gobierno consagre legalmente el control de legalidad notarial después de la Sentencia de 18 de agosto de 2008.

Por otro lado, y en una línea ampliamente apoyada por todos los participantes en la Jornada, se destacó la excesiva judicialización de la sociedad actual en todas las materias en las que no hay propiamente un contencioso entre las partes, ámbito en el que se elaboró en 2010



Los destacados juristas participantes en la Jornada coincidieron en apostar por la desjudicialización

un riguroso documento impulsado desde el Centro de Estudios Jurídicos de la Generalitat de Cataluña y en el que participaron todos los operadores jurídicos. En esta línea, Pascual Ortuño, Director de la Escuela Judicial del Consejo General del Poder Judicial, también afirmó que «se ha sobrecargado a los jueces de responsabilidades, con litigiosidad impropia. Además, el Juez no debe ser el brazo ejecutor del deudor o del banco, ya que la ejecución puede recaer, en muchos aspectos, en el ámbito notarial, ampliamente prestigiado y preparado para asumirlo».

Finalmente, Francisco José Hernando Santiago, Magistrado del Tribunal Constitucional y ex Presidente del Tribunal Supremo y del Consejo General del Poder Judicial, alabó a la Constitución de 1978, de la que aseguró que «ha sido un auténtico punto de referencia para muchos otros países en proceso democratizador y que ha situado a España en un lugar preeminente en el contexto internacional». En cuanto al debate abierto sobre la necesidad o no de una reforma constitucional, Hernando se mostró contrario, afirmando que «la Constitución todavía es joven y creo injustificada cualquier reforma en términos globales o sustanciales». Definiéndola como «la norma suprema de nuestro ordenamiento jurídico y auténtico pacto social de libertad», de sus casi treinta y tres años de historia Hernando quiso destacar especialmente el hecho de que reconoce la responsabilidad del Estado por los daños causados por el funcionamiento anormal de la Administración de Justicia o por error judicial, la creación del Tribunal del Jurado, en 1995, como manifestación del carácter democrático del Estado en la justicia, y la acción popular, mecanismo que permite que cualquier ciudadano español pueda constituirse como parte acusadora en un delito penal.

Otros ponentes de la Jornada fueron Tomás Font, Presidente de la Comisión Jurídica Asesora de la Generalitat de Cataluña, que expuso «La función consultiva como garantía jurídica preventiva», y Ramon Camp, Vocal del Consejo General del Poder Judicial, que presentó la ponencia «La mediación en la justicia preventiva». El cierre corrió a cargo de Eliseo Aja, Presidente del Consejo de Garantías Estatutarias de la Generalitat de Cataluña.



La Jornada contó con la participación de magistrados de la Audiencia Nacional y del Tribunal Supremo, entre otros.



Vida corporativa



Jueces y notarios tuvieron la oportunidad de intercambiar criterios y casos prácticos sobre Derecho Concursal.

Jornada mixta notarios/jueces

El 15 de junio fue la fecha escogida para celebrar una jornada mixta de jueces y notarios, eminentemente práctica, con el objetivo de unificar la práctica jurídica en materia concursal, un ámbito en el que la crisis ha propiciado un importante aumento de la actividad. Se trata de la segunda edición de esta Jornada, hecho que pone de manifiesto la voluntad de colaboración mutua entre ambos colectivos, tanto en la fijación de criterios comunes como en la búsqueda de soluciones al cada vez más manifiesto colapso judicial.

La jornada sirvió para repasar, desde la óptica de ambos profesionales, los efectos del concurso sobre la representación voluntaria, los actos de disposición y gravamen de bienes muebles o inmuebles durante el concurso y la fase de liquidación. Los ponentes fueron, por parte de los notarios, Ildefonso Sánchez Prat, Leopoldo Martínez de Salinas y Víctor Esquirol Jiménez, mientras que los magistrados del Mercantil de Barcelona que participaron en la jornada fueron Marta Cervera Martínez, José M. Ribelles Arellano y Luis Rodríguez Vega. Los coordinadores de la jornada fueron el juez Ignacio Sancho Gargallo y el notario Ángel Serrano, que destacó la «necesidad de reflexionar y consensuar ideas».

En cuanto a la cuestión de los efectos del concurso sobre la representación voluntaria, se debatió ampliamente sobre la subsistencia o extinción de los poderes y, en su caso, la necesidad de complementar la legitimación del apoderado. El siguiente tema tratado, los actos de disposición y gravamen de bienes muebles e inmuebles durante el concurso, propició un debate acerca de quién está legitimado, una vez la sociedad está en concurso y subastada, cuando la sociedad es una inmobiliaria y los inmuebles, sin dejar de serlo por su propio objeto, son el elemento habitual de compraventa. También suscitó interés el planteamiento de las diferencias entre la venta de un piso concreto y la venta de un bloque íntegro. Finalmente, sobre el proceso de subasta, la exposición se centró en qué ajustes podrían hacerse y qué presencia podría tener el notario con el fin de agilizar el procedimiento concursal.

La inauguración de la jornada contó con la presencia del Decano del Colegio, Joan Carles Ollé, que afirmó que en el ámbito concursal «se está poniendo a prueba la infraestructura de los juzgados», y que apostó claramente por una futura ley de jurisdicción voluntaria, en la línea de continuar trabajando en la desjudicialización. El Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Miguel Ángel Gimeno, aseguró que «es importante ofrecer pautas de comportamiento y de interpretación jurídica».

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.

