

LaNotaria

Número 2 | 2011

Revista del Col·legi de Notaris de Catalunya

Fundada el 1858

**La nova Llei d'arbitratge,
una nova atribució**

**La sostenibilitat
de l'oficina notarial**

**«Si no hi ha creixement, no solucionarem
l'atur ni tampoc l'endeutament»**

Entrevista a JOAN HORTALÀ,
President de la Borsa de Barcelona

**«Hem d'avançar cap a
una simplificació administrativa»**

Entrevista a LLUÍS RECODER,
Conseller de Territori i Sostenibilitat

TRIBUNA

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

DOCTRINA

Una reflexió sobre l'empremta romana del «benefici de separació de patrimonis» en el Codi Civil de Catalunya
La regulació successòria en relació amb els drets de tercers adquirents de béns immobles inscrits al Registre en virtut d'acte dispositiu de l'hereu aparent

PRÀCTICA

El contracte de permuta financera de tipus d'interès (swap)
Sobre la reforma de la Llei del Cadastre Immobiliari
Recent doctrina registral sobre exigibilitat de l'assegurança 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

Director:

Àngel Serrano de Nicolás

Sotsdirector:

Guzmán Clavel Jordà

Consell de redacció:

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

Consell editorial:

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

Coordinació:

Sandra Purroy Corbella

Diseny i producció: LA LEY

ISSN: 2172-3028

D.L.: BI-2450-2010

Tots els drets reservats

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

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

Notariado 4 - 08001 Barcelona

Edició online disponible www.colnotcat.es

lanotaria@catalunya.notariado.org

La ineficient execució hipotecària

Des de fa mesos i, sens dubte, així seguirà en els següents, és objecte de permanent debat, tant als mitjans jurídics com a les tertúlies (qualsevol que sigui l'àmbit o lloc en què es desenvolupin), el problema de l'extinció del deute hipotecari, singularment quan afecta l'habitatge habitual i domicili permanent de la família.

Vàries són les qüestions i matèries no infreqüentment barrejades que es concentren en aquest greu i conflictiu problema social. Així, i sense perjudici d'ulteriors precisions, tenim el dret a l'habitatge com a dret subjectiu (naturalesa que cada vegada troba més distingits defensors, derivant-lo de l'art. 48 de la Constitució), encara que cal precisar que no és el títol de propietat l'únic que el pot garantir; fins i tot quan es tracta d'habitatge protegit potser no sigui el més adequat, atès que no es tracta de garantir el dret a la propietat, sinó el dret a habitar —sens dubte, de forma estable i segura— un habitatge digne.

D'aquest problema del dret a l'habitatge deriven pràcticament tots els altres que s'estan donant en l'actual situació de crisi financera i immobiliària (2007-?). Així, i pràcticament per totes les entitats de crèdit i des que va començar la crisi hipotecària, la renegociació dels préstecs o crèdits que es van concedir per adquirir els habitatges habituals; l'execució d'aquestes hipoteques amb què es va finançar l'adquisició, que en un elevat percentatge —i executades als pocs anys d'haver-se concedit i taxat— ni tan sols cobreixen, si es realitzés una nova taxació, el principal que es deu encara; la barreja, si no confusió, entre vies per a l'extinció del deute i procediments per a l'execució de la hipoteca immobiliària (l'única causa de venciment anticipat de la qual, a la pràctica, és l'impagament), i, finalment, la no adequada dissecció entre funció i aplicació de la Llei Hipotecària (LH), de la Llei del Mercat Hipotecari i de la Llei d'Enjudiciament Civil (LEC), encara que totes es veiessin afectades per la reforma operada per la Llei 41/2007. El fet de diferenciar-ne la funció en constituir-se la hipoteca, en inscriure's i en arribar el moment de la seva realització és imprescindible, tant per a les previsions de futur com per donar solució urgent als problemes de present.

En el moment de constituir-se la hipoteca, d'entre totes, malgrat potser ser la més oblidada, hi destaca la legislació del mercat hipotecari. Seria una altra cosa si s'haguessin observat els seus percentatges màxims del 80 %, encara que, certament, no són obligatoris tret que posteriorment es vulgui acudir al mercat hipotecari, amb l'emissió de cèdules hipotecàries (i no oblidem que per donar solució a l'actual problema no podem desconèixer que la solució no afecta únicament entitats de crèdit i particulars, sinó també els tenidors de bons, cèdules i participacions hipotecàries); el mateix si s'haguessin fet taxacions més ajustades i independents (no cal oblidar que en si mateixes poden ser generadores d'inflació, sobretot si, en lloc d'ajustar-se

a la baixa respecte de l'hipotètic valor de mercat, es contempla de futur allò que aleshores era una evolució normal del mercat, encara que ja donés símptomes de fatiga). En resum, potser es podria haver evitat alguna cosa si s'hagués actuat amb la màxima diligència d'un bon banquer (comprentent aquí totes les entitats de crèdit del mercat hipotecari), assumint, com proclama l'actual art. 5 del Reglament del Mercat Hipotecari de 2009 (que ha derogat el de l'any 1982), que la finca ha de ser l'última garantia, la qual cosa per si mateixa deixa com a excepcional la sol·licitud de fiançaments o de garanties hipotecàries alienes. Però no és això el que ara preocupa sinó la ineficient funció de la hipoteca com a dret de realització de valor, que cal esperar no tingui l'amarg final que va tenir la condició resolutòria explícita, ja que no sempre s'ha finançat l'adquisició íntegrament amb hipoteca, sinó que fa escassos decennis encara es lliuraven, i descomptaven, ingents milers de lletres de canvi; és a dir, el propi constructor, o promotor, també «finançava» l'adquisició.

Que la hipoteca immobiliària no compleix la seva funció de dret de realització de valor és tan obvi que, en cas contrari, no seria necessari el permanent reclam de reformes en la seva fase d'execució, ara regulada per la LEC. Que s'ha prestat poca atenció al tema també és cert. Només cal pensar que s'anomena *venda extrajudicial*, a l'art. 129 LH, a allò que per deixadesa legislativa —si és que és el mateix, donat que tan diferent nom i substància farien dubtar fins i tot de la seva mateixa legalitat— al Reglament Hipotecari se segueix anomenant *procediment executiu extrajudicial*, d'altra banda inspirat en la LEC ja derogada i, per descomptat, menys protector del deutor pel que fa a percentatges mínims amb els quals adjudicar-lo al creditor.

L'única cosa que sembla clara de tot això és que la fase de realització de valor requereix una regulació expressa i completa que doni celeritat i possibilitat de defensa al deutor, però, per damunt de tot i atès que l'excés d'oferta, és a dir, de subhastes de finques, en podria fer difícil l'absorció, potser allò que procedeix és la renegociació del deute. Aquí, la reforma operada per la Llei 41/2007 tampoc no ha estat ni tan sols mitjanament encertada, ja que sorgeixen seriosos dubtes sobre quan no es perd el rang hipotecari per augment de capital, sense alterar la responsabilitat, per increment únicament del termini, etc.

El legislador és l'únic que té la capacitat, en un Estat democràtic, de legislar i adequar la legalitat a les canviants realitats socials, com també les normes s'han d'aplicar segons la realitat social del temps en què han de ser aplicades. Així es va fer en admetre la «voluntat rebel» en interpretar l'art. 1504 CC sense alterar el text i, per descomptat, i ja s'ha regulat al Dret francès, hauria de contemplar-se el conegut com a «pacte marcià» de clara tramitació notarial i ineludible exigència d'una taxació independent quasi immediata al moment de l'adjudicació per l'entitat de crèdit.

El que no es pot fer és seguir confonent l'extinció del deute o la limitació de responsabilitat amb mitjans eficients de realització del bé hipotecat, atès que sobre el bé hipotecat hi pot haver embargaments o, encara que sigui infreqüent, altres hipoteques. I fins i tot encara que no hi hagi res més el deutor té el legítim dret al fet que se li privi amb ple respecte a la tutela judicial efectiva i al fet que no sigui ell, amb els interessos abusius de demora, la persona que hagi de suportar la ineficiència de la inadequada regulació del procediment de realització de valor del bé hipotecat.

Ángel Serrano de Nicolás
Director
Doctor en Dret
Notari de Barcelona



Editorial

- La ineficient execució hipotecària
Àngel Serrano de Nicolás

4



Tribuna

- La modificació del llibre III del Codi civil de Catalunya impulsarà la creació de fundacions i n'agilitarà l'organització i el funcionament
Pilar Fernández Bozal
- La sostenibilitat de l'oficina notarial
José Luis Fernández Lozano
- L'arbitratge, de nou sobre la taula del jurista
Jesús M.ª De Alfonso
- El notari en l'arbitratge: un camí reobert
Ildefonso Sánchez Prat
- La crisi econòmica viscuda des d'una notaria
Daniel Iborra Fort
- La reforma del sistema hipotecari i protecció del consumidor
Joan Carles Ollé Favaró

6

9

15

22

25

28



Entrevistes

- «Si no hi ha creixement, no solucionarem l'atur ni tampoc l'endeutament»
Joan Hortalà, President de la Borsa de Barcelona
- «Hem d'avançar cap a una simplificació administrativa»
Lluís Recoder, Conseller de Territori i Sostenibilitat

31

37



Doctrina

- La regulació successòria en el Dret comú i el Dret civil de Catalunya en relació amb els drets de tercers adquirents de béns immobles inscrits al Registre en virtut d'acte dispositiu de l'hereu aparent
Josep J. Pintó Ruiz
- Una reflexió sobre l'empremta romana del «benefici de separació de patrimonis» en el Codi civil de Catalunya
Paula Domínguez Tristán

40

48



Pràctica

- El contracte de permuta financera de tipus d'interès
Sergio Sánchez y Montiel
- Sobre la reforma de la Llei del Cadastre Immobiliari
Antonio Ángel Longo Martínez
- Recent doctrina registral sobre exigibilitat de l'assegurança decenal
Antonio Ángel Longo Martínez

70

76

84



Internacional

- Discriminació als espanyols fills d'emigrants en l'accés a la nacionalitat espanyola d'origen
Eduard Sagarra Trias
- Ressenyes de Normativa
Elisabeth García Cueto

90

103



Sentències

- Ressenya de les principals sentències del Tribunal Suprem
Redacció LA LEY
- Ressenya de les principals sentències del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya
Víctor Esquirol Jiménez

110

110



Resolucions

- Resolucions de la Direcció General dels Registres i del Notariat contra qualificacions de la propietat i mercantils
Fernando Agustín Bonaga
- Ressenya de les principals resolucions de la Direcció General de Dret i Entitats Jurídiques de la Generalitat de Catalunya
Víctor Esquirol Jiménez

115

129



Vida Corporativa

- Notícies corporatives i del món del Dret

132

La modificació del llibre III del Codi civil de Catalunya impulsarà la creació de fundacions i n'agilitarà l'organització i el funcionament



Pilar Fernández Bozal
Consellera de Justícia de la Generalitat de Catalunya

La reforma de la qual els parlaré en aquest article, i que ara proposem des del Govern de la Generalitat, no neix d'una intenció preconcebuda i establerta al programa electoral de Convergència i Unió, sinó de la **petició reiterada que les mateixes fundacions han anat fent arribar a la Conselleria** de Justícia des del mes de gener de 2011, moment en el qual em vaig fer càrrec del Departament.

La reforma —tal com s'ha concebut— afectarà només una part del llibre III del Codi civil de Catalunya i, fonamentalment, pretén orientar-se a millorar l'eficiència, l'agilitat i l'autonomia de gestió de les fundacions.

És una proposta que pretén **evitar l'intervencionisme desmesurat i l'excessiva regulació** de la normativa actu-

alment en vigor, que, a més a més, i per diversos motius, ha suposat un fre a la creació de noves fundacions. En aquesta mateixa línia, la nova regulació intenta recollir les reivindicacions més importants del sector, però **sense renunciar al control i la supervisió de les entitats.**

La regulació de la **Llei 4/2008, de 24 d'abril**, del llibre III del Codi civil de Catalunya, relatiu a les persones jurídiques, es va promulgar amb l'objectiu de refondre, sistematitzar i harmonitzar la legislació catalana en matèria d'associacions i fundacions; no obstant això, es va aprofitar l'impuls codificador per actualitzar alguns aspectes substancials del seu règim jurídic.

La perspectiva que atorga el període transcorregut des de l'entrada en vigor del llibre III posa de manifest un **intervencio-**

nisme excessiu en la regulació de l'organització i el funcionament de les esmentades entitats, el qual ha contribuït en gran mesura a la **davallada de la iniciativa de creació de noves fundacions**. De fet, les dades són contundents: només vint-i-una noves fundacions s'han inscrit a Catalunya durant el 2011, i cinquanta-nou durant tot l'any 2010. Aquestes xifres encara són més impactants si es tenen en compte les inscripcions en exercicis anteriors: l'any 2008, per exemple, es van inscriure a Catalunya cent quaranta-vuit noves fundacions. El Legislador ha de reaccionar davant d'aquestes situacions i, precisament **per posar fre a aquesta tendència a la baixa, el Govern ha impulsat la modificació de la normativa sectorial.**

Els canvis més importants introduïts pel nou text normatiu impulsat pel Go-



vern de la Generalitat responen a la voluntat **de guanyar agilitat i autonomia en la gestió** de les fundacions i, alhora, simplificar els procediments administratius, sense renunciar a l'indispensable control de la seva activitat. La voluntat subjacent de les mesures proposades s'encamina a incentivar la constitució de noves fundacions —mitjançant la reducció de la dotació inicial— i a incrementar l'autonomia de gestió de les que es troben actualment en funcionament, atès que permeten compatibilitzar la condició de patró amb la prestació de serveis a la fundació sota determinades condicions. Altres mesures introduïdes seguint la mateixa línia són la possibilitat que el càrrec de secretari recaigui sobre una persona que no tingui la condició de patró i flexibilitzar el règim d'autoritzacions per dur a terme determinades operacions del Patronat substituint-les per la declaració responsable, així com reduir els supòsits d'actes de disposició sotmesos a l'autorització del Protectorat.

L'aportació inicial requerida es redueix un 50 %

La dotació inicial exigida per constituir fundacions de durada indefinida passa de 60.000 a 30.000 euros. Aquesta minva s'erigeix com un element fonamental en la vertebració del nou text normatiu i prové d'una ferma convicció sorgida de l'experiència: resulta més eficaç la justificació d'un projecte de viabilitat econòmica que no pas l'exigència d'una dotació econòmica inicial elevada, per tal de garantir el bon funcionament de la fundació i el seu objectiu cabdal, que és, sense dubte, l'acompliment de les seves finalitats.

D'aquesta manera es pretén aturar la fugida de fundacions al registre estatal, una tendència a l'alça motivada per les característiques de la normativa de l'Estat en aquesta matèria, menys exigent quant a la dotació inicial requerida i menys intervencionista en el model d'autogestió d'aquestes entitats. Amb la mateixa voluntat de facilitar la constitució de fundacions, també es rebaixa la dotació necessària per constituir fundacions amb caràcter temporal, que passa de 30.000 a 15.000 euros.

Es facilitaran i milloraran la gestió i la direcció ordinàries de les fundacions

En la mateixa línia i amb una voluntat d'incentivació similar, es modifica el desemborsament inicial requerit en el supòsit d'aportació successiva de la dotació, que d'ara en endavant serà del 25 %, en contraposició al 50 % requerit per la normativa anterior. Així mateix, es modifica la garantia d'aquesta aportació successiva, que haurà de constar en escriptura pública amb valor de títol executiu, per tal com l'experiència posa en relleu que aquest és el mitjà més utilitzat per les fundacions.

Se suprimeix, també, la incompatibilitat entre el càrrec de patró i la possibilitat de prestar serveis de tipus directiu en fundacions de grans dimensions. D'aquesta manera, es dota aquestes entitats de llibertat per designar persones que exerceixin funcions de direcció de la gestió ordinària de la fundació i d'execució dels acords que adopti el Patronat. Aquesta modificació respon al fet que la regulació actual estableix l'obligació d'incorporar una o més persones amb aquestes funcions per a les fundacions en les quals es doni, almenys, una de les circumstàncies següents: que el total de l'actiu superi els 6 milions d'euros o que l'import del volum anual d'ingressos ordinaris sigui superior a 3 milions d'euros. A això s'afegeix el fet que la normativa vigent prohibeix als membres del Patronat exercir funcions de direcció quan a la fundació hi ha més de vint-i-cinc treballadors i es dona almenys una de les dues circumstàncies abans esmentades. En conseqüència, a la pràctica s'han produït, derivades de l'aplicació d'aquesta regulació, greus disfuncions en aquelles entitats que desenvolupen una activitat molt estretament lligada a l'experiència dels mateixos patrons. Haver de renunciar a l'important valor afegit que aquests aporten a la gestió ordinària de la fundació seria un greu error.

Se suprimeix, així mateix, la prohibició que a les fundacions en les quals concurren les circumstàncies esmentades els patrons puguin tenir cap tipus de relació laboral o professional retribuïda amb la fundació, sempre que es presenti una declaració responsable que acordi que s'ha resolt el conflicte a favor de la formalització de l'operació perquè ha quedat justifi-

ficada la prevalença dels interessos de la fundació sobre els particulars del patró o de les persones que s'hi equiparen.

La declaració responsable genera més confiança en la gestió de les fundacions i n'augmenta el marge de maniobra

En la línia de simplificació administrativa introduïda a la Llei 26/2010, de 3 d'agost, de règim jurídic i de procediment de les administracions públiques de Catalunya, que incorpora les regles de la Directiva 2006/123/CE, de 12 de desembre de 2006, relativa als serveis al mercat interior, **es rebaixa el grau d'intervenció administrativa en els actes de disposició de les fundacions**, en el sentit de disminuir els supòsits d'actes de disposició sotmesos a l'autorització del Protectorat, que queden reduïts a dos: quan ho hagi exigit expressament el donant i quan ho estableixi una disposició estatutària. Excepcionalment, també es manté la necessitat d'autorització per a la participació de les fundacions en societats, quan aquesta participació comporta l'assumpció de responsabilitat pels deutes socials d'aquestes.

Els canvis més importants introduïts pel nou text normatiu impulsat pel Govern de la Generalitat responen a la voluntat de guanyar agilitat i autonomia en la gestió de les fundacions i, alhora, simplificar els procediments administratius, sense renunciar a l'indispensable control de la seva activitat

L'article 333-1.2 de l'avantprojecte recull el caràcter excepcional dels supòsits d'operacions en els quals el producte no es reinverteix totalment o parcial en el patrimoni de la fundació, quan estableix que, en aquests supòsits, «el Patronat, abans de dur a terme l'acte dispositiu, ha de presentar una declaració responsable al Protectorat fent constar que es donen aquestes circumstàncies i aportar un informe subscrit per tècnics independents que acrediti la necessitat de l'acte dis-

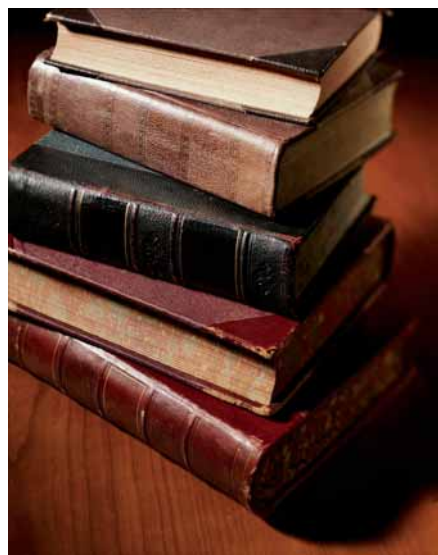


positiu i les raons que justifiquen la no-reinversió».

Es pretén aturar la fugida de fundacions al registre estatal, una tendència a l'alça motivada per les característiques de la normativa de l'Estat en aquesta matèria, menys exigent quant a la dotació inicial requerida i menys intervencionista en el model d'autogestió d'aquestes entitats

En qualsevol cas, i segons el que estableix l'article 333-1.3 de l'avantprojecte, «per a efectuar actes d'alienació o gravamen de béns immobles, establiments mercantils o béns mobles, sempre que tinguin, en aquest darrer cas, un valor de mercat superior a 60.000 euros o al 20 % de l'actiu de la fundació que resulti del darrer balanç aprovat, el Patronat, abans de la perfecció del contracte, ha de presentar una declaració responsable al Protectorat fent constar que l'operació és beneficiosa per a la fundació i aportar un informe subscrit per tècnics independents que acrediti que l'operació respon a criteris econòmicofinancers i de mercat. Se n'exceptuen els actes d'alienació de béns negociats en mercats oficials, si l'alienació es fa almenys pel preu de cotització».

També se substitueix la necessitat d'autorització del Protectorat per resoldre



els supòsits de conflicte d'interessos, en el cas que els patrons o persones vinculades vulguin fer una operació amb la fundació, per l'exigència d'una declaració responsable del Patronat. Mitjançant aquesta declaració responsable, el Patronat garanteix que ha valorat el conflicte d'interessos que es plantejava i que ha acordat dur a terme l'operació perquè ha quedat justificat que prevalen els interessos de la fundació sobre els particulars del patró o de les persones que s'hi equiparen. Així, l'article 332-10.2 de l'avantprojecte estableix que «els patrons i les persones que s'hi equiparen (...) poden establir una relació laboral o professional retribuïda amb la fundació sempre que s'articuli mitjançant un contracte que determini clarament les tasques laborals o professionals que es retribueixen. En el cas dels patrons, les tasques han d'ésser diferents de les pròpies del seu càrrec».

En conseqüència, **es regula el règim jurídic aplicable a la declaració responsable**. L'article 332-11 de l'avantprojecte estableix que serà necessari «l'acord d'un mínim de dues terceres parts del nombre total de patrons i s'ha d'acreditar mitjançant un model normalitzat i formalitzat en escriptura pública» per adoptar-la, i regula també el termini en el qual s'han de presentar al Protectorat els informes amb els quals, si escau, s'ha d'acompanyar; el termini màxim en el qual s'ha de dur a terme l'operació objecte de la declaració responsable, i les conseqüències de la declaració responsable en cas d'inexactitud, falsedat o omissió en les dades. També, i segons el que s'estableix en aquest mateix precepte, «prèviament a l'adopció de l'acord sobre la declaració responsable, els patrons han de disposar de tota la informació rellevant i, en particular, dels informes exigits per la llei. La declaració responsable del Patronat, juntament amb una còpia de l'informe que s'escaigui, s'ha de presentar al Protectorat prèviament a la formalització del negoci jurídic objecte de la declaració responsable. La formalització d'aquest negoci jurídic s'ha de perfeccionar en el termini màxim de tres mesos a comptar de la data en la qual el Patronat hagi acordat la declaració responsable».

Cal tenir en compte que la figura de la declaració responsable ha estat regulada de forma general en l'ordenament administratiu en l'article 35 de la Llei 26/2010, de 3 d'agost, de règim jurídic i de procediment

de les administracions públiques de Catalunya, com a mesura de simplificació administrativa. En l'ordenament jurídic català, ja s'havien anat introduint mecanismes d'intervenció menys restrictius, amb caràcter general i per a les activitats econòmiques (la declaració responsable i la comunicació), a través del Decret 106/2008, de mesures per a l'eliminació de tràmits i simplificació de procediments per facilitar l'activitat econòmica. La introducció de la declaració responsable en la normativa fundacional comporta, en primer lloc, la implantació en aquest àmbit d'una mesura de simplificació administrativa i, en segon lloc, un canvi de paradigma, un canvi de ruta de l'intervencionisme de l'Administració —mitjançant control *ex ante*— en el funcionament de les fundacions, cap a una major confiança en la seva presa de decisions, en la seva autonomia de gestió i, també, en contraposició a aquesta, en la responsabilitat dels patrons.

En últim terme, la reforma fa possible que el càrrec de secretari de la fundació recaigui en una persona aliena al Patronat, tot i que, en aquest supòsit, haurà d'advertir l'òrgan col·legiat sobre l'adequació a la legalitat dels acords adoptats. D'aquesta manera, s'enceta la possibilitat que els òrgans col·legiats comptin amb un instrument professionalitzat de garantia sobre la legalitat a la legalitat dels acords adoptats.

La introducció dels informes amb els quals s'ha d'acompanyar la declaració responsable i la professionalització del secretari esdevenen una garantia per a les fundacions, atès que els permet disposar d'una persona externa al Patronat —normalment, un professional— que adverteix i assessoria sobre la legalitat dels acords que s'adopten en el seu si.

Totes les normes de control i fiscalització que segons la normativa té el Protectorat es mantenen, i n'està previst el desenvolupament mitjançant la Llei del Protectorat.

En definitiva, **la reforma pretén realitzar una modificació legal de mínims que faciliti la constitució de les fundacions i n'agiliti l'activitat ordinària**, tot responsabilitzant els patrons de les seves pròpies decisions, però sense menyscar els amplis mecanismes de control establerts legalment.

La sostenibilitat de l'oficina notarial



José Luis Fernández Lozano
Degà del Col·legi de Notaris d'Astúries

El notari és un funcionari públic autoritzat per donar fe, conforme a les lleis, dels contractes i altres actes extrajudicials. Així ens defineix la nostra Llei del Notariat al seu article 1, definició que, gairebé a punt de complir un segle i mig, ha restat invariable des de l'any 1862. Allò que caracteritza el notari d'una forma substancial és la seva condició de funcionari públic, **però també, configurant una realitat inescindible, com Rodríguez Adrados ha deixat establert magistralment, el notari és un professional del Dret. Aquesta doble realitat, aquest caràcter híbrid, va ser plasmada al Reglament Notarial.**

I és precisament aquest doble aspecte el que ha donat a la institució notarial la fortalesa i prestigi⁽¹⁾ que encara gaudeix, però també el que ha suscitat, en alguns casos, una certa incomprensió⁽²⁾ de la qual s'han intentat aprofitar alguns agents econòmics⁽³⁾, àvids i prepa-

rats per ocupar qualsevol forat que pugui quedar lliure al món de la seguretat jurídica preventiva, en quant aquesta comporta significat econòmic.

No és estrany, per tant, que, donada la condició de funcionari públic que té el notari, el seu despatx i dependències tinguin la consideració d'«oficina pública», sent exigible que reuneixi «les condicions adequades per a la deguda prestació de la funció pública notarial, havent d'estar constituïda per un conjunt de mitjans personals i materials ordenats per al compliment d'aquesta finalitat» (article 2 del Reglament Notarial).

El servei que presta l'oficina notarial és un servei públic, però, a diferència d'altres serveis públics, el responsable d'aquesta oficina (el notari) té la condició de funcionari públic. I és per aquesta raó per la qual, per al sosteniment de l'oficina notarial, així com per a l'adequada i digna subsistència del notari, **l'Estat**, que ha de-

legat en ell, sota la seva exclusiva responsabilitat, la fe pública notarial, així com la custòdia i conservació del protocol notarial, la propietat del qual només pertany a l'Estat, **ha de garantir, a través d'un aranzel⁽⁴⁾ suficient, la percepció d'uns honoraris que garanteixin el compliment d'aquestes atencions.**

L'aranzel notarial ha d'ajustar-se a determinats criteris (que de vegades s'obli- den i que són d'obligat compliment). Són aquests:

1) La percepció no pot en cap cas diferir del cost mitjà ponderat del document incrementat amb els drets corresponents⁽⁵⁾.

2) Els aranzels s'han de determinar a un nivell que permeti la cobertura de les despeses de funcionament i conservació de les oficines on realitzin les activitats o serveis els notaris, inclosa la seva retribució professional⁽⁶⁾.



Per tant, l'aranzel no es pot en cap cas fixar de manera que no es cobreixi el cost de la seva elaboració, però, a més a més, degut al treball i la responsabilitat que suposa caldria afegir una quantitat més per la justa retribució del notari. És ben sabut que **hi ha excepcions per aquest principi general, com la dels documents de caràcter gratuït** per a l'interessat establerts per llei⁽⁷⁾ o pel propi Reglament Notarial (article 130, torn especial de documents de caràcter gratuït⁽⁸⁾).

El servei que presta l'oficina notarial és un servei públic. L'Estat ha de garantir, mitjançant un aranzel suficient, la percepció d'uns honoraris que garanteixin el compliment d'aquestes atencions

L'aranzel anterior al vigent va ser aprovat pel Decret de 25 de març de

1971. Divuit anys després⁽⁹⁾, el **Real Decret 1426/1989, de 17 de novembre, aprova l'Aranzel vigent**, que respon a quatre principis bàsics, tal i com es dedueix al seu preàmbul, **tot destacant especialment el de cobertura de despeses**⁽¹⁰⁾, segons el qual els aranzels es determinaran a un nivell que permeti la cobertura de les despeses de funcionament i conservació de les oficines, inclosa la retribució dels notaris.

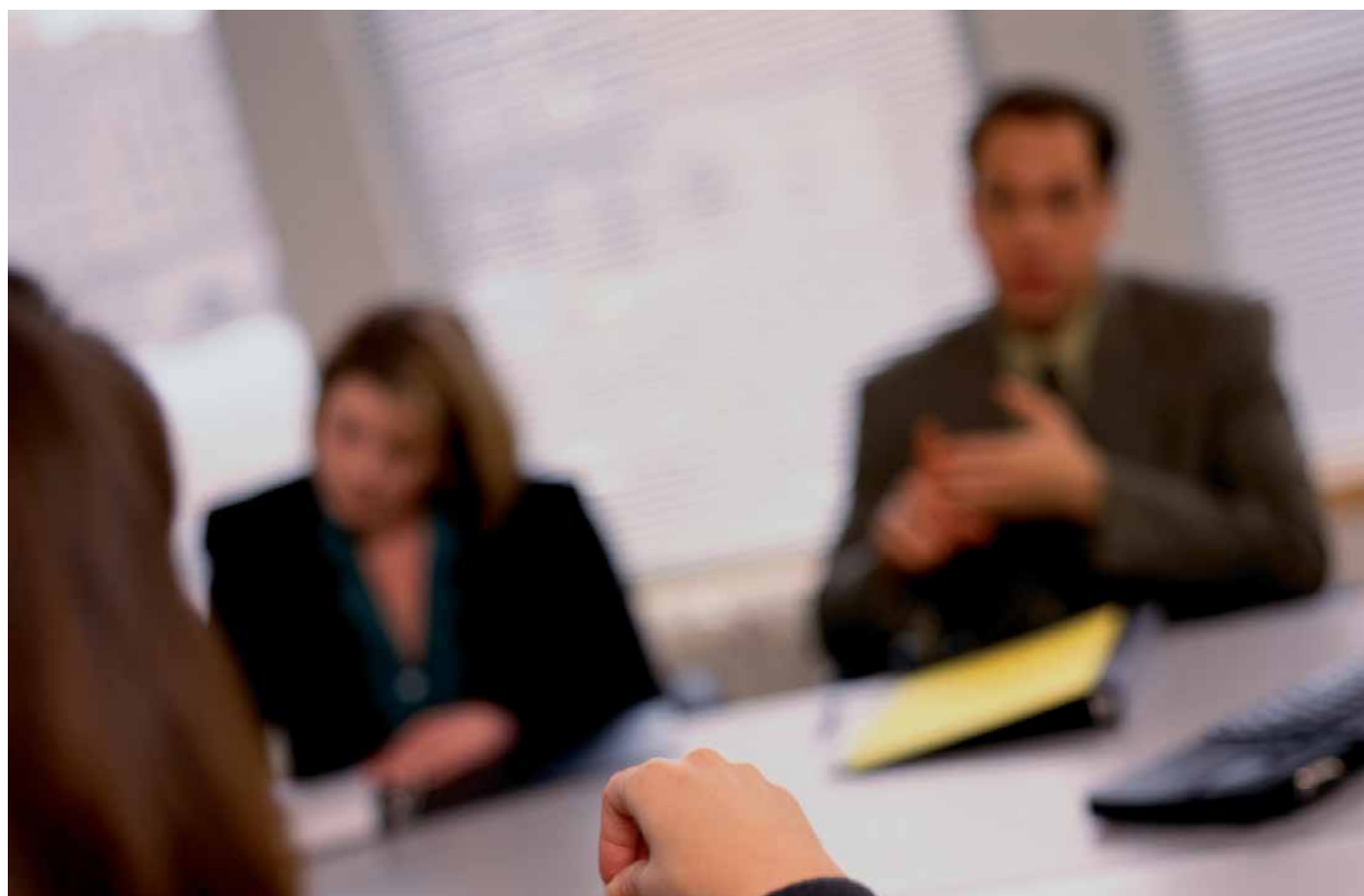
Actualment hi ha una gran dispersió normativa en matèria de l'aranzel notarial. La norma principal, ja ressenyada, s'inclou al Reial decret 1426/1989, de 17 de novembre, i fa referència als principals documents notariais (escriptures, actes i testimoniats); hem d'acudir, en canvi, al Decret de 15 de desembre de 1950 per minutar la intervenció notarial a les pòlisses. Però, a més a més d'aquestes dues normes, **cal tenir en compte més de seixanta normes que estableixen reduccions, bonificacions o exempci-**

ons dels aranzels notariais⁽¹¹⁾. Aquesta dispersió dóna lloc al fet que l'aplicació concreta i correcta de l'aranzel sigui veritablement difícil no ja per al ciutadà o per al professional, sinó també per al propi fedatari.⁽¹²⁾

Des de l'aprovació per Reial decret de 17 de novembre de 1989 de l'aranzel notarial només hem conegut normes que han establert reduccions⁽¹³⁾ o exempcions. No obstant això, no s'ha arribat a abordar amb serietat l'elaboració d'un nou aranzel⁽¹⁴⁾, la qual cosa constitueix una necessitat urgent.

Permet l'aranzel vigent⁽¹⁵⁾ atendre l'adequada sostenibilitat de l'oficina pública notarial? La resposta és clarament negativa a la vista, entre d'altres, de les següents circumstàncies:

1) La falta d'actualització de l'aranzel⁽¹⁶⁾. Els notaris, sense necessitat d'especials anuncis per part del Govern, experimentem tots els anys una





reducció econòmica: la que es produeix com a conseqüència de la falta d'adaptació de l'aranzel⁽¹⁷⁾ a l'IPC. En efecte, des de novembre de 1989 fins el juny de 2011, l'IPC ha experimentat un augment del 108 %⁽¹⁸⁾, dada comprovable a través de les dades publicades per l'INE (<http://www.ine.es>).

2) Les rebaixes aranzelàries sistemàticament realitzades, de forma demagògica, sense basar-se en un estudi rigorós dels costos de l'oficina notarial.

Des de l'aprovació de l'aranzel vigent, s'han aprovat contínues rebaixes aranzelàries (en relació amb adquisició de l'habitatge, préstecs hipotecaris, societats telemàtiques, etc.). Aquestes rebaixes, en coincidir en el temps amb un període d'extraordinària expansió econòmica, van ser absorbides per l'increment d'operacions produït, per la qual cosa els seus efectes negatius no es van deixar sentir. No obstant això, avui, amb la gravíssima recessió econòmica⁽¹⁹⁾ que travessem, les rebaixes aplicades sense cap estudi econòmic⁽²⁰⁾ han donat lloc a un fet mai observat abans: **la insostenibilitat de l'oficina notarial** (es pot estimar en un 15 % el nombre de notaries que es troben en pèrdues⁽²¹⁾).

3) La repercussió negativa de la demarcació notarial de l'any 2007 (Reial decret 173/2007). Sobre la base de l'estadística notarial de contractació dels anys de màxima expansió econòmica al nostre país, es procedeix a la creació de més d'una centena de places notariales. **El resultat d'aquesta demarcació, la revisió de la qual és urgent i molt necessària**⁽²²⁾, salta als ulls si analitzem els resultats dels últims concursos notariales: la destrucció de l'anomenada *carrera notarial*. Les places de primera (situades a capitals de província o poblacions de més de setanta-cinc mil habitants) queden desertes⁽²³⁾ donat que no són «rendibles»⁽²⁴⁾, en existir un nombre excessiu de notaries demarcades.

4) L'increment de les obligacions notariales i, paral·lelament, del cost de l'oficina notarial. Des de l'any 1989

(data de la publicació de l'aranzel actual) fins avui, l'increment d'obligacions i responsabilitats dels notaris ha estat extraordinari, com a conseqüència d'una política⁽²⁵⁾ d'increment de la col·laboració amb les administracions públiques.

L'elaboració de l'índex únic electrònic⁽²⁶⁾ (que ha suposat la necessitat de contractar, si més no, un empleat per notaria dedicat només a aquesta tasca), les majors i millors infraestructures telemàtiques⁽²⁷⁾, les inversions realitzades en matèria informàtica, la col·laboració en matèria de blanqueig de capitals (amb els majors requisits a l'hora de redactar les escriptures, la qual cosa s'ha traduït en més temps per emprar per document autoritzat), entre altres supòsits, han donat lloc a un destacat **increment de costos que es pot xifrar en més d'un 40%**⁽²⁸⁾ respecte als costos que existien l'any 1989.

5) La notarialització de la pòlissa.

L'aranzel de les pòlisses es regula en un Decret de 1950, sent avui un aranzel de màxims. No obstant això, després de la reforma del Reglament Notarial de 2007, s'ha produït un increment notable de les obligacions i del temps que el notari ha de dedicar a la «intervenció»⁽²⁹⁾ de la pòlissa, havent-se produït una certa equiparació amb l'escriptura pública, la qual cosa ha donat lloc al fet que l'aranzel vigent, de l'any 1950, resulti insuficient per compensar les obligacions i diligències cada vegada més grans que el notari ha de desplegar a l'hora d'intervenir una pòlissa⁽³⁰⁾.

Urgent necessitat d'una revisió de l'aranzel notarial. Necessitat d'actualització automàtica segons l'IPC de l'aranzel

Totes aquestes circumstàncies (dispersió normativa, augment de costos econòmics, disminució d'ingressos, etc.) fan que avui més que mai sigui necessària la redacció i aprovació d'un nou aranzel notarial. Es pot dir, sense exagerar, que **el Notariat es troba ja al límit**⁽³¹⁾, **perillant seriosament no només la prestació**

d'un servei notarial de qualitat, sinó la prestació mateixa del servei.

El Notariat ha d'estar al servei de la societat. L'activitat notarial no és una activitat mercantil, sinó una activitat pública, un servei públic que ha d'estar regulat per l'Estat segons uns criteris justs i adequats a les circumstàncies del temps i del lloc i que permetin l'accés de tothom al servei públic notarial.

Després de vint-i-dos anys des de la publicació de l'actual aranzel notarial i de més de cinquanta anys de la norma aranzelària que regula la minutació de les pòlisses, **es fa necessària la redacció, aprovació i publicació d'un nou aranzel que reculli en una sola norma tot el conjunt de disposicions disperses, que tingui en compte els veritables costos actuals de l'oficina pública notarial, que prevegi la seva actualització anual automàtica segons l'IPC i que permeti la seva revisió periòdica conforme a criteris seriosos i objectius.**

Des de l'aprovació per Reial decret de 17 de novembre de 1989 de l'aranzel notarial només hem conegut normes que han establert reduccions o exempcions

Com ha de ser aquest aranzel?⁽³²⁾

Entre les conclusions del VI Congrés Notarial (Madrid, 1997), trobem la següent: «SISENA.—La funció notarial ha de produir-se amb un cost just, la qual cosa s'aconsegueix mitjançant un **sistema de retribució d'aranzels obligatoris** fixats pel poder públic i allunyats tant de les lleis del mercat com de les decisions de la pròpia institució. L'eficàcia del control de legalitat i de l'assessorament imparcial institucional, que impliquen, en si mateix, una alta capacitat i una rigorosa independència del notari, postulen un **sistema tarifari fix de retribució**».

I la setena conclusió del VIII Congrés Notarial (Madrid, maig de 2003) assenyalava que «convé establir les bases d'un nou model aranzelari que, a més d'establir



una remuneració justa, preservi el contingut íntegre de la funció pública notarial, fet que comporta **el manteniment d'un sistema d'aranzel fix, que és l'únic que pot garantir els objectius institucionals del Notariat**, especialment la seva independència. Aquest nou aranzel haurà d'estar **informat pels principis de proporcionalitat al cost del servei, imparcialitat, responsabilitat i verificabilitat**».

Considero que aquestes conclusions segueixen sent igualment defensables avui, l'any 2011.

Necessitat que l'aranzel sigui fix⁽³³⁾

Han d'eliminar-se les possibilitats introduïdes a les últimes reformes de «negociació» de l'aranzel. L'aranzel ha de ser fix. **La negociació de l'aranzel a l'únic a qui beneficia és al client poderós**, però no al consumidor o al ciutadà del carrer que va a la notaria com a molt una o dues vegades al llarg de la seva vida.

La funció que prestem els notaris no és una mera mercaderia, sotmesa a l'oferta i la demanda per a la fixació del seu preu; al contrari, aquest queda, mitjançant l'aranzel, fora de la disposició de les parts i és fixat pel poder públic, en congruència amb el caràcter públic de la funció, encara que s'exerceixi en règim privat i professional, sotmès a fortes restriccions.

Si ens trobéssim davant un servei purament professional, regit per normes de mercat, lògicament intentaríem obtenir el màxim benefici de la nostra activitat i, almenys, aconseguir que cadascuna de les nostres actuacions fos remunerada de manera que cobrés el seu cost i donés un cert benefici. Mancarien de sentit, des del punt de vista de les lleis del mercat, no només les actuacions gratuïtes, com són els poders electorals o les còpies i poders expedits en procediments en els quals s'ha obtingut el benefici de justícia gratuïta, sinó també aquelles actuacions la remuneració de les quals és inferior al seu cost o aquelles actuacions complicades, enutjoses o incòmodes la retribució de les quals és escassa (com actes amb sortides fora del despatx, habitatges protegits o testaments).

D'altra banda, **la crisi econòmica actualment viscuda ha suposat una important crida d'atenció davant les preteses bondats de l'ultraliberalisme econòmic**, demostrant que els controladors del mercat (i el notari és un d'ells) **han d'estar fora d'aquest mercat** per ser autènticament independents i imparcials i perquè el control que ells realitzen sigui eficaç.

- (1) Es pot afirmar que el just equilibri entre tots dos aspectes és el que permet la màxima qualitat en la prestació del servei notarial i que un excessiu pes d'una de les dues parts en relació a l'altra pot conduir a un empitjorament de la prestació d'un servei essencial per a la seguretat jurídica d'un país, com es pot observar estudiant la casuística en el Dret comparat històric notarial.
- (2) No s'entén que un funcionari públic cobri dels ciutadans, en lloc de ser remunerat per l'Estat, de la mateixa manera que no es comprèn que un professional del Dret estigui subjecte a *numerus clausus*, a l'aprovació d'una oposició per exercir, a l'obligació d'atendre tot requeriment lícit del seu ministeri, etc.
- (3) El model anglosaxó de l'«assegurança del títol», més car pel ciutadà que el model de seguretat jurídica del Notariat llatí, es patrocina des de determinats sectors econòmics amb finalitats clarament crematístiques, la qual cosa els porta interessadament a promoure el document privat davant el document públic notarial.
- (4) L'article 45 de la Llei del Notariat indica que «el Govern, havent sentit les audiències, presentarà a les Corts el corresponent projecte de llei per establir l'aranzel que fixi els drets aranzelaris». Tan important es considerava l'aranzel notarial que s'havia d'aprovar per llei. En la regulació reglamentària, no obstant això, es va rebaixar aquesta exigència, i es va permetre que l'aranzel fos aprovat pel Govern mitjançant Decret, a proposta del Ministre de Justícia (article 63 del Reglament Notarial).
- (5) Article 63, paràgraf 1r, del Reglament Notarial.
- (6) Disposició addicional tercera de la Llei de Taxes i Preus Públics.
- (7) Entre molts altres, destaquen especialment els poders electorals i altres actuacions dels notaris en matèria electoral. Però, últimament, assistim a una ampliació constant d'aquests supòsits a través de lleis especials de reactivació de l'acti-

vitat econòmica pel que fa a operacions jurídiques que han de formalitzar les administracions públiques o les entitats o empreses que en depenen.

- (8) Poders per a plets, còpies i testimoniatges atorgats o instats per persones físiques que hagin obtingut el benefici de pobresa (avui, benefici de justícia gratuïta) o, almenys, sol·licitat la seva concessió, conforme a les lleis processals, sempre que tinguin relació directa amb el procediment al qual faci referència tal benefici; els poders per a plets l'exclusiu objecte dels quals sigui sol·licitar l'anomenat benefici; els instruments, còpies i testimoniatges relatius a l'estat civil de les persones quan els interessats al·leguin, sota sanció de falsedat, mancar de mitjans econòmics; les actes i les seves còpies autoritzades per requeriment d'associacions de beneficència o de la Creu Roja.
- (9) El Reglament Notarial (en la seva redacció donada per Decret de 22 de juliol de 1967) preveia l'obligatòria revisió periòdica de l'aranzel cada deu anys (o abans, si les circumstàncies ho aconsellessin). L'aranzel de 21 d'abril de 1950 (que va substituir el de 1916) va ser revisat l'any 1971, vint-i-un anys després. I l'aranzel de 1971 va ser revisat el 1989, divuit anys després. Avui han passat gairebé vint-i-dos anys sense que s'hagi plantejat la necessitat de donar compliment a la revisió decennal preceptuada legalment.
- (10) Canvi en la determinació de les bases (de valors reals es passa a valors comprovats fiscalment i, a falta d'aquests, a valors declarats); simplificació de l'estructura i contingut de l'aranzel; clarificació de conceptes a fi d'aconseguir més transparència i publicitat.
- (11) L'exposició d'aquestes reduccions és tan prolixa que excedeix de l'àmbit d'aquest treball. Podria fer-se un estudi específic de les mateixes amb la finalitat d'analitzar el fonament que va portar a la seva aprovació. La conclusió a la qual s'arribaria seria, a la immensa majoria de les ocasions, la mateixa: mer oportunisme polític.
- (12) El que no és indiferent, si es té en compte que l'article 348,g), del Reglament Notarial tipifica com a infracció molt greu «la percepció de drets aranzelaris amb infracció de les disposicions per les quals es regeixin aquests». Seria important, per tant, comptar amb un aranzel senzill i fàcil d'aplicar. Mentrestant, l'elaboració d'unes normes interpretatives dictades per la DGRN que contribuïssin a aclarir els dubtes d'aplicació de l'aranzel seria, sens dubte, molt ben rebuda pel col·lectiu notarial.



- (13) Una de les últimes de la llarga llista ha estat la fixada pel Reial decret-Llei 13/2010, de 3 de desembre, sobre constitució de societats mercantils i convocatòria de Junta General, en què estableix un aranzel notarial reduït de 60 i de 150 euros, segons el tipus de societat telemàtica constituïda. L'aranzel que ara es preveu no cobreix el cost d'elaboració. Però és que, a més a més, s'afegeix al cost d'elaboració el cost d'una àmplia gestió telemàtica. L'aranzel corresponent a l'elaboració del document es redueix, però (i això és el que és incomprensible) s'imposa al notari una gestió telemàtica obligatòria sense dret a cobrar per ella (així es desprèn de la Instrucció de la DGRN de 18 de maig de 2011). El més preocupant al meu parer, a banda del que hem exposat, és la introducció en la mentalitat del Legislador de l'errònia idea que allò tecnològic és (o ha de ser) més barat, quan, certament, la utilització de noves tecnologies pot suposar una agilitat de terminis, amb la consegüent reducció de costos, però no una supressió dels mateixos a costa del notari.
- (14) A nivell teòric, es podria pensar que la remuneració notarial anés per una altra via diferent de l'aranzel: per exemple, a càrrec dels pressupostos de l'Estat, donada la condició de funcionari públic que té el notari. També es podria pensar a mantenir el sistema de retribució a càrrec d'aquells que utilitzen el servei notarial, però deixant a la llei de l'oferta i la demanda la fixació dels honoraris (liberalització total de l'aranzel, seguida a Holanda). Cap dels sistemes no és satisfactori: és suficient veure el resultat negatiu que va tenir a Portugal la primera de les propostes, que va portar al canvi de sistema, i el resultat que està tenint a Holanda (rebaixa en relació als grans operadors econòmics i increment del cost per als ciutadans en general). Com s'ha indicat, un sistema de preus lliures per serveis notariais induiria a un minvament en la qualitat del servei, trastocant el sistema de fe pública. L'existència d'un aranzel fixat pel Govern elimina la competència deslleial i obliga als notaris al seu compliment. El consumidor pot avaluar altres elements del notari, com per exemple la qualitat del servei prestat, la preparació jurídica, la capacitat de treball, la rapidesa i la diligència, l'organització de la notaria i els antecedents professionals i personals, entre altres valors subjectius.
- (15) Són tres les justificacions principals que els analistes econòmics de l'aranzel notarial han donat:

- 1) Les quasi-rendes (criteri sostingut per Benito Arruñada), teoria segons la qual l'aranzel i el *numerus clausus* compensen la inversió inicial del notari (bàsicament, en anys d'estudi) i disciplinen la carrera notarial coordinant els incentius econòmics amb els principis deontològics als quals ha d'estar sotmès l'exercici de la professió.
 - 2) La protecció deguda al *gatekeeper* (expressió utilitzada, entre d'altres, per Cándido Paz Llauris): si la funció notarial implica negar l'autorització en benefici de tercers no presents (interès públic), la fixació de la remuneració no pot dependre directament dels seus clients directes.
 - 3) La Teoria del Mercat de Llimones (sostinguda per Akerloff), segons la qual les múltiples asimetries informatives existents entre clients i entre els clients i el notari determinen un mercat impossibilitat de funcionar adequadament; la competència dona lloc a un descens radical de la qualitat, que acaba pagant el consumidor feble i, en el supòsit notarial, també els tercers.
- (16) Aquesta actualització podria ser feta directament per la DGRN, sense necessitat de cap altre requisit a més a més de, com és lògic, la petició fundada del CGN. Hi ha un precedent: la Resolució DGRN de 25 de setembre de 1982, en aplicació d'allò que es disposa a l'article 63 del Reglament Notarial, va procedir a l'actualització de l'aranzel per «posar remei a una situació que (havia) esdevingut insostenible per causa del gran increment, a causa de la inflació, experimentat en els últims temps en els costos i despeses dels despatxos notariais, íntegrament a càrrec del notari, i al caràcter regressiu dels aranzels notariais respecte dels documents que es cobren tenint en compte la quantia del negoci jurídic que conté el document».
- (17) A la passada època de bonança econòmica, aquest fet era especialment previsible respecte dels documents sense quantia, atès que l'increment constant dels valors, avivat per la bombolla immobiliària, compensava la falta d'actualització a l'IPC en els documents de quantia. La situació actual és precisament la contrària, per la qual cosa l'actualització, sent exigible de forma urgent respecte dels documents sense quantia, ha de començar a estimar-se també respecte als documents de quantia.
- (18) Un testament avui costa menys de la meitat que costava l'any 1989, en termes de poder adquisitiu. Perquè el seu cost fos el mateix hauria de ser de 75 euros, i no de 36 euros, com és des de fa més de dues

dècades, sense tenir en compte la pujada de l'IPC en un 108 %.

- (19) La contractació notarial del 2010, en relació a l'any 2007, ha disminuït en un 83 % en compravenda d'habitatges i en un 67 %, aproximadament, en préstecs.
- (20) Totes les rebaixes realitzades ho han estat sense estudis de la seva repercussió en el manteniment de l'oficina notarial, sense analitzar el cost mitjà ponderat de l'oficina. Per tant, pot dir-se que han estat totalment injustificades. El Reial decret de 1989, de l'aranzel vigent, preveia la constitució d'una comissió de seguiment de l'aranzel, comissió que mai no va arribar a constituir-se. El principi de cobertura que proclama aquesta norma també ha estat sistemàticament conculcat de manera palesa sobre la base de l'infundat criteri (subjacent) de què «als notaris encara els queda un ampli marge de guany».
- (21) Són ja tres els notaris que han sol·licitat la declaració de concurs de creditors.
- (22) Cal realitzar un estudi estadístic de la contractació notarial, procedint a l'amortització de les notaries que no siguin sostenibles. Perquè totes les places notariais poguessin quedar cobertes, hi hauria, en principi, dues opcions:
- 1) La revisió i actualització de l'aranzel, amb un important increment que permeti la cobertura de despeses.
 - 2) La supressió de l'excés de places notariais existent. En alguns casos, n'hi hauria prou amb l'amortització de notaries, però, en uns altres, serà insuficient, per la qual cosa necessàriament caldrà procedir a un estudi seriós i rigorós dels costos actuals de l'oficina notarial, així com a un estudi de l'estadística notarial per places.
- (23) Al darrer concurs notarial, vint-i-sis notaries de primera han quedat desertes. Aquestes notaries no són sol·licitades per cap notari, ni tan sols pels que acaben d'aprovar, ja que les previsions en aquestes places són de «pèrdues», en part, per l'extraordinària disminució en el volum d'operacions com a conseqüència de la crisi, però també per l'augment del nombre de places com a conseqüència de la demarcació, que fa que amb prou feines hi hagi documents que puguin ser autoritzats pels notaris que puguin cobrir la plaça i, si n'hi haguessin, serien insuficients completament per cobrir les despeses de l'oficina notarial.
- (24) No és que siguin més o menys rendibles, sinó que produeixen pèrdues.
- (25) La política corporativa de major col·laboració amb les administracions es pot considerar encertada, en tant que suposa una millora qualitativa del servei notarial, en benefici no només (això sí) del



ciutadà que reclama els nostres serveis sinó, molt especialment, de l'interès general de l'Estat. La qüestió errònia (i ara la patim) ha estat la falta d'actualització i revisió de l'aranzel per cobrir els majors costos generats per l'increment de costos que això ha suposat. A més a més, hi ha una sèrie de serveis que, amb les noves tecnologies, prestem els notaris i que no estan contemplats a l'aranzel, fet que dóna lloc a una heterogeneïtat de tarifes extraaranzelàries.

- (26) Només l'elaboració de l'índex únic, que cal enviar amb una periodicitat quinzenal, ha significat un increment d'un 33 % de mitjana del cost de l'oficina notarial. L'índex únic exigeix moltes hores de treball i esforç, i són beneficiàries d'aquest, sense cost algun per a elles, les administracions públiques: l'Agència Tributària, el Cadastre, SEPBLAC (blanqueig de capitals), etc. A més, la seva defectuosa redacció o la seva remissió fora de termini generen una greu responsabilitat per al notari.
- (27) L'obligació d'enviament telemàtic de les escriptures als Registres de la Propietat i Mercantils exigeix disposar d'una infraestructura tecnològica important, en constant renovació. A més, els programes i el maquinari (servidor PLATON) necessaris són pagats pels notaris, sent el cost mitjà mensual per cada notari, en l'actualitat, d'uns 500 euros.

(28) Increment mitjà aproximat, ja que, evidentment, a les notaries d'entrada l'increment ha estat molt superior.

(29) Es pot dir que, més que una intervenció, després de la reforma del Reglament Notarial de l'any 2007, el notari, excepte la redacció del document, que ja ve feta, ha de desplegar la mateixa diligència que utilitza respecte a una escriptura pública; de vegades, fins i tot incrementada, en no haver de complir-se la unitat d'acte. Tant és així que avui més aviat convindria parlar d'autorització i no d'intervenció en les pòlisses.

(30) Cal comparar els requisits establerts als articles 197, 197 bis, 197 ter, 197 quater, 197 quinquies i 197 sexiens del Reglament Notarial amb els que s'establien anteriorment, amb la qual cosa s'entendrà perfectament de què estem parlant. A més, en no exigir-se unitat d'acte, moltes vegades el notari ha d'explicar el contingut de la pòlissa tantes vegades com a nombre d'intervinents hi hagi, i tot això per cobrar, en moltes ocasions, 12 euros, sent l'aranzel clarament insuficient per cobrir el cost de la intervenció.

(31) Ja l'any 2008 es va plasmar la situació límit del Notariat espanyol amb l'enèrgica reacció que es va produir davant la rebaixa prevista d'un 20 % de l'aranzel, reacció que va aconseguir paralitzar la mesura. Des de l'any 2008, la situació ha empitjorat encara més: a les notaries

pràcticament ja no se signen vendes ni préstecs, per la qual cosa són les herències i els documents sense quantia els que han de contribuir a sufragar les despeses generades, de difícil reducció. Es calcula que un 15 % de les notaries espanyoles es troba en pèrdues, i aquest nombre augmenta amb el pas del temps, a mesura que la recessió econòmica es perllonga i accentua.

(32) No entraré pas en aquesta qüestió sinó en termes generals, tenint en compte la limitació necessària d'aquest modest article. Indubtablement, és clar, si ens fixem en la recent experiència d'Holanda, que hi ha d'haver un aranzel i que aquest ha de ser fix, sense possibilitat de negociació. El notari és un controlador del mercat, per la qual cosa no pot, de cap manera, estar sotmès a les lleis de l'oferta i la demanda del mercat econòmic, lleis que només beneficien als grans operadors. Només l'aranzel garanteix la prestació d'un servei notarial de qualitat i assequible a tots els sectors econòmics, fins i tot a aquells que menys tenen.

(33) La liberalització parcial de l'aranzel ha repercutit negativament en la qualitat de la prestació del servei notarial, incidint en la imparcialitat i independència que el notari sempre ha de mantenir.

La nova Llei d'Arbitratge (Llei 11/2011, de 20 de maig) inclou com a principal novetat, al seu article 15.1, la substitució de la condició d'«advocat en exercici» per la de «jurista» com a requisit per ser nomenat àrbitre de dret. Aquesta nova atribució, que podrà assumir qualsevol jurista i, per tant, entre ells, el notari, el component de neutralitat, independència i imparcialitat del qual constitueix la millor garantia que la seva funció contribuirà a donar un nou impuls a l'arbitratge, especialment en l'àmbit societari i mercantil, és una nova via oberta en el desenvolupament professional dels notaris. La seva aportació, de gran valor jurídic i social, està sent ja reconeguda des d'àmbits molt diversos.

En ocasió de la reforma de la citada Llei, Jesús M.^a de Alfonso, President del Tribunal Arbitral de Barcelona, i Ildefonso Sánchez Prat, notari de Barcelona i Vicepresident d'aquesta institució, institució que ha estat clau en la redacció de la Llei i en la consecució d'aquesta nova atribució per als notaris, reflexionen sobre les novetats introduïdes i, molt especialment, sobre la futura contribució del Notariat al desenvolupament de l'arbitratge.

L'arbitratge, de nou sobre la taula del jurista



Jesús M.^a De Alfonso
Advocat i àrbitre. President del Tribunal Arbitral de Barcelona

1. Especial idoneïtat de l'arbitratge per al conflicte societari

La recent reforma de l'arbitratge promulgada per la Llei 11/2011, dins el marc d'un ambiciós pla de modernització i ampliació dels accessos del ciutadà a la Justícia, proporciona una ocasió per augmentar la utilitat d'aquest institut en uns

temps en què la necessària resolució dels conflictes, sobretot una determinada categoria d'aquests, encaixa malament amb els temps llargs i sovint incerts o fins i tot amb les rigideses formals de la jurisdicció ordinària, prescindibles moltes vegades.

El món de l'empresa, particularment dinàmic, on a un exercici ja s'està pla-

nificant el següent amb pressupostos, plans estratègics i de negoci a diversos anys, no pot patir la incertesa de la resolució d'un conflicte que tenalla plans d'expansió o compromet greument la marxa i fins i tot la vida mateixa de la societat, projectant-se en l'operativa i en els comptes de la companyia exercici rere exercici.



Les disputes en el si de **protocols familiars**, que l'últim que precisen és publicitat, o les que es desenvolupen en un entorn de negoci essencialment dinàmic (com pot ser entre **llicenciadors i llicenciataris, concedents i distribuïdors, etc.**) **troben en l'arbitratge un mitjà eficaç, àgil i veloç** per sortir de dubtes i poder seguir prenent decisions a partir d'una resolució ràpida dels seus conflictes.

No han fet cap bé a l'arbitratge societari a Espanya els vaivens de la seva arbitrabilitat i, particularment, la impugnació dels acords socials via arbitratge

No han fet cap bé a l'arbitratge societari a Espanya els vaivens de la seva arbitrabilitat i, particularment, la impugnació dels acords socials via arbitratge. De l'arbitrabilitat, abans del 1951, es va passar per culpa d'una interpretació massa literal de la Llei de Societats Anònimes d'aquesta data a l'exclusió de la via arbitral per a la impugnació d'acords per part de la doctrina de l'època, per entendre que la predeterminació d'un procés davant la jurisdicció impedia arbitrar. Després, amb la Resolució de 19 de febrer de 1998 de la DGRN i la paral·lela Sentència del TS de 18 d'abril de 1998, es torna a dir que sí. Cal destacar la fi de la Sentència del TC de 17 de gener de

2005, en la qual es dissenteix de que acudir a l'arbitratge suposi la renúncia a la tutela judicial efectiva i a l'accés a la jurisdicció. Però, malgrat aquesta, una sentència del TS de l'any 2007 podia suposar de nou un preocupant pas enrere, llançant dubtes que podien aombrar una vegada més la qüestió amb el risc de què qui s'oposa a l'arbitratge pogués veure en aquesta sentència ales per a un nou corrent doctrinal poc propici per a l'arbitratge de tal categoria de conflictes.

La Llei 11/2011 posa fi a tanta incertesa: són arbitrables tots els conflictes que es plantegin en les societats de capital, segons dicció del nou article 11 bis. Ja no hi poden haver dubtes, per la qual cosa **acudir a l'arbitratge societari, que ara el Legislador denomina estatutari, té un accés lliure i segur**, i ja no pot causar cap incertesa. **Menys encara la impugnació dels acords socials per aquesta via a la qual l'article 11 bis dedica el seu paràgraf 3r.**, on, amb més o menys fortuna, s'afirma: «3. Els estatuts socials podran establir que la **impugnació dels acords socials** pels socis o administradors quedi sotmesa a la decisió d'un o diversos àrbitres, **encomanant l'administració de l'arbitratge i la designació dels àrbitres a una institució arbitral**».

És l'enunciat limitatiu? No hi ha suport per tal conclusió, donat que l'enunciat general del paràgraf 1r. esvaeix tots els dubtes possibles: **són arbitrables tots**

els conflictes que es plantegin en les societats de capital.

La generalitat i, fins i tot si volem, ambigüitat és buscada a propòsit per facilitar l'accés a l'arbitratge de tot conflicte en el si de la societat de capital.

Hi ha qui afirma que la inclusió de l'arbitratge societari en la Llei d'Arbitratge no era necessària perquè ja estava formulada jurisprudencialment i doctrinalment, però el que queda clar és que **el futur de l'empresari no pot quedar a l'atzar de doctrines canviants o de jurisprudència discordant ni a la particular interpretació d'un titular d'un jutjat concret**. El Legislador espanyol ha fet bé en posar fi a una situació que ha passat per massa avatars.

Superada la mala solució de la unanimitat pel Legislador per a la **inclusió d'una clàusula arbitral en uns estatuts societaris**, s'ha adoptat, igual que va fer el Legislador italià el 2003, la solució d'una **majoria reforçada de dos terços dels vots** corresponents a les accions o participacions en què es divideixi el capital.

No es pot al·legar «perjudici» pel soci dissident ni el soci futur. Els antiarbitristes fa temps que entenen que la inclusió d'una clàusula d'arbitratge en uns estatuts imposava a tots els socis, fins i tot als futurs, una renúncia a la tutela judicial. Res més allunyat de la realitat: **acudir a l'arbitratge comporta l'exercici d'una mera opció**. Es decideix acudir a l'arbitratge i no als tribunals de justícia, i l'exclusió d'aquests no és pas renúncia, sinó efecte del previ exercici d'una opció.

Les sentències del TC 43/1988 i 62/1991 ho van deixar molt clar: som a l'arbitratge en presència d'un **equivalent jurisdiccional** que, a més a més, té accés a la tutela efectiva a través de l'acció d'anul·lació del laude que constitueix part inseparable i vàlvula de seguretat del sistema i, per tant, via prestacional d'aquesta tutela.

2. Els juristes i els mètodes alternatius

Ocorre que ni empresaris ni molts juristes s'han format en els sistemes alternatius de resolució de conflictes. **Espanya té un dèficit en acudir a l'arbitratge** i, encara que les raons són múltiples, el domini d'aquestes tècniques no és moneda corrent.





Ara tot jurista no pot deixar de contemplar l'opció arbitral. La mediació poblarà els conflictes civils fins i tot en els jutjats. **Al·legar la suposada ineficàcia d'aquests mètodes alternatius acostuma a amagar un preocupant desconeixement o imperícia en la seva gestió.** En aquests moments tenim en debat al Congrés el projecte de llei de la mediació i els contractes inclouran clàusules de mediació com a prèvies a una resolució heterocompositiva del conflicte (o es podrà requerir a algú per iniciar un procés de mediació del qual fugir-ne no és la decisió més assenyada ni innòcua).

Queda clar que el Legislador espanyol ha optat per reactivar tota alternativa als tribunals de justícia en què els nivells de seguretat jurídica, moltes vegades desproporcionats a la naturalesa i les conseqüències del conflicte, tenen a veure i conformen una càrrega pressupostària excessivament onerosa que es ressent més en temps de limitacions.

Tampoc no es pot desconèixer que **assumptes de transcendència per a la vida econòmica de molts i per al desenvolupament de la nostra economia es veuen bloquejats** per la substanciació de molts conflictes d'escassa entitat o complexitat, on és probable que el cost de tramitació de l'Estat superi el propi interès econòmic de la qüestió debatuda.

Davant aquestes circumstàncies, **no preveure l'arbitratge** per part d'aquells que poden predisposar clàusules arbitrals perquè, una vegada sorgeixi el conflicte, es puguin evitar els efectes de la tramitació d'aquest davant els jutjats **pot no ser una conducta raonable**. Les institucions jurídiques són a disposició i s'han de conèixer i utilitzar.

És a la convenció dels contractes i a l'autorització de les escriptures quan tots els professionals han de plantejar-se l'alternativa de l'arbitratge.

Qui es pot veure atrapat en un laberint de recursos, en una història de dilacions de final incert, legítimament **es pot preguntar com el meu advocat o el meu notari no em van esmentar la possibilitat d'un arbitratge**. El justiciable només pren una **decisió informada** en acudir als tribunals de justícia si **abans** ha conegut la possibilitat de mitjançar i d'arbitrar-ne el conflicte.

3. Majors garanties en l'arbitratge

En no poques ocasions, els qui coneixen la institució de l'arbitratge reconeixen els seus avantatges. Els dubtes i fins i tot temors es concentren en la persona de l'àrbitre que hagi de resoldre el futur conflicte. *Arbitratge sí, però qui seria un posicionament estès.* Avui, després de la reforma, la desconfiança no té espai, si es desenvolupa una conducta proactiva elemental.

D'entrada, **el Legislador ha apostat per professionalitzar l'arbitratge**, derivant-lo, en certs casos en què es precisa una disponibilitat referencial permanent, cap a **institucions arbitrals**. Concretament en la impugnació d'acords societaris, les parts no poden designar un àrbitre *ad hoc*, sinó que han de ser les institucions arbitrals les que ho designin, com així resulta del text de l'article 11 *bis*.

El Legislador opta per la professionalitat, per la permanència i la disponibilitat que ofereixen aquestes institucions. La realitat ensenya que és una decisió que s'acomodava amb la tradició arbitral; així, el Tribunal Arbitral de Barcelona, del qual forma part el Col·legi de Notaris de Catalunya, té més de vint-i-dos anys d'història i, entre les seves principals activitats, figura la d'administrar arbitratges societaris, que constitueixen més d'una quarta part dels conflictes la resolució dels quals administra.

La bona redacció d'una clàusula arbitral, on es patentitza que «menys és més», **pot afavorir** que, en el futur, qui hagi optat per la via arbitral no quedi atrapat en una situació de tramitació complexa o accidentada de la resolució del conflicte, ja que cal insistir que **l'arbitratge és un procés d'instància única on només les causes taxades de l'acció d'anul·lació suposen un control ex post de la legalitat, especialment que el procés s'hagi desenvolupat d'acord amb els principis del procés degut**, que s'hagi arbitrat allò que es podia arbitrar i que l'àrbitre hagi estat veritablement *independent* i *imparcial*. Dit d'una altra manera: **control de les garanties essencials del sistema**.

Ens preguntem si la nova redacció de l'article 11 *bis* de la Llei 11/2011, en establir com arbitrables els conflictes que es plantegin en el si de la societat, pot aplicar-se a aquelles accions que la Llei confereix a **tercers** en relació amb deter-

minats acords societaris. Cal partir de la base que **sempre regirà la literalitat de la clàusula arbitral** pel que fa a la tipologia de conflictes el coneixement dels quals quedarà exclòs dels tribunals.

Una clàusula arbitral en uns estatuts el primer que afirma és la voluntat de no acudir a la jurisdicció ordinària, donat que la companyia ha optat per resoldre'n els conflictes de manera ràpida i amb tots els avantatges de l'arbitratge. **La pregunta és si un tercer pot modificar aquesta voluntat corporativa** explicitada a una clàusula arbitral i publicada al Registre Mercantil.

El tercer paràgraf de l'article 11 *bis*, on es contempla la impugnació d'acords societaris, cal que s'interpreti tenint en compte la generalitat del paràgraf 1r., de manera que, en harmonia amb aquest, **cal rebutjar que no siguin arbitrables aquells conflictes que es donin en el si de la societat però que hagin estat promoguts per tercers**, sempre que, lògicament, la clàusula arbitral estigui prèviament inscrita al Registre Mercantil i compregui aquesta tipologia de conflictes.

Al·legar la suposada ineficàcia d'aquests mètodes alternatius acostuma a amagar un preocupant desconeixement o imperícia en la seva gestió

Es pot arribar a tal conclusió no només considerant **la voluntat de que sigui arbitrable tot conflicte societari**, i de tal cosa es tracta, sinó també per aplicació a aquests tercers dels efectes de la publicitat del Registre i del principi *cuius commodum, eius incommodum*, i de la reciprocitat que es donaria en l'atorgament de drets en interferir en la vida societària a canvi del respecte organitzatiu d'aquesta quan la companyia ha optat per l'arbitratge.

Qui no es vulgui veure subjecte a arbitratge té al seu abast el no contractar amb l'empresa que hagi decidit optar per la via arbitral. Així, no es pot parlar de cap *imposició* a tercers, ja que té preferència en tot cas la decisió lliure d'aquests de contractar amb l'empresa.



No té cap sentit que els socis vulguin evitar que la societat es vegi *pertorbada* pels llargs camins dels plets davant la jurisdicció, pactin l'arbitratge com a model de resolució ràpida dels seus conflictes i tals perturbacions es produeixin, en contra de la voluntat societària, per part de tercers als quals es reconeixen drets que caracteritzen moltes vegades la posició de soci, sobretot quan abans de contractar amb la societat van poder conèixer amb els mitjans d'avui dia, amb una mínima diligència, en segons l'existència de *clàusules arbitrals* en els estatuts de la societat amb la qual pretenguin relacionar-se. El contrari equival a negar efectes a la publicitat registral del conveni arbitral.

Qui no es vulgui veure subjecte a arbitratge té al seu abast el no contractar amb l'empresa que hagi decidit optar per la via arbitral

Els conflictes societaris es produeixen «en» la societat però transcendeixen al tràfic mercantil, per la qual cosa la seva resolució exigeix, quan es tracta d'actes o fets inscrivibles, que es produeixi certa publicitat *erga omnes* que la nova norma requereix.

Així doncs, **el nou article 11 ter disposa** que:

- 1) **El laude** que declari la nul·litat d'un acord inscrivible s'ha d'inscriure en el Registre Mercantil. El *Butlletí Oficial del Registre Mercantil* n'ha de publicar un extracte.
- 2) En cas que l'acord impugnatiu estigui inscrit en el Registre Mercantil, **el laude ha de determinar, a més, la cancel·lació de la seva inscripció**, així com la dels assentaments posteriors que siguin contradictoris amb aquesta.

Per tant, el laude pot i ha de projectar els efectes de manera que sigui conegut per aquells que estiguin interessats en la societat, i es considera instrument eficaç per modificar la realitat registral que ha d'adaptar-se a la nova situació que crea.

4. Arbitratge i l'eterna qüestió de la confiança

Tornant a la qüestió nodal de la «confiança» en l'àrbitre, cal dir concloentment dues coses: primer, que la **Llei d'Arbitratge exigeix a l'àrbitre que sigui i es mantingui independent i imparcial durant tot el procés**. Ara la reforma obliga les institucions que nomenin àrbitres també a vetllar per aquesta independència; segon, **que les parts tenen mitjans eficaços per denunciar les faltes originals o sobrevingudes d'aquestes exigències, que han de complir-se en l'àrbitre mitjançant la recusació** que resolen les institucions que han nomenat als àrbitres amb previsió reglamentària.

Si alguna cosa encara falla, els tribunals de justícia podran expurgar el laude de l'àrbitre que no ha estat independent i imparcial. Es tracta de reconèixer que hi ha mecanismes que doten el sistema d'una doble seguretat en tal crucial qüestió. Cal dir també que els qui operen en l'arbitratge tenen el deure inexcusable de conèixer-los i exercir-los quan sigui necessari.

Les institucions arbitrals, a partir de la reforma, **han de designar els àrbitres de forma transparent**, la qual cosa ha d'arribar al procés de selecció i fins i tot al moment mateix de la seva proposició a les parts, ja que són les parts les que han de designar i designen l'àrbitre i només les institucions per compte d'aquestes si no n'hi ha. El Tribunal Arbitral de Barcelona ha patrocinat públicament la **necessitat de transparència** a les institucions arbitrals, siguin les que siguin, ja que només la transparència pot generar confiança.

5. Unes reformes pro laudo

Les garanties en l'arbitratge han de desplegar-se a totes les seves fases: a la *fase convencional* del pacte del conveni arbitral, a la *fase processal* de substanciació de l'arbitratge i a la *fase resoluciva* del laude.

La reforma permet ara **rectificar el laude que s'hagi excedit**, cosa que abans només es podia corregir per l'exercici de l'acció d'anul·lació. Aquesta possibilitat dóna més seguretat al sistema i preserva l'esforç que han fet les parts substanciant

el procés. Així, l'article 39 de la Llei d'Arbitratge adquireix una nova redacció:

Article 39. Correcció, aclariment, complement i **extralimitació** del laude.

«1.—Dins dels deu dies següents a la notificació del laude, llevat que les parts hagin acordat un altre termini, qualsevol d'aquestes pot sol·licitar, amb notificació a l'altra, als àrbitres:

(...)

- d) **La rectificació de l'extralimitació parcial del laude**, quan s'hagi **resolt sobre qüestions no sotmeses a la seva decisió o sobre qüestions no susceptibles d'arbitratge**.»

«2.—Amb l'audiència prèvia de les altres parts, els àrbitres han de resoldre sobre les sol·licituds de correcció d'errors i d'aclariment en el termini de deu dies, i sobre la sol·licitud de complement i la rectificació de l'extralimitació, en el termini de vint dies.»

Hi ha cap dubte que la novetat suposa un reforç de l'efectivitat de l'arbitratge i una aplicació del principi d'economia processal per fer valer allò actuat a través de rectificar els excessos del laude que, cal esmentar, poden ser de diferent etiologia? D'una banda, cal corregir aquelles decisions de qüestions que no van ser sotmeses a l'àrbitre (*ultra petita*) i aquells pronunciaments sobre *matèries no disponibles* i, en tot cas, no arbitrables.

En qüestió d'aclarir dubtes tradicionals en l'arbitratge, la nova Llei s'ocupa d'aclarir quins **efectes** té el laude. Així doncs, l'article 43 conferia els efectes de la *cosa jutjada* al laudo «ferm». Com que la fermesa és un efecte de l'esgotament dels recursos ordinaris i el laude és un producte no jurisdiccional al qual no li són aplicables les disposicions de recurribilitat de les resolucions judicials previstes en la LEC 2000, semblava un contrasentit parlar de *fermesa* respecte del laude dictat en un procediment arbitral.

Si a això afegim la desafortunada qualificació com a *recurs de nul·litat* de la Llei d'Arbitratge de 1988, que avui coneixem com a *acció d'anul·lació*, la confusió estava servida. I així s'han produït no pocs incidents en jutjats en els quals els jutges han exigint un laude *ferm* per executar-ho



o certificacions de fermesa, la qual cosa no és d'estranyar, si s'apliquen maneres jurisdiccionals a l'arbitratge.

Cal celebrar, doncs, la reforma de l'article 43, que quedarà amb la clara redacció següent:

«Article 43. Cosa jutjada i revisió de laudes.

El laude produeix efectes de cosa jutjada i davant seu només es pot exercitar l'acció d'anul·lació i, si s'escau, sol·licitar la revisió d'acord amb el que estableix la Llei 1/2000, de 7 de gener, d'enjudiciament civil per a les sentències fermes.»

D'una vegada per sempre, el laude és *ferm*, si se'n pogués predicar això, des que es dicta, per la senzilla raó que:

1) Estem en un procés d'instància única.

2) La llei no preveu cap *recurs* en contra seu, sinó una *acció d'anul·lació* específica, donat el seu origen contractual.

3) Els efectes *jurisdiccionals* del laude no es produeixen sempre (per exemple, un laude executat voluntàriament i que no ha d'inscriure's), per la qual cosa no el poden caracteritzar, quedant així molt allunyats de conceptes predicables de la jurisdicció com és la recurribilitat i, per tant, de la fermesa.

6. Arbitratge i mediació

No hi ha cap dubte que considerar avui dia les diverses modalitats alternatives de resolució de conflictes com compartiments estancs està superat. Pocs són ja els que confonen *arbitratge* i *mediació*.

La veritat, a més a més, és que tots dos mitjans coincideixen o poden coincidir, de forma síncrona o asíncrona, i que

de la seva coincidència poden sorgir interaccions no sempre positives.

La *mediació* és a totes les agendes, sobretot ara que es tramita el projecte al Congrés de la civil o mercantil. La bondat d'ajudar les parts a aconseguir un acord superador del conflicte, essència de la mediació, és fora de tot dubte, deixant de banda que és necessari, com en el cas de l'arbitratge, implementar a la nostra societat una veritable *cultura específica* en la matèria (i no només en la ciutadania, sinó, principalment, en els operadors jurídics tradicionals).

Dit l'anterior, no sembla ociós recordar que tant el funcionament com les *actituds de les parts* són radicalment diferents en la mediació de com han de ser en un litigi davant els tribunals o en un arbitratge.

L'arbitratge és un procés d'instància única on només les causes taxades de l'acció d'anul·lació suposen un control *ex post* de la legalitat

En l'arbitratge, l'àrbitre no pot quedar contaminat pel coneixement d'allò que les parts estan disposades a cedir en un entorn transaccional. En la mediació es tracta d'això, però no és així en l'arbitratge, on el que cada part està disposada a cedir no té via ni visibilitat. La transacció és, per definició, *renúncies a canvi de o en contemplació d'avantatges*, però si els avantatges no són certs o no s'obtenen, les renúncies tampoc no es poden exigir. El problema és que ja s'han explicat a l'*entorn de mediació*, i aquesta és la part contaminant per qui ha de decidir en una solució heterocompositiva com és l'arbitratge.

L'àrbitre que coneix quines són les renúncies que una part està disposada a fer està, es vulgui o no, contaminat, i això afecta la seva imparcialitat, perquè psicològicament la disposició a renunciar o donar alguna cosa pesarà en la seva decisió, que discorrerà doncs per *allò acceptable*, provocant en la ment de l'àrbitre l'atracció cap a la solució *ja acceptada* per la part, pel menor risc d'errar, la qual cosa no és certa, perquè aquesta suposada *acceptació* es trobava condicionada a l'obtenció de de-



terminats avantatges transaccionals que no es poden desassociar d'aquesta ni, per tant, passar a *reconstruir-los forçosament* al laude quan les parts els van abandonar.

L'últim que li pot passar a un àrbitre és que es contamiï, que quedi influenciat per una potencial transacció que no ha arribat a acordar-se i que perdi amb això la seva imparcialitat, moment en què ha de plantejar-se donar compliment a l'obligació de renunciar ex article 19.1 per impossibilitat de complir amb l'obligació del 17.1 (obligació de *mantenir-se independent i imparcial*).

La nova norma, el **nou paràgraf 4 de l'article 17**, titulat «*motius d'abstenció i recusació*», diu literalment:

«4.—Llevat d'acord en contra de les parts, l'àrbitre **no pot haver intervingut** com a mediador en el **mateix conflicte** entre aquestes.»

Per tant, sempre s'impedeix, llevat que les parts hi estiguin d'acord, **que l'àrbitre actuï com a mediador**, la qual cosa en absència de tal conveni li obliga a presentar la renúncia si la mediació no prospera i hi ha intervingut.

La reforma permet ara rectificar el laude que s'hagi excedit, cosa que abans només es podia corregir per l'exercici de l'acció d'anul·lació

La figura del mediador i la de l'àrbitre no han de coincidir d'acord amb la finalitat de la norma. En primer lloc, perquè l'àrbitre té una informació del conflicte *modulada d'acord amb les pretensions* que actuen com convenen a l'estratègia del procés arbitral, fet que pot no ser totes les implicacions del conflicte ni tot el conflicte mateix pel principi dispositiu que regeix en l'arbitratge i que tenen les parts. Per això, inserida una mediació en el procés arbitral, obliga a una *exploració de les parts* que fàcilment pot superar l'abast del propi procés arbitral en la seva conformació de les pretensions, la qual cosa casa malament amb la funció d'enjudiciament de les pretensions que justifica la seva presència com a *àrbitre de les pretensions* en el propi conflicte.

El mandat prohibitiu, a més, es projecta no només respecte del conflicte de l'arbitratge present, sinó que estén la seva eficàcia cap al passat en fases conflictuals prearbitratge, sempre que es donin identitats en el conflicte i no se'n pugui separar la causa o entorn (per exemple, el mateix contracte de distribució). Sembla molt clar que l'obligació de revelació de l'article 17.2 de la Llei d'Arbitratge és comprensiva ara de qualsevulla *intervencions de mediació* i, per la mateixa finalitat de la norma, qualsevulla altres posicions equiparables, que obligarien a l'àrbitre a abstenir-se o renunciar.

Bona prova de la tesi mantinguda és que els riscos de contaminació entre arbitratge i mediació poden haver estat també identificats pel Legislador espanyol, com així resulta del projecte de llei de mediació (*Butlletí Oficial de Congrés*, 29 d'abril de 2011), en l'article 5.1 del qual es parla d'«incompatibilitat» de l'activitat d'arbitratge amb la de mediació, malgrat que l'aconsellable sigui moderar aquest terme.

7. Arbitratge i concurs

En la línia de dotar l'arbitratge d'una major efectivitat trobem l'aposta de la reforma en modificar la Llei Concursal en el sentit que **la declaració del concurs no afecta els convenis arbitral**s, per la qual cosa els arbitratges es podran substanciar constant el concurs, a diferència d'abans, quan el concurs impedia que el conveni arbitral desplegués els seus efectes. Si l'arbitratge era legítim i bo entre parts abans del concurs, ho continua sent durant aquest com a mètode de resoldre conflictes, excepte desviacions que el Jutge haurà de raonar i fonamentar, i es donarà així eficàcia al mandat de l'article 11.1 de la Llei d'Arbitratge, que impedeix als tribunals conèixer les controvèrsies sotmeses a arbitratge.

Certament, així desapareix una *desconfiança* cap a l'arbitratge residenciada en la Llei Concursal, que li donava un tractament diferent al dels altres contractes, la qual cosa és bona notícia.

El Legislador deixa a criteri del Jutge del concurs suspendre els efectes del conveni arbitral. Aquí han de ponderar-se quins poden ser els motius del Jutge del

concurs per impedir l'eficàcia d'un conveni arbitral que, òbviament, **no poden estar residenciats en la mateixa naturalesa de l'arbitratge, fet que suposaria un perjudici inadmissible, sobretot a la vista de la modificació compatibilitzadora que es fa per la reforma**, sinó en específics efectes en «la tramitació del concurs» de què es tracti. Dit d'una altra manera, el Jutge no podrà invocar que es tracta d'un arbitratge perquè **la Llei parteix de la compatibilitat in generis entre arbitratge i concurs**, sinó que haurà de justificar els perjudicis concrets i el judici de raonabilitat de la seva producció «en la tramitació». Atès que ha de motivar-se com a excepció al principi general, aquesta decisió l'ha d'adoptar el Jutge mitjançant acte.

L'apartat 1 de l'article 52 passa a tenir la redacció següent:

«1.—La declaració de concurs, per si mateixa, **no afecta** els pactes de mediació ni els convenis arbitral's subscrits pel concursat. Quan l'òrgan jurisdiccional entengui que els pactes o convenis esmentats **poden suposar un perjudici per a la tramitació** del concurs, pot acordar la suspensió dels seus efectes, tot això sense perjudici del que disposen els tractats internacionals.»

Cal dir el mateix de les *mesures cautelars* adoptades per l'àrbitre en el procediment de la seva competència, que han de subsistir en quedar exceptuades del nou número 4 de l'article 8 de la Llei Concursal, sense perjudici que el Jutge del concurs pugui suspendre-les o fins i tot *sol·licitar-ne l'aixecament a l'àrbitre, que és qui té competència excoent de la jurisdicció per efecte de l'article 11.1 de la Llei d'Arbitratge en relació amb l'article 52.1 de la Llei Concursal 22/2003, i això sempre que, insistim, el Jutge entengui que poden suposar un perjudici per a la tramitació*.

De nou, el Jutge del concurs haurà de *motivar* tal perjudici de les mesures cautelars per a la tramitació del concurs i haurà de considerar que tal aixecament pot ocasionar un altre perjudici per a la tramitació, però de l'arbitratge.

Conseqüència de la nova filosofia d'interacció arbitratge/concurso i respecte de les mesures cautelars iniciat un con-



curs, es modifica **el número 4 de l'article 8 de la Llei Concursal**, que determina la jurisdicció exclusiva i excoent del jutge del concurs, que passa a tenir la següent redacció:

«4.–Tota *mesura cautelar* que afecti el patrimoni del concursat **excepte** les que s'adoptin en els processos que queden exclosos de la seva jurisdicció en el paràgraf 1r d'aquest precepte i, si s'escau, d'acord amb el que disposa l'article 52, **les adoptades pels àrbitres en les actuacions arbitral**s, sense perjudici de la competència del jutge per acordar la **suspensió** d'aquestes, o **sol·licitar-ne l'aixecament**, quan consideri que puguin suposar **un perjudici per a la tramitació** del concurs.»

El Legislador es cuida de no envair la *jurisdicció* de l'àrbitre. Per aquest motiu no pot *deixar-les sense efecte*, sinó *suspendre-les* o *sol·licitar-ne l'aixecament a l'àrbitre*, dues decisions diferents que ha de ponderar en atenció a les circumstàncies i als efectes que es pretenguin. El Jutge no pot deixar d'escoltar a l'àrbitre, ni a les parts en l'arbitratge, i considerar els efectes de la seva decisió en el procés arbitral.

8. El notari davant l'arbitratge

Ja s'ha vist *supra* que avui dia, en la situació en què es troba la Justícia, la projecció de les tendències i l'agreuament potencial de certes disfuncions amb causa pressupostària han recomanat al Legislador de **potenciar mètodes alternatius, a més de reconsiderar l'accés a la Justícia**, tasca tan necessària i interessant com desafiadora i complexa.

Tots els qui assessorin sobre la legalitat aplicable en qualsevol fase de l'íter contractual no poden deixar de plantejar als interessats els sistemes alternatius a la resolució de conflictes, entre els quals destaca l'arbitratge per les seves garanties jurídiques pel que fa als seus intervinents, principis rectors i els remeis previstos per corregir desviacions. No fer-ho així és sotstreure del client una informació essencial: el justiciable té a partir d'ara encara més el dret a l'exercici d'una opció (tribunals o mètodes alternatius), i la decisió, en tot cas, *ha de ser informada*, i el notari hi pot i hi ha de jugar un paper important.

A més, **el notari troba en la reforma de l'arbitratge la possibilitat d'exercir com a àrbitre**, ja que el Legislador ha ampliat la categoria d'*àrbitres en dret als juristes*, fet que ha d'interpretar-se en el sentit no d'una mera titulació a la qual no segueixi un exercici professional, sinó

d'aquells que fan del Dret el centre de l'exercici de la seva activitat habitual.

El notari **aporta un gran component de neutralitat a l'arbitratge**, la qual cosa omple, *prima facie*, l'exigència d'independència i imparcialitat de l'àrbitre. No hi ha dubte que en aquells conflictes que radiquin en una *questio iuris*, l'aportació del notari ha de ser altament idònia. Igualment, en els arbitratges d'equitat, injustament postergats en el nostre Dret, l'experiència de la realitat de la Notaria i la formació jurídica el fan un excel·lent àrbitre en equitat, encara que aquesta modalitat no hagi sofert cap alteració a la reforma. Això sí, s'ha salvat la seva pretesa eliminació per l'avantprojecte, però això, afortunadament, ja és història.

En resum, **estem davant una reforma que vigoritza l'arbitratge, que n'augmenta la seguretat jurídica, que el protegeix de la invasió de la jurisdicció** (res pitjor pel justiciable que la peregrinació jurisdiccional) **i que el col·loca al centre dels conflictes** pels quals l'arbitratge està especialment dotat d'idoneïtat, com són els arbitratges **societaris i mercantils**.

Seguretat, idoneïtat i garanties fan inexcusable ara als juristes contemplar l'arbitratge com a *alternativa* en tot potencial de resolutiu.

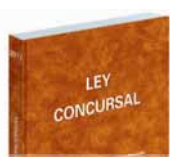
NUEVOS CÓDIGOS BÁSICOS LA LEY

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
JURISDICCION SOCIAL



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



El notari en l'arbitratge: un camí reobert



Ildefonso Sánchez Prat

Notari de Barcelona. Vicepresident del Tribunal Arbitral de Barcelona

La funció equilibradora i assessora del notari és una faceta de la seva actuació reconeguda i utilitzada des de sempre pel ciutadà en l'àmbit privat del despatx notarial i ha constituït i **constitueix avui més, si és possible, des de la capacitat tècnica que se li presumeix i que funda la pròpia confiança de qui hi acudeix, el motiu fonamental del prestigi social de què gaudeix la funció.**

L'experiència demostra que tals requeriments de consell i informació qualificada i imparcial no es redueixen a la consulta unilateral del ciutadà o d'aquella de les parts que es troba en una situació de menor assistència tècnica o de menor coneixement de la matèria legal, sinó que, molt freqüentment, **es requereix l'opinió o el consell del notari per ambdues parts** d'un negoci jurídic com a element determinant del sentit d'un pacte concret o com a criteri a què aquestes parts sotmeten els seus dubtes o discrepàncies.

Des de tal realitat, **la funció arbitral ha estat consubstancial amb la pràctica professional del notari des de sempre.**

Tot i així, això, que és pura realitat quotidiana, ha trobat **certs obstacles quan es tracta del seu reconeixement institucional** o, per ser més precisos, **quan la funció d'àrbitre s'ha tractat des d'un punt de vista legal;** no com una faceta més d'un exercici professional d'abast més ampli i variat, sinó com una funció professional específica fundada en un contracte preconstituït en previsió d'un eventual conflicte futur, emparada en un procés formal establert amb caràcter general i dotada d'unes conseqüències legals d'abast similar a les de les resolucions judicials.

Així, en concret, **la Llei d'Arbitratge de Dret Privat de 1988 (Llei 36/1988, de 3 de desembre),** contra el criteri de la Llei de 22 de desembre de 1953, **excloïa indirectament els notaris de la possible condició d'àrbitre** en establir, al seu arti-

cle 12.4, que «tampoc no podran actuar com a àrbitres els jutges, magistrats i fiscals en actiu, ni els qui exerceixin funcions retribuïdes per aranzel».

Una conseqüència semblant es derivava de la Llei 60/2003, de 23 de desembre, en l'article 15 del qual es limitava la capacitat per ser àrbitres «als advocats en exercici» en els arbitratges de Dret, en virtut d'una esmena d'última hora introduïda en el Senat al text inicialment aprovat pel Congrés dels Diputats. No entenc la raó de semblant restricció (l'Exposició de Motius de la Llei no deia res sobre aquest tema) ni actualment té ja massa interès, fos la que fos, i encara més si tenim en compte que no regia ni per a l'arbitratge internacional ni per a l'intern quan les parts de comú acord designessin un àrbitre que no reunís tal condició d'advocat en exercici, però és evident que suposava excloure de la funció arbitral diversos sectors de professionals els coneixements, experiència



i capacitat dels quals els podien indicar com a perfectament adequats per a ella, com a catedràtics i altres juristes dedicats a l'ensenyament, tot tipus de juristes que, per jubilació o per qualsevol altra raó, no es trobessin col·legiats com a exercents i, per descomptat, notaris o registradors.

Tal balafiament de capacitat s'ha rectificat a la recent modificació de la Llei d'Arbitratge operada per la Llei 11/2011, de 20 de maig, que ha volgut expressament, com diu la seva Exposició de Motius, «obrir el ventall de professionals amb coneixements jurídics que hi poden intervenir, quan es tracti d'un arbitratge de Dret». I és lògic: qui pot dir que un catedràtic, un magistrat o un advocat de l'Estat excedent o jubilat, un notari, un registrador, etc., no ofereixen *a priori* garanties suficients de formació i criteri com per exercir la funció d'àrbitre, almenys, en igualtat de condicions a un altre jurista que reuneixi la condició d'estar col·legiat com exercent, en les matèries que són o han estat el camp de treball de la seva professió?

D'aquesta forma i davant la condició de la Llei de 2003, limitadora als «advocats en exercici», **la nova Llei, mitjançant l'ús de l'expressió juristes, permet que puguin ser designats àrbitres altres professionals del Dret** de capacitat tècnica contrastada i, en tot cas, suficient segons el parer dels tribunals i les corts arbitrals que els proposin a les parts o, quan a aquestes correspongui, els nomenin. I entre aquests professionals, evidentment, **s'inclouen els notaris**.

S'atén així a una necessitat freqüentment sentida als tribunals i corts arbitrals, que freqüentment es veien impossibilitats per proposar com a àrbitre a un jurista que els constava que gaudia d'una especialització excepcional en la matèria que versés un conflicte determinat pel fet de no concórrer en aquesta persona la condició d'*advocat en exercici*, i es veien obligats a optar per una altra opció que, *a priori* i per bona que fos, no oferia les garanties que el currículum i l'experiència del jurista inicialment considerat proporcionaven. **Tant és així que la modificació legislativa ha estat propiciada per informes procedents d'aquests organismes, concretament,**

del Tribunal Arbitral de Barcelona, ha vent-se acceptat la idea sense fissures (almenys, fins a on sap qui això escriu) pels representants de tots els partits polítics integrants de la comissió parlamentària redactora de la Llei, que, d'altra banda, **va obtenir el vot favorable unànime dels integrants de la comissió**, en un fenomen no massa freqüent en els últims temps.

Que jo sàpiga, **aquesta novetat tampoc no ha rebut crítiques de tribunals o corts arbitrals**, fet que sembla lògic, donat que el seu prestigi (en definitiva, són organismes de lliure elecció pels particulars) radica en la qualitat del producte que ofereixen i aquesta, al seu torn, depèn fonamentalment de la qualitat del laude, per la qual cosa és del més gran interès per a aquestes institucions poder comptar amb l'elenc més ampli possible de professionals de la major capacitat.

Benvinguda sigui, doncs, la nova redacció de la Llei d'Arbitratge en aquest punt, tant pel que de justícia i reconeixement té per a la nostra i per a altres professions afins com, sobretot, pels avantatges que suposa per a **la institució de l'arbitratge en si mateixa com a mitjà alternatiu de resolució de conflictes que, tant en l'àmbit internacional com en el nacional, i sobretot en matèria**

mercantil, va guanyant-se la confiança de la societat.

La funció arbitral ha estat consubstancial amb la pràctica professional del notari. No obstant això, ha trobat certs obstacles quan la funció d'àrbitre s'ha tractat des d'un punt de vista legal

Si ens cenyim al cas dels notaris, i sense que això vulgui establir diferències respecte d'altres professionals, sinó simplement afirmar les qualitats que els apropen a la funció pròpia de l'àrbitre, sembla indiscutible que **es compleixen les dues condicions fonamentals exigibles a qui ha de decidir en un conflicte aliè**: d'una banda, **la capacitat tècnica**, contrastada «oficialment» mitjançant la superació d'unes dures oposicions i confirmada pel desenvolupament d'un exigent exercici professional; d'altra banda, **la imparcialitat**, connatural a la nostra professió i visceralment sentida pel notari i reconeguda per la societat.

I, pel que fa a la capacitat tècnica, és evident que l'«especialització» del notari concerneix singularment els àmbits civil i mercantil.





Dins aquest últim, considero que la **nostra especial aptitud es troba principalment a les matèries pròpies del Dret Societari**. Més allunyats, almenys a priori i sense perjudici de les possibles excepcions, trobem altres àmbits com el del transport o el Dret de la Competència, per exemple.

Dins l'àmbit civil, encara és més ampli l'espectre de matèries en què la formació d'un notari pot considerar-se de primera línia, però, entre elles, pot tenir un **lloc preferent el Dret de Successions**. Pocs professionals com el notari viuen i apliquen diàriament les institucions que s'integren en aquesta branca jurídica i no hi ha cap que hagi contribuït tant al seu progressiu perfeccionament teòric i pràctic com la notarial. D'altra banda, la freqüència de conflictes en matèria successòria, la complicació i el cost que pot arribar a suposar (i, de fet, freqüentment suposa) un plet per motius successoris, a més de les fractures familiars que acostumen a afegir-se a les seves conseqüències no només pel plet en si, sinó també per com se sol perllongar el procés de la seva resolució, indueixen a considerar molt detingudament els avantatges d'un procés d'arbitratge, que en una sola instància i amb totes les garanties possibles respecte de l'exigibilitat del compliment dels seus resultats pot deixar solucionat el conflicte plantejat en un temps relativament breu.

És per això que **l'arbitratge testamentari està expressament previst en la Llei** (article 10, on l'expressió «entre hereus no forçosos o legataris» no s'ha d'entendre limitativa més enllà de tot allò que impliqui

les legítimes) i que **diverses corts arbitrals han elaborat propostes de clàusules de submissió a arbitratge per incloure en els actes d'última voluntat pel disponent**. Cal tenir en compte que l'arbitratge, des del punt de vista de la interpretació de clàusules testamentàries, i no diguem respecte al de la resolució de conflictes, supera amb molt les facultats pròpies d'un marmessor, fins i tot en aquells sistemes jurídics, com el català, en què es pot donar una gran extensió a aquest càrrec, donat que el laude arbitral és inatacable (llevat per causa de nul·litat), és executiu i produeix efecte de cosa jutjada, a més que, d'una banda, pot limitar-se pel disponent la intervenció de l'àrbitre a una problemàtica concreta o estendre's a totes les que susciti la seva successió... fins i tot a la valoració dels béns! I fins i tot pot ser imposat per resoldre els conflictes que es plantegin entre els interessats en la successió i els propis marmessors i entre els mateixos marmessors. **I tot això sense un cost global**, com seria el cas si la retribució es fixés en funció de l'import del cabal relict, **atès que els honoraris arbitrals es meriten en funció de la quantia atribuïble al problema concret que se sotmeti a decisió de l'àrbitre**.

A manera d'exemple, i recordant que la llibertat del disponent podrà establir els límits i condicionaments que, dins les àmplies vies legals i el respecte als drets dels legitimaris, estimi convenient, n'hi ha prou amb la inclusió de **la clàusula d'arbitratge testamentari proposta pel Tribunal Arbitral de Barcelona**:

«Totes les controvèrsies que sorgeixin entre els causahavents del testador (optativament: o entre aquests i els marmessors, comptadors partidors o administradors de l'herència designats per ell) per qüestions relatives a la distribució o administració de la seva herència amb exclusió d'aquells extrems que són legalment indisponibles per a la voluntat del testador i en l'estricta mesura en què ho siguin, se sotmeten a l'arbitratge institucional del Tribunal Arbitral de Barcelona, de l'Associació Catalana per a l'Arbitratge, a qui s'encomanarà la designació de l'àrbitre o àrbitres i l'administració de l'arbitratge.

La nova Llei, mitjançant l'ús de l'expressió *juristes*, permet que altres professionals del Dret de capacitat tècnica contrastada puguin ser designats àrbitres

L'arbitratge compren totes les controvèrsies relacionades amb la interpretació, integració, aplicació i/o execució de les clàusules d'aquest testament, incloent les relatives a l'inventari i valoració dels béns, drets i obligacions que integren (o hagin d'integrar segons el judici d'algun dels interessats i no d'un altre o altres) el cabal hereditari.»

Però **la utilitat del notari** com a àrbitre no pot ser menyspreada tampoc en àmbits tan freqüents i socialment sensibles com el de les **clàusules fosques de la contractació**, la consideració de la transcendència de **l'alteració de les circumstàncies que van induir a un pacte determinat**, els conflictes sobre **l'abast o la forma d'exercici d'un dret limitatiu del domini**, els conflictes derivats de les **relacions de veïnatge i d'aplicació de les normes de la propietat horitzontal**, i així fins a un il·limitable etcètera.

El camí, doncs, és obert. **De la dedicació que el Notariat presti a aquesta opció professional dependrà el seu èxit i, probablement en part, l'acreixement del prestigi social del Notariat** com a corporació de juristes al servei del ciutadà i de la Justícia. Posar-ho de manifest és l'objecte d'aquestes línies, amb l'esperança que la visió entusiasta de l'autor sigui compresa i compartida pels seus destinataris.



La crisi econòmica viscuda des d'una notaria



Daniel Iborra Fort
Notari de Vilafranca del Penedès

Si preguntéssim als nostres conciutadans, que s'alimenten informativament pels canals tradicionals, sobre l'origen de la nostra crisi econòmica, una gran part contestaria que tot procedeix de la crisi immobiliària dels Estats Units que es va generar l'agost del 2007. I fins i tot trobaríem, sens dubte, a bastants que ens respondrien que prové de la gran crisi financera internacional que es va desenvolupar a l'últim quadrimestre del 2008 i que, sorgint també del mateix país, es va globalitzar, sorprenent a tots els dirigents polítics del món, sense cap exclusió. No obstant això, no va ser aquesta l'experiència que vaig viure des del meu despatx professional.

Jo tenia el costum d'ordenar i **lleigir les estadístiques i els estudis sobre l'evolució del mercat immobiliari**. Quan es van publicar les corresponents a l'any 2006 (entre 80.000 i 85.000 de mitjana mensual), **vaig comprovar que el nombre de vendes d'habitatges es va reduir aquest any**. El descens es va anar agreujant en el segon semestre, fins

arribar a una xifra final d'un 7,2% per tot l'exercici.

L'any 2007, la reducció es va anar accentuant, fins que l'any va concloure amb una caiguda total d'un 13,93%. **I el mateix va passar amb el nombre d'hipoteques**: el declivi es va anar intensificant d'una manera paral·lela i partint d'un sostre, l'any 2006, d'1.896.515 hipoteques, la qual cosa suposava una mitjana mensual de 158.043. Quan vam arribar a l'agost del 2007 i es va destapar la **crisi als Estats Units**, el nombre d'hipoteques havia baixat fins a una xifra de 129.961.

Donat que continuava al corrent de les estadístiques mensuals, m'estranyava que les persones que portaven la responsabilitat de la política econòmica fessin manifestacions tan allunyades de la realitat. L'única explicació era la seva falta d'informació sobre la veritable situació de l'economia, fet que els estava portant a un **gravíssim error d'anàlisi que els impediria fer un diagnòstic precís i**

prendre les mesures correctes, especialment, quant al control del creixement del crèdit intern que no es va destinar ni a la millora de la qualitat del sector productiu, sinó que es va concentrar, bàsicament, en el sector immobiliari, cosa que va generar una bombolla que va elevar el risc no només del sistema financer i del sector de compradors, sinó del futur de tota la societat.

Al **primer article que vaig fer sobre la crisi, el 28 de maig del 2008**, donava la següent interpretació sobre el que estava passant, basant-me en les dades que em proporcionava la meua activitat professional:

«Amb la introducció de l'euro, es va produir la **consolidació dels tipus d'interès a un nivell mínim desconegut des de feia vint-i-cinc anys**. Espanya, per les seves dades econòmiques i la seva pertinença a la Unió Europea, gaudia d'una gran reputació exterior que va arribar al seu màxim l'any 2002, la qual cosa va fa-



cilitar l'obtenció de grans recursos financers de totes les instàncies i mercats internacionals, en un moment d'abundància de liquiditat i baixos tipus d'interès.

Si tots els diners que en aquesta època es van destinar a finalitats electorals i improductives s'haguessin destinat a la reconversió del sector empresarial, hi hauria la meitat de crisi i d'insatisfacció social

»El creixement del consum i les inversions en el sector immobiliari no es van finançar amb les rendes dels ciutadans, que s'havien reduït per la introducció de l'euro i l'increment de la inflació real per sobre dels creixements nominals dels salaris i ingressos anuals, **sinó pel finançament bancari en una proporció exagerada en relació a la mitjana de la zona euro**, que havia mantingut els seus percentatges de creixement i no havia relaxat els criteris de la concessió del crèdit als seus clients.

»El procés expansiu s'extingiria a mesura que es generalitzés l'accés al crèdit entre la ciutadania, atès que, si a les minvades rendes se'ls deduïen les quotes dels préstecs, **el poder adquisitiu residual amb prou feines podria aconseguir el mínim vital**.

»I quant a l'adquisició d'immobles, quan els bancs reduïssin el finançament a percentatges més prudents, els particulars haurien d'aportar el 30-40% del valor de l'immoble perquè cobris el diferencial de finançament, els impostos, les despeses i el condicionament de l'habitatge.

»A tot això es va sumar **la reducció del flux de capital exterior en paral·lel a la pèrdua de confiança de l'economia espanyola als mercats internacionals** per l'elevada inflació, **el gran desequilibri exterior, la poca competitivitat de la seva economia i els problemes del sector immobiliari**.

»A fi de mantenir la producció, la renda i l'ocupació, i fins i tot el nivell d'ingressos públics, calia **potenciar el sector productiu** fent un gran esforç perquè es constituís en **alternativa per un sector de la construcció, sobredimensionat i a prop d'un ajustament**, incentivant

tots els processos de reducció de costos i millora de la qualitat, intentant assegurar la competitivitat arruïnada per la revaluació de l'euro sobre el dòlar, l'increment del diferencial d'inflació en relació als països competidors de la zona euro des de la seva introducció i pel dèficit de qualitat en tants sectors que afecten a la producció (per exemple, infraestructures, educació tècnica, investigació, marc legal empresarial i laboral, energia, etc.), **i dirigint tots els recursos financers del país per assegurar aquest procés de reconversió⁽¹⁾**»

Atès que era una tasca àrdua, tècnica, complexa i que plantejava riscos electorals, **es va escollir la via còmoda i políticament més rendible de jugar amb recursos fàcils i demagògics** amb la intenció de distreure la població, esperant que vingués la reactivació anunciada per persones i institucions que van ser incapaces d'anticipar la crisi i de justificar la manera en què milloraria, en preu i qualitat, la competitivitat dels nostres productes.

I, entre els elements de distracció, es van emprar les reduccions aranzelàries als notaris.

Amb l'experiència del seguiment de la darrera crisi dels noranta, a un article que vam publicar el 25 de setembre del 2008 vam avisar del que suposaria, per a l'ocupació i el futur del país, el drenatge de liquiditat al sector productiu: «Els diners per a les empreses és com la llavor per a la sembra: no es pot tocar. Si aquest problema de liquiditat no se soluciona immediatament, la destrucció del teixit empresarial serà irrecuperable⁽²⁾...».

Quan van arribar les **eleccions al març, el nombre d'hipoteques havia baixat fins a la xifra de 104.690** i les compravendes eren 45.659, aquestes últimes suposaven **gairebé la meitat de la mitjana de l'any 2006**. Per aquest motiu vaig veure el debat entre Solbes i Pizarro de manera diferent als mitjans d'informació general. Amb les dades que tenia, vaig deduir que la diferència entre tots dos era que Pizarro tenia una millor informació, per la qual cosa el seu diagnòstic va ser més correcte: Espanya tenia una crisi de model que estava basada en el consum i en el totxo i que estava perdent la batalla de la competitivitat i de la confiança dels ciutadans i els mercats internacionals. Això li va permetre fer unes propostes més

competents. **El futur brillant del país i la plena ocupació eren un miratge.**

«En haver descendit tan catastròficament el nombre de vendes, **s'estava generant un estoc d'habitatges que seria impossible col·locar**, fet que provocaria un ajustament espectacular en el nombre de treballadors del sector de la construcció, ja que hi treballaven, directament i indirectament, tres vegades més persones que en altres països. I això s'anava a produir, encara que no hagués esclatat una crisi financera internacional, en retornar les entitats financeres als criteris tradicionals de concessió de crèdits, sent més estrictes i rigoroses en l'estudi de la capacitat real d'estalvi d'una població que, a més de les seves dues terceres parts, no guanyava més de 1.500 euros al mes.

»**Si el sector estava condemnat a un ajustament laboral inevitable, a quin sector de la indústria, dels serveis o de l'agricultura germinarien tants llocs de treball per recol·locar els que sobraven del sector de la construcció** i garantir la promesa electoral de crear dos milions de llocs de treball i aconseguir la plena ocupació a la propera legislatura? **Només havent creat, anteriorment, les condicions legals i financeres que establissin un nou marc provocador de vocacions empresarials massives** podia justificar-se tal optimisme⁽³⁾».

Quan la crisi financera internacional va esclatar, el setembre del 2008, el nombre d'hipoteques i de vendes d'immobles estava en mínims: la mitjana mensual de l'últim trimestre s'havia reduït a 88.822 per les hipoteques i a 36.686 per les vendes; l'enfonsament important es va produir anteriorment. Per aquest motiu vam concloure que la nostra crisi econòmica era anterior a la dels Estats Units i a la financera internacional, ja que tenia unes bases diferents, fet que justificava que **el deteriorament intern fos superior que el d'altres economies**.

A partir d'aquest moment, **el nombre d'hipoteques va continuar reduint-se, així com el seu valor** (per exemple, el 2006 se'n van fer 1.896.515 per un import total de 297.114.754.000 euros, i el 2010 havien baixat a 956.127, però el valor encara havia baixat més: a 122.161.751.000) **i també el nombre de compravendes** que, excepte



els repunts de la pujada de l'IVA i la fi del desgravament de la compra d'habitatge del segon i quart trimestre del 2010, compensats per la gran recessió de vendes a l'exercici actual, han portat la construcció a una situació catastròfica. Al primer semestre del 2011 es van realitzar 165.286 compravendes d'habitatges, la qual cosa suposava que la mitjana mensual havia baixat a 27.548, i el nombre d'hipoteques s'havia reduït en un 25%, pràcticament.

Per fer-nos una idea de la ruïna d'aquest sector motriu, el nombre d'habitatges lliures iniciats, que va ser de 664.923 el 2006, va passar a 63.090 el 2010, i durant l'any següent va continuar agreujant-se amb un descens, al primer trimestre, d'un 13,8%. El 14 de juliol del 2011, *La Vanguardia* publicava que **el Col·legi d'Arquitectes de Catalunya estimava que la construcció, que representava entre el 10 i el 13% del PIB de Catalunya, actualment se situava entre un 1 i un 2%. A la resta d'operacions de quantia, la regressió va ser en paral·lel** (per exemple, la constitució de societats: el 2006 se'n van constituir 148.964 i el 2010, 79.963). Així mateix, quant al crèdit de consum, la inversió nova es va reduir a la meitat en tres anys, des del 2007 fins al 2010, i va davallar la participació del finançament d'automòbils des del 28 % el 2007 fins al 22% el 2009 i es va incrementar la proporció del crèdit concedit a través de targetes de crèdit (Estudi Competitors de DBK, novembre de 2010).

Aquesta caiguda profunda s'explica no només per les restriccions creditícies ni per la pujada dels tipus d'interès, sinó, fonamentalment, perquè s'ha estès l'angoixa entre la població com a conseqüència de l'impressionant creixement de l'atur i del deteriorament de l'economia.

La rendibilitat negativa de les entitats financeres va contribuir a accelerar el deteriorament i, amb això, la viabilitat econòmica de moltes notaries

El problema de l'atur, quan s'agreuja d'una manera tan intensa, és que s'estenen els efectes dels nous aturats a les altres capes socials: als que estaven en



atur i tenien l'esperança de trobar feina, als contractats temporals a qui trasbalsa la il·lusió de la pròrroga dels contractes, als que tenen contractes en vigor però que viuen l'experiència traumàtica de veure que l'atur arruïna les expectatives personals i professionals dels seus amics i familiars i omple de dubtes el seu propi futur econòmic i, finalment, als jubilats i treballadors que s'acosten a la jubilació, que veuen que les garanties de les seves prestacions socials s'esquerden.

Tot això havia d'afectar greument el consum privat. Els consumidors, per temor o per prudència, intenten estalviar al màxim possible, ajornen les compres de valor, especialment dels sectors motrius (construcció i automòbil), ja que allargar el pagament requereix una seguretat en les rendes futures i es van centrant en l'adquisició de productes i serveis vitals, encara que cada cop d'una qualitat i un preu més baixos. I és que **ningú consu-**

meix més del que és imprescindible quan té un futur immers en la incertesa.

Al final d'aquest període, **als despatxos notariais, les plantes de la recessió (poders de plets, liquidacions, notificacions, etc.) van acabar substituint les d'inversió lliure tradicionals**, amb la peculiaritat que bona part de les que es feien en l'àmbit financer i immobiliari es formalitzaven per assegurar i/o compensar els crèdits dels clients de les entitats financeres i liquidar l'immens estoc d'habitatges acumulat durant la crisi.

(1, 2 i 3) Textos extrets del llibre *Una crisi previsible: España, 2006/2010*, amb dades actualitzades fins el 2010 de l'INE i el Ministeri de Foment. Les dades del 2011 han estat publicades recentment i recollides de la premsa econòmica.

Reforma del sistema hipotecari i protecció del consumidor



Joan Carles Ollé Favaró

*Notari de Barcelona i Degà del Col·legi de Notaris de Catalunya
Vicepresident del Consell General del Notariat*

La difícil situació econòmica que travessa l'economia espanyola, amb empreses i particulars que es declaren en concurs, famílies que perden els seus habitatges, el fort augment de l'atur, la desvalorització d'immobles i la crisi del sistema financer, entre altres indicadors, ha situat **al punt de mira polític i social l'execució de les hipoteques**. Els notaris tenim una especial preocupació i sensibilitat envers aquest problema social que afecta molts ciutadans i famílies espanyoles, i entenem que des de la comunitat jurídica tenim l'obligació d'aportar propostes que permetin donar una solució adient a la justificada demanda social que hi ha sobre aquesta matèria.

D'entrada, es pot constatar que el sistema de dació en pagament obligatòria que des de diferents sectors es proposa importar, el dels EUA, ni existeix en tots els estats ni té un equivalent a Europa. D'altra banda, des del punt de vista de la seguretat jurídica, no es pot oblidar que el sistema hipotecari nord-americà va fa-

llar estrepitosament, ja que és el que va ocasionar el lamentable episodi de les hipoteques *subprime*, que van ser l'origen de la crisi financera i econòmica internacional. És un sistema que no ofereix garanties jurídiques i que precisament ara s'està reformant, ja que va permetre molts abusos i extralimitacions.

A grans trets, es pot afirmar que no ens ha anat tan malament amb el nostre sistema hipotecari i la Llei Hipotecària per la qual es regeix, de la qual precisament l'any 2011 s'ha complert ni més ni menys que el cent cinquantè aniversari. El sistema espanyol ha permès accedir a un habitatge en propietat a la major part de la societat espanyola, en especial, des de l'aprovació de la Llei de Propietat Horitzontal del 1960. Com és sabut, aquest és un país de propietaris (80 %), molt per damunt de la mitjana europea. Això implica un raonable compliment del mandat constitucional que exigeix l'accés dels ciutadans a un habitatge digne. Aquest estat de la qüestió s'ha de

valorar d'una manera globalment positiva, **salvant les disfuncions i patologies del sistema, algunes d'elles greus, que amb la crisi s'han posat de manifest i que, evidentment, s'han de corregir.**

A més, segona constatació: **el sistema de seguretat jurídica preventiva espanyol ofereix un altíssim nivell de seguretat jurídica**. La presència i la intervenció del Notari i el seu correlatiu control de legalitat, així com la protecció que dispensa el Registre, fan impossible que aquí pugui succeir quelcom de semblant al que ha ocorregut als EUA. Al contrari, podem afirmar que, tant a l'etapa del *boom* econòmic, amb els seus excessos, com ara, a la fase de crisi aguda, el nostre sistema ha funcionat perfectament, sense incidències destacables. Hi ha hagut altres problemes, fonamentalment d'índole econòmica i de regulació del mercat hipotecari, però el principi constitucional de seguretat jurídica ha quedat salvaguardat en tot moment. És un factor no menor que convé no menys-



nir, sobretot quan, de vegades, assistim a determinades propostes legislatives desreguladores que pretenen desplaçar la presència de l'escriptura pública en determinats àmbits, tot inspirant-se precisament en el model anglosaxó, ara tan justament qüestionat.

Més enllà d'algunes sentències voluntaristes, que han tingut un important paper catalitzador d'un debat a trets generals positiu, la *comunis opinio* sosté, amb ple fonament jurídic, que **per tal de limitar amb caràcter obligatori la responsabilitat del deutor al bé hipotecat, cal modificar la legislació vigent**. Però prendre una decisió d'aquest naturalesa, tal com s'està reclamant des de diversos sectors socials i polítics, suposaria modificar un dels pilars fonamentals del dret d'obligacions, com és el principi de responsabilitat patrimonial universal del deutor, que consagra l'article 1911 del Codi civil, un canvi que caldria ponderar detingudament, ja que tindria unes importants conseqüències en altres àmbits. Ara bé, suposant que s'acceptés el fet d'introduir aquest sistema, la pràctica totalitat dels juristes estima que s'haurien d'evitar els efectes retroactius, ja que això suposaria introduir un element im-

portant d'inseguretat jurídica que posaria en perill la solvència del sistema financer espanyol. Per tant, per aquesta via no se solucionarà el greu problema social que ara patim, ja que aquest ha estat provocat per les hipoteques concedides durant els passats anys de bonança econòmica.

La dació en pagament i altres fórmules similars són massa dràstiques, ja que porten inexorablement a la pèrdua de l'habitatge

Les fórmules de dació en pagament i altres de similars que s'estan proposant tenen el greu inconvenient de ser massa dràstiques, ja que condueixen inexorablement a la pèrdua de l'habitatge. Són molt més avantatjoses i recomanables socialment i econòmicament solucions novatives, mediadores, extrajudicials, que explorin vies alternatives al traumàtic desnonament. L'objectiu primordial ha de ser el fet de conservar l'habitatge, fins i tot, en darrera instància, encara que sigui sota un dret diferent del de propietat.

Una iniciativa que pretenia transitar en aquesta direcció va ser la impulsada pel Col·legi d'Advocats de Barcelona, en col·laboració amb el Col·legi de Notaris de Catalunya, que introduïa a la recentment aprovada reforma concursal **un procediment extrajudicial notarial que permetia d'evitar el concurs dels particulars en situació d'insolvència i donava una darrera oportunitat a les famílies abans de l'execució**. La proposta va estar a punt de prosperar, ja que va ser aprovada al Senat, malgrat que finalment va decaure al Congrés. Tanmateix, val la pena destacar la Disposició Addicional Única de l'esmentada Llei 38/2011, de 10 d'octubre, en la qual s'estableix que el Govern haurà de presentar, en el termini de sis mesos, un informe en el qual, entre altres qüestions, es podran proposar opcions de solució extrajudicial que completin la protecció econòmica i social de consumidors i famílies, siguin de caire notarial o registral, de mediació o d'una altra naturalesa. **Seria un encert que el nou Govern explorés aquesta interessant i positiva línia jurídica d'actuació**.

La majoria dels països del nostre entorn, com Alemanya, França o Bèlgica, tenen lleis de segona oportunitat





o sobreendeutament en les quals els particulars que es troben en una situació d'insolvència sobrevinguda, primer, han de recórrer a procediments extrajudicials de mediació, en els quals s'analitzen i es proposen, segons els casos, fórmules de perllongament de termini, rebaixa d'interessos, quitament de capital, substitució del dret de propietat pel d'arrendament, usdefruit, etc. Tan sols en darrer terme, si es tracta d'una insolvència total i definitiva, el Jutge ordena la liquidació dels béns del deutor, que, si ha recorregut a la via preventiva de la mediació i compleix amb les obligacions que aquell li ha imposat, transcorregut el termini establert a la Llei, finalment resta totalment alliberat dels seus deutes. Són **sistemes legislatius favorables a la posició del consumidor, amb mecanismes alternatius a l'execució, que tan sols es té en compte com a darrer remei, i que podrien perfectament, amb les adaptacions necessàries, ser incorporats per Espanya.**

A l'actual sistema d'execucions hipotecàries, el paper del Notari és clau per la seva labor fonamental d'assessorament, transparència i informació al consumidor

En tot cas, més enllà de solucions més definitives i generals, una anàlisi de la normativa vigent ens confirma que a l'actual sistema d'execucions hipotecàries hi ha determinades disfuncions o

situacions perjudicials o abusives per al deutor, que cal corregir al més aviat possible amb vista a una major equitat: interessos de demora excessius, clàusules abusives, insuficients causes d'oposició per part del deutor al procediment d'execució o una millor regulació en matèria de taxacions. També cal incrementar, des d'un prisma preventiu que és fonamental, l'assessorament, la transparència i la informació al consumidor, la part més feble del contracte.

El paper del Notari és clau en aquest darrer punt i, en general, a tota la matèria, ja que compleix una funció essencial per al consumidor en l'àmbit hipotecari i a tot l'iter transmissiu. La seva independència i imparcialitat, unides al control de legalitat i a l'assessorament gratuït que realitza, el converteixen en un garant de la seguretat jurídica dels negocis i de la protecció dels drets dels ciutadans, als quals procura un consentiment informat. A diferència de l'Advocat, el Notari mai no és de part, ja que la imparcialitat és substancial a la seva funció, però aquesta imparcialitat, per tal de no ser fútil, comporta un assessorament reequilibrador, és a dir, es dirigeix a restablir l'equilibri contractual entre l'agent econòmic i el consumidor que realitzen el negoci, tot evitant les asimetries informatives.

La més recent legislació espanyola i europea (Directiva sobre consumidors) **sobre consum està avançant molt ràpidament en l'assignació al Notari de noves i importants funcions en informació i assessorament als consumidors.**

Així, l'Ordre Ministerial EHA 2899/2011, de 28 d'octubre, sobre transparència i protecció del client de serveis bancaris, a banda d'altres aspectes més controvertits, amplia el camp d'acció que li atribuïa l'anterior Ordre del 1994, tot establint, a més, que en virtut del control de legalitat genèric que realitza el Notari, es podrà negar a autoritzar el negoci que no s'ajusti a l'esmentada normativa. Tanmateix, s'hauria d'haver anat més lluny en la fiscalització de les clàusules abusives. L'actual Ordre, de la mateixa manera que l'anterior, inclou el dret dels consumidors que hagin de formalitzar un préstec hipotecari, del qual lamentablement s'ha fet molt poc ús, que els permet d'examinar durant els tres dies anteriors a l'atorgament el projecte d'escriptura i a ser informats dels aspectes essencials d'aquesta.

La potenciació de les funcions del Notari, sobre tot a la fase dels tractes preliminars, **serà fonamental per a la disminució progressiva de les execucions i altres patologies hipotecàries.** La prevenció del conflicte és la millor manera de combatre'l. L'Estat ha confiat al Notari la protecció jurídica del consumidor mitjà no especialment informat que ha de contractar amb els grans operadors econòmics i les seves assessories jurídiques. Els ciutadans han de saber que tenen el dret de triar Notari i que tenen a la seva disposició tres mil oficines notariales distribuïdes per tot el territori nacional, que els facilitaran informació i assessorament gratuïts entorn de la seva hipoteca i altres documents notariales que hagin d'atorgar.



NUEVO

AUTOR:

Eduardo Valpuesta Gastaminza

Páginas: 538 / Encuadernación: Cartoné
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 hi ha creixement, no solucionarem l'atur ni tampoc l'endeutament»

Joan Hortalà

President de la Borsa de Barcelona

AUTORA: Sandra Purroy Corbella

Joan Hortalà i Arau (Barcelona, 1940) és llicenciat en Dret i doctor en Ciències Econòmiques. Des del 1993 presideix la Borsa de Barcelona, una tasca que compagina amb diverses responsabilitats en l'àmbit acadèmic —és catedràtic de Teoria Econòmica a la Universitat de Barcelona i ha estat Degà de la Facultat de Ciències Econòmiques en dues etapes anteriors— i amb diversos càrrecs en el sector privat. Diplomàtic en diferents universitats europees i doctor en Economia per la London School of Economics and Political Science, també és membre de la Reial Acadèmia de Ciències Econòmiques i Financeres i de l'European Mathematical Society. És autor de diversos llibres i publica periòdicament treballs i articles tant en l'àmbit nacional com a l'estranger. En l'àmbit polític, ha estat regidor de l'Ajuntament, membre del Parlament de Catalunya i fins i tot Conseller d'Indústria i Energia. Recentment, també ha estat nomenat President de la Federació Iberoamericana de Borses (FIAB).



Entrevistes

P: **Presideix la Borsa de Barcelona des de fa divuit anys. Com ha evolucionat la institució des de llavors fins ara?**

R: El 1994, la Borsa va deixar de ser corporació de dret públic, arran de la reforma de la Llei del Mercat de Valors. De fet, fins llavors encara estava mutualitzada, és a dir, era dels seus membres, que eren els agents de canvi i borsa. Arran de la reforma del Mercat de Valors, van passar a ser persones jurídiques i no persones físiques que entraven mitjançant oposició. En aquest sentit, era diferent de la Borsa històrica, de la que existia a Espanya des de la Llei del 1831 —la primera llei de borses—, però tenia la mateixa estructura funcional llevat d'aspectes organitzatius que la Llei del Mercat de Valors va modificar d'una manera substantiva. Per exemple, a la Borsa només s'hi podia comprar i vendre, però no s'hi podia pagar i cobrar, perquè això formava part d'un altre organisme —fins llavors ho feia la mateixa Borsa—, que era el Servei de Liquidació i Compensació, únic per a totes les borses d'Espanya. Tampoc no teníem capacitat de regulació, perquè aquesta Llei havia creat la Comissió Nacional del Mercat de Valors, que regulava el conjunt de les borses espanyoles. I no cal dir que tots aquests nous serveis es van ubicar a la ciutat de Madrid.

La globalització, si en un àmbit s'ha consolidat d'una manera plena, és en el món financer

En aquell moment, les borses en general van patir un impacte important pel que fa a la seva significació, al seu volum de contractació i a l'entrada de grans establiments financers al mateix mercat, particularment la banca, que fins aquell moment no hi era com a membre actiu. Per tant, la Borsa de Barcelona, que havia estat històricament molt activa en renda variable, sobretot a la segona meitat del segle XIX i la primera meitat del segle XX, va perdre una quantitat remarcable de volum. L'any 1993-1994, la seva contractació de renda variable sobre el total espanyol arribava escassament al 5 o 6%. En l'actualitat estem al voltant d'un 30%.

P: **En aquest moment, quin és el mapa del mercat borsari?**

R: Cal tenir en compte que l'organització borsària espanyola, avui dia, està dins d'un hòlding que es coneix pel nom de Bolsas y Mercados Españoles (BME). Aquest hòlding agrupa les borses de Barcelona, Bilbao, Madrid, València, el Mercat de Derivats i el Servei de Liquidació i Contractació (Iberclear). Per tant, el mercat espanyol és un mercat singular, perquè té quatre portes d'entrada —les quatre borses històriques— per a la contractació de renda fixa i renda variable, a més d'un mercat unificat. És a dir, qualsevol persona, des de qualsevol establiment borsari, pot entrar a comprar i vendre, però aquestes compres i vendes ho són en el context d'un sol mercat. Cada borsa té el seu propi volum de contractació, és a dir, quan la gent s'adreça a una borsa per comprar i vendre, allò es computa com a volum d'aquella borsa, però les cotitzacions es formen en un mercat unificat, el mercat espanyol, que té com a índex representatiu l'IBEX 35.

Avui el món borsari té, òbviament, un component important: el mercat americà, Wall Street, una borsa on només es compren i es venen valors, on no hi ha mercat de derivats. El Mercat de Derivats americà més important es troba a Chicago i és una altra borsa, un altre mercat. Per tant, hi ha un potent focus de contractació borsària mundial que va declinant a Nova York, el bloc americà. També hi ha els focus tradicionals europeus, on hi ha una borsa amb molt volum, que és la de Londres —que va comprar la d'Itàlia—; hi ha Euronex, que és l'agrupació de les borses de França, Bèlgica, Holanda i Portugal —que ha estat comprada recentment per la Borsa de Nova York—; hi ha la Borsa de Frankfurt, i la Borsa espanyola, a més de l'organització dels països nòrdics, l'OMX. També hi ha borses d'altres països que són significatives, però que es troben encara a distància d'aquestes.

Després hi ha un tercer bloc, l'asiàtic, que ha tingut històricament una borsa de referència, la japonesa, a la qual darrerament s'han afegit amb força les borses de Hong Kong, Singapur, Xangai i on comença a entrar la de Corea del Sud. El quart bloc són les borses australianes —bàsicament, la de Sidney— i un cinquè bloc, re-

lativament petit però força operatiu, són les borses canadenques.

P: **I quins són els principals objectius de cadascuna de les borses?**

R: Mantenir la seva identitat, el seu volum de contractació i evitar que hi hagi competències excessivament centralitzadores a l'extrem que alguns serveis que es poden fer descentralitzadament, fonamentant-se en l'eficiència, no es vulguin fer de manera centralitzada. Això significaria el seu trasllat a Madrid i, en gran mesura, ja ha passat. Per tant, cal que mantinguin la seva estructura, cada vegada més adequada a les necessitats del moment des del punt de vista tecnològic, informatiu, de transparència i de seguretat jurídica. Els objectius del hòlding, d'altra banda, consisteixen a tenir una projecció internacional i, segurament, atesos els moviments que en aquest moment s'estan plantejant en el context nacional, trobar aliances en alguns mercats.

P: **En aquest panorama borsari, es pot parlar de globalització?**

R: La globalització, si en algun lloc s'ha consolidat d'una manera plena, és en el món financer. Les interferències són gairebé instantànies i, a més, es produeix una mena de sistema de borsa dominada i borsa dominant. Hi ha borses que, per la seva entitat, pel que suposa el país on estan ubicades o per la seva història, tenen un cert caràcter dominant, com és el cas de la Borsa americana. El que passa a Wall Street —al Dow Jones, l'índex corresponent— té una importància remarcable sobre la resta de les borses. Malgrat això, els problemes específics de cada regió també tenen la seva pròpia entitat, com és el cas actual d'Europa, on vivim les vicissituds d'una recessió econòmica molt important situada en un context de crisi sobirana que afecta Grècia, Irlanda, Portugal i, darrerament, Itàlia i Espanya.

P: **Creu que seria interessant parlar d'una gran Borsa europea?**

R: La Borsa alemanya, si compra la de Nova York, que al seu torn va comprar Euronex, serà una gran borsa que inclourà Portugal, França, Bèlgica, Holanda, Nova York i Alemanya. Les úniques borses



que queden aïllades són la Borsa anglesa i l'espanyola.

Nosaltres vam defensar aquesta idea fa molt de temps, però no ens en vam sortir. Defensàvem l'existència d'un mercat de capitals europeu que pogués competir amb els mercats de capitals americà i asiàtic. Però per motius econòmics, en molts casos, i institucionals i polítics, en d'altres, no es va aconseguir. Jo crec que va ser un error, perquè a les borses acudeix l'estalvi de la gent i hagués estat bo que l'estalvi d'Europa hagués anat a un mercat financer europeu que revertís en finançament a les empreses europees.

De tota manera, ara, en un context globalitzat, ja no es pot parlar amb puritat d'un mercat borsari europeu ni tampoc americà. Els que es mantenen amb una certa puresa són els mercats asiàtics i, al seu nivell, els de Rússia o Turquia, una borsa emergent.

P: Creu que Espanya pot acabar amb un «rescat» com ha succeït a Irlanda o a Grècia?

R: És possible que Espanya necessiti un rescat, però no crec que arribi a materialitzar-se. Teòricament, no aniria malament el fet de rebre recursos del Banc Central Europeu i d'altres organismes internacionals a un tipus d'interès més baix del que estem pagant pel deute a deu anys. Tal com estan les coses, el rendiment que estem pagant pel nostre deute està per sobre del 6%, i si tinguéssim finançament internacional garantit com a conseqüència d'un rescat, el tindríem més barat. Però això comporta unes penalitzacions polítiques i d'imatge que no són en absolut desitjables. Jo crec que Espanya, ara mateix, malgrat tenir elements molt complicats i de difícil solució a curt termini, no serà objecte de rescat.

P: Vostè ha afirmat en ocasions anteriors que l'IBEX 35 recuperaria els nivells previs a la crisi al final del 2015. És llavors quan veu la sortida?

R: Quan va esclatar la crisi, la tardor del 2007, nosaltres ens vam adonar que aquesta crisi, almenys financerament i borsària, podia ser una crisi d'un gran abast. Vam realitzar un seguit d'estudis que vam publicar a començament del 2008, en els quals analitzàvem amb tècniques econòmiques especialitzades les diferents crisis importants i

d'àmbit mundial que es van produir durant el segle xx, des de l'any 1929 fins a l'any 2000: la crisi del 29, la crisi del 57, la crisi del petroli del 73, la crisi del 87 dels *saving banks* americans i la crisi del 2000 de les noves tecnologies —de les empreses .com. Analitzant, de cadascuna d'elles, tant la durada com la profunditat, vam arribar a la conclusió que, en termes de promig —i degudament rectificats pel que suposen justament la globalització i els avanços en els coneixements dels economistes—, es podia donar un cicle d'uns deu anys de durada, amb una fase descendent de tres anys i amb uns set anys de recuperació molt volàtil, en ziga-zaga, amb una profunditat de caiguda del voltant d'un 60% en el seu punt màxim. Això volia dir que si a l'estiu del 2007 l'índex de la Borsa espanyola, l'IBEX, estava als 16.000 punts, fins a l'any 2015, més o menys, no tornaríem a arribar a aquests 16.000 punts. Quan això ho vaig dir l'any 2008, la gent em va dir que era molt pessimista, però això era el que deia l'estudi.

Segons l'estudi que vam fer l'any 2008, la Borsa recuperarà els 16.000 punts al final del 2015

A mesura que va passar el temps, es van confirmar els tres anys de caiguda i la profunditat de la crisi. La ziga-zaga de la recuperació també s'està confirmant, i el que hem de veure és quan recuperarem els 16.000 punts. Tant de bo que ens equivoquéssim i els recuperéssim abans, però que segons l'estudi serà cap al 2015. I això no és ser pessimista, perquè al fons del pou estàvem gairebé a uns 9.000 punts; si hem d'arribar als 16.000 punts, això vol dir que ens falten set mil punts a recuperar en set anys —un promig de mil punts per any, que és un 10-12% anual—, una rendibilitat molt acceptable. Continuo mantenint aquesta interpretació, i en aquesta fase de recuperació, molt volàtil, no crec que tornem a veure els mínims que es van veure a la Borsa espanyola al març del 2009.

P: Pel que fa al sector immobiliari, de quina manera creu que ha repercutit en el context econòmic actual?

R: El boom immobiliari ha estat una de les causes que han motivat la situació crítica actual i que fan que aquesta situació perduri, sobretot en economies com l'espanyola, que tenia basat el seu creixement substantivament en el sector immobiliari i de la construcció. Això es reflecteix en el conjunt de l'economia i, per tant, a la Borsa, perquè la Borsa és un mecanisme de finançament empresarial.

P: Com exerceix de baròmetre la Borsa?

R: En el món actual, les famílies estalvien i les empreses inverteixen, i entre elles no es coneixen. Hi ha d'haver un mecanisme que lligui una cosa amb l'altra, i aquest mecanisme és el sistema financer. I el sistema financer té bàsicament dos mercats: el mercat de crèdit i el mercat de capitals. La gent que estalvia posa els seus diners al mercat de crèdit, en forma de dipòsits bancaris, o al mercat de capitals, comprant actius financers que fan servir les empreses. Perquè les empreses que necessiten diners o bé demanen crèdits o, si són suficientment importants i cotitzen a borsa, fan ampliacions de capital o emissions d'obligacions. Per tant, el sistema financer lliga l'estalvi a la inversió a través del mercat de crèdit i del mercat de capitals. I, en aquest sentit, la Borsa és un mecanisme que permet el finançament de les empreses, perquè quan una empresa necessita recursos més enllà dels propis, ha d'anar a buscar-los al mercat de crèdit o al mercat de capitals. Des d'aquest punt de vista, és evident que si es produeix qualsevol ensopegada en el funcionament normal de l'economia, les borses ho reflecteixen.

Una vegada la Borsa funciona, el que realment explica és el valor que es dona a les empreses que es troben en aquell mercat. Si una empresa va bé, té un preu alt. I va bé si té bons beneficis; això vol dir que potser el tipus d'interès és baix i els costos financers baixen, la qual cosa vol dir que al país hi ha una bona política econòmica que permet que l'empresa es pugui desenvolupar correctament, que al món no hi ha circumstàncies excepcionals que provoquin accidents geopolítics o trasbalsaments físics o geològics... És a dir, la cotització és el reflex d'una situa-



Entrevistes

ció que té l'empresa com a objectiu, però que darrera l'empresa hi ha tot allò que condiciona la vida econòmica, política, social i global dels països.

P: I com es veuen afectades les empreses del sector immobiliari pel que fa a la Borsa?

R: La crisi immobiliària condiciona la crisi del sector i, òbviament, la financera, perquè en baixar el ritme d'activitat i de creixement de l'economia, les empreses se'n ressenten en la seva estructura orgànica i, sobretot, patrimonial i de beneficis. I això repercuteix en menys valor de les accions i, en conseqüència, en una caiguda dels seus preus a la Borsa.

Les Lleis Òmnibus, fetes en profunditat, són una de les reformes que el país necessita

P: On veu vostè la clau per superar l'actual situació de crisi? Què cal fer per recuperar la confiança? I el crèdit?

R: La confiança sempre és necessària en economia. En un món incert, ningú no s'arrisca més enllà del necessari per fer determinats projectes d'inversió. Des de la perspectiva espanyola, segons el meu criteri, tenim actualment tres problemes molt importants i de difícil solució. Primer, un atur exagerat i, per tant, cal un creixement econòmic que no tenim. Segon, un endeutament extraordinari, sobretot privat. L'endeutament públic és perillós, ara per ara, però no per la seva quantia, sinó per la seva taxa de creixement, perquè en només dos anys s'ha doblat: fa dos anys estàvem al voltant d'un 30% del PIB de deute públic i ara estem gairebé al 72%. Però això, en termes comparatius, no és important, perquè no som un dels països que té més endeutament en relació amb el seu PIB. En canvi, Espanya és el tercer país més endeutat del món pel que fa a l'endeutament privat. I el tercer problema greu és que els sectors tradicionals que impulsaven el creixement estan en aquests moments molt tocats, particularment l'immobiliari. Tot

i que a un nivell menys remarcable que en el passat, el sector exterior i el sector turístic són les esperances que en aquest moment té l'economia espanyola no per créixer significativament, sinó per no enfonsar-se més.

P: En tindrem prou amb el turisme i l'exportació?

R: Amb el turisme hi ha molta inversió nacional, i l'optimització de la inversió la fan bàsicament els estrangers —ara més que mai. El turisme dóna una empena a l'economia espanyola en el decurs dels mesos d'estiu. Pel que fa a l'exportació, malgrat les circumstàncies adverses que caracteritzen l'actual model productiu espanyol en termes de competitivitat —on no hem millorat ni en sistema d'incentius ni en sistema tributari—, el sector exterior està responent d'una manera molt positiva i molt significativa. És un sector que, tot i no ajudar a fomentar d'una manera sostinguda i recurrent el creixement econòmic, evita que l'economia s'enfonsi encara més.

P: Calen mesures per reactivar el sector immobiliari?

R: Hi ha la necessitat de refer a curt termini el sector immobiliari. És veritat que, a través de la Llei d'economia sostenible, es vol pensar en un nou model productiu, però això no es fa d'un dia per l'altre. Es fa a llarg termini i, mentrestant, necessitem punts d'arrencada, motors que tirin de l'economia espanyola. A banda del turisme, del sector exportador, de tot el que es pugui fer per millorar les noves tecnologies, de productes de qualitat i disseny, etc., tot plegat fonamentat en l'educació, la recerca i la innovació, hi ha d'haver un sector clau, que és el de la construcció. Cal fer un esforç per intentar reconduir tot el que aquest servei té ara mateix de perjudicis, d'ineficiència i de manca d'activitat productiva. En el seu dia vam proposar, sense èxit, crear un banc dolent i que part dels actius d'aquest sector, avui dia inutilitzats, haguessin passat al sector públic. El sector públic els hagués donat una sortida en forma de lloguers socials, possiblement, i a partir d'aquí, tornar a començar tímidament, sense fer els disbarats que es van fer en èpoques anteriors, construint més de vuit-cents mil habitatges l'any quan el país en necessitava escassament la

meitat. Però cal reforçar un sector productiu que dóna impuls, com ha estat el de la construcció, i en aquests moments això és crucial per relançar l'economia per la via del creixement.

Si no hi ha creixement, no solucionarem l'atur; al contrari, el podem empitjorar, i tampoc no solucionarem el problema que en aquests moments té el sector financer, que està lligat a aquest important endeutament que fa, entre altres coses, que l'Estat, la banca i les caixes estiguin en una situació inoperant, que no flueixi el crèdit. I aquesta és també una de les condicions més remarcables que fa perdurar la recessió econòmica. El crèdit a l'economia és com la sang al cos: la facilitat de crèdit exagera les expansions i la restricció de crèdit encara fa més profundes les recessions. El crèdit s'ha de regular, no convé que n'hi hagi molt quan les coses van bé —perquè es produeixen exageracions—, però convé que n'hi hagi un mínim quan les coses van malament —perquè continuï l'activitat. El crèdit que es necessita en les expansions normalment és un crèdit que va directament a inversió en projectes, mentre que el crèdit que es necessita en les recessions s'associa a necessitats de tresoreria, a circulat, perquè les empreses puguin afrontar les seves despeses corrents. Justament per això, si aquest crèdit que es necessita en les èpoques crítiques no flueix al mercat, l'economia encara s'ensorra més. I això és en bona mesura el que està passant des de fa un parell d'anys.

P: Com valora l'actual reestructuració bancària, centrada en les fusions, la reconversió en bancs i la seva sortida a borsa? Quin paper ha de desenvolupar en la sortida de la crisi?

R: El país necessita reformes, que s'intenten i s'anuncien internacionalment amb una certa ampullositat però que després es fan a mitges. També és veritat que les reformes estructurals que s'han de fer són molt impopulars des del punt de vista polític i que els partits que governen intenten fer projectes que no malmetin la seva potencialitat de vot. Són reformes que fa molt de temps que es necessiten, que potser s'haurien d'haver començat en un altre moment i no s'han començat, com ara la reforma del mercat de



treball, la reforma de les administracions, la reforma del sistema financer —que en la crisi actual afecta més les caixes que els bancs, tot plegat lligat també al finançament que en el seu moment es va donar al sector de la construcció—, cal una reforma energètica important, també una reforma en el sistema de transports i comunicacions... És a dir, tot un seguit de reformes de pes que s'han de fer amb una durada temporal determinada, que tenen un gran risc des del punt de vista electoral i polític, però que no s'estan fent en profunditat.

P: En aquest sentit, com valora les recentment aprovades Lleis Òmnibus a Catalunya, que pretenen simplificar tràmits i procediments administratius?

R: Jo crec que les Lleis Òmnibus són un intent interessant i intel·ligent d'agilitzar un seguit d'ineficiències —en els procediments i en els resultats— que caracteritzen la vida econòmica i administrativa catalana. És un intent valent, que s'ha de fer, que pot portar alguna discussió política, però que, feta en profunditat, és una de les reformes que el país necessita.

P: Vostè coneix molt de prop el mercat internacional. Creu, en aquest sentit, que el marc legal espanyol beneficia ara mateix els inversors?

R: Crec que a Espanya hi ha moltes rigideses, obstacles a superar per crear una empresa nova, dificultats per a la mobilitat laboral, diferents sistemes de selecció... Hi ha tot un seguit de coses que es poden i s'haurien de millorar. Tot i haver-hi països que estan pitjor que nosaltres, en termes comparatius amb el nostre entorn més proper, aquí la burocràcia i els inconvenients administratius són més importants.

P: Quin paper creu que han de desenvolupar les empreses familiars, tan arrelades a Catalunya? I com valora els procediments actuals per a la constitució de societats?

R: La legislació actual no facilita gaire la constitució de societats: allarga els terminis, incrementa la paperassa i hi ha molta burocràcia, a més d'una regulació en

alguns aspectes exagerada i, en el fons, un afany intervencionista realment agosarat.

En l'àmbit de les societats, proposaria una regulació molt poderosa i homologada internacionalment, que permetés moure's amb facilitat

Una de les crítiques més importants que es poden fer a l'actual Govern espanyol (juliol 2011), a banda de qüestions ideològiques i de contingut estrictament econòmic, és la seva vocació intervencionista. Això s'observa en el món econòmic d'una manera important i en el món financer, d'una manera extremament exagerada. Jo proposaria una regulació molt poderosa, molt homologada internacionalment —la qual cosa és difícil, perquè no existeix una homologació internacional, sinó que cada país té la seva pròpia entrada, la seva pròpia legislació financera i hi ha molts pocs punts comuns—, i, a partir d'aquí, una legislació que realment permetés moure's amb facilitat, és a dir, saber quins són els límits a la dreta, a l'esquerra, a dalt i a baix, però dins els límits, per poder moure's amb facilitat. Però sóc conscient que això és molt complicat, perquè cada país encara té les seves pròpies normes de regulació financera i són força diferents les unes de les altres.

P: Com valora el paper de la seguretat jurídica en el marc de la inversió?

R: Jo crec que la seguretat jurídica a tots els països occidentals està força garantida, en termes generals, la qual cosa no vol dir que no es produeixin situacions de picaresca associada a la mateixa naturalesa del negoci. Però crec que el marc jurídic està ben garantit. Pot haver-hi qüestions addicionals, com ara que la seguretat jurídica quedaria més reforçada si la transparència en determinades contractacions fos més evident...

Ara mateix (juliol 2011) s'està discutint al Congrés una modificació de la Llei de reforma del Mercat de Valors que modifica el sistema de liquidació i contractació. El sistema espanyol tenia un sistema de registre que era infalible, el que es coneixia com a RR —referències de registre. Podies saber, al final, no només el *broker* que havia fet una operació, sinó també la titularitat del destinatari final de totes les operacions que es feien. I això era molt important no només per aquest motiu, sinó també per saber si les operacions eren a l'alça, a la baixa, si eren operacions al descobert o operacions ja amb disponibilitat de títols.

Doncs aquest sistema, a la banca europea —sobretot l'anglosaxona— no li semblava bé, perquè suposava uns requeri-





Entrevistes



ments administratius addicionals i, per tant, uns costos addicionals. Era un bon sistema, que donava transparència i seguretat, però a Europa, les nostres autoritats, en lloc de defensar el nostre sistema, amb una mena de complex estrany, hi han renunciat i han acceptat l'altre. Quan tenim una cosa bona, no hem de tenir complexos; no perquè una cosa s'hagi fet aquí ha de ser pitjor que una altra que s'ha fet a Londres, en termes financers. Londres, París o Frankfurt tenen la seva tradició i nosaltres tenim la nostra, amb coses tan bones o millors que les que tenen ells, però a partir dels propers anys desapareixerà el sistema de les RR i se substituirà pel que s'anomena *sistema de saldos*, proposat per la iniciativa anglosaxona.

P: Hi ha hagut, en els darrers mesos, diverses jornades negres pel que fa a la Borsa. Quina interpretació en fa?

R: Són vicissituds molt lligades al moment. Estem vivint moments molt complicats des del punt de vista de l'administració no només de la crisi en si, sinó també dels paràmetres estrictament financers, que es concreten amb la solvència dels països. Hem viscut una època, amb independència de les falsedats plantejades en els comptes d'alguns països, en la qual tothom ha estirat més el braç que la màniga.



I, per tant, hi ha endeutaments significatius i països, com ara Grècia, que tenen un endeutament exagerat que han de tornar i no poden fer-ho —i els qui esperen que els el tornin són justament els bancs dels països de l'entorn. Es fa una pilota cada vegada més grossa, s'ha de trobar una solució i ara per ara les solucions que es van trobant no acaben de donar resultats: es va fer un primer rescat que no va ser suficient per a Grècia; a Irlanda sembla que la cosa funciona millor; a Portugal ens trobem en un *impasse*... I, mentrestant, han esclatat el cas italià, en certa mesura previsible, perquè és un país que té un endeutament d'un 120% per sobre del seu PIB i per pagar el que deu necessita molts anys entregant tota la seva producció. De fet, tot això els especialistes, financers o especuladors, ho tenen sobre la taula, i en un moment determinat, no se sap ben bé per què, n'hi ha un que s'hi fixa i es produeix un moviment acumulatiu que fa que tots s'aboquin en aquell punt; així va passar en el cas d'Itàlia. Perquè la situació, quan hi ha hagut moments crítics, no era pitjor que la que hi havia quinze dies abans, però esclata perquè es fa un caldo de cultiu previ.

P: I a Espanya, concretament?

R: Espanya està també en una situació complicada, entre altres coses,

no tant per l'endeutament públic com per l'endeutament privat i, sobretot, perquè Espanya, en el concert de la Unió, és el país, entre els importants, que creix menys, que té més atur i que té una inflació més accelerada. Tots els mals de l'economia, en termes funcionals, ara es concentren a Espanya en termes comparatius. És veritat que Grècia, Irlanda o Portugal estan pitjor, però són economies petites que, justament pel fet de ser-ho, han pogut rebre aquesta tutela del rescat. Espanya és massa gran i Itàlia també, no poden ser intervingudes —no hi ha prou recursos, si es vol dir la veritat. Sempre es poden inventar excuses, projectes, solucions i plantejaments, però nosaltres hem de sortir de la crisi amb els ajuts que calgui, sense la necessitat que s'apliqui un rescat —la qual cosa no vol pas dir que no el necessitem. I n'hem de sortir mitjançant polítiques correctes, governs seriosos, del tipus que siguin, potser de concentració. Perquè les grans reformes es fan amb governs de concentració, forts, solvents i que sàpiguen afrontar la impopularitat que suposen no només determinades reformes, sinó també les conseqüències d'aquesta impopularitat.

P: Millorarà la situació durant la propera legislatura (per la iniciada després del 20-N)?

R: Estem en un moment complicat, en termes absoluts i en termes comparatius. I no és un tema d'una legislatura. Millorar la situació de l'economia espanyola tal com s'ha plantejat en relació amb el concert mundial requereix més temps. La propera legislatura sorgida del 20-N hauria de posar les bases sòlides per poder anar avançant en termes de progrés, perquè ara estem en un cert desconcert.

A banda de la desconfiança, hi ha un cert desconcert, primer, pel que fa a la imatge política representativa; segon, pels continguts —no els enunciats— de les polítiques econòmiques, i tercer, perquè els nivells d'endeutament estan abastant d'una manera massa generalitzada el conjunt de les activitats de les administracions públiques. És a dir, es produeix tota una sensació complicada que potser a l'estiu s'ha encobert una mica, però que, en el fons, esclata d'una manera important a la tardor amb conseqüències molt rellevants.



«Hem d'avançar cap a una simplificació administrativa»

Lluís Recoder

Conseller de Territori i Sostenibilitat

AUTORA: Sandra Purroy Corbella

Lluís Miquel Recoder i Miralles (Barcelona, 1958), llicenciat en Dret, és actualment Conseller de Territori i Sostenibilitat de la Generalitat de Catalunya. En la seva dilatada trajectòria política, destaquen els onze anys ocupant l'Alcaldia de Sant Cugat del Vallès (1999-2010), una època que recorda amb un especial afecte, o la Vicepresidència de la Diputació de Barcelona (2007-2011). L'any 2009 va publicar el llibre *La llibertat com a resposta*, on repassa els moments clau de la seva trajectòria política i vital. Ara ens parla de la visió del moment actual des de la seva nova responsabilitat, tenint molt clar que cal estrènyer-se el cinturó però sense deixar d'evolucionar ni de perseguir els objectius fixats.



Entrevistes

P: Quins són els principals objectius a curt, mig i llarg termini de la Conselleria?

R: No podem deslligar els objectius del Departament que dirigeixo dels objectius generals del Govern. Aquest Departament ha fet un esforç extraordinari en contenció de la inversió i en reprogració de les obres públiques que tenia assignades per evitar ajustaments socials severos en matèria d'educació o de sanitat. A banda d'això, hem treballat en la integració de dos antics departaments per cohesionar les polítiques de territori i les de medi ambient, que, en definitiva, són dues cares de la mateixa moneda.

La simplificació administrativa i el fet d'avançar cap a una societat amb més respecte pel medi ambient no són incompatibles

En aquest sentit, el que perseguim en els pròxims mesos i anys és seguir evolucionant el model territorial català impulsat amb la recuperació de la Generalitat i els primers governs de Jordi Pujol. Aquest model ha estat un èxit, tot i la manca de recursos amb què sovint ha tocat la Generalitat per fer les coses.

P: Després d'haver estat diputat al Congrés, al Parlament de Catalunya i d'haver viscut de ple la política municipal, com valora cadascuna d'aquestes etapes?

R: Valoro molt positivament les meves anteriors etapes polítiques. Totes tres tenen un punt de semblança en el sentit de la necessària vocació de servei públic, però hi ha grans diferències, sobretot pel que fa a la proximitat amb la gent. Conservo molt bons records de l'etapa a Madrid i del Parlament de Catalunya, però haver estat l'Alcalde de Sant Cugat durant gairebé dotze anys ha marcat la meua trajectòria política.

P: Com afecten la crisi i les retalles el seu Departament?

R: Com ja he dit, hem hagut de fer un esforç molt més gran que altres de-

partaments, però entenc que és un esforç necessari fins que la Generalitat pugui plantejar el pacte fiscal. A banda de la manca de recursos que pateixen totes les administracions públiques, el nostre Departament ha de fer front a uns compromisos de pagament adquirits en els darrers anys per l'anterior Govern. En els darrers anys, es va abusar dels mètodes de finançament diferit, com l'alemany, el peatge a l'ombra o la concessió d'estacions de la L9. No és que siguin mètodes dolents en si, però el fet d'utilitzar-los en excés ens ha portat a una situació complicada, perquè ens redueix molt la capacitat d'inversió en els pròxims anys.

P: Entre les noves competències assumides pel Departament, hi ha l'àmbit del medi ambient, en el qual destaquen la gestió de l'aigua o la lluita contra la contaminació, amb temes com la limitació de la velocitat. En aquest sentit, i en l'àmbit legislatiu, creu que són necessàries reformes per assolir la sostenibilitat?

R: En l'àmbit legislatiu, hem fet reformes per simplificar determinats procediments molt carregosos. A mi em sembla que la simplificació administrativa i el fet d'avançar cap a una societat amb més respecte cap al medi ambient no són incompatibles. De fet, l'economia verda representa una bona oportunitat per casar dues coses que massa sovint alguns han volgut contraposar, com són el desenvolupament econòmic i la sostenibilitat ambiental.

Tenim molt camp per avançar en les energies renovables, en l'expansió del vehicle elèctric, en la gestió i l'explotació de boscos o en la lluita contra el canvi climàtic.

P: Pel que fa a l'àmbit de l'habitatge, vostè ha criticat els ajuts compromesos a constructores o ajuntaments, entre d'altres, que no es podran assumir. Quina creu que ha de ser la política d'habitatge per superar aquesta crisi? Creu que són necessàries canvis legislatius al respecte?

R: Calia girar com un mitjà les polítiques d'habitatge que s'havien fet

fins ara. Tenim un doble problema a resoldre, que és garantir el dret a l'habitatge a la gent amb menys recursos i reactivar un dels sectors econòmics més tocats per la crisi. Estem fent les dues coses alhora. En primer lloc, hem engegat un pla de xoc per omplir els tres mil dos-cents habitatges propietat de la Generalitat que ara estan buits. Per reactivar el sector, hem engegat una bateria de canvis legislatius que facin que els preus de l'habitatge públic siguin més econòmics.

P: Com valora el fenomen de l'especulació viscut els darrers anys?

R: El boom de la construcció va ser positiu temporalment en termes de generació d'ocupació i PIB, però altament negatiu atès que ha provocat un sobreendeutament de les famílies. Es troba a la base dels gravíssims problemes d'una part de la banca i de la restricció del crèdit i ha provocat l'abandonament prematur dels estudis per part de molts joves. En definitiva, la irresponsabilitat col·lectiva es va desbordar, i reconduir això portarà temps.

P: Com a llicenciat en Dret i especialitzat en Dret Urbanístic, quin creu que ha estat el detonant de l'explosió de la bombolla immobiliària?

R: L'escalada de preus del sector immobiliari recolzada en el crèdit bancari és un binomi de gran feblesa estructural que tard o d'hora acaba esclatant, tal com ha passat aquí. En el nostre cas, el deteriorament dels balanços de les entitats financeres provocat per la sobreexposició creditícia, juntament amb l'afebliment de l'economia i el sobreendeutament de les administracions, ha estat un còctel explosiu.

P: Existeix en aquests moments un debat polític i social obert al voltant de la dació en pagament. Quin és el seu posicionament al respecte?

R: El debat de la dació en pagament s'ha d'abordar d'una manera seriosa. D'entrada, no em sembla malament que es tingui en compte aquesta possibilitat a les hipoteques, però la gent ha de



saber que les hipoteques amb dació són molt més cares, ja que cal pagar una assegurança addicional i són a un interès fix.

Hem de aspirar a construir i gestionar totes les infraestructures estratègiques per a Catalunya

P: Creu que cal abocar recursos públics als sectors de la construcció i immobiliari per recuperar-los? Com i quan creu que es normalitzaran aquests sectors?

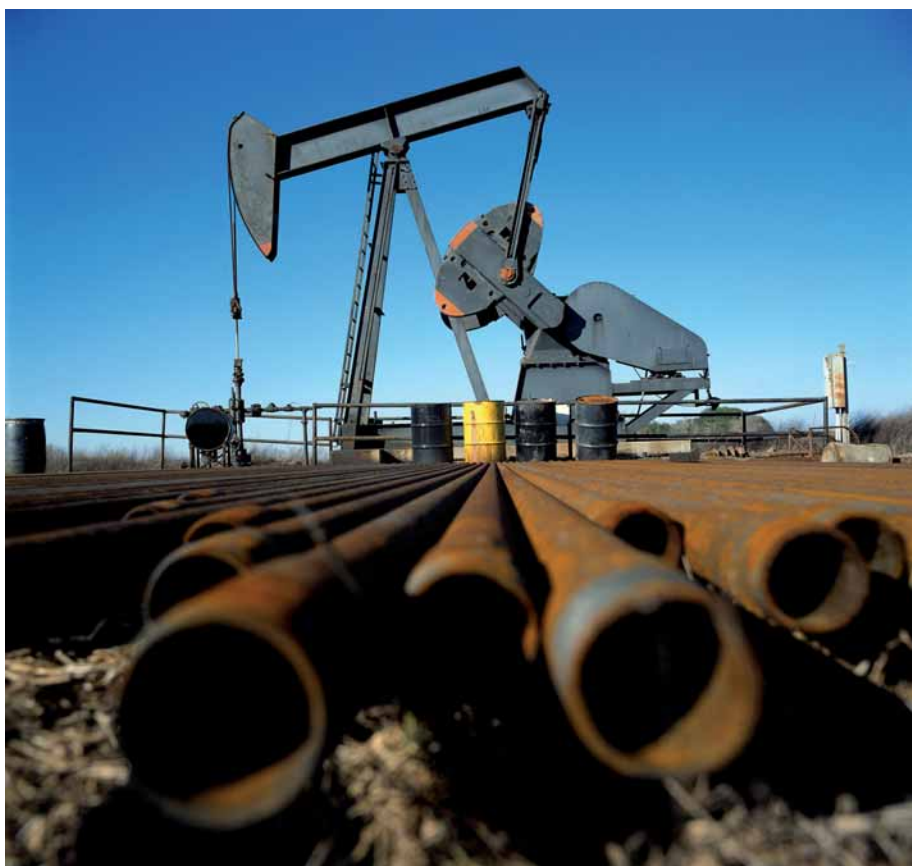
R: Aquesta és una pregunta que no es pot respondre amb un sí o amb un no. En un moment com l'actual, cal que mirem molt prim a l'hora d'abocar recursos públics en la recuperació de qualsevol sector. En primer lloc, perquè, malauradament, en tenim pocs, i en segon lloc, perquè cal atendre primer els serveis socials bàsics, com són la salut, l'educació i les famílies que pateixen dificultats. Dit això, des del Govern estem intentant que aquests sectors surtin al més aviat millor de la crisi, la qual cosa no només es fa amb mesures econòmiques.

P: Pel que fa a les infraestructures, les retallades suposaran aturar obra pública? Com afectarà això la competitivitat?

R: Perquè això no afecti la competitivitat, cal que prioritzem les obres. Ho hem fet, per exemple, amb la L9 del metro. Hem fet tots els esforços possibles per mantenir les obres del ramal de l'aeroport i la Fira de Barcelona i el de la Zona Franca. En canvi, el tram central de la línia no es reprendrà fins que s'aconsegueixi el finançament necessari per dur-lo a terme. També hem prioritzat el manteniment d'obres, com l'Eix Transversal o l'Eix Diagonal, molt importants per a la competitivitat de les comarques centrals.

P: Quin paper creu que ha de desenvolupar el Corredor Ferroviari del Mediterrani?

R: Ha de ser la nostra espina dorsal, la columna vertebral sobre la qual



se suporti el nostre teixit productiu, que cada vegada té més capacitat exportadora. L'Eix Mediterrani ens ha de permetre lluitar colze a colze amb les principals regions econòmiques de França, Alemanya i el Benelux.

P: Ha parlat d'apostar per un nou Pacte Nacional d'Infraestructures. Què ha d'incloure? Quina valoració fa de les actuals competències del Govern de la Generalitat?

R: La Generalitat ha d'aspirar a construir i gestionar totes les infraestructures estratègiques per a Catalunya. És una qüestió que cal que resolguem en els pròxims anys. Necessitem un pacte fiscal equiparable al concert econòmic per poder executar les infraestructures segons les nostres prioritats, però també hem de ser decisius en la gestió dels ports, els aeroports, la xarxa ferroviària i les carreteres que passen pel nostre territori. Volem més competències.

P: Com valora la seguretat jurídica del nostre país? I comparativament amb l'entorn europeu i mundial?

R: Hi ha una assignatura pendent, que és l'administració de justícia. Una administració lenta no dóna seguretat, i la nostra massa sovint ho és. D'altra banda, la pràctica notarial i registral és diferent en els països del nostre entorn, i sovint es confon el desconeixement del nostre sistema amb la inseguretat jurídica.

P: Com valora la figura del notari? Què creu que aporta i quin paper creu que ha de desenvolupar en el marc del segle XXI?

R: El prestigi del Notariat no és casual, sinó fruit d'anys de feina ben feta al servei de la seguretat jurídica. Desitjo que això continuï així, tot incorporant a la professió tots els avenços tècnics que permetin un millor servei públic, així com una millor coordinació amb les administracions per millorar la seguretat del tràfic immobiliari.

La regulació successòria en el Dret comú i el Dret civil de Catalunya en relació amb els drets de tercers adquirents de béns immobles inscrits al Registre en virtut d'acte dispositiu de l'hereu aparent

L'apartat 2 de l'article 465.2 del Codi civil de Catalunya vers els articles 28 i 34 de la Llei Hipotecària i l'hereu aparent

Aquest article analitza la regulació successòria en el Dret comú i en el Dret civil de Catalunya quan afecti o incideixi sobre els drets de tercers adquirents de béns immobles el títol dels quals figuri inscrit en el Registre en virtut d'acte dispositiu de l'hereu aparent.



Josep J. Pintó Ruiz
Doctor en Dret i advocat

1. INTRODUCCIÓ: UNA SITUACIÓ QUE DE TANT EN TANT CONCORRE

Tots hem viscut, moltes vegades, l'atorgament d'un testament obert davant de notari que, per diverses causes, no provoca l'obligat assentament en el Registre Central d'Actes d'Última Voluntat⁽¹⁾. La conseqüència d'aquesta disfunció és que s'instrumenta la successió partint d'un testament anterior ja revocat⁽²⁾ per aquell posterior orfe de Registre i que s'adjudiquen béns immobles a l'he-



reu aparent⁽³⁾ i, de vegades, aquest hereu aparent ha disposat a títol onerós (compravenda, gairebé sempre) a favor d'un tercer que, en virtut de la *traditio*⁽⁴⁾, és el propietari que ha inscrit el títol del domini en el Registre de la Propietat⁽⁵⁾.

De vegades, la causa de la disfunció és l'atorgament d'un testament hològraf que, protocol·litzat al seu temps⁽⁶⁾, crida com a hereva o legatària una persona diferent de l'hereu o legatari aparent.

O també pot passar que un causant ha atorgat un únic testament, que, per causa d'aquesta disfunció, no s'ha registrat, i els hereus abintestats han tramitat el procediment i l'acceptació de l'herència, divisió i adjudicació, ha operat en virtut d'un títol successori que no és real.

I pot ocórrer també que s'hagi disposat a títol onerós a favor de tercers de béns que abans van ser inscrits a favor de l'hereu així aparent⁽⁷⁾.

Això és freqüent. Jo, professionalment, ho he viscut en aquestes tres modalitats.

El Codi civil de Catalunya regula, en els articles 465.1 i 465.2, la posició jurídica de l'hereu aparent, i és d'incidència aquí també l'article 28 de la Llei Hipotecària.

Partint d'aquesta realitat, considerarem la regulació successòria en el Dret comú i en el Dret civil de Catalunya quan afecti o incideixi sobre els drets de tercers adquirents de béns immobles el títol dels quals figuri inscrit en el Registre en virtut d'acte dispositiu de l'hereu aparent⁽⁸⁾.

2. DISPOSICIONS INCIDENTS: ANÀLISI

a) Llei Hipotecària

1. Els textos

La protecció que l'article 34 de la Llei Hipotecària dispensa el nomenat tercer hipotecari està modalitzada⁽⁹⁾ per l'article 28 de la mateixa Llei, que, a efectes pràctics, sense incidir en qualificacions doctrinals, diguem que comporta una excepció temporal o també detectable,

com ara una suspensió del principi de fe publica registral.

En efecte, l'article 34 diu el següent:

«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.»

I l'article 28 de la mateixa Llei diu:

«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.**»

Amb meridiana claredat, resulta que la interpretació harmònica d'aquests preceptes vol dir el següent: que si un hereu aparent que publica en el Registre el seu domini sobre un immoble determinat, per haver inscrit el seu títol en el qual consta l'adjudicació a títol d'hereu (o legatari); si aquest hereu aparent es ven (o transmet l'esmentat immoble a títol onerós a un tercer que és de bona fe, és a dir, que ignora que el transmissor substantivament no és *dominus* perquè no és hereu de veritat sinó aparent), i aquest tercer inscriu el seu títol en el Registre; si tot això és així i han passat pacíficament **dos anys** a comptar des de la mort del causant (encara que després d'aquests dos anys s'anul·li o es deixi sense efecte el títol de l'hereu aparent i es constati plenament que no era amo del que va transferir a aquest adquirent), el tercer que ha contractat amb l'hereu aparent **serà mantingut en l'adquisició** en mèrit que ha adquirit a *non dominio* (article 34 de la Llei Hipotecària).

Però, si abans de transcórrer aquests dos anys, es pretén davant del tercer el restabliment del dret de l'hereu o legatari real, que-

da **suspesa, com si no existís la protecció a favor del tercer hipotecari**. No hi és.

La protecció que l'article 34 de la Llei Hipotecària dispensa a el nomenat tercer hipotecari està modalitzada per l'article 28 de la mateixa Llei, que, a efectes pràctics, sense incidir en qualificacions doctrinals, diguem que comporta una excepció temporal o també detectable, com ara una suspensió del principi de fe publica registral

La protecció queda paralitzada i el tercer queda sotmès a la clàssica regla *nemo dat quod non habet*.

En canvi, si s'adquireix després dels dos anys, l'article 34 provoca totes les conseqüències naturals de protecció a l'adquirent.

Aquesta és la regulació general⁽¹⁰⁾.

2. Visió cronològica de la incidència dels elements de la transmissió al tercer

Però, a efectes pràctics, cal fer unes importants observacions, ja que la qüestió no és tan simple com a primera vista sembla.

L'efecte pràctic del joc dels articles 28 i 34 de la Llei Hipotecària transcendeix, molt primordialment, en el fet que després de **dos anys** qualsevol adquirent a títol onerós que compleixi els requisits de l'article 34 està, en aplicació de la regla general, **indemne** vers al *verus dominus* de la possible reivindicació, que queda així enervada. El *verus dominus* no pot reivindicar el seu bé, perquè l'adquirent a *non domino* de l'hereu aparent «serà mantenido en su adquisición», tal com diu l'article 34 de la Llei Hipotecària.

Però, atenció: allò que la transmissió que posa en marxa el privilegi de la irrevindicabilitat requereix no és **només l'acte dispositiu** (per exemple, escriptura de compravenda, que és al mateix temps títol i *modus-traditio*), sinó que cal, així mateix, que el domini concret del bé de



l'hereu aparent estigui **inscrit** en el Registre a títol d'herència o llegat, i que també estigui **inscrit** el títol transmissor atorgat per l'hereu aparent a favor del tercer.

Perquè operi l'excepció de l'article 28 de la Llei Hipotecària que enervi la irreivindicabilitat pel *versus domini* del bé adquirit pel tercer és indispensable que tots els elements que provoquen la protecció de l'article 34 existeixin dins (no després) dels dos anys ja esmentats tantes vegades

I què ocorre si algun d'aquests elements s'aconsegueix després del transcurs dels dos anys? Per exemple, què passa si l'escriptura de transmissió a favor del tercer s'atorga dins dels dos anys posteriors a la mort del causant però la inscripció d'aquesta transmissió no s'opera sinó després dels dos anys? O si la venda s'opera dins dels dos anys però l'adjudicació a favor de l'hereu aparent encara no està inscrita en el Registre?

Doncs bé, en aquests casos, cal entendre rotundament que **no queda enervada** la regla general d'irreivindicabilitat de la finca adquirida a *non domino* i l'adquirent (tercer) derivativament de l'hereu aparent «serà mantingut en la seva adquisició».

I això ha de ser així per les raons següents:

1. És impossible deixar sense efecte l'operativitat del principi de fe pública registral, si l'excepció enervant no és aplicable. No es pot frenar la protecció decretada per la Llei amb caràcter general (article 34 de la Llei Hipotecària) en virtut d'una **potència** o excepció (article 28 de la Llei Hipotecària) que encara no existeix perquè no s'ha constituït. I quan el conjunt ja és complet, ja és tard, perquè estem més enllà dels dos anys.
2. L'enervació excepcional de la regla general d'irreivindicabilitat de l'article 34 només opera quan **tots els actes i requisits transiten i concorren no més enllà dels dos anys**.

3. Si algun dubte existís, com que l'article 28 de la Llei Hipotecària constitueix una norma especial i excepcional que trenca la regla general d'irreivindicabilitat de l'article 34 (i com a tal norma excepcional atreu l'aplicació de l'article 4.2 del Codi civil espanyol), s'ha d'interpretar, per tant, **restrictivament**, i és clar que no opera l'excepció a la irreivindicabilitat.

Per tant, concloem:

Perquè operi l'excepció de l'article 28 de la Llei Hipotecària que enervi la irreivindicabilitat pel *versus domini* del bé adquirit pel tercer és indispensable que tots els elements que provoquen la protecció de l'article 34 existeixin dins (no després) dels dos anys ja esmentats tantes vegades⁽¹¹⁾.

Aclarim, finalment, que s'ha d'equiparar a la mateixa inscripció dins del terme, si dins del terme citat (dos anys) s'ha operat l'**assentament de presentació** (sempre que aquest **no hagi caducat** i hagi provocat una qualificació registral favorable a la inscripció).

Apurant fins a les últimes conseqüències, la qual cosa fermament creiem, hem d'afegir que aquesta inscripció no pot quedar substituïda per una anotació preventiva per defecte «subsancable» (Llei Hipotecària, subsanació) (article 42.9 de la Llei Hipotecària), si l'esmena (Llei Hipotecària, subsanació) esdevé i és publicada registralment després dels dos anys.

3. **Restringida aplicació de l'excepció (article 28 de la Llei Hipotecària) a la irreivindicabilitat**

I cal també remarcar que la finalitat a la qual obeeix l'article 28 de la Llei Hipotecària és mitigar la inseguretat jurídica que segueix a l'adquisició hereditària, davant del perill que el títol successori no sigui l'operatiu o que apareguin persones cridades ignorades, etc. I, per tant, quan **no es tracti de l'existència d'un hereu aparent**, sinó d'actes efectuats pel mateix hereu real (malgrat que sigui amo a títol d'hereu), com, per exemple, una doble venda, en-

car que aquesta última s'hagi consumat i inscrit dins dels dos anys, no és aplicable l'article 28. Fora de la problemàtica que crea l'hereu aparent, de cap manera no es pot estendre l'enervació del principi de fe pública registral a situacions diferents de les estrictament previstes per l'article 28, d'acord amb la singular finalitat (article 4.2 del Codi civil) a la qual serveix. En aquest sentit, cal veure la important **Sentència del Tribunal Suprem de 15 d'abril de 1993** (preservant l'excepció en el cas de doble compravenda) i també la de **22 de juny de 2001**, que afirma el següent: «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 visió panoràmica de l'article 28 de la Llei Hipotecària ens condueix a entendre que és d'interpretació puntualment estricta com a excepció a una regla general tan important com la irreivindicabilitat *versus* el tercer hipotecari (article 34 de la Llei Hipotecària).

b) Codi civil de Catalunya. Articles 465.1 i 465.2

1. Els textos

«Article 465.1

«L'acció de petició d'herència

«1.–L'hereu té l'acció de petició d'herència contra qui la posseeix, en tot o en part, a títol d'hereu o sense al·legar cap títol, per obtenir el reconeixement de la qualitat d'hereu i la restitució dels béns com a universalitat, sense haver de provar el dret del seu causant sobre els béns singulars que la constitueixen.

«2.–L'acció de petició d'herència és procedent també contra els successors de l'hereu aparent o del posseïdor i contra els adquirents de la totalitat de l'herència o d'una quota d'aquesta.

«3.–L'acció de petició d'herència és imprescriptible, salvats els efectes de la usucupió respecte als béns singulars.»

«Article 465.2



»Règim jurídic de l'hereu aparent

»1.-L'hereu aparent o el posseïdor vençut per l'exercici de l'acció de petició d'herència ha de restituir a l'hereu real els béns de l'herència, tot aplicant les normes de liquidació de la situació possessòria i distingint si la possessió ha estat de bona fe o de mala fe.

»2.-S'exclouen de la restitució els béns adquirits a títol oneros per tercers de bona fe, d'acord amb el que estableixen la legislació hipotecària i les normes sobre la irrevindicabilitat dels béns mobles.

»3.-En els supòsits als quals fa referència l'apartat 2, l'hereu aparent o el posseïdor vençut ha de lliurar a l'hereu real el preu o la cosa que ha obtingut com a contraprestació o els béns que ha adquirit amb aquests. Si la contraprestació encara no ha estat pagada, l'hereu real se subroga en les accions del transmissor per reclamar-la.»

2. Examen del veritable contingut de la remissió a la Llei Hipotecària

L'article 465.2 estableix, en el número 1, una **norma general** de dret material i substantiu, tot disposant l'obligació que té l'**hereu aparent** de restituir a l'hereu real els béns de l'herència.

El mateix article, en el número 2, estableix una excepció⁽¹³⁾, de tal manera que «s'exclou» la **restitució** dels béns adquirits a **títol oneros** per tercers de bona fe (vol dir *subadquirents*, adquirents immediats de l'hereu aparent).

La finalitat a la qual obeeix l'article 28 de la Llei Hipotecària és mitigar la inseguretats jurídica que segueix a l'adquisició hereditària, davant del perill que el títol successori no sigui l'operatiu o que apareguin persones cridades ignorades, etc.

És a dir, fins a aquí pot semblar que l'adquirent de bona fe (que no sap que el qui li transmet no és l'hereu de veritat, sinó un hereu aparent) **sempre** està protegit, però no és així. Quant als immobles, hi ha una remissió (article 465.2 del Co-

di civil de Catalunya) a la Llei Hipotecària i, per tant, **no solament** a l'article 34 (que estableix, coincidint amb la norma general, una clara prevalença del principi de fe pública registral), **sinó també a l'article 28**, que redueix i minva aquesta protecció quan el qui transmet és l'hereu aparent.

L'article 28 de la Llei Hipotecària és una norma específica que retalla el principi de fe pública registral en el cas de transmissió derivativa de béns que efectua l'hereu aparent, l'hereu fals, és a dir, l'hereu que ho sembla però que no és l'hereu.

No es pot dubtar, doncs, que la remissió del número 2 de l'article 465.2 del Codi civil de Catalunya a la Llei Hipotecària comporta la remissió a l'article 34 (principi de fe pública registral) i **també a l'article 28** (enervació del principi de fe pública en el cas especial d'hereu aparent que transmet).

No es pot entendre, doncs, que el Codi civil de Catalunya només remeti a l'article 34 de la Llei Hipotecària i, per tant, de cap manera no es pot entendre que no remeti a l'article 28. Conseqüentment, no és cert que a Catalunya la restricció dels dos anys de suspensió del principi de fe pública registral no sigui d'aplicació. És a dir, la restricció de l'article 28 de la Llei Hipotecària **també regeix a Catalunya**. D'això no en podem dubtar.

3. QUINS SÓN ELS ALTRES PROBLEMES QUE SUSCITA EL CODI CIVIL DE CATALUNYA

Problema primer. En el cas de l'article 465.2.3, quan diu «en els supòsits als quals fa referència l'apartat 2, l'hereu aparent ha de lliurar a l'hereu real el preu o la cosa que hagi obtingut com a contraprestació», cal preguntar si es refereix tant a transmissions causades per l'hereu aparent en els primers dos anys com a transmissions efectuades després dels dos anys o si només es refereix a un d'aquests supòsits?

Nosaltres, encara que la frase normativa està redactada en plural (diu «en els supòsits»), creiem que es **refereix només**

al supòsit⁽¹⁴⁾ en el qual l'alienació s'hagi practicat després dels primers dos anys.

Sostenim això per les raons següents:

1. Perquè la redacció de la frase en plural no és significativa, ja que es pot referir tant a les alienacions de béns immobles amb títol de transmissió inscrit en el Registre (situació que és la que estudiem) com a les transmissions de béns mobles (a les quals ens referim). Volem dir, doncs, que aquesta pluralitat no és, al respecte, significativa.
2. Perquè el mateix número 3 (465.2.3) ens condueix a aquesta solució. El mateix número 3 diu que l'hereu aparent ha de lliurar a l'hereu real el preu obtingut. Això vol dir, necessàriament, que es refereix només al cas en el qual l'alienació ha tingut lloc en plena vigència del principi de fe pública registral, és a dir, si aquesta s'ha fet després dels dos anys (només quan opera la prevalença de protecció al tercer), l'hereu real no pot recuperar el mateix bé hereditari específic i pot reclamar l'equivalent al preu rebut. I això només passa quan l'alienació ha tingut lloc després dels dos anys.
3. Perquè és impossible aplicar el número 3 de l'article 465.2 a l'alienació efectuada dins dels dos anys, perquè aleshores l'hereu real seria injustament enriquit (dues vegades) en rebre la cosa⁽¹⁵⁾ i, a més, en rebre també el seu preu, és a dir, que rebria **dues** vegades en pagament al dret a la restitució no de dues, sinó d'una única transmissió. I tota interpretació que condueix a l'absurd ha d'estar refusada⁽¹⁶⁾.

Problema segon. No és pròpiament un problema, perquè es troba sota un punt de tècnica legislativa mancat de rellevància, però sí que es pot plantejar.

Tal com diu encertadament PUIG FARRIOL, la situació que preveu el número 3 de l'article 465.2 és un cas clar de subrogació real *ope legis*⁽¹⁷⁾.

És fàcil que algú es preguntés si el dret a aquesta subrogació real substitueix el



dret general, segons el qual, quan l'obligació d'entregar una cosa específica és impossible per haver quedat en poder de tercers de bona fe, el vencedor té dret a percebre l'*id quod interest*, és a dir, el seu valor⁽¹⁸⁾.

Si no s'admet aquest dret a reclamar el contravalor, es generen dos problemes. Primer: que l'hereu real pot resultar injustament perjudicat en rebre, en lloc del valor equivalent, només el preu (potser inferior) de la venda; per exemple, en tractar-se d'un *negotium mixtum cum donatione*, o bé perquè s'incorre en frau de llei, o bé en haver-se venut la cosa a un escandalós baix preu. El Legislador no ha de dir res al respecte, perquè el remei ja està disposat en les corresponents parts generals dels ordenaments jurídics aplicables.⁽¹⁹⁾ I segon: seria impossible fer esment a situacions especials, ja que la perversitat humana és capaç de quotes d'ingeni incommensurables i indescriptibles.

Problema tercer. La meua obsessió (cal insistir que aquell hereu real que no pot recuperar el bé hereditari que li pertany perquè s'ha alienat, a més de poder-se fer seu el **bé subrogat**, pot optar per reclamar a l'hereu aparent l'equivalència econòmica de l'esmentat alienat) rau en l'alarma que em suggereix l'evident possibilitat que el bé subrogat sigui de molt inferior valor, que no aparegui o que no es pugui provar que existeixi o no es pugui identificar. El lletrat gairebé sempre tindrà al respecte gravíssimes dificultats.

En resum, el *verus dominus* (l'hereu real) que veu frustrat el seu domini perquè l'hereu aparent ha transmès a un tercer de l'article 34 de la Llei Hipotecària es veu emparat per reclamar el preu que l'esmentat hereu aparent ha cobrat per l'alienació i, si escau, els béns-contraprestació (permuta) corresponents; i és indubtable que aquest dret a rebre aquest preu o aquests béns està explícitament disposat pel número 3 de l'article 465.2. Però el que cal preguntar-se és si aquest dret explícit **exclou o no exclou** el dret genèric a rebre l'*id quod interest*, o sigui, el valor del bé que pertany al *verus dominus* i que ha

fet trànsit al tercer adquirent de bona fe. Jo crec, molt fermament, que l'article 465.2, en el seu número 3 (que disposa la subrogació), **no priva** ni exclou el dret del *verus dominus* a reclamar a l'hereu aparent l'*id quod interest* (valor). El *verus dominus*, si ho vol, pot reclamar l'*id quod interest* o **pot optar** per reclamar el preu o la contraprestació percebuts per l'hereu aparent que ho ha transmès cap al tercer.

4. CONCLUSIONS

Conclusió primera. L'article 28 de la Llei Hipotecària **és d'interpretació restrictiva, amb les conseqüències que s'expressen al final del segon subapartat** («Examen del veritable contingut de la remissió a la Llei Hipotecària») del segon apartat d'aquest modest estudi («Disposicions incidents: Anàlisi»).

Conclusió segona. Malgrat el que pugui semblar, **es respecta l'excepció** (a aquesta irreivindicabilitat) de l'article 28 de la Llei Hipotecària, en virtut de l'expressa remissió a la Llei Hipotecària que esmenta el número 3 de l'article 465.2 del Codi civil de Catalunya.

Conclusió tercera. La regulació catalana estableix amb claredat la subrogació real *ope legis*, que correspon a la contrapartida de l'alineació de béns hereditaris causada per l'hereu aparent en benefici del tercer adquirent de bona fe **després de dos anys**.

Conclusió quarta. L'establiment de l'esmentada subrogació real no comporta, alhora, la privació del dret alternatiu del *verus dominus* a reclamar el valor del bé indegudament alienat i irreivindicable, ja que la concessió del poder d'optar per la subrogació real no significa que només sigui amb caràcter exclouent la facultat restitutòria utilitzable. El que sí és clar és que no es poden utilitzar les dues facultats alhora⁽²⁰⁾.

Conclusió cinquena. La realitat que es predica d'aquestes conclusions no descarta (encara que aquí no es patro-

cina) una major explicitació de la norma catalana al respecte⁽²¹⁾.

(1) Vegeu la Instrucció de 22 de gener de 2008 (BOE de 31 de gener de 2008) que regula la sol·licitud, fins i tot telemàtica, i la subsegüent expedició de certificacions del Registre d'Actes d'Última Voluntat.

El testament més freqüent i, per descomptat, més segur i aconsellable és l'obert atorgat davant de Notari (article 421.13 del Codi civil de Catalunya), ja que el seu atorgament causa el corresponent assentament en el Registre esmentat i la seva existència consta en les certificacions que a l'efecte s'expedeixen.

Per això, després de la defunció del causant, la certificació expedida pel Registre Central d'Actes d'Última Voluntat expressa amb claredat la data i el Notari autoritzant de l'últim testament atorgat pel causant. Això té la seva importància, perquè el testament provoca la revocació (ineficàcia) dels testaments anteriors (article 422.9). És summament pertorbadora l'omissió d'assentament en el Registre especial que publiqui l'atorgament del testament, ja que, encara que això no hauria d'ocórrer, passa de vegades. I aleshores, com que l'assentament en el Registre no és constitutiu, el testament no registrat produeix tots els efectes propis derivats d'aquest acte d'última voluntat, entre ells, la revocació dels testaments anteriors. Però, atès que, en no estar registrat, no es coneix la seva existència, l'hereu nomenat en el testament anterior registrat es pensa que aquest testament aparentment és l'últim vàlid i que és hereu, tot i que en realitat només és hereu aparent. Descoberta la veritat, tot esdevé nul, amb possibles conseqüències per a tercers adquirents de bona fe.

(2) Vegeu l'article 422.9 del Codi civil de Catalunya i la nota anterior.

(3) Sobre l'hereu aparent, vegeu GUÀRDIA CANELA, «Comentaris a la Sentència de 9 de gener de 1968», RJC (1969), p. 59, així com el comentari a l'article 275 de la derogada Compilació de Dret Civil de Catalunya i demés que citen PUIG FARRIOL i ENCARNÀ ROCA a la bibliografia-sumari de la p. 686 de les *Institucions de Dret civil de Catalunya*, vol. III, València, 2008.



Vegeu l'actual article 465.1 de la Compilació de Dret Civil de Catalunya i, sobretot, l'article immediatament següent, del qual més endavant fem esment.

- (4) La clàssica teoria «del título y el modo» del tantes vegades repetit article 609 (i, indirectament, el 1195) del Codi civil subsisteix a Catalunya la clarament reconeguda en els articles 531.1 i s. del Codi civil català. La *traditio* està regulada a l'article 531.2 i s.
- (5) El problema que aquí estudiem està relacionat amb la situació d'aquell adquirent de bona fe a títol oneros que, confiant en la inscripció d'un títol de domini (*successori*) a favor de l'hereu no real, sinó només aparent (la qual cosa ningú no sap), es creu que aquell hereu aparent és un hereu real i, aleshores, compra i inscriu el seu dret. En aquesta situació, quan aflora la veritat, aquell bon home que ha pagat i adquirit de bona fe i inscrit en el Registre serà vençut i privat de la seva adquisició? Aquest és el conflicte. I és que l'article 34 de la Llei Hipotecària el resol meravellosament bé, però el que passa és que també existeix l'article 28 de la mateixa Llei Hipotecària, que, en aquest cas, suspèn durant dos anys els protectors efectes pel tercer adquirent de l'article 34. I, a sobre, mentre que l'article de la Compilació avui derogat (article 275) també era protector, ara l'article 465.2 és més complicat. D'això parlarem.
- (6) Vegeu l'article 421.19 del Codi civil de Catalunya. La caducitat és de quatre anys, tot essent el *dies a quo* el de la mort del testador.
- (7) Cal tenir en compte també que, encara que en el dret actual (vegeu l'article 465.1 del Codi civil de Catalunya) l'*actio petitio hereditatis* és **imprescriptible** i no prescriu com abans (vegeu els articles 275 de la Compilació i 64 del Codi de Successions) als trenta anys, ningú no es pot fer la falsa il·lusió de pensar que, passi el que passi, podrà reclamar l'herència, i, consegüentment, els béns que la integren en qualsevol moment i malgrat el transcurs del temps, ja que explícitament està establert (vegeu l'article 465.1.3 del Codi civil de Catalunya) que l'adquisició vàlida per usucapió consumada és intocable. El que passa amb l'adquirent per qualsevol altre títol que sigui oneros i en situació de protecció registral immobiliària (article 34 de la Llei Hipotecària) és el que aquí estudiem.

(8) Vegeu la nota anterior.

(9) Amb caràcter general, l'article 34 de la Llei Hipotecària (vegeu l'última edició de ROCA SASTRE I BERNÀ, *Dret hipotecari*, vol. II, tom II, Barcelona, 2008, p. 53 i s., i també GARCÍA GARCÍA, *Código de legislación inmobiliaria, hipotecaria y del Registro Mercantil*, Pamplona, 2009, p. 55) estableix una protecció intensíssima a favor de l'adquirent de bona fe, que confia en el Registre, però aquesta altra protecció que el Dret material català (Dret Civil de Catalunya) dispensa (també a aquest tercer de bona fe adquirent a títol oneros) pot estar mitigada o reduïda pel Codi civil de Catalunya en admetre expressament la vigència genèrica de la Llei Hipotecària, singularment de l'article 28.

Es tracta de determinar el significat de la nova regulació amb relació a si el dret d'aquest tercer hipotecari ha estat ara més o menys reduït que abans com a conseqüència de la nova redacció.

- (10) Vegeu MÉNDEZ GONZÁLEZ, *Los actos dispositivos realizados por el apoderado del titular registral y el conjunto del tracto sucesivo*, Pamplona, 2011, p. 164-191, on suscita magistralment una gran meditació.
- (11) La importància de la inscripció del títol que empara l'adquisició del número 3 de l'article 34 de la Llei Hipotecària és tal que, sens dubte, podem dir que és aquesta inscripció la pedra angular o fonamental que fa possible aquesta protecció. I això sobretot ho creiem així després 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. Estic convençut que si la inscripció no ha esdevingut abans de transcórrer els dos anys, no existeix enervació del principi de fe pública registral. I és que la protecció d'aquest tercer neix amb la inscripció i, després de dos anys, ja és tard per enervar la fe pública registral.
- (12) Vegeu aquestes sentències a GARCÍA GARCÍA, *Código de legislación inmobiliaria, hipotecaria y del Registro Mercantil*, Pamplona, 2009, p. 150-151.
- (13) Em refereixo a l'article 465.2.2, on es formula una excepció al privilegi general a favor del tercer hipotecari de l'article 34 de la Llei Hipotecària.
- (14) És clar que la norma catalana no remet explícitament a l'article 28 de la Llei Hipotecària, però remet explícita-

ment a la Llei Hipotecària en general i, per tant, també a l'article 28, màxim en referir-se a l'hereu aparent.

- (15) Com que fins que no hagin passat dos anys no actua la protecció al tercer adquirent de bona fe, és clar que, en aquest cas, l'adquirent tercer haurà de restituir la cosa a l'hereu veritable (hereu real), i aleshores no és possible que, a més de rebre la cosa, tingui dret a rebre'n el preu. No es pot reintegrar una sola cosa dues vegades.
- (16) Sentències del Tribunal Suprem de 2 de juliol de 1873, de 25 de març de 1915 i de 29 de setembre de 1955.
- (17) Vegeu PUIG FARRIOL i ENCARNA ROCA, *Instituciones de Dret civil de Catalunya*, vol. III, València, 2008, p. 685.
- (18) Vam dir fa molt de temps (PINTÓ RUIZ, «Incumplimiento de obligaciones civiles», *RJC*, 1964, p. 948 i 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 in-



sostenible, 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 cumplimiento 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).»

Vegeu l'article 701 de la vigent Llei d'Enjudiciament Civil. Vegeu dèz picazo, «El problema del llamado *cumplimiento por equivalencia*», a *Fundamentos de Derecho civil*, tom II, Pamplona, 2008, p. 780. Té interès el magnífic anàlisi que efectua de l'*aestimatio rei*.

Crec que haurà de fer-se ús de l'article 4t del Codi civil per tenir per establert el dret del creditor, dret de caràcter real a la substitució d'una cosa específica que hagi desaparegut en poder d'un tercer (el títol del qual és intocable, *ad exemplum* 3r de l'article 34 de la Llei Hipotecària) pel seu valor equivalent.

(19) Vegeu els articles 6.2, 6.3, 6.4, 7.1 i 7.2 del Codi civil i també els articles 111.6, 111.7, 111.9 i l'amplíssima doc-



trina i jurisprudència que els potencien.

- (20) Entenem que l'hereu real que s'ha vist privat de demanar a l'hereu aparent la restitució d'un bé que ha sortit de l'herència i que no es pot recuperar de l'adquirent (article 34 de la Llei Hipotecària i article 28, i, per tant, alienat després dels dos anys a partir de la mort) podrà sempre fruir del principi establert de subrogació real en el preu o en la contraprestació que facin de contrapartida de l'alienació indeguda però intocable. També entenem que aquest dret a fruir de la subrogació i, consegüentment, de quedar compensada amb aquesta no priva que pugui demanar simplement el valor de la cosa foragitada indegudament de l'herència, sobretot quan:

– No existeixi subrogació o no es pugui identificar ni provar.

– Processalment i probatòria sigui més senzill reclamar el valor i no aprofitar-se de la subrogació.

Ara bé, és evident que allò que no es pot aconseguir és reclamar alhora i de forma acumulativa el bé foragitat.

- (21) Pensem que seria molt d'agrair una més perfecta explicació. El *verus dominus* que veu que a causa de l'operància del principi de «fe pública registral» se li **evapora** el domini, ha de tenir dret, ja que ha perdut injustament allò que és seu, a obtenir la **restitució del seu valor** (*id quod interest*). En esmentar que el *verus dominus* pot demanar el preu que l'hereu aparent ha rebut per l'alienació

o, si escau, els béns que ha rebut en permuta no significa necessàriament que aquest *verus dominus* no pugui demanar la restitució del valor del bé alienat.

Però cada vegada veiem més necessària (per ser justa) l'esmentada explicació, ja que l'adverbi **solament** que apareix a l'article 64 del derogat Codi de Successions (article 64, paràgraf 3) constitueix un precedent que dificulta la posició que defensem.

És clar, malgrat tot, que la supressió de l'adverbi *solament* en el vigent article 465.2.3 del Codi civil de Catalunya esborra l'anteriorment esmentada dificultat, però –insisteixo– no seria sobrer una explicació legal sobre aquest tema.



Una reflexió sobre l'empremta romana del «benefici de separació de patrimonis» en el Codi civil de Catalunya

La majoria de les institucions successòries catalanes tenen el seu origen en el Dret romà. En aquest treball s'estudia, en concret, la petjada romana que perviu a la regulació catalana del «benefici de separació de patrimonis».

Paula Domínguez Tristán
*Professora titular de Dret Romà
a la Universitat de Barcelona*

1. Introducció

L'objecte del present treball no és un altre que convidar el lector a reflexionar sobre la visible petjada romana que, a dia d'avui, encara perviu a la regulació catalana del «benefici de separació de patrimonis», amb l'objectiu últim de destacar certs aspectes que entenc que poden interessar no ja a la doctrina romanista i civilista en general, sinó a qualsevol jurista que operi en l'àmbit successori català.

Com a romanista que sóc i amb veïnatge civil a Catalunya, l'elecció del tema respon, en gran mesura, d'una banda, al fet que, tal com s'ha reiterat fins a la sacietat, la majoria de les institucions successòries catalanes tenen el seu origen al Dret romà⁽¹⁾, a l'igual que moltes de les del Dret civil comú⁽²⁾, i, d'altra, especialment, a la marcada empremta romana



d'una figura successòria que és regulada pel Dret català⁽³⁾ i, en l'actualitat, a diferència del Codi civil espanyol (d'ara endavant, CC)⁽⁴⁾, per l'article 461-23 del Codi civil de Catalunya (d'ara endavant, CCC).

La petjada deixada pel Dret comú, en el seu vessant romà, en el Dret civil català, com ja va assenyalar Luna⁽⁵⁾, és particularment profunda, externa i visible a la dis-

ciplina que dedica el Dret civil català a les successions per causa de mort, ara regulades en el llibre IV del CCC (aprovat per la Llei 10/2008, de 10 de juliol, relativa a les successions). Aquesta petjada és tan intensa que no només s'aprecia en un gran nombre d'institucions concretes (un clar exemple n'és el benefici de separació de patrimonis), sinó que, de la mateixa manera que al derogat Codi de successions català de 1991,



és perfectament observable als principis successoris sobre els quals s'estructura⁽⁶⁾ l'actual llibre IV del CCC. En definitiva, com amb encert observa el citat autor, les normes civils catalanes presenten una notable *iuris continuatio*⁽⁷⁾, posada avui de manifest pels articles 111-1 i 111-2 del CCC.

2. Aspectes més destacats de la *separatio bonorum* en el Dret romà⁽⁸⁾

El tema de la *separatio bonorum* (d'ara endavant, SB), com assenyala Camacho Evangelista⁽⁹⁾, és, sens dubte, difícil, i, com a nucli d'una rica problemàtica, sobre ell gira una complexa gamma de figures i de situacions jurídiques. A tot això ha d'afegir-se, amb López-Barajas, que la SB constitueix a més d'un mecanisme de protecció del crèdit, una part important de l'ampli camp relatiu a la responsabilitat de l'hereu per deutes del causant. Així doncs, en aquest àmbit, la SB és una figura d'origen pretori i de gran interès, ja que a la seva complexitat material s'uneix el fet de ser una institució eminentment processal⁽¹⁰⁾.

La *separatio bonum* és una figura d'origen pretori i de gran interès, ja que a la seva complexitat material s'uneix el fet de ser una institució eminentment processal

L'estudi de la SB en el Dret romà planteja, segons el meu parer, com a principals reptes o, si més no, dificultats, entre d'altres, l'escassetat de fonts jurídiques; el fet que els treballs que en tracten de forma particular siguin, en la seva majoria, dels últims anys del segle XIX i principis del XX⁽¹¹⁾, i, sobretot, la problemàtica processal que el tema suscita, ja que, com reconeix la romanística, no es pot obviar la vinculació de la *separatio* amb el procediment executiu universal, és a dir, amb la *bonorum venditio*⁽¹²⁾.

Segons el que s'ha dit i donades les característiques d'aquest treball, vull reiterar i subratllar que la meua única intenció és donar notícia d'alguns dels aspectes més rellevants de la SB romana abordats per veus autoritzades⁽¹³⁾, sent conscient dels complexos problemes que la aquesta planteja⁽¹⁴⁾.

La SB és un remei introduït pel pretor, basat en el principi d'equitat⁽¹⁵⁾, a favor dels creditors del causant i possibles legataris, que consisteix en el benefici que, en cas de venda dels béns de l'hereu-deutor, es concedeix a aquells amb la finalitat que puguin separar i reservar per a si mateix el patrimoni hereditari, evitant, d'aquesta manera, que a la seva venda puguin concórrer els creditors de l'hereu i mantenint intacta la garantia patrimonial que aquest patrimoni suposava⁽¹⁶⁾. La pròpia descripció d'Ulpià, al Digest 42, 6, 1, 1 64 *ad ed.*⁽¹⁷⁾, permet concloure que la SB suposava l'existència de dues masses patrimonials, la de l'hereu i la que va ser del causant, que havien de considerar-se diferents per a certs efectes, tot i pertànyer a un mateix i únic titular: l'hereu. La finalitat de la *separatio* era, per tant, concedir als creditors del difunt i legataris⁽¹⁸⁾ una preferència de cobrament sobre el patrimoni del causant, amb l'objecte d'evitar, tractant-se d'un hereu, generalment, carregat de deutes o insolvent⁽¹⁹⁾ i, com a conseqüència de la confusió patrimonial que deriva de l'acceptació pura i simple, el perjudici que els podria ocasionar la concurrència dels creditors personals de l'hereu sobre aquesta mateixa herència.

La SB es regula al títol 6 del llibre 42 del Digest (*De separationibus*)⁽²⁰⁾, títol que s'enquadra a l'ordenació del procediment executiu⁽²¹⁾, així com al títol 72 del llibre 7 del Codi (*De bonis auctoritate iudicis possidendis seu venumdandis et de separationibus*), que també s'insereix al citat procediment.

Encara que no es discuteix la configuració clàssica d'aquest remei pretori que la romanística, donada la inequívoca fraseologia dels antics, denomina, unànimement, *separatio bonorum*⁽²²⁾, no obstant això, la data aproximada del seu origen és una qüestió molt controvertida, a causa de l'escassetat de fonts de què disposem⁽²³⁾. En aquesta línia es pronuncia López-Barajas, si bé, i amb la cautela exigida, situa aquesta institució a la fi del segle II aC o, com a molt tard, al segle I aC⁽²⁴⁾.

En relació al Digest 42, 6, la nostra principal font de coneixement de la SB, és sabut en doctrina que és un títol una mica confús i que els textos que s'hi inclouen aborden qüestions diverses sense seguir un ordre definit⁽²⁵⁾, al qual cal afegir, se-

gons el criteri majoritari, el problema de les interpolacions⁽²⁶⁾.

La figura de la *separatio*, com observa Giunti⁽²⁷⁾, al marge d'altres aspectes incerts⁽²⁸⁾, resulta nítida en el seu perfil substancial en vista d'una constitució no datada de l'emperador Gordià (C. 7, 72, 2), ja que s'hi descriu la seva fisonomia amb singular precisió⁽²⁹⁾. Així, del text deriva que el remei de la SB, enquadrat en el context normatiu de l'edicta pretori (*edicto praetoris... demonstratum*), s'oferia com un benefici exclusiu dels creditors del causant (*creditoris hereditariis*), de l'explícita petició del qual depenia l'activació de l'esmentat mecanisme (*quotiens separationem bonorum postulant...*). No obstant això, la necessària instància de part no esgotava la formalitat preliminar, donat que es coordinava amb la reserva d'una apreciació discrecional del Magistrat sobre les circumstàncies del cas concret, és a dir, la *causa cognitio*⁽³⁰⁾. Esgotat, i amb èxit favorable, tal reconeixement, l'última fase de l'*iter* processal preveia la concessió formal del *beneficium* (*impetrent*) a través d'un decret exprés, del qual dona notícia Ulpià al Digest 42, 6, 1 pr.⁽³¹⁾

Concretats, per tant, d'acord amb l'esmentada disposició imperial, els requisits formals de la SB, coincidim amb Giunti⁽³²⁾ en què la seva estructura operativa i la seva eficàcia troben, no obstant això, el ressò més clar i detallat a l'obra d'Ulpià *Ad edictum*, sobretot al llibre 64 que, puntualment, comentava la normativa pretoriana i del qual els compiladors del Digest van extreure l'extens fragment d'obertura del títol *De separationibus* (Digest 42, 6, 1), fonamental suport exegètic per al coneixement d'aquesta institució⁽³³⁾. El jurista Severià, al Digest 42, 6, 1, 1, enuncia la noció genèrica de *separatio* traçant-ne el perfil funcional amb l'ajuda d'un supòsit a manera d'exemple (*Solet autem separatio permitti creditoribus ex his causis: ut puta*), la transcripció de la qual és la següent: un va tenir Sei com a deutor (*debitorem quis Seium*); aquest va morir (*hic decessit*) i Ticià va quedar com a hereu (*heres ei extitit Titius*), que no és solvent (*hic non est solvendo*) i que consent la venda dels béns (*patitur bonorum venditionem*); els creditors de Sei diuen que tenen prou amb els béns d'aquest (*creditores Seii dicunt bona Seii sufficere sibi*), que els creditors de Ticià s'han d'acontentar amb els seus béns (*creditores Titii contentos esse debere bonis Titii*) i fer-se, així (*et sic... fieri*),



quasi duorum bonorum venditionem. Perquè pot passar (*Fieri enim potest*) que Sei fos certament solvent (*ut Seius quidem solvendo fuerit*) i que s'hagi pogut satisfer els seus creditors, almenys, encara que no per complet, en part (*potueritque satis creditoribus suis vel ita semen, etsi non in assem, in aliquid tamen satisfacere*), però que, admesos i barrejats els creditors de Ticià (*admissis autem commixtisque creditoribus Titii*), aquells hauran d'aconseguir menys (*minus sint consecuturi*), ja que Ticià no és solvent (*quia ille non est solvendo*), o aconseguirien menys (*aut minus consequantur, quia plures sunt hic*) perquè en són molts⁽³⁴⁾; en aquest cas és, per tant, molt just (*est igitur aequissimum*) que, desitjant els creditors de Sei la separació (*creditores Seii desiderantes separationem*), siguin escoltats, i que sol·licitin del pretor (*audiri impetrareque a praetore*) que per separat es pagui el seu import als creditors de cadascun (*ut separatim quantum cuiusque creditoribus praestetur*).

Estan legitimats per demanar la *separatio* només els creditors del causant⁽³⁵⁾ i, si escau, els legataris. Per *creditors del causant* cal entendre, amb la doctrina, només aquells que ho eren en el moment de la seva mort⁽³⁶⁾, i, per això, no estaven legitimats per demanar-la aquells altres que, malgrat ser-ho *ex causa hereditaria*, ho eren de l'hereu⁽³⁷⁾.

El dret dels legataris a sol·licitar la SB⁽³⁸⁾, ja en època clàssica, és afirmat per les fonts. Així, per exemple, al Digest 42, 6, 4, 1 *Pap. 12 respons.* i Digest 42, 6, 6 pr. *Iul. 46 dig.*⁽³⁹⁾, encara que la raó per la qual se'ls concedeix difereix de la dels creditors del causant, atès que el legatari difícilment podria esgrimir que ell havia basat el seu crèdit en el patrimoni del finat. És clar que els legataris (en concret, els afavorits amb un llegat *per damnationem*) són creditors de l'hereu *ex causa hereditaria* i no del difunt⁽⁴⁰⁾, i que, per això, no sent creditors del causant, l'única raó possible de la seva referida legitimació radica en l'origen de l'obligació que, amb motiu del llegat, neix per a l'hereu, és a dir, una obligació *ex causa hereditaria* de la qual respon *intra vires hereditatis*⁽⁴¹⁾, fet que, en darrer terme, els distingeix dels creditors personals de l'hereu. El que s'ha dit justifica, al mateix temps, que els creditors del causant que van demanar la separació (d'ara endavant, *separatistes*) tinguin davant dels legataris que també la van sol·licitar, en virtut del principi *nemo*

liberalis nisi liberatus, un dret preferent de cobrament sobre el cabal relict, com manifesta Julià al Digest 42, 6, 6 pr. *46 dig.*⁽⁴²⁾.

D'acord amb el que hem exposat, i segons es deriva de les fonts⁽⁴³⁾, no poden demanar la *separatio* l'hereu (únic legitimat passivament)⁽⁴⁴⁾ ni, com a regla general, els seus propis creditors⁽⁴⁵⁾: el primer, perquè compta amb altres mitjans de protecció per aconseguir la finalitat que persegueix la SB, o sigui, evitar, de forma transitòria⁽⁴⁶⁾, alguns efectes perjudicials de la confusió patrimonial⁽⁴⁷⁾, i els segons, perquè la *separatio* es va configurar precisament a aquest efecte, és a dir, per apartar-los del cabal relict i protegir així els creditors del causant i els legataris respecte al cobrament dels seus crèdits i percepció dels seus llegats.

Des del punt de vista processal, és opinió gairebé unànime que, en època clàssica, la SB constituïa un incident del procediment d'execució patrimonial (*bonorum venditio*) contra l'hereu⁽⁴⁸⁾. En altres paraules, la separació de patrimonis no consistia en una demanda principal que originés un procediment autònom, sinó en una pretensió connectada amb una *bonorum venditio* ja iniciada i que, per efecte de la *separatio*, es dividia en dues *bonorum venditiones*, referides, una, al patrimoni del causant, i l'altra, al de l'hereu⁽⁴⁹⁾, amb la finalitat de distingir, de moment, entre creditors d'un i altre⁽⁵⁰⁾, encara que ambdues es concloïen a nom de l'hereu.

La qüestió decisiva és que la concurrència dels creditors particulars de l'hereu en el cabal relict pugui perjudicar, efectivament o potencialment, la situació dels creditors del causant i/o els legataris

Com he apuntat amb anterioritat, el pretor, prèvia sol·licitud de la part interessada i *causa cognitio*, concedia o no la SB, però, tal com es desprèn de les fonts, aquesta concessió estava subordinada a la concurrència d'una sèrie de requisits o pressupòsits⁽⁵¹⁾, és a saber: a) que el creditor del causant no hagués reconegut l'hereu com a deutor propi⁽⁵²⁾; b) que els béns de l'herència no s'haguessin confós i barrejat amb els de l'hereu,

la qual cosa podia ocórrer en el cas de coses fungibles⁽⁵³⁾; c) que no es deixés passar molt temps des de l'acceptació per demanar la *separatio*⁽⁵⁴⁾; i d) que l'hereu fos insolvent?

La insolvència de l'hereu com a requisit necessari per obtenir la *separatio* ha estat, històricament, objecte de discussió. Per a cert sector, aquesta insolvència, com es reitera a les fonts⁽⁵⁵⁾, era pressupòsit exigít per aconseguir la SB⁽⁵⁶⁾. No obstant això, com apunta Roca-Sastre⁽⁵⁷⁾, tot i que dos textos del Digest refereixen la separació a l'hereu no solvent⁽⁵⁸⁾, l'opinió dominant és contrària a admetre l'avui denominada *insolvència «tècnica»* de l'hereu (igual a passiu exigible superior a l'actiu realitzable) com a pressupòsit necessari per a la seva concessió, encara que la veritat és que seria el cas més freqüent⁽⁵⁹⁾.

Comparteixo amb el mencionat autor que la qüestió decisiva, en aquest aspecte, és que la concurrència dels creditors particulars de l'hereu en el cabal relict pugui perjudicar, efectivament o potencialment, la situació dels creditors del causant i/o els legataris⁽⁶⁰⁾. El que s'ha dit no és incompatible amb l'opinió de Fadda⁽⁶¹⁾, per a qui, si bé la insolvència de l'hereu no és requisit, en el sentit que no se n'exigeix una prova matemàtica i actual, això no obsta perquè el pretor, en virtut de la discrecionalitat que li atorga el recurs a la *causa cognitio*, valori les circumstàncies del cas i, en particular, la possible insolvència de l'hereu, amb la finalitat de concedir la *separatio* només quan hi hagi un risc d'impagament, efectiu o potencial, per als creditors del difunt i els legataris, evitant, d'aquesta manera, que la separació tingui lloc per pur caprici⁽⁶²⁾. D'altra banda, ha de tenir-se en compte que, en el Dret romà, a efectes de la SB, és irrellevant que l'herència tingui un passiu inferior, igual o superior a l'actiu⁽⁶³⁾.

Objecte de la separació serà tots els béns del causant, tal com es trobaven al moment de la seva mort⁽⁶⁴⁾, i, en general, els increments *ex hereditate* que s'hagin verificat després⁽⁶⁵⁾. No obstant això, s'exclouen els béns hereditaris que hagin estat alienats, de bona fe, per l'hereu, i, per això, si va alienar la totalitat de l'herència, la *separatio* no pot tenir lloc⁽⁶⁶⁾.

L'examen dels efectes de la SB, com reconeix la doctrina, constitueix sense cap



dubte el punt àlgid d'aquesta institució, donat que la determinació de la seva naturalesa jurídica, de profunda transcendència històrica, dependrà, en darrera instància, dels efectes que se li atribueixin⁽⁶⁷⁾. La complexitat del tema radica, en essència, en les opinions contràries dels juristes severians sobre algun dels efectes més rellevants de la *separatio*, o sigui, si els creditors separatistes, no satisfets íntegrament amb l'herència, tenen dret al residu patrimonial de l'hereu⁽⁶⁸⁾, una qüestió que, *a posteriori*, es va materialitzar en un ardu debat dogmàtic sobre la seva veritable naturalesa que, a dia d'avui, encara segueix obert⁽⁶⁹⁾.

En la línia del que hem exposat, basta aquí recordar que, segons el parer de Roca-Sastre, per simplificar l'exposició dels termes del problema, aquest s'ha de plantejar partint del següent dilema: l'aïllament del patrimoni hereditari respecte del propi de l'hereu, que produeix la separació, comporta una separació absoluta i plena o bé només relativa i limitada?⁽⁷⁰⁾ Observa l'autor que si s'opta pel primer, els efectes específics de la *confusio bonorum*⁽⁷¹⁾ que la *successio* ocasiona, amb motiu de l'acceptació pura i simple, deixen de produir-se⁽⁷²⁾; si opta pel segon, aquests efectes tenen lloc d'una altra forma⁽⁷³⁾.

D'acord amb el que s'ha dit, entenc que les característiques i la finalitat del present treball m'eximeixen d'analitzar, en aquesta seu, una de les problemàtiques més complexes que suscita, en vista de les fonts, la SB romana, i, per això, em limito aquí a apuntar algunes consideracions d'interès.

Qüestió pacífica, com s'afirma als textos, és que, satisfets els creditors del causant (i, si escau, els legataris) amb la venda del cabal relicte, si encara quedessin béns, els creditors particulars de l'hereu podran cobrar els seus crèdits amb el residu hereditari⁽⁷⁴⁾.

No obstant això, són dignes d'un esment especial els fragments Digest 46, 6, 1, 17 *Ulp. 64 ad ed.*; Digest 46, 6, 5 *Paul. 13 quaest.*, i Digest 46, 6, 3, 2 *Pap. 27 quaest.*, que aborden la qüestió de si els creditors separatistes que no aconsegueixen satisfer íntegrament els seus crèdits amb el cabal relicte tenen dret o no al romanent *ex bonis herediis*, ja que la disparitat d'opinions jurisprudencials ha suscitat, com ja he indicat, una de les majors polèmiques doctrinals. En resum, els juristes

clàssics van debatre sobre la destinació del citat romanent, ja sigui negant-ho als creditors separatistes insatisfets (opinió d'Ulpià i Paulo)⁽⁷⁵⁾ o assignant-li-ho, encara que amb certes limitacions, és a dir, sempre que haguessin estat pagats els creditors propis de l'hereu (postura de Papinià)⁽⁷⁶⁾, per donar vida, així, en paraules de Giunti⁽⁷⁷⁾, a una nova manifestació de l'*ius controversum*, més estimulante encara tenint en compte que sobreviu a l'obra dels comissaris bizantins⁽⁷⁸⁾. I, en aquest sentit, prova evident de la referida discussió és el *quidam putant* empleat per Paulo, al Digest 42, 6, 5⁽⁷⁹⁾.

Estimo de gran interès observar que, segons el text de Papinià, els legataris separatistes, als quals no s'esmenta en el fragment, no tenen cap dret al possible residu patrimonial de l'hereu, fet que, segons el meu punt de vista, és totalment lògic, atès que aquest, encara que accepti l'herència purament i simplement, no respon *ultra vires hereditatis* dels llegats disposats pel causant, ja que aquests no constitueixen un deute com els que tenia el difunt⁽⁸⁰⁾.

Per tot el que s'ha dit, cal concloure, amb López-Barajas⁽⁸¹⁾, que optar per una solució no significa que l'altra s'hagi de qualificar de falsa, sinó que caldrà veure quina és més concorde a la naturalesa i l'estructura de la SB. En definitiva, la contradicció irreconciliable entre l'opinió d'Ulpià i Paulo respecte a la de Papinià⁽⁸²⁾ produeix un buit normatiu sobre aquesta qüestió en el Dret justinianeu, ja que l'antinòmia des-trueix l'autoritat dels textos esmentats.

Sobre la referida polèmica jurisprudencial, tan sols cal destacar, en general, que la solució d'Ulpià i Paulo es basaria, segons el parer d'alguns⁽⁸³⁾, en la concepció de la *separatio* com una institució que rescindia els efectes de l'*aditio hereditatis* davant els creditors separatistes, és a dir, com si aquests haguessin venut els béns hereditaris com d'un difunt (*et quasi defuncti bona venderunt*) i, precisament per això, no podrien satisfer-se amb béns diferents. Però, com apunta Solazzi⁽⁸⁴⁾, l'opinió d'aquests juristes no es recolzaria en la rescissió de l'addició ni en l'anul·lació de la condició d'*heres*⁽⁸⁵⁾, sinó en la consideració que els creditors hereditaris, amb la sol·licitud de la *separatio*, declaren la seva voluntat d'aparar-se de la persona de l'hereu (*recesserunt a persona heredis*)⁽⁸⁶⁾, optant, en conseqüència, per mantenir

inalterada la seva posició com a creditors del finat⁽⁸⁷⁾. Per contra, l'altra opinió, representada per Papinià i a la qual sembla al·ludir Paulo quan observa que si els creditors propis van arribar a cobrar-ho tot (*quod si proprii ad solidum pervenerunt*) el que sobrés (*id quod supererit*), «opinen alguns» (*quidam putant*), se'ls ha de donar als de l'herència (*tribuentum hereditariis...*), respondria, segons *communis opinio*, al fet que la SB es configura aquí com un remei l'objecte del qual és la constitució d'un dret de preferència o prelación dels creditors del causant sobre els béns hereditaris, la qual cosa no obsta al fet que, insatisfets els seus crèdits, puguin concórrer al patrimoni de l'hereu per al seu cobrament, sempre que els creditors d'aquest ja haguessin estat satisfets.

Cal entendre la *separatio bonum* com un remei l'objecte del qual és la constitució d'un dret de preferència o prelación dels creditors del causant sobre els béns hereditaris

Lògicament, aquesta disparitat de postures ha donat lloc, en doctrina, a diverses teories que s'han inclinat per una o altra solució o que, fins i tot, han tractat d'harmonitzar-les⁽⁸⁸⁾. Al marge d'aquestes, compareixo amb López-Barajas⁽⁸⁹⁾ que, en darrera instància, l'opció entre una o altra no és un problema d'interpolació, sinó de determinar quina és la solució més concorde amb la naturalesa de la institució i amb el seu enquadrament en el procediment executiu romà. Així doncs, coincideixo amb la romanista que l'opinió de Papinià és la que millor s'adapta al que hem dit⁽⁹⁰⁾, ja que el dret dels creditors separatistes a dirigir-se contra el patrimoni de l'hereu es fonamenta: a) en la pròpia concepció del fenomen successor romà i, per tant, en la consagració del principi de la responsabilitat *ultra vires hereditatis* de l'hereu pels deutes del causant; b) en què la SB és un remei que, almenys a l'origen, neix per protegir els interessos dels creditors del difunt i també en els caràcters del procediment executiu universal contra l'hereu, és a dir, de la *bonorum venditio*⁽⁹¹⁾.

Els creditors separatistes no satisfets íntegrament amb el cabal relicte, segons opina Papinià, tenen dret al romanent *ex*



bonis herediis, o sigui, al que quedi després que els creditors personals de l'hereu hagin estat pagats. Segons el meu parer, aquest límit, que *a priori* podria resultar estrany en consideració a la responsabilitat il·limitada de l'hereu per deutes del causant, respondria, com ja va apuntar Milani⁽⁹²⁾, a raons d'equitat, és a dir, al fet que, amb el mateix, el pretor hauria volgut evitar que la SB es convertís en un institut *iniquum* i *damnosum* per als creditors propis de l'hereu⁽⁹³⁾.

La *separatio* té caràcter únic, ja que se sol·licita i obté respecte de la totalitat de l'herència, però només actua a favor d'aquells que l'obtinguin

En definitiva, com va assenyalar Roca-Sastre, la influència de la *separatio* en el principi de la responsabilitat *ultra vires hereditatis* de l'hereu, que accepta l'herència purament i simplement, per deutes del causant, pot adoptar, des d'un punt de vista dogmàtic, tres posicions⁽⁹⁴⁾:

- 1) Que els creditors del causant, insatisfets els seus crèdits per insuficiència de l'herència, no puguin perseguir després, en cap cas, els béns propis de l'hereu. Aquesta postura extrema, seguida per Ulpí i Paulo, respon a la idea d'una taxativa separació entre el patrimoni hereditari i el de l'hereu que condueix, en suma, a eliminar la responsabilitat *ultra vires hereditatis* d'aquest⁽⁹⁵⁾.
- 2) Que els creditors del difunt, insatisfets els seus crèdits per insuficiència de l'herència, puguin perseguir després, en plena concurrència i paritat amb els creditors personals de l'hereu, els béns d'aquest. És aquesta una solució totalment oposada a l'anterior, no contemplada a la Compilació justiniana i que respecta, en alt grau, el principi de responsabilitat *ultra vires hereditatis* de l'hereu, conjugant-lo amb les exigències de la *separatio*⁽⁹⁶⁾.
- 3) Que els creditors hereditaris, insatisfets els seus crèdits per insuficiència de l'herència, puguin perseguir després els béns privatis de l'hereu, sempre que els seus propis creditors ja hagin estat

pagats. Es tracta, per tant, d'una posició intermèdia i conciliadora, inspirada en el citat text de Papinià que, encara que respecta el principi de responsabilitat *ultra vires hereditatis* de l'hereu, «la modalitza en el sentit recíproc compensatori» per entendre que, si en virtut de la *separatio* queden diferenciats, de moment, el patrimoni hereditari i el de l'hereu, és just i equitatiu que els creditors del causant puguin cobrar els seus crèdits, en primer lloc, amb els béns de l'herència i, subsidiàriament, amb el romanent patrimonial de l'hereu, de la mateixa manera que els creditors particulars d'aquest poden procedir, primer, contra el patrimoni de l'hereu i, després, contra el que sobri del cabal relict⁽⁹⁷⁾.

Així mateix, una altra qüestió discutida en l'àmbit dels efectes de la SB és la de la relació entre els creditors separatistes i els que no la van demanar⁽⁹⁸⁾. Ulpí a la planteja al Digest 42, 6, 1, 16 64 *ad ed.*⁽⁹⁹⁾, ja que, en definitiva, el que es pregunta és si havent sol·licitat alguns creditors hereditaris la *separatio* i d'altres no, podrà aquesta afavorir aquells que es «van atènyer a la persona de l'hereu» (*quidam secuti heredem*); en altres paraules: si seran també admesos a la venda dels béns hereditaris. La resposta del Jurista, malgrat les diverses interpretacions del text⁽¹⁰⁰⁾, no deixa lloc a dubtes, en opinar que no els aprofitarà en res (*et putem nihil eis prodesset*), perquè han de ser comptats amb els creditors de l'hereu (*hos enim cum creditoribus heredis numerandos*).

En darrera instància, com ja va apuntar Milani⁽¹⁰¹⁾, el problema és a l'hora de determinar si la SB té caràcter objectiu (és a dir, beneficia tots els creditors del difunt, amb independència que l'haguessin o no demanat i obtingut⁽¹⁰²⁾) o, per contra, subjectiu (és a dir, que només afavoreix qui la obté⁽¹⁰³⁾). Comparteixo amb Roca-Sastre que tots dos criteris, que ell qualifica, respectivament, de *relatiu* o *benigne* (objectiu) i *absolut* (subjectiu), coincideixen que la *separatio* ha d'afavorir aquells que la demanin, però es diferencien en el grau i en la mesura en què ha de beneficiar-los⁽¹⁰⁴⁾.

En vista del Digest Digesto 42, 6, 1, 16, m'adhereixo al sector doctrinal que defensa que els creditors no separatistes, entre els quals, òbviament, s'inclouen els que no van reconèixer, de manera expressa, l'hereu

com a deutor propi, però que tampoc van sol·licitar la SB ni es van sumar a la ja demanada, s'equiparen, amb caràcter general, amb els creditors particulars de l'hereu i, en conseqüència, manquen de cap dret sobre el patrimoni del causant, excepte l'eventual dret sobre el romanent del cabal relict, igual que els creditors de l'hereu, després de ser pagats els creditors separatistes. Així doncs, segons el que s'ha dit, la *separatio* té caràcter únic, ja que se sol·licita i obté respecte de la totalitat de l'herència, però només actua a favor d'aquells que l'obtinguin (caràcter subjectiu)⁽¹⁰⁵⁾.

La problemàtica de la naturalesa jurídica de la SB⁽¹⁰⁶⁾, com ja he assenyalat, és una qüestió complexa íntimament vinculada als efectes que se li atribueixin. En funció d'aquests, les tres opinions que en línies generals s'han mantingut són: 1) la *separatio* com a garantia real sobre el patrimoni del causant⁽¹⁰⁷⁾; 2) la SB com a veritable i efectiva separació dels patrimonis del causant i hereu⁽¹⁰⁸⁾, i 3) la *separatio* com un dret de prelació en favor dels creditors del causant i/o els legataris separatistes sobre el patrimoni d'aquest⁽¹⁰⁹⁾.

Tenint en compte el que hem exposat en relació a l'efecte de la SB, em sumo a l'última de les opinions apuntades sobre la seva naturalesa jurídica, d'acord amb el criteri del text de Papinià (Digest 46, 6, 3, 2), que, segons la meua opinió, és el que ha de prevaler per les raons ja referides. Per això, entenc que la SB romana evita, temporalment, la confusió de tots dos patrimonis, el del causant i el de l'hereu⁽¹¹⁰⁾, ja que la separació subsisteix en la mesura necessària per al cobrament preferent dels crèdits dels respectius creditors; en altres paraules: suposa la configuració de dos criteris de preferència o prelació creditícia a favor, respectivament, dels creditors i/o els legataris separatistes sobre el cabal relict i dels creditors particulars de l'hereu sobre el seu propi patrimoni.

López-Barajas⁽¹¹¹⁾ afirma, amb caràcter general, que l'exercici de la SB no implica una paralització dels efectes de la confusió de patrimonis. Tot i que coincideixo amb ella en què la *separatio* no suposa, com passa amb l'acceptació de l'herència a benefici d'inventari, la subsistència i, per tant, la separació dels possibles crèdits entre el causant i l'hereu, no obstant això,



crec que és convenient matisar que, dels diferents efectes que deriven de la *confusio bonorum*, un d'ells, el de concurrència de tots els creditors, els del difunt i de l'hereu, per al cobrament dels seus crèdits sobre un mateix i únic patrimoni, el titular del qual és l'hereu, sí queda, transitòriament o temporalment, paralitzat.

En definitiva, el que sí cal concloure amb la citada romanista és que la separació no s'ha de concebre, en cap cas, com una manifestació de voluntat de rebutjar la persona de l'hereu, ni com una elecció a la qual el creditor del difunt està obligat a realitzar entre dos patrimonis. Amb la SB, el que es tendeix a evitar és la concurrència entre uns i altres creditors, però no a rebutjar la responsabilitat il·limitada de l'hereu per deutes del causant⁽¹¹²⁾ i, per tant, la seva posició deutora davant els creditors hereutaris. Per tot això, com va observar Biondi⁽¹¹³⁾, els conceptes de *separació material* i *dret de prelació* dels creditors separatistes no són contradictoris ni incompatibles, atès que aquesta preferència és el resultat pràctic que s'obté, precisament, mitjançant la separació de tots dos patrimonis.

Finalment, sobre la regulació de la SB en el Dret justinianeu i les seves possibles novetats⁽¹¹⁴⁾, basta indicar aquí, amb la doctrina, d'una banda, que la separació de béns pot coexistir amb l'acceptació de l'herència a *beneficium inventari*⁽¹¹⁵⁾ i, d'una altra, que ja no està lligada a la *bonorum venditio*, ara extingida⁽¹¹⁶⁾. Fora d'això, es manté substancialment el règim clàssic⁽¹¹⁷⁾.

3. La regulació del «benefici de separació de patrimonis» en el llibre IV del Codi civil català: article 461-23⁽¹¹⁸⁾

Una vegada analitzada, a grans trets, la SB en el Dret romà, ara correspon tractar, amb caràcter general, del benefici de separació de patrimonis (d'ara endavant, BSP) en el llibre IV del CCC⁽¹¹⁹⁾ amb l'única finalitat de reflexionar, tenint en compte l'estudi prèviament realitzat, sobre l'empremta romana d'aquest benefici segons la seva vigent regulació catalana, així com destacar alguna novetat digna d'esment.

El lector coincidirà amb mi que en els precedents compilats del BSP⁽¹²⁰⁾, igual que



en el derogat CS de l'any 1991, veiem el ressò, si més no, de la idea bàsica de la *separatio* romana, en vista dels textos que la regulen, prevalent l'opinió de Papinià sobre la participació dels creditors separatistes en el residu patrimonial de l'hereu i prescindint, no obstant això, de tot termini preclusiu per sol·licitar tal benefici⁽¹²¹⁾.

L'article 37 del CS, antecedent immediat de l'article 461-23 del CCC, com ja he apuntat, suprimeix la referència expressa, com afavorits pel BSP, dels creditors per despeses d'última malaltia, però, a la resta, reproduceix fidelment el contingut de l'article 264 del text refós del 1984 de la Compilació catalana. Així doncs, en el citat precepte del CS es deia:

«1.—Els creditors per deutes del causant i els legataris poden obtenir del jutge competent que el patrimoni hereditari sigui considerat separat del privatiu de l'hereu, per tal de salvaguardar el seu dret davant els creditors particulars d'aquest últim. El jutge, un cop fet prèviament l'inventari d'herència i amb l'adequada justificació prèvia, concedeix aquest benefici i adopta, si escau, les mesures conduents a la seva efectivitat.

»2.—Els creditors del causant i els legataris que obtinguin el benefici de separació tenen dret preferent per al cobrament de llurs crèdits i la percepció de llurs llegats respecte als creditors particulars de l'hereu, però mentre aquests últims no resultin pagats, els esmentats creditors no poden perseguir els béns privatis de l'hereu.»

La *separatio bonum* evita, temporalment, la confusió de tots dos patrimonis, el del causant i el de l'hereu, ja que la separació subsisteix en la mesura necessària per al cobrament preferent dels crèdits dels respectius creditors

A l'article 461-23 del CCC, relatiu al benefici de separació de patrimonis⁽¹²²⁾, podem llegir:

«1.—Els creditors per deutes del causant i els legataris poden sol·licitar al jutge competent, en procediment de jurisdicció voluntària, que el patrimo-

ni hereditari sigui considerat separat del privatiu de l'hereu, per a salvaguardar llur dret davant els creditors particulars de l'hereu. També ho poden sol·licitar els creditors de l'hereu, per a salvaguardar llur dret davant els creditors per deutes del causant.

S'ha ampliat la legitimació per sol·licitar-ho «als creditors de l'hereu». Aquesta extensió és, sens dubte, la gran novetat que introdueix l'article 461-23.1 *in fine*, ja que, amb anterioritat, igual que en el Dret romà, aquests creditors no gaudien d'aquest benefici

»2.—Un cop pres l'inventari de l'herència, el jutge, amb la motivació adequada, concedeix el benefici de separació

de patrimonis i adopta, si escau, les mesures necessàries per a fer-lo efectiu.

»3.—Els creditors del causant i els legataris que obtinguin el benefici de separació de patrimonis tenen dret preferent per a cobrar els crèdits i percebre els llegats respecte als creditors particulars de l'hereu, però, mentre no s'hagin pagat aquests creditors particulars, els dits creditors del causant i els legataris no poden perseguir els béns privatis de l'hereu. Aquest darrer efecte també es produeix si el benefici es concedeix a instància d'algun creditor de l'hereu.»

La simple lectura del precepte posa de manifest que s'amplia la legitimació per sol·licitar el BSP «als creditors de l'hereu», amb l'objecte de salvaguardar el seu dret davant els creditors per deutes del causant. Aquesta extensió és, sens dubte, la gran novetat que introdueix l'article 461-23.1 *in fine*, ja que, amb anterioritat,

igual que en el Dret romà, aquests creditors no gaudien d'aquest benefici⁽¹²³⁾. Així mateix, cal ressenyar, des d'un punt de vista processal, que el nou article ha precisat que ens trobem davant un procediment de jurisdicció voluntària⁽¹²⁴⁾.

Al marge d'aquesta novetat o modificació, digna d'esment, l'article 461-23.1 del CCC no s'aparta del concepte de *separatio* formulat a les fonts romanes, donat que aquest, pel que fa als creditors per deutes del causant i els legataris, disposa que aquests poden sol·licitar del Jutge competent, en procediment de jurisdicció voluntària, que «el patrimoni hereditari sigui considerat separat del privatiu de l'hereu, per salvaguardar el seu dret davant els creditors particulars de l'hereu». Així doncs, aquest benefici, igual que en el Dret romà, té com a finalitat protegir els creditors del causant i els legataris d'un hereu que, tenint un patrimoni poc sanejat, accepta l'herència de forma pura i que, per tant, en virtut de la confusió patrimonial, posa en perill les seves expectatives de cobrament efectiu⁽¹²⁵⁾.

El BSP és propi de l'acceptació pura i simple, ja que el que pretén és separar els dos patrimonis que s'han unit com a conseqüència d'aquest tipus d'acceptació. D'això resulta, com s'afirmava expressament a l'incís final de l'article 35.3 del CS⁽¹²⁶⁾, que, havent-hi acceptació a benefici d'inventari, el BSP no opera encara que hagi estat sol·licitat, sinó que, com ja s'admetia respecte al Dret justinianeu, roman latent, és a dir, com a mesura preventiva que s'activarà, *ipso iure*, si aquella decau⁽¹²⁷⁾.

Estan legitimats activament per sol·licitar el BSP, igual que en el Dret romà, els creditors per deutes del causant i els legataris. També ho estan avui els creditors de l'hereu (article 461-23.1 del CCC)⁽¹²⁸⁾.

Com en el Dret romà, es tracta de creditors del causant els deutes del qual no s'extingeixen per la seva mort, és a dir, els que ho eren en el moment de la seva defunció i, per això, queden exclosos els creditors per càrregues hereditàries, ja que aquestes no són deutes del causant, sinó de l'herència, que neixen ex novo amb motiu de la seva obertura per a l'hereu⁽¹²⁹⁾.

Encara que els deutes per despeses d'última malaltia es contreuen en vida del





causant, l'article 461-19 del CCC, igual que l'anterior article 34 del CS, no les considera obligacions d'aquell, sinó que les cataloga de càrregues hereditàries i, en conseqüència, d'acord amb el que disposa el CCC, els creditors d'aquests deutes quedarien exclosos de la referida legitimació activa⁽¹³⁰⁾. No obstant això, Arroyo observa que, respecte al derogat article 37 del CS, és evident que tant els crèdits per aquestes despeses com els derivats dels funerals estan vinculats a la persona (o memòria) del causant i, per tant, malgrat que l'article 37 del CS (avui, l'article 461-23 del CCC) no atribueixi legitimació als seus titulars, l'article 1924.B i 1924.C del CC permetria el pagament preferent quan es liquida l'herència en compliment del que estableix l'article 461-23 del CCC⁽¹³¹⁾.

La vigent legislació catalana manté per als legataris, en concret, els afavorits amb un llegat d'efectes obligacionals, el mateix tractament que ja els va dispensar el Dret romà, és a dir, la seva legitimació per sol·licitar el BSP (article 461-23.1 del CCC) i la seva postergació pels creditors separatistes a l'hora de cobrar els seus crèdits amb el cabal relicte⁽¹³²⁾. No obstant això, cal matisar que, a diferència de les fonts romanes⁽¹³³⁾, aquest dret preferent de cobrament dels creditors separatistes sobre l'herència davant els legataris també separatistes no s'esmenta, de manera expressa, en el propi article 461-23 del CCC, sinó que s'infereix d'altres preceptes del llibre IV del CCC⁽¹³⁴⁾. En definitiva, es pot concloure que el BSP concedeix als legataris separatistes una preferència per la percepció dels seus llegats sobre el cabal relicte davant els creditors particulars de l'hereu, però en cap cas davant els creditors separatistes, el dret preferent de cobrament dels quals pot suposar, si escau, la reducció o la supressió de llegats excessius (*vid.* article 427-39.1 del CCC)⁽¹³⁵⁾.

També la legitimació passiva del BSP coincideix amb la del Dret romà, doncs l'hereu és l'únic legitimat passivament i, per això, no pot sol·licitar aquest benefici⁽¹³⁶⁾. El mateix, igual que en el Dret justinianeu, compta ja amb un altre mecanisme específic (l'acceptació a benefici d'inventari) no només per evitar l'efecte perjudicial que produeix la confusió patrimonial, en el cas d'una herència poc sanejada, sinó també per salvaguardar els crèdits que tingui contra el causant⁽¹³⁷⁾. Al que s'ha dit cal afegir que l'article 461-23 del CCC, en la línia del derogat article

37 del CS, segueix sense reconèixer al legítimari el dret per demanar el BSP⁽¹³⁸⁾.

Respecte a l'objecte de la separació, n'hi ha prou amb dir que és el cabal relicte (article 461-23 del CCC)⁽¹³⁹⁾ el que queda materialment separat del patrimoni de l'hereu, amb l'única finalitat de protegir el dret de la persona que ha sol·licitat el BSP⁽¹⁴⁰⁾.

La separació de patrimonis, igual que en el Dret romà, no es produeix automàticament⁽¹⁴¹⁾, sinó només a instàncies de la part interessada⁽¹⁴²⁾. El procediment és sempre judicial, d'acord amb l'article 461-23.1 del CCC, que disposa que els interessats «poden sol·licitar al jutge competent, en procediment de jurisdicció voluntària», la separació de patrimonis⁽¹⁴³⁾. Aquest article, al segon paràgraf, continua dient que «un cop pres l'inventari de l'herència, el jutge, amb la motivació adequada, concedeix el benefici de separació de patrimonis i adopta, si escau, les mesures necessàries per a fer-lo efectiu».

De l'article 461-23.2 del CCC deriva, en conseqüència, que són pressupostos necessaris per obtenir el Jutge una resolució favorable a la sol·licitud realitzada i, per tant, la concessió del BSP, els següents:

- a) Que es realitzi un inventari del cabal relicte⁽¹⁴⁴⁾, la forma del qual aquí és sempre judicial⁽¹⁴⁵⁾.
- b) Que els interessats presentin una justificació adequada i prèvia⁽¹⁴⁶⁾, la qual cosa es tradueix, d'una banda, per als creditors i els legataris, a provar la realitat del crèdit/llegat, que aquest subsisteix i que l'hereu no garanteix suficientment el pagament, a la qual cosa cal afegir, al meu entendre, el deure de justificar la necessitat del benefici, és a dir, acreditar el risc del perjudici que derivaria per a ells de la confusió patrimonial⁽¹⁴⁷⁾; i d'una altra, per als creditors de l'hereu, en la prova del crèdit no extingit, així com del risc de perjudici al·ludit.

Sobre aquesta última qüestió, crec que és d'interès destacar que les fonts romanes no s'aparten en l'essencial del que disposa el CCC, atès que se'n desprèn que el pretor, prèvia *causa cognitio*, concedeix la separació⁽¹⁴⁸⁾, la qual cosa signi-

fica, en definitiva, que ell mateix valorava les circumstàncies concretes del cas i, en particular, la justificació dels interessats (creditors del causant i/o legataris) de la necessitat o, si més no, conveniència d'obtenir la SB.

En la resta del procediment, el Jutge, com el pretor a Roma, té ampli arbitri per poder adoptar les mesures necessàries per fer efectiu el BSP i, així, protegir els creditors i/o els legataris separatistes. L'article 461-23.2 del CCC no concreta les mesures que cal adoptar, sinó que s'hi refereix de forma genèrica, en afirmar que «el jutge (...) concedeix el benefici de separació de patrimonis i adopta, si escau, les mesures necessàries per a fer-lo efectiu.»⁽¹⁴⁹⁾.

Havent-hi acceptació a benefici d'inventari, el BSP no opera encara que hagi estat sol·licitat, sinó que roman latent, és a dir, com a mesura preventiva que s'activarà, ipso iure, si aquella decau

Fins que no s'accepta l'herència (de forma simple) pel cridat, no es pot sol·licitar, igual que en el Dret romà, el BSP. No obstant això, l'article 461-23 del CCC, a diferència de la regulació justiniana⁽¹⁵⁰⁾, prescindeix d'establir un termini de caducitat per demanar aquest benefici⁽¹⁵¹⁾, per la qual cosa cal entendre, amb Gete-Alonso⁽¹⁵²⁾, que s'aplica la prescripció decennal prevista per a qualsevol tipus d'acció sense termini assenyalat (article 121-20 del CCC), que no es pot confondre amb el termini que correspongui a cada crèdit en concret. Sembla lògic pensar que els creditors interessats a obtenir el BSP (qualsevol que sigui el deutor, el causant o l'hereu) i, per tant, la seva efectivitat, és a dir, la separació material de tots dos patrimonis per salvaguardar-ne el dret preferent de cobrament, ho sol·licitaran el més aviat possible, ja que, com més temps transcorri des de l'acceptació de l'herència, més possibilitats hi ha que els béns desapareguin (per alienació o dació en pagament) i, en suma, que la petició esdevingui inútil⁽¹⁵³⁾. El que s'ha dit cobra ple sentit en la SB del Dret romà clàssic (a favor dels creditors del causant i els legataris), donat que, com vam veure,



d'acord amb els textos, la *separatio* no tindrà lloc si s'haguessin confós i barrejat els béns relictos i de l'hereu (el que podia ocórrer en el cas de coses fungibles) o si aquest hagués alienat, de bona fe, la totalitat de l'herència, situacions que poden donar-se, amb major probabilitat, com més temps es deixi transcorrer des de l'acceptació de l'herència i la sol·licitud de la separació.

Una altra qüestió que cal destacar i que, segons el parer d'Arroyo⁽¹⁵⁴⁾, no és de fàcil solució, és la de si el BSP, en el cas que ho demanin els creditors del causant i/o els legataris, pressuposa la insolvència de l'hereu⁽¹⁵⁵⁾, o bé la simple probabilitat d'impagament a dits creditors «sobrevinguts» que, en principi, manquen de preferència davant els creditors particulars de l'hereu⁽¹⁵⁶⁾.

Sobre aquest tema, històricament debatut, cal assenyalar que l'actual article 461-23 del CCC no exigeix de manera explícita, com a requisit necessari per sol·licitar el benefici pels creditors del causant i/o els legataris, la situació de concurs de l'hereu ni, com s'ha postulat aquí respecte al Dret romà⁽¹⁵⁷⁾, la seva insolvència.

Fins que no s'accepta l'herència pel cridat, el BSP no pot sol·licitar-se. No obstant això, l'article 461-23 del CCC no estableix un termini de caducitat per demanar-ho, per la qual cosa cal entendre que s'aplica la prescripció decennal que no s'ha de confondre amb el termini que correspongui a cada crèdit en concret

En relació a la qüestió plantejada, coincideixo amb el que argumenta Arroyo amb motiu de l'anterior article 37 del CS i, a més, considero que és perfectament traslladable a l'article 461-23 del CCC, ja que aquest (com l'article 37.1 del CS), només contempla la situació d'un hereu amb deutors particulars, sense exigir als creditors del causant i als legataris la prova de la seva crisi econòmica o de la insuficiència del seu patrimoni. Però el fet que això no s'exigeixi, com indica l'autora, pot significar dues coses: o bé que aquesta prova (per exemple, presentar el balanç dels seus comptes, un inventari de la seva situació patrimonial, una acreditació

de l'existència d'embargaments per execucions pendents, etc.) seria pressupòsit necessari d'un procediment concursal previ contra l'hereu, que comprendria, per tant, la *separatio*⁽¹⁵⁸⁾; o bé que aquestes dades sobre la referida crisi econòmica o insuficiència del patrimoni de l'hereu són les que els creditors del causant i/o els legataris haurien d'aportar amb la presentació de la demanda de sol·licitud del BSP, segons el que disposa l'article 461-23.2 del CCC («amb la motivació adequada», el mateix que a l'article 37.2 del CS: «prèvia adequada justificació»), que és la que, d'obtenir-se, activaria un procediment executiu i liquidador contra l'hereu⁽¹⁵⁹⁾. Sobre aquest tema, crec que és interessant assenyalar, amb Arroyo,⁽¹⁶⁰⁾ que és viable la hipòtesi segons la qual la separació de patrimonis pot formar part d'un procediment concursal ja iniciat contra l'hereu abans de l'acceptació, atès que aquest procediment és un dels mecanismes que permeten als creditors del difunt i/o els legataris comprovar, precisament, l'existència de crèdits personals de l'hereu i, al seu torn, en quina mesura els perjudica la concurrència en el cobrament⁽¹⁶¹⁾. No obstant això, aquesta declaració de l'hereu en concurs, com conclou la citada civilista, no ha de pressuposar, necessàriament, una situació d'insolvència «tècnica»⁽¹⁶²⁾.

El punt que tanca aquest treball és el dels efectes del BSP, que, com hem vist, en el Dret romà planteja no pocs problemes. La meua única intenció, en aquesta seu, és la de destacar, a manera de síntesi, les principals idees en virtut del nou precepte català, però centrant l'atenció només en els creditors del causant i/o els legataris que l'obtenen⁽¹⁶³⁾.

L'efecte definitori del BSP, d'acord amb la seva finalitat, no és un altre que la separació (material) de tots dos patrimonis i, en conseqüència, l'establiment d'un dret preferent de cobrament en favor dels creditors i/o els legataris separatistes sobre el cabal relict (article 463-23.3 del CCC). Així doncs, amb aquest benefici s'evita temporalment la confusió patrimonial que produeix l'acceptació pura i simple de l'herència en tot el que pogués perjudicar als creditors del causant i/o els legataris que ho van obtenir⁽¹⁶⁴⁾.

Igual que en el Dret romà, el citat efecte, encara que no és general, sí és unitari en el sentit que la separació exis-

teix amb independència del nombre de creditors del causant i/o els legataris que l'hagin demanat, però només afavoreix a aquells que, efectivament, la van obtenir (article 423-23.3 del CCC)⁽¹⁶⁵⁾.

Ningú no discuteix avui que el BSP no persegueix limitar la responsabilitat *ultra vires hereditatis* de l'hereu per obligacions del causant (article 461-18 del CCC), sinó assegurar als creditors i/o els legataris separatistes el seu dret preferent de cobrament. La garantia que s'aconsegueix amb el citat benefici és, per tant, la preferència d'aquells per cobrar amb béns relictos⁽¹⁶⁶⁾, és a dir, amb exclusió dels creditors de l'hereu (article 461-23.3)⁽¹⁶⁷⁾.

Després dels esmentats creditors del causant, que, com ja he apuntat, sempre tenen un dret preferent de cobrament sobre el cabal relict, els legataris separatistes tenen el mateix dret davant els creditors de l'hereu, és a dir, a satisfer els seus llegats amb béns hereditaris⁽¹⁶⁸⁾.

El que s'ha dit fins aquí no impedeix, segons l'article 461-23.3 del CCC⁽¹⁶⁹⁾, que si el patrimoni hereditari resulta insuficient per al referit cobrament, els creditors del causant que van obtenir la separació (i els legataris separatistes?) puguin perseguir els béns privatis de l'hereu, però sempre que els creditors particulars d'aquest ja hagin estat pagats⁽¹⁷⁰⁾. Així doncs, d'aquesta afirmació del citat precepte deriva, com amb encert va apuntar Mezquita respecte a l'anterior article 37.2 *in fine* del CS, en primer lloc, la confirmació que el BSP no modifica el sistema de responsabilitat *ultra vires* de l'hereu, i en segon lloc, que els creditors del causant que no van sol·licitar aquest benefici no es veuen afectats per aquesta restricció, ja que si s'entén que la separació de patrimonis no els afavoreix és just, com passava en el Dret romà, que tampoc no els perjudiqui, de manera que concorreran amb els creditors de l'hereu per al cobrament dels seus crèdits⁽¹⁷¹⁾.

En definitiva, el Legislador català, d'acord amb la naturalesa i la finalitat del BSP, opta per la solució de Papinià respecte a la participació dels creditors separatistes en el residu patrimonial de l'hereu⁽¹⁷²⁾ (també dels legataris separatistes, segons l'article 461-23.3 del CCC?) i, en conseqüència, per la correlativa prefe-



rència dels creditors de l'hereu per cobrar els seus crèdits amb els béns d'aquest⁽¹⁷³⁾.

D'altra banda, considero oportú assenyalar que, encara que l'actual article 461-23 del CCC no al·ludeix, de manera expressa, com sí ho fan els textos romans, al dret dels creditors de l'hereu per cobrar els seus crèdits amb el romanent hereditari, és a dir, amb el que sobra una vegada satisfets els creditors i/o els legataris separatistes, això no significa, a la meua manera de veure, que manquin de tal possibilitat, ja que, pagats aquells que van obtenir la separació de patrimonis, aquesta s'extingeix i, per tant, deixa de produir efectes⁽¹⁷⁴⁾.

No vull finalitzar aquest treball sense manifestar, si més no, la meua sorpresa per la referència expressa del nou article 461-23.3 del CCC «als legataris separatistes», al costat dels creditors del causant que van obtenir la separació, a l'efecte de poder dirigir-se contra el residu patrimonial de l'hereu⁽¹⁷⁵⁾.

Al marge dels problemes que pugui plantejar en doctrina la responsabilitat de l'hereu per llegats *per damnationem* (o sigui, d'efectes obligacionals)⁽¹⁷⁶⁾ i sense pretendre aprofundir-hi ara, el que sí cal afirmar d'acord amb la vigent regulació catalana en matèria successòria és que l'hereu que accepta una herència de forma pura i simple només respon *ultra vires hereditatis* dels deutes del causant (contrets en vida d'aquest) i de les càrregues hereditàries (article 461-18 del CCC⁽¹⁷⁷⁾, igual que l'article 34.1 del CS)⁽¹⁷⁸⁾.

Si s'admet, com cal fer segons el meu parer⁽¹⁷⁹⁾, que els llegats, en concret, els obligacionals, no poden catalogar-se com a deutes del causant, ja que els afavorits amb ells són creditors de l'hereu *ex causa hereditaria*, però no del causant, ni tampoc de càrregues hereditàries, ja que no s'esmenten en el precepte que les enumera⁽¹⁸⁰⁾, caldrà concloure que l'hereu respon dels mateixos *intra vires hereditatis*, és a dir, fins el valor dels béns hereditaris⁽¹⁸¹⁾.

El que s'ha dit fins aquí bé podria semblar una obvietat, de no ser per la redacció del nou article 461-23.3 del CCC, que, en afegir, a diferència de l'article 37.2 del CS, l'esment explícit dels legataris separatistes en honor de la seva participació en el

residu patrimonial de l'hereu⁽¹⁸²⁾, entra en contradicció, al meu entendre, amb el que s'estableix en altres preceptes del CCC⁽¹⁸³⁾ i, per tant, amb el principi en virtut del qual l'hereu respon dels llegats *intra vires hereditatis* (fins el valor dels béns de l'herència)⁽¹⁸⁴⁾, en darrer terme, amb l'abast o l'extensió de la responsabilitat *ultra vires* de l'hereu, segons la regulació catalana vigent, que, com l'anterior, també segueix en aquest aspecte el Dret romà.

Admetre que els legataris separatistes que no aconsegueixen percebre íntegrament els seus llegats amb el cabal relicte tenen també dret a dirigir-se, una vegada pagats els creditors particulars de l'hereu, contra els béns privatis d'aquest és modificar el principi de la responsabilitat *ultra vires* de l'hereu, segons el qual aquest sol respon il·limitadament per deutes del causant i càrregues hereditàries

En definitiva, admetre, com fa l'article 461-23.3 del CCC, que els legataris separatistes que no aconsegueixen percebre íntegrament els seus llegats amb el cabal relicte tenen també dret a dirigir-se, una vegada pagats els creditors particulars de l'hereu, contra els béns privatis d'aquest és reconèixer, a la meua manera de veure, que en el cas del BSP es modifica el principi de la responsabilitat *ultra vires* de l'hereu, segons el qual aquest sol respon il·limitadament per deutes del causant i càrregues hereditàries.

Por últim⁽¹⁸⁵⁾, només cal dir que la doctrina catalana, en general, no ha destacat, segons la meua opinió, la referida contradicció en què incorre el Legislador català en consideració al contingut del citat precepte⁽¹⁸⁶⁾, tal vegada perquè, al seu entendre, aquesta no es produeix.

4. Bibliografia

ARROYO, E. «El benefici de separació de patrimonis 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 (Diritto romano)». *Novissimo Digesto Italiano*, xvii (1970), p. 1-2.

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

— *Il commodum separationis nel Diritto moderno*. Bolonya, 1901.

BIONDI, B. *Diritto ereditario romano. Parte generale*. Milà, 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*. Torí, 1916, p. 569 i s.

— *Corso di Diritto romano: Le successioni. Parte generale*. Vol. VI. Milà, 1974, p. 439 i s.

DOMÍNGUEZ, P. «Algunas consideraciones sobre la recepción del Derecho romano en España y Cataluña». A: PANERO, R. (coord.). *El Derecho romano en la Universidad del s. xxi: Catorce siglos de historia y tradición*. València, 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*. Nàpols, 1900.

FERRINI, C. «Nuovi appunti sulla *separatio bonorum*». *Bulletino dell'Istituto di Diritto Romano*, 13 (1900), p. 32 i 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». A: *Derecho de sucesiones vigente en Cataluña*. València, 2008, p. 298 i 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 i s.

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

HIRRIZUELO, G. «LÓPEZ-BARAJAS, M.^a R. *Separatio bonorum*. Granada, 1995». Recensió a: *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». A: 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*. Torí, 1874.

MEZQUITA, E. «Comentario al art. 37 CS». A: 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/n (1904), p. 6 i s. (ed. facsímil de dit treball: Roma, 1971).

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

ROCA, E. «La supervivència de les institucions romanes en el Dret civil de Catalunya». A: *Actes del I Simposi Jurídic Principat d'Andorra/República de San Marino. El Ius 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». A: *Estudios sobre sucesiones*. Vol. I. Madrid, 1981, p. 316-374.

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

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

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

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

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

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

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

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) Igual que pel Dret foral navarrès. Aprofito aquestes línies per manifestar que, a dia d'avui, dedico els meus esforços d'investigació a un proper treball que té per objecte l'anàlisi detallada del procés de recepció de la *separatio bonorum* romana en el Dret civil català, és a dir, de l'esdevenir històric d'una institució successòria, de marcat caràcter processal, com és la separació de patrimoni, des dels seus orígens romans fins a la seva vigent regulació catalana.
- (4) Per contra, el nostre Dret històric espanyol, en concret, el Projecte del CC de l'any 1851, sí la va regular, de la mateixa manera que, entre d'altres, els vigents CC italià i francès. En paraules 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 va destacar la freqüència i gran importància d'aquesta institució per als creditors del difunt que van contractar amb ell atenent a la seva fortuna i qualitats personals i que, per això, no era d'estranyar que tots els codis moderns, a imitació del Dret romà, se n'haguessin ocupat, i cap amb tanta prodigalitat com el de Louisiana. Per al citat autor (p. 1157), el silenci absolut del nostre CC sobre aquesta matèria no pot ser producte de l'oblit, encara que pugui donar pàbul a aquesta impressió el fet que les partides no s'ocupessin d'aquesta separació. *Vid.*, a les p. 1157-1162, les raons que esgrimeix Roca-Sastre sobre la desencertada postura del nostre CC sobre la matèria, segons la seva opinió.
- (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.* «Preàmbulo», apartat I, paràgraf 5è, de la mencionada Llei 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 recepció del Dret romà a Catalunya i bibliografia allà citada, *vid.* P. DOMÍNGUEZ, «*Algunas consideraciones sobre la recepción del Derecho romano en España y Cataluña*»,



- a R. PANERO (coord.), *El Derecho romano en la Universidad del s. xxi: Catorce siglos de historia y tradición*, València, 2005, p. 249-306, esp. p. 280-306.
- (8) Com ja he assenyalat a les primeres línies del treball, i d'acord amb el seu títol, aquest no pretén ser, lògicament, un nou estudi de la regulació de la SB en Dret romà, missió que, d'altra banda, mereixeria ser objecte d'una monografia i que compta, amb caràcter general, amb contribucions de la doctrina de totes les èpoques i amb treballs especialitzats, en la seva gran part, dels primers anys del segle xx.
- (9) Pròleg de la monografia de M.^a R. LÓPEZ-BARAJAS, *Separatio bonorum*, Granada, 1995, p. 1. Sobre la mateixa, *vid.* G. HIRRIZUELO, «LÓPEZ-BARAJAS, M.^a R. *Separatio bonorum*. Granada, 1995», recensió a *Revista de Estudios Histórico-jurídicos*, 22 (2000), p. 1-2.
- (10) M.^a R. LÓPEZ-BARAJAS, *Separatio bonorum*, Granada, 1995, p. 7. En definitiva, com destaca l'autora, la SB és una figura en què es manifesta amb claredat l'íntima connexió entre Dret Substantiu i Dret Processal.
- (11) Cal ressenyar, entre d'altres, S. SOLAZZI, «*Del diritto dei creditori separatisti sul patrimonio dell'erede*», *Buletino dell'Istituto di Diritto Romano*, 11 (1898), p. 248-264; S. SOLAZZI, «*Ancora sul diritto dei creditori separatisti sul patrimonio dell'erede*», *Buletino dell'Istituto di Diritto Romano*, 13 (1900), p. 247 i s.; BAVIERA, «*Storia e teoria della separatio bonorum*», *Studi e Documenti di Storia e Diritto*, 20 (1899), p. 4 i s.; BAVIERA, *Il commodum separationis nel Diritto moderno*, Bolonya, 1901; C. FADDA, *Concetti fondamentali del diritto ereditario romano*, Nàpols, 1900, p. 348-409; C. FERRINI, «*Nuovi appunti sulla separatio bonorum*», *Buletino dell'Istituto di Diritto Romano*, 13 (1900), p. 32 i s.; A. MILANI, «*Della separatio bonorum: Note ed osservazioni*», *Studi e Documenti di Storia e Diritto*, s/n (1904), p. 6 i 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*, Torí, 1916, p. 569 i s.; TUMEDEI, *La separazione dei beni ereditari*, Bolonya, 1917; C. FUNAIOLI, «*Sulla separazione dei beni ereditari*», *Studi Senesi*, 61 (1949), p. 130-352. Així mateix, com treballs més recents, cal destacar els de R. ROCA-SATRE, «*El beneficium separationis y los actuales sistemas de separación sucesoria*», *Anuario de Derecho Civil*, 13 (1960); P. GIUNTI, *lus controversum e separatio bonorum*, Cagliari, 1993, i M.^a R. LÓPEZ-BARAJAS, *Separatio bonorum*, Granada, 1995.
- (12) En aquest sentit, cfr. per tots M.^a R. LÓPEZ-BARAJAS, *Separatio bonorum*, Granada, 1995, p. 8, que adverteix amb encert que «només la connexió de la SB amb el procediment executiu permet una major comprensió i solució dels problemes que comporta».
- (13) *Vid. supra*, nota 11.
- (14) En aquesta línia ja es va expressar, entre d'altres, P. MELUCI, *Trattato della separazione del patrimonio del difunto da quello dell'erede secondo il codice civile italiano*, Torí, 1874, p. 4, per a qui «la referida institució era proverbial per les innombrables controvèrsies a què continuament donava lloc a l'escola i a la jurisprudència».
- (15) Digest 42, 6, 1 *Ulp. 64 ad ed.*: «est igitur aequissimum creditores».
- (16) Cfr. M.^a R. LÓPEZ-BARAJAS, *Separatio bonorum*, Granada, 1995, p. 7. L'autora observa que el fet que la SB fos concebuda originàriament com un mecanisme protector dels interessos dels creditors del causant no exclou que, atesos els seus avantatges, anés, amb el pas del temps, ampliant-se a altres supòsits, entre els quals, segons el seu parer, és especialment rellevant la separació concedida a l'esclau instituït hereu (p. 56). No obstant això, per a cert sector doctrinal, el precedent immediat de la separació a favor dels creditors del difunt es trobaria, precisament, en la concedida a l'esclau instituït com a hereu necessari (*beneficium separationis*). En aquesta línia, cfr., entre d'altres, BAVIERA, «*Storia e teoria della separatio bonorum*», *Studi e Documenti di Storia e Diritto*, 20 (1899), p. 4 i s., i TUMEDEI, *La separazione dei beni ereditari*, Bolonya, 1917, p. 76 i s. Cal destacar que l'opinió de Baviera és avui, de manera gairebé unànime, rebutjada. Així, *vid.*, entre d'altres, C. FADDA, *Concetti fondamentali del diritto ereditario romano*, Nàpols, 1900, p. 355 i s.; A. MILANI, «*Della separatio bonorum: Note ed osservazioni*», *Studi e Documenti di Storia e Diritto*, s/n (1904), p. 6 i s.; A. GUARINO, «*Il beneficium separationis dell'heres necessarius*», *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Romanis. Abt.*, 60 (1940), p. 185 i s.; A. GUARINO, «*Gaio 2, 155, e il beneficium dell'heres necessarius*», *Studia et Documenta Historiae et Iuris*, 10 (1940), p. 240 i s.; S. SOLAZZI, *Il concorso dei creditori nel Diritto romano*, vol. IV, Nàpols, 1942, p. 70 i s.; M.^a R. LÓPEZ-BARAJAS, *Separatio bonorum*, Granada, 1995, p. 61-64. En definitiva, sobre les relacions entre la SB i el *beneficium separationis*, *vid.* per tots M.^a R. LÓPEZ-BARAJAS, *Separatio bonorum*, Granada, 1995, p. 61-64, 71-88 i la bibliografia citada.
- (17) *Vid. infra*, p. 6-7.
- (18) Sobre la legitimació dels legataris per demanar la SB, *vid. infra*, p. 7-8.
- (19) Sobre la insolvència de l'hereu, *vid. infra*, p. 10-11.
- (20) En concret, després del títol *De rebus auctoritate iudicis possidendis seu vendundis*.
- (21) Aquest títol, particularment breu, conté, per aquest ordre, un extens fragment d'Ulpià, tres de Papinià, un de Paulo, un de Julià i un altre de Marcià. D'altra banda, a la *separatio* de l'esclau hereu necessari, com apunta M.^a R. LÓPEZ-BARAJAS, *Separatio bonorum*, Granada, 1995, p. 58, fan referència, a més del Digest 42, 6, 1, 18 *Ulp. 64 ad ed.*, Gai, a l.2, 155, i el mateix Ulpià, al Digest 4, 4, 7, 5 *Ulp. 11 ad ed.*
- (22) Al llarg de tot el títol 6 del llibre 42 del Digest s'utilitzen els termes *separare*, *separationem*, *separatio bonorum*, etc. Només en un cas (Digest 42, 6, 1, 6 *64 ad ed.*), Ulpià utilitza l'expressió *quasi separatio*, però, segons López-Barajas, el remei contemplat no constitueix en realitat un cas de separació (*vid.* M.^a R. LÓPEZ-BARAJAS, *Separatio bonorum*, Granada, 1995, p. 56, nota 2, i p. 57). Pel que fa a la separació de l'*heres necessarius*, encara que aquesta figura no és objecte d'aquest estudi, cal assenyalar que les fonts ofereixen una terminologia més variada (*separare*, *reservare*, *commodum*...).
- (23) Al tot el que s'ha dit cal afegir, amb M.^a R. LÓPEZ-BARAJAS, *Separatio bonorum*, Granada, 1995, p. 61, que per a cert sector doctrinal l'antecedent immediat de la separació a favor dels creditors del causant es trobaria en l'atorgada a l'esclau instituït hereu necessari (*beneficium separationis*). Per contra, per a la citada romanista seria aquest benefici el que va tenir el seu origen a la SB (p. 64). Sobre aquesta qüestió, *vid. supra*, nota 16. Així mateix, cal recordar que l'escassetat de fonts també planteja el problema de com estava estructurat l'edicta relatiu a la separació de patrimonis. Sobre aquest tema s'han proposat diverses hipòtesis que, a manera de síntesi, poden reconduir-se a dues: la que defensa que aquest edicte era únic (a més, per a alguns autors, aniria destinat exclusivament als creditors de l'herència i, per a uns altres, també



arribaria a l'esclau instituït hereu necessari), i la que advoca per l'existència de dos edictes, un referit a la separació de l'esclau instituït hereu necessari i un altre, a la dels creditors del causant. Sobre aquesta problemàtica, *vid.* per tots M.^a R. LÓPEZ-BARAJAS, *Separatio bonorum*, Granada, 1995, p. 59-60, amb la bibliografia citada, i P. GIUNTI, *Ius controversum*, Cagliari, 1993, p. 18, notes 14-15.

(24) M.^a R. LÓPEZ-BARAJAS, *Separatio bonorum*, Granada, 1995, p. 67. Sobre aquesta qüestió, *vid.* p. 64-67 i la bibliografia citada.

(25) Així, al Digest 42, 6, 1 *Ulp. 64 ad ed.*, el primer i més llarg dels fragments, Ulpià, després d'apuntar *ab initio* que la separació haurà de ser decretada pel pretor, comença contemplant (paràgrafs 1 i 2) la qüestió de la legitimació activa. En el paràgraf 3 al·ludeix als béns objecte de la separació i, després de referir-se, al paràgraf 4, a una qüestió de la legitimació passiva, torna a abordar el tema de la legitimació activa (paràgrafs 5, 6, 7, 8 i 9). A continuació, el Jurista es dedica als casos en què el creditor del causant perd el dret a la separació com a conseqüència d'haver manifestat la seva voluntat d'acceptar l'hereu com a deutor (paràgrafs 10, 11 i 15). Així mateix, de la pèrdua d'aquest benefici per causes relatives als propis béns del difunt o al pas del temps tracten els paràgrafs 12 i 13, respectivament. Al paràgraf 14 es destaca que, en darrer terme, serà el pretor qui haurà de pronunciar-se sobre si escau o no la separació. A la regulació de les relacions entre els creditors que han sol·licitat la separació i els que no es dedica el paràgraf 16. La polèmica qüestió de si els creditors separatistes, després de quedar insatisfets amb l'herència, poden dirigir-se subsidiàriament contra el patrimoni de l'hereu, es contempla al paràgraf 17 (altres dos textos aborden el mateix problema: Digest 42, 6, 5 *Paul. 13 quaest.* i Digest 42, 6, 6, 3 *Pap. 27 quaest.*). I, finalment, a la separació atorgada a l'esclau hereu necessari al·ludeix el paràgraf 18.

Als textos restants del citat títol hi ha referències, d'una banda, a la legitimació activa per demanar la *separatio*: als creditors condicionals (Digest 42, 6, 4 pr. *Pap. 12 respons.*), als legataris (Digest 42, 6, 4, 1 *Pap. 12 respons.* i, sobretot, Digest 42, 6, 6 pr. *Julian. 46 dig.*), al creditor fiançat (Digest 42, 6, 3 pr. i 1 *Pap. 27 quaest.*); i, d'altra banda, a la

venda de béns relictes per l'hereu (Digest 42, 6, 2 *Pap. 25 quaest.*).

(26) Cfr. per tots 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 defunto (storia)*», a *Enciclopedia del diritto*, vol. XLII, Milà, 1989, p. 1445-1472, esp. p. 1455, assenyala que la praxi i la doctrina de l'Edat Mitjana i l'Edat Moderna van fer referència al règim de la SB del *Corpus Iuris*, no exempt de contradiccions, i, segons sembla, interpolat en diversos punts.

(29) És pràctica molt coneguda de la jurisdicció (*Est iurisdictionis tenor promptissimus*) i remei d'indemnitat assenyalat als creditors de l'herència en l'edicta del pretor (*indemnitasque remedium edicto praetoris creditoribus hereditariis demonstratum*) que, sempre que demanen la separació de béns (*ut, quotiens separationem bonorum postulant*), la impetrin amb coneixement de causa (*causa cognita impetrent*). Així doncs, preferiràs el convenient resultat de la teva pretensió (*praeoptabis igitur convenientem desiderii tui fructum*), si haguessis demostrat que no vas atènyer-te a la seguretat dels hereus, sinó que per necessitat els convoques a judici (*si te non heredem fidem secutum sed ex necessitate ad iudicium eos provocare demonstraveris*).

(30) Competents per rebre la prescrita *postulatio* dels creditors del causant haurien estat el pretor o el president de la província (*vid.* Digest 42, 6, 1, 14 *Ulp. 64 ad ed.*), que presideix el procediment d'execució universal (és a dir, la *bonorum venditio*) instaurada contra l'hereu. Això resulta lògic si es té en compte, com veurem, que la SB era un incident dins d'aquest procediment.

(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, les múltiples qüestions tractades en aquest.

(34) La part central d'aquest llarg text (*de fieri enim a quia plures sunt hic*), prou reiterativa, contrasta amb l'essencialitat del seu inici fins al punt de deixar suposar, segons P. GIUNTI, *Ius controversum e separatio bonorum*, Cagliari, 1993, p. 22, la caiguda d'un glossema explicatiu. Malgrat això, com reconeix l'autora, no resulta contaminada en el seu conjunt la transparència estructural de l'esdeveniment històric, que integra el supòsit típic.

(35) Queden compresos en aquesta categoria, com es desprèn de les fonts: els creditors a termini o sota condició (Digest 42, 6, 4 pr. *Pap. 12 respons.*), els creditors naturals (Digest 42, 6, 1, 18 *Ulp. 64 ad ed.*), els creditors hipotecaris (Digest 42, 6, 1, 4 *Ulp. 64 ad ed.*), els creditors del peculí castrense (Digest 42, 6, 9 *Ulp. 54 ad ed.*) i el creditor el deutor del qual va quedar hereu del fiador (Digest 42, 6, 3 pr. *Pap. 27 quaest.*). Així mateix, el cohereu que sigui creditor del causant podrà demanar la separació per la quota del seu crèdit no extingit per confusió (*vid.* C. 7, 72, 7). Per veure una anàlisi detallada dels diversos creditors referits, *vid.* M.^a R. LÓPEZ-BARAJAS, *Separatio bonorum*, Granada, 1995, p. 115-132 i 139-140.

(36) Cfr. per tots R. ROCA-SASTRE, «*El beneficium separationis y los actuales sistemas de separación sucesoria*», *Anuario de Derecho Civil*, 13 (1960), p. 1119, qui assenyala que, malgrat que un text de Paulo (Digest 42, 6, 5 12 *quaest.*) pressuposi que poden demanar la separació els *creditoris hereditarii*, només poden fer-ho els creditors del finat; cfr. també M.^a R. LÓPEZ-BARAJAS, *Separatio bonorum*, Granada, 1995, p. 11, que argumenta que si bé Ulpià, al Digest 42, 6, 6, 1 64 *ad ed.*, es refereix als creditors en general (*separatio permitti creditoribus*), sense distingir entre les seves diverses classes i, per tant, el títol en què es basa el seu crèdit, el que en relació a una altra categoria de creditors *ex causa hereditaria*, com són els legataris, hagi estat necessària una disposició que, de forma específica, els hagi admès a la separació (Digest 42, 6, 6 *lul. 46 dig.*), permet concloure que només estan legitimats per demanar la *separatio* els creditors del causant.

(37) Em refereixo als creditors per les avui anomenades *càrregues de l'herència*, és a dir, per raó de despeses funeràries, d'obertura de la successió, de pagament d'impostos, etc., exceptuant els que ho siguin per despeses d'última malaltia del difunt, ja que aquests crèdits neixen en vida d'aquest. En definitiva, com ja va assenyalar R. ROCA-SASTRE, «*El beneficium separationis y los actuales sistemas de separación sucesoria*», *Anuario de Derecho Civil*, 13 (1960), p. 1120, les despeses que no són deutes del causant, sinó de l'herència, per originar-se després de l'obertura de la successió, són a càrrec de l'hereu.

(38) Com matisa B. BIONDI, *Diritto ereditario romano. Parte generale*, Milà, 1954, p.



- 363, la separació només s'aplicaria al llegat amb efectes obligacionals, atès que en el d'efectes reals la *separatio* no sembla tenir gaire sentit, en la mesura que el legatari adquireix, en aquest cas *recta via*, la propietat de la cosa o dret llegat sobre la mateixa.
- (39) Digest 42, 6, 4, 1: *Legatarios autem in ea tantum parte, quae de bonis servari potuit, hebere pignoris causam convenit*; i Digest 42, 6, 6 pr.: *Quotiens heredis bona solvendo non sunt, non solum creditores testatoris, sed etiam eos, quibus legatum fuerit, impetrare bonorum separationem. El fet que els legataris estiguessin ja protegits davant de l'hereu amb altres mesures de garantia porta a Bonfante a preguntar-se (a Corso di Diritto romano: Le successioni. Parte generale, vol. VI, Milà, 1974, p. 439 i s.), entre altres qüestions, si el dret dels legataris a demanar la SB va ser ja reconegut en època clàssica. Coincideixo amb M.^a R. LÓPEZ-BARAJAS, *Separatio bonorum*, Granada, 1995, p. 133, que la resposta, en vista dels textos, sembla ser afirmativa i que el fet que l'Edicte (vid. O. LENEL, *Edictum Perpetuum*, p. 418, nota 1) no fes cap menció dels legataris permet concloure que la seva legitimació hauria estat un assoliment de la jurisprudència, la qual cosa no exclou que tal legitimació sigui d'origen clàssic. En aquesta línia, R. ASTOLFI, «*Separazione dei beni del defunto da quelli dell'eredità (Diritto romano)*», *Novissimo Digesto Italiano*, XVII (1970), p. 2, nota 5, ja va considerar que les sospites d'interpolació eren poc convincents. No obstant això, a favor de la manipulació del Digest 42, 6, 6, cfr. C. STORTI, «*Separazione dei beni del defunto (storia)*», en *Enciclopedia del diritto*, vol. XLII, Milà, 1989, p. 1456.*
- (40) En aquesta línia, M.^a R. LÓPEZ-BARAJAS, *Separatio bonorum*, Granada, 1995, p. 135, recolza tal afirmació en C. 7, 72, 2.
- (41) Sobre aquesta qüestió, vid. *infra*, comentari de l'article 461-23 del CCC.
- (42) En resum, es pot afirmar amb B. BIONDI, *Diritto ereditario romano. Parte generale*, Milà, 1954, p. 363, que el legatari ocupa una posició intermèdia entre els creditors del causant i els de l'hereu, ja que se'l prefereix respecte els altres, però davant d'ell, com es desprèn del Digest 42, 6, 6, pr. *lul. 46 dig.*, tenen preferència els creditors del difunt (*aequum est, ita ut, cum in creditoribus solidum adquisitum fuerit, legatariis vel solidum vel portio quaeratur*).
- (43) Vid. també Digest 42, 6, 1, 2 i 5-6 *Ulp. 64 ad ed.* i Digest 42, 6, 6, 1 *lul. 46 dig.*
- (44) En relació a si podia demanar, en alguna ocasió, la separació de patrimonis, és de gran interès un fragment d'Ulpia (Digest 42, 6, 1, 6 *64 ad ed.*) en què es discuteix tal possibilitat. Segons el parer de M.^a R. LÓPEZ-BARAJAS, *Separatio bonorum*, Granada, 1995, p. 140, tot sembla indicar que estaríem davant un supòsit de *restitutio in integrum* (sobre aquest text, vid. p. 140-141). En termes similars es manifesta l'autora (p. 141-147) respecte a un altre supòsit referit, en aparença, a la *separatio* a favor de l'hereu (vid. Digest 42, 6, 6, 1 *lul. 46 dig.*). En definitiva, la romanista conclou, a la p. 147, que encara que no són supòsits de veritable separació, els efectes derivats de la *restitutio in integrum* són els mateixos que si aquella hagués tingut lloc, fet que explica, en primer lloc, que els juristes parlin d'una *quasi separatio* (en lloc de *separatio*) i, en segon, que en un tractat destinat a la SB tinguin cabuda els dos casos citats.
- (45) Major problemàtica planteja la qüestió de si la *separatio* pot ser demanada, en algun cas excepcional, pels creditors de l'hereu, tenint en compte el que Ulpia disposa al Digest 42, 6, 1, 2 *64 ad ed.* Sobre aquest tema em limito aquí a destacar que per a R. ASTOLFI, «*Separazione dei beni del defunto da quelli dell'eredità (Diritto romano)*», *Novissimo Digesto Italiano*, XVII (1970), p. 2, nota 12, en contra del sentir majoritari, els textos confirmarien (Digest 42, 6, 1, 5-6 i Digest 42, 6, 6, 1) que la regla relativa a la SB, ja en Dret clàssic, hauria estat estesa a hipòtesis excepcionals, derogant així el principi en virtut del qual la *separatio* no pot ser sol·licitada pels creditors de l'hereu.
- (46) Vid. *infra*, efectes de la SB.
- (47) En particular, en Dret justinianeu, amb l'acceptació de l'herència a benefici d'inventari (C. 6, 30, 22, a. 531), que si bé coincideix amb la SB en què tracta d'evitar certs efectes perjudicials derivats de la *confusio* patrimonial, no obstant això, se'n diferencia en la finalitat, ja que amb aquesta acceptació el que es pretén és protegir l'hereu, evitant-li la pèrdua, per confusió, dels drets que ostenta davant el causant i, especialment, la responsabilitat *ultra vires hereditatis*. En general, sobre els efectes de l'acceptació de l'herència a benefici d'inventari, 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) Encara que no han faltat algunes veus que admeten la possibilitat que la SB sigui, en si mateixa, un mitjà d'iniciar un procediment destinat a la venda del patrimoni de l'hereu, és a dir, que pugui tenir lloc al marge del procediment d'execució universal. En aquest sentit, cfr. B. BIONDI, *Diritto ereditario romano. Parte generale*, Milà, 1954, p. 339. Sobre els arguments en què es recolza l'opinió generalitzada, així com la qüestió de determinar quin és, dins d'aquest procediment, el moment processal oportú per sol·licitar la SB i, si escau, per concedir-la, vid. per tots M.^a R. LÓPEZ-BARAJAS, *Separatio bonorum*, Granada, 1995, p. 168-170 i 171-177.
- (49) L'opinió de BAVIERA, «*Storia e teoria della separatio bonorum*», *Studi e Documenti di Storia e Diritto*, 20 (1899), p. 45 i s., que la venda dels béns de l'hereu i els del difunt seria única, com assenyala M.^a R. LÓPEZ-BARAJAS, *Separatio bonorum*, Granada, 1995, p. 194, és avui pràcticament rebutjada en doctrina, de manera que pot afirmar-se que la SB va implicar una doble *bonorum venditio*. Sobre aquesta i la doble *lex venditionis*, vid. M.^a R. LÓPEZ-BARAJAS, *Separatio bonorum*, Granada, 1995, p. 195-197 i 197-198.
- (50) En paraules de P. GIUNTI, *Ius controversum e separatio bonorum*, Cagliari, 1993, p. 23, l'essència operativa de la SB consisteix, per tant, en una distinció material en el curs del procediment executiu entre els béns de l'herència i els de l'hereu, així com en un còmput separat del percentatge de realització per a les dues categories de creditors, gràcies al fraccionament disposat en la fase de liquidació relativa a la fallida (Digest 42, 6, 1, 1 *Ulp. 64 ad ed.*: «*quasi duorum fieri bonorum venditionem (...) ut separatim quantum cuiusque creditoribus praestetur*»).
- (51) Segons M.^a R. LÓPEZ-BARAJAS, *Separatio bonorum*, Granada, 1995, p. 180, va ser la llibertat del pretor, en atenció a les circumstàncies del cas per accedir o no a la petició dels creditors del difunt, la que va donar lloc, amb el pas del temps, a l'exigència pràctica d'una sèrie de requisits.
- (52) El que ocorre, *ad exemplum*, si va novar el crèdit hereditari (Digest 42, 6, 1, 10), si va cobrar interessos de l'hereu (Digest 42, 6, 1, 10) o si va obtenir-ne nova garantia del crèdit de causant (Digest 42, 6, 1, 11 i 15). Doncs, en aquests casos, com s'afirma a les fonts, el creditor

del difunt es va atènyer a la persona de l'hereu: «*quippe cum secuti sunt nomen heredis nec possunt iam se ab eo separare*» (Digest 42, 6, 1, 10); «*hi enim secuti sunt eum*» (Digest 42, 6, 1, 11); «*non est ei concedenda separatio, quasi eum secutus sit*» (Digest 42, 6, 1, 15); «*plures creditores, quidam secuti heredem*» (Digest 42, 6, 1, 16); «*si te non heredem fidem secutum*» (C. 7, 72, 2).

(53) Ulpià, al Digest 42, 6, 1, 12, afirma que cal saber (*Praeterea sciendum est*) que, després que els béns de l'herència van ser barrejats amb els de l'hereu (*posteaquam bona hereditaria bonis heredis mixta sunt*), no es pot demanar la separació (*non posse impetrari separationem*), perquè, confosos i units els béns (*confusis enim bonis et unitis*), no es podrà demanar la separació (*separatio impetrari non poterit*). Encara que s'admet que aquest fragment, segurament, està manipulats (cfr. R. ASTOLFI, «*Separazione dei beni del difunto da quelli dell'eredità (Diritto romano)*», *Novissimo Digesto Italiano*, xviii (1970), p. 2, nota 3), no obstant això, l'opinió majoritària matisa que els principis que conté són clàssics. En aquest sentit, cfr., entre d'altres, A. MILANI, «*Della separatio bonorum: Note ed osservazioni*», *Studi e Documenti di Storia e Diritto*, s/n (1904), p. 27; B. BIONDI, *Diritto ereditario romano. Parte generale*, Milà, 1954, p. 375 i s., i P. VOCI, *Diritto ereditario romano*, vol. II, Milà, 1963, p. 671, nota 14. En general, sobre aquest text, vid. M.^a R. LÓPEZ-BARAJAS, *Separatio bonorum*, Granada, 1995, p. 187-189.

(54) No obstant això, Ulpià, en relació al temps en què s'ha de demanar la SB, concreta, al Digest 42, 6, 1, 13, que el termini és de cinc anys a comptar des de l'addició (*ut ultra quinquennium post aditionem numerandum separationem non postuletur*). Sobre aquest tema, cal observar que la interpolació de l'última frase del fragment (*ultra quinquennium post aditionem*), demostrada per C. FERRINI, «*Nuovi appunti sulla separatio bonorum*», *Bulletino dell'Istituto di Diritto Romano*, 13 (1900), p. 546 i s., és avui acollida per gran part de la doctrina, que sosté que el termini de cinc anys va ser establert en època justinianea i que, per tant, en Dret clàssic tan sols va haver d'exigir-se que no hagués passat molt de temps des de l'acceptació. En aquesta línia, cfr., entre d'altres, 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, Bologna, 1901, p. 47 i s.; P. BONFANTE, *Corso di Diritto romano: Le successioni. Parte generale*, vol. VI, Milà, 1974, p. 472, i M.^a R. LÓPEZ-BARAJAS, *Separatio bonorum*, Granada, 1995, p. 185-186. Així mateix, indica R. ROCA-SASTRE, «*El beneficium separationis y los actuales sistemas de separación sucesoria*», *Anuario de Derecho Civil*, 13 (1960), p. 1123, a l'època de l'*Ius Commune* no es va reconèixer l'existència d'aquest termini i només es va admetre la prescripció ordinària.

(55) Digest 42, 6, 1, 1 Ulp. 64 ad ed.: «*heres ei extitit Titius: hic non est solvendo*»; Digest 42, 6, 6 pr. Iul. 46 dig: «*Quotiens heredis bona solvendo non sunt*», i C. 7, 72, 7 a. 294: «*sin autem coheredes solvendo non sit*».

(56) Vid., entre d'altres, BAVIERA, «*Storia e teoria della separatio bonorum*», *Studi e Documenti di Storia e Diritto*, 20 (1899), p. 25 i s.; BAVIERA, *Il commodum separationis nel Diritto moderno*, Bolonya, 1901, p. 47, i 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) Literalment, insolvent és el que no paga o el que és mal pagador, però segons la Real Acadèmia Espanyola de la Llengua el concepte sol entendre's com la situació del que no té amb què pagar els seus deutes.

(59) Vid. autors citats per López-Barajas i els arguments esgrimits a favor d'aquesta opinió, a M.^a R. LÓPEZ-BARAJAS, *Separatio bonorum*, Granada, 1995, p. 181, nota 40, i p. 182-183.

(60) En aquest sentit, R. ROCA-SASTRE, «*El beneficium separationis y los actuales sistemas de separación sucesoria*», *Anuario de Derecho Civil*, 13 (1960), nota 57, apunta que és indiferent que l'hereu sigui solvent o insolvent, ja que, encara que sigui solvent, haurà de tenir-se en compte si, malgrat això, podrà incidir la seva situació en perjudici dels creditors del causant i els legataris. A més, i com amb encert matisa, es podran considerar altres condicions, com les de moralitat o de pagador correcte, que reuneixi l'hereu. En termes similars es manifesten altres autors (vid. nota anterior), que també defensen la no exigència de la insolvència de l'hereu com a condició per obtenir la separació, en argumentar que, si bé és cert que per obtenir-la és necessari que s'hagi iniciat un procediment exe-

cutiu patrimonial (*bonorum venditio*) contra l'hereu, no obstant això, no passa el mateix respecte a l'exigència de la seva insolvència, ja que aquest procediment pot iniciar-se per altres causes. Sobre aquestes, vid. G. ROTONDI, «*Una nuova ipotesi in materia di bonorum venditio*», en *Scritti Giuridici*, vol. III, Milà, 1922, p. 3 i s.

(61) C. FADDA, *Concetti fondamentali del diritto ereditario romano*, Nàpols, 1900, p. 379 i s.

(62) Coincideixo amb M.^a R. LÓPEZ-BARAJAS, *Separatio bonorum*, Granada, 1995, p. 18, en què la impossibilitat de l'hereu de fer front als crèdits, tant de l'herència com els propis, pot produir-se, en ocasions, per causes diverses a la insolvència i que, per això, més que exigir-ne una prova tècnica, el que haurà d'aportar-se al pretor serà un indici de la possible incapacitat de l'hereu per satisfer els crèdits sobrevinguts.

(63) Així ho confirma Ulpià al Digest 42, 6, 1 64 ad ed., ja que considera aplicable la SB tant si el causant Sei era o no solvent.

(64) S'inclouen també, indica M.^a R. LÓPEZ-BARAJAS, *Separatio bonorum*, Granada, 1995, p. 186-187, en virtut del principi *fructus augment hereditatem, els fruits civils o naturals que produeixin els béns hereditaris*. En contra, vid. TUMEDEI, *La separazione dei beni ereditari*, Bolonya, 1917, p. 184 i s.

(65) Vid. Digest 42, 6, 5 Paul. 13 quaest.

(66) Vid. Digest 42, 6, 2 Pap. 25 quaest. No obstant això, segons R. ASTOLFI, «*Separazione dei beni del difunto da quelli dell'eredità (Diritto romano)*», *Novissimo Digesto Italiano*, xvii (1970), p. 2, sembla que l'hereu haurà de consignar el preu obtingut de la venda o les vendes.

(67) En aquest sentit, cfr., entre d'altres, R. ROCA-SASTRE, «*El beneficium separationis y los actuales sistemas de separación sucesoria*», *Anuario de Derecho Civil*, 13 (1960), p. 1123-1124, i M.^a R. LÓPEZ-BARAJAS, *Separatio bonorum*, Granada, 1995, p. 259. Així mateix, és de justícia destacar l'esforç de la citada romanista en aquesta matèria, doncs després d'assenyalar que són varies les qüestions que sorgeixen entorn dels efectes de la separació, examina, de manera exhaustiva, cadascuna d'elles, a saber: a) anàlisi de si la SB suposa una paralització de la confusió patrimonial; b) determinació de si els creditors separatistes, no satisfets íntegrament els seus crèdits, poden dirigir-se contra el patrimoni hereditari; c) estudi de les relacions entre els creditors que han



demanat la separació i els que no, i d) quina és la situació jurídica de l'adquirent del patrimoni separat (vid. p. 205-237 i la bibliografia citada).

(68) És d'obligada referència i remissió l'ample i minuciós estudi de P. GIUNTI, *Ius controversum e separatio bonorum*, Cagliari, 1993, p. 26-123, sobre la problemàtica que planteja la SB romana respecte al residu patrimonial de l'hereu i, en concret, la participació en aquest. Vid. també M.^a R. LÓPEZ-BARAJAS, *Separatio bonorum*, Granada, 1995, p. 210-228 i la bibliografia citada.

(69) En aquesta línia, P. GIUNTI, *Ius controversum e separatio bonorum*, Cagliari, 1993, p. 39, després d'observar que la doctrina contemporània sembla calmar-se enfront de la contradicció cristal·litzada en el títol 6 del llibre 42 del Digest, puntualitza, no obstant això, que acull com a hipòtesi crítica màxima el postulat de la diversa configuració dogmàtica de la SB pels juristes severians.

(70) R. ROCA-SASTRE, «El *beneficium separationis* y los actuales sistemas de separación sucesoria», *Anuario de Derecho Civil*, 13 (1960), p. 1123-1124.

(71) És sabut per tots que són els següents: 1) l'hereu queda obligat a satisfer els deutes del causant, íntegrament, encara que superin el valor de l'herència; 2) l'hereu pot pagar els seus creditors particulars i aquests li poden exigir el cobrament amb béns de l'herència, amb independència dels creditors del difunt i els legataris, i 3) les relacions de crèdit i deute entre el difunt i l'hereu s'extingeixen, de la mateixa manera que els drets reals limitats de l'hereu sobre béns de l'herència o del causant sobre els de l'hereu.

(72) I, en conseqüència, afirma R. ROCA-SASTRE, «El *beneficium separationis* y los actuales sistemas de separación sucesoria», *Anuario de Derecho Civil*, 13 (1960), p. 1124, l'hereu no queda obligat a satisfer *ultra vires hereditatis* els deutes del causant, sinó només amb el cabal relict; no pot pagar els seus creditors personals, ni aquests poden exigir-li el cobrament, amb el patrimoni hereditari; les relacions jurídiques de crèdit i deute o derivades de drets reals limitats entre el causant i l'hereu no s'extingeixen.

(73) En relació a allò afirmat a la nota 71, el primer dels efectes, manifesta R. ROCA-SASTRE, «El *beneficium separationis* y los actuales sistemas de separación sucesoria», *Anuario de Derecho Civil*, 13 (1960), p. 1225, subsisteix; el segon,

queda paralitzat, i el tercer, en part subsisteix i en part no. Per a una anàlisi detallada dels efectes que deriven de cadascuna de les opcions indicades, vid. p. 1125-1136.

(74) Digest 42, 6, 1, 17 Ulp. 64 ad ed.: «Item sciendum est vulgo placere creditores quidem heredis, si quid superfuerit ex bonis testatoris, posse habere in suum debitum (...) heredis autem creditoribus hoc imputari non possit»; Digest 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»; i Digest 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) Ulpia, al Digest 42, 6, 1, 17 64 ad ed., declara que els creditors del testador (*creditores vero testatoris*) no poden tenir res dels béns de l'hereu (*ex bonis heredis nihil*). La raó d'això (*cuius rei ratio illa est*) és que qui va demanar la separació (*quod qui impetravit separationem*) ha d'imputar-se la seva pròpia facilitat (*sibi debet imputare suma facilitatem*), si havent-hi béns suficients de l'hereu (*si, cum essent bona idonea heredis*) hagués preferit que se separessin per a ell els béns del difunt (*illi maluerint bona potius defuncti sibi separari*). Però, si els creditors del difunt desitgessin ser substituïts també en els béns de l'hereu (*at si creditores defuncti desiderant, ut etiam in bonis heredis substituantur*), no han de ser escoltats (*non sunt audiendi*), perquè la separació que ells mateixos van sol·licitar (*separatio enim, quam ipsi petierunt*) els va separar d'aquests béns (*eos ab istis bonis separavit*). En aquesta mateixa línia, Paulo, al Digest 42, 6, 5 13 quaest., afirma que si els creditors de l'herència van impetrar la separació dels béns (*Si creditores hereditarii separationem bonorum impetraverunt*) i es trobés que no és solvent l'herència (*et inveniatur non idonea hereditas*) però que sí ho és l'hereu (*heres autem idoneus*), no podran tornar-se contra l'hereu (*non poterunt reverti ad heredem*), sinó que han d'estar al que una vegada van demanar (*quod semel postulaverunt, stare debent*). Però si els propis van arribar a cobrar-ho tot (*quod si proprii ad solidum pervenerunt*), el que sobrés, opinen alguns, se'ls ha de donar als de l'herència (*id quod supererit tribuendum hereditariis quidam putant*), però a mi

no em sembla així (*mihi autem id non videtur*), perquè quan van demanar la separació (*cum enim separationem petierunt*), es van apartar de la persona de l'hereu (*recesserunt a persona heredis*) i es van atènyer als béns (*et bona secuti sunt*) i els van vendre com d'un difunt (*et quasi defuncti bona vendiderunt*), els quals no poden rebre augment (*quae augmenta non possunt recipere*). I el mateix estimo que s'ha de dir (*idemque existimo dicendum*) si, enganyats quant a la separació dels béns (*etiamsi circa separationem bonorum decepti*), van aconseguir menys que els creditors propis de l'hereu (*minus consecuti sunt quam proprii heredis creditores*).

(76) El Jurista, al Digest 42, 6, 3, 2 27 quaest., sosté que, respecte a qualsevol altre creditor (*Sed in quolibet alio creditore*) que va demanar la separació (*qui separationem impetravit*), serà més convenient admetre (*probari commodius est*) que si no pogués recuperar de l'herència la totalitat (*ut, si solidum ex hereditate servari non possit*), percebi dels béns de l'hereu alguna cosa (*ita demum aliquid ex bonis heredis ferat*), només si haguessin estat pagats els creditors propis de l'hereu (*si proprii creditores heredis fuerint dimissi*). Respecte a aquest fragment, R. ASTOLFI, «*Separazione dei beni del defunto da quelli dell'erede* (Diritto romano)», *Novissimo Digesto Italiano*, xvii (1970), p. 2, nota 8, manté que, probablement, en origen, seria més ample.

Així mateix, alguns autors han volgut veure en el ja comentat text d'Ulpia una tercera solució intermèdia al referit problema, doncs el Jurista afirma, *in fine*, que si els creditors del difunt van demanar temeràriament la separació (*si tamen temere separationem petierunt creditores defuncti*), poden impetrar vènia (*impetrare veniam possunt*), havent al·legat, per descomptat, justíssima causa de la seva ignorància (*iustissima scilicet ignorantiae causa allegata*). R. ASTOLFI, «*Separazione dei beni del defunto da quelli dell'erede* (Diritto romano)», *Novissimo Digesto Italiano*, xvii (1970), unint-se al sentir comú de la interpolació del fragment, sosté que aquesta solució seria justinianea i que consistiria en la legitimació dels creditors separatistes insatisfets per demanar la rescissió de la *separatio*. No obstant això, per a C. STORTI, «*Separazione dei beni del defunto* (storia)», a *Enciclopedia del diritto*, vol. xli, Milà, 1989, p. 1456, nota 21, l'esmentada solució consistiria a aplicar la de Papinià, però



només quan la SB hagués estat demanada per error excusable dels creditors del difunt. Cfr. també P. VOCI, *Diritto ereditario romano*, vol. II, Milà, 1963, p. 623, que va estimar que en Dret justinianeu s'hauria acordat la preferència dels creditors del causant, pròpiament, en aquesta solució intermèdia.

(77) P. GIUNTI, *Ius controversum e separatio bonorum*, Cagliari, 1993, p. 76-77.

(78) Aquesta constitueix la línia d'opinió més recent, és a dir, la que nega la manipulació dels textos i entén, per tant, que la diversitat d'opinions jurisprudencials no ha de ser imputada a Justinian, sinó considerar-se un de tants supòsits que van existir divergències d'opinions entre els juristes. Per a P. GIUNTI, *Ius controversum e separatio bonorum*, Cagliari, 1993, p. 44, una nova lectura responsable del debat jurisprudencial sobre la destinació de l'excedent obtingut de la venda forçosa del patrimoni de l'hereu no pot ometre un requisit de fons, tan essencial, segons la seva manera de veure, que condiciona el complex replantejament d'aquest tema, o sigui: com era tècnicament possible que el procediment concursal desemboqués en la percepció d'aquell residu actiu, de la sort del qual van disputar els juristes amb tal vigor polèmic? Sobre aquesta àrdua qüestió, *vid.* P. GIUNTI, *Ius controversum e separatio bonorum*, Cagliari, 1993, p. 45 i s.

(79) Com destaquen alguns autors, cfr., entre d'altres, M.^a R. LÓPEZ-BARAJAS, *Separatio bonorum*, Granada, 1995, p. 220, aquesta expressió no va haver de limitar-se a l'opinió aïllada de Papinià, sinó que va comprendre la d'altres juristes. I prova d'això no només és l'ús del plural, sinó, especialment, el fet de ser Papinià un juriconsult d'entitat suficient com perquè se li hagués cridat pel seu nom, en cas d'haver estat l'únic defensor d'una determinada opinió. En aquest sentit, A. MILANI, «*Della separatio bonorum: Note ed osservazioni*», *Studi e Documenti di Storia e Diritto*, s/n (1904), p. 44 i s., fa referència al Digest 24, 1, 23 i Digest 12, 1, 40, textos en què Ulpià i Paulo, respectivament, citen, en particular i respecte a una opinió concreta, Papinià.

(80) En aquest sentit, cfr. R. ROCA-SASTRE, «*El beneficium separationis y los actuales sistemas de separación sucesoria*», *Anuario de Derecho Civil*, 13 (1960), p. 1131. Com afirma l'autor, els llegats constitueixen una *delibatio* o substracció de substància hereditària

(substància *in natura* en els llegats per vindicationem, o d'efectes reals, i ad valorem en els llegats per damnationem, o d'efectes obligacionals). No obstant això, la responsabilitat de l'hereu pels llegats per damnationem planteja, com indica Roca-Sastre, un problema molt discutit, l'amplitud del qual no em permet entrar en el seu estudi, encara que entenc amb ell que no suposa una responsabilitat *ultra vires hereditatis* per a l'hereu, sense que la quarta falcidia alteri la situació. Sobre aquesta qüestió, *vid. infra*, comentari de l'article 461-23 del CC. Un tema diferent a l'apuntat és el de la responsabilitat de l'hereu pels llegats per raó de la seva conducta irregular.

(81) M.^a R. LÓPEZ-BARAJAS, *Separatio bonorum*, Granada, 1995, p. 220-221.

(82) En aquest sentit ja es va pronunciar P. BONFANTE, *Corso di Diritto romano: Le successioni. Parte generale*, vol. VI, Milà, 1974, p. 371.

(83) Cfr., entre d'altres, A. MILANI, «*Della separatio bonorum: Note ed osservazioni*», *Studi e Documenti di Storia e Diritto*, s/n (1904), p. 49, i P. VOCI, *Diritto ereditario romano*, vol. II, Milà, 1963, p. 674.

(84) S. SOLAZZI, «*Del diritto dei creditori separatisti sul patrimonio dell'erede*», *Bulletino dell'Istituto di Diritto Romano*, 11 (1898), p. 254.

(85) Com afirma R. ROCA-SASTRE, «*El beneficium separationis y los actuales sistemas de separación sucesoria*», *Anuario de Derecho Civil*, 13 (1960), p. 1129, nota 36, aquesta tendència s'ha de considerar avui abandonada.

(86) Així s'expressa Paulo al Digest 42, 6, 5.

(87) En general, sobre les raons dels citats juristes per excloure els creditors separatistes dels *bona herediis*, *vid.* per tots P. GIUNTI, *Ius controversum e separatio bonorum*, Cagliari, 1993, p. 87 i s.

(88) Sobre aquestes, *vid.* per tots M.^a R. LÓPEZ-BARAJAS, *Separatio bonorum*, Granada, 1995, p. 213-228 i la bibliografia ressenyada.

(89) M.^a R. LÓPEZ-BARAJAS, *Separatio bonorum*, Granada, 1995, p. 224.

(90) En la mateixa línia, amb anterioritat, cfr. B. BIONDI, *Diritto ereditario romano. Parte generale*, Milà, 1954, p. 372, i P. VOCI, *Diritto ereditario romano*, vol. II, Milà, 1963, p. 673 i s.

(91) *Vid.* el desenvolupament 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/n (1904), p. 50. Ja amb anterioritat, cfr. S. SOLAZZI, «*Del*

diritto dei creditori separatisti sul patrimonio dell'erede», *Bulletino dell'Istituto di Diritto Romano*, 11 (1898), p. 261.

(93) Segons M.^a R. LÓPEZ-BARAJAS, *Separatio bonorum*, Granada, 1995, p. 228, a més dels arguments de justícia material, no hem d'oblidar els referits a l'àmbit purament processal.

(94) R. ROCA-SASTRE, «*El beneficium separationis y los actuales sistemas de separación sucesoria*», *Anuario de Derecho Civil*, 13 (1960), p. 1125. *Vid.* el desenvolupament d'aquestes postures, amb bibliografia, a les p. 1127-1130.

(95) Posició antigament dominant en doctrina.

(96) Al seu favor, cfr. B. BIONDI, *Diritto ereditario romano. Parte generale*, Milà, 1954, p. 373. Per a R. ROCA-SASTRE, «*El beneficium separationis y los actuales sistemas de separación sucesoria*», *Anuario de Derecho Civil*, 13 (1960), p. 1130, encara que potser sigui, teòricament, la més fundada, encara conserva certa dosi de rigidesa.

(97) Postura defensada per R. ROCA-SASTRE, «*El beneficium separationis y los actuales sistemas de separación sucesoria*», *Anuario de Derecho Civil*, 13 (1960), i per molts altres juristes.

(98) No puc deixar d'indicar, encara que aquí no sigui objecte d'examen per les raons ja exposades, altres situacions d'interès que poden produir-se en aquesta matèria: la relació entre creditors del causant que han obtingut la separació, la relació entre legataris separatistes i creditors del causant no separatistes i la relació entre legataris separatistes i no separatistes. Sobre aquestes, *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 redacció del fragment ha suscitat dubtes respecte a qui s'ha d'incloure en l'expressió «*creditores, quidam secuti heredem*», així com quin és el significat de les paraules «*an eos secum admittant*». Sobre les diverses opinions postulades, *vid.* per tots M.^a R. LÓPEZ-BARAJAS, *Separatio bonorum*, Granada, 1995, p. 229-233. No obstant això, al marge d'aquests dubtes, com amb encert observa R. ROCA-SASTRE, «*El bene-*



ficium separationis y los actuales sistemas de separación sucesoria», *Anuario de Derecho Civil*, 13 (1960), p. 1133, al concepte d'*heredem sequi*, utilitzat en les fonts com a oposat al de *defunctum sequi*, cal atribuir-li un doble significat: el d'invocar el creditor del causant que ha reconegut l'hereu com a propi deutor, en aquest cas no pot demanar la *separatio*, i el d'al·ludir el creditor del causant que no l'ha demanat.

(101) A. MILANI, «*Della separatio bonorum: Note ed osservazioni*», *Studi e Documenti di Storia e Diritto*, s/n (1904).

(102) Postura defensada per BAVIERA, *Il commodum separationis nel Diritto moderno*, Bolonya, 1901, p. 91 i s., per a qui els creditors del causant que no han demanat la *separatio* tenen dret a una quota de concurs proporcional als seus crèdits sobre el patrimoni hereditari, encara que aquesta quota haurà de ser compartida amb els creditors propis de l'hereu, als quals s'equiparen els creditors no separatistes. En la mateixa línia, cfr. R. ROCA-SASTRE, «El *beneficium separationis* y los actuales sistemas de separación sucesoria», *Anuario de Derecho Civil*, 13 (1960), p. 1134-1135, qui observa que aquest criteri «relatiu o benigne» va prevalent modernament. Estima l'autor que, entre creditors separatistes i no separatistes del causant, la SB no altera el seu rang de creditors, ja que es limita a atribuir als separatistes la facultat de postergar els creditors personals de l'hereu respecte dels béns de l'herència, facultat de la qual manquen els creditors no separatistes. Subsisteix, per tant, segons la seva opinió, la *par conditio creditorum*, que roman inalterable, encara que els creditors no separatistes es ressenten de la interferència d'algun creditor personal de l'hereu.

(103) En aquest sentit, cfr., entre d'altres, C. FADDA, *Concetti fondamentali del diritto ereditario romano*, Nàpols, 1900, p. 397 i s.; P. BONFANTE, *Corso di Diritto romano: Le successioni. Parte generale*, vol. vi, Milà, 1974, p. 463 i s.; B. BIONDI, *Diritto ereditario romano. Parte generale*, Milà, 1954, p. 373 i s., i M.^a R. LÓPEZ-BARAJAS, *Separatio bonorum*, Granada, 1995, p. 234. Sobre els arguments esgrimits en favor d'aquesta postura, cal destacar, entre d'altres i a manera de síntesi: a) el que es funda al propi text d'Ulpià, Digest 42, 6, 1, 16; b) el que raona que, estant tots els creditors del causant en condicions de poder defensar els seus crèdits amb la SB, és lògic que els qui van utilitzar

aquest recurs siguin preferits a qui es van abstenir fer-ho, i c) el que considera que, jurídicament, és absurd parlar de *creditors del difunt*, atès que no es pot ser creditor d'un mort i, per tant, no cal referir-se a una quota de concurs dels creditors no separatistes respecte al patrimoni del causant i el seu deutor només pot ser l'hereu, ja que van deixar d'exercitar aquell benefici del que podien gaudir en atenció a la seva qualitat històrica, ja extingida, de creditor del difunt.

(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*, Milà, 1954, p. 368.

(106) Al respecte, *vid.* per tots M.^a R. LÓPEZ-BARAJAS, *Separatio bonorum*, Granada, 1995, p. 259-267.

(107) El màxim exponent d'aquesta teoria és BAVIERA, «*Storia e teoria della separatio bonorum*», *Studi e Documenti di Storia e Diritto*, 20 (1899), p. 47 i s.; BAVIERA, *Il commodum separationis nel Diritto moderno*, Bolonya, 1901, p. 67 i s.

(108) Cfr., entre d'altres, C. FERRINI, «*Nuovi appunti sulla separatio bonorum*», *Bullettino dell'Istituto di Diritto Romano*, 13 (1900), p. 186 i s.; A. MILANI, «*Della separatio bonorum: Note ed osservazioni*», *Studi e Documenti di Storia e Diritto*, s/n (1904), p. 41 ss, i P. VOCI, *Diritto ereditario romano*, vol. II, Milà, 1963, p. 672. M.^a R. LÓPEZ-BARAJAS, *Separatio bonorum*, Granada, 1995, p. 261, indica que aquesta postura és avui majoritària.

(109) Cfr., entre d'altres, R. ROCA-SASTRE, «El *beneficium separationis* y los actuales sistemas de separación sucesoria», *Anuario de Derecho Civil*, 13 (1960), p. 1131, i M.^a R. LÓPEZ-BARAJAS, *Separatio bonorum*, Granada, 1995, p. 263-267. A manera de conclusió, la citada romanista afirma que «la separació de patrimonis no constitueix una separació jurídica, sinó una mera separació material entre dues masses patrimonials de les quals és titular un mateix subjecte». Aquesta separació material, que es produeix sempre en el procediment executiu, és la que permet, afirma, que la venda dels béns de l'hereu i causant es realitzi separatament (p. 265-266).

(110) En el mateix sentit, 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) Aquesta es produeix *ipso iure* per l'acceptació pura i simple de l'herència i, per tant, no depèn de la voluntat dels creditors separatistes.

(113) P. VOCI, *Diritto ereditario romano*, vol. II, Milà, 1963, p. 370.

(114) Al llarg del present treball ja he al·ludit al Dret justinianeu en diverses qüestions.

(115) Cfr. ASTOLFI, *Separazione*, cit., p. 2.

(116) Per a ASTOLFI, *id.* n. anterior, encara ha d'acollir-se l'opinió que en Dret justinianeu la SB no pot ser independent d'un procediment executiu. No obstant això, altres autors, com STORTI, *Separazione*, cit., p. 1.456-1.457, consideren que la separació de patrimonis adquireix ara un caràcter autònom, en el sentit que la demanda de *separatio* ja no queda condicionada a un procediment d'execució forçosa sobre els béns de l'hereu.

(117) R. ASTOLFI, «*Separazione dei beni del difunto da quelli dell'eredità (Diritto romano)*», *Novissimo Digesto Italiano*, XVII (1970), p. 2.

(118) El llibre IV del CCC, relatiu a les successions, va ser aprovat per la Llei 10/2008, de 10 de juliol (DOGC núm. 5175, de 17 de juliol). Com s'afirma al «Preàmbul», apartat I (*Principis i sistemàtica*) d'aquesta Llei, aquesta, «seguint el pla de codificació del dret civil català traçat per la Llei 29/2002, del 30 de desembre, primera Llei del Codi civil de Catalunya, aprova el llibre IV del Codi civil, dedicat al dret de successions. Malgrat el que estableix l'article 6 de la dita Llei, no ho fa per mitjà de modificacions d'addició, supressió o nova redacció de les normes vigents, sinó d'un text alternatiu íntegre, que evita les dificultats inherents a una refosa posterior». Com és sabut, el Dret català havia estat ja codificat en aquest àmbit, amb vocació de completesa, per la Llei 40/1991, de 30 de desembre, del Codi de Successions per causa de mort en el Dret civil de Catalunya. La Llei que ara s'aprova segueix la petjada d'aquest Codi precedent i conserva els seus fonaments, el seu disseny institucional bàsic i, fins i tot, la redacció de nombrosos articles. No obstant això, s'ha aprofitat l'oportunitat que oferia la incorporació del seu contingut al llibre IV del Codi civil per actualitzar un nombre significatiu d'institucions i preceptes i, en algunes matèries, per realitzar reformes d'una certa profunditat. Cal no oblidar, en aquest sentit, que, malgrat



que el Codi de successions era un text relativament recent, amb setze anys de vigència, una part substancial del seu articulat procedia de la Compilació del 1960 o del Projecte de compilació del 1955, cossos legals anquilosats per les circumstàncies del moment en què es van redactar.

(119) L'anàlisi detallada del procés de recepció de la *separatio bonorum* romana en el Dret civil català, o sigui, de l'esdevenir històric d'aquesta institució des dels seus orígens romans fins al CCC, constitueix, com ja he apuntat a l'inici d'aquest treball, l'objecte principal de la meua propera publicació. No obstant això, considero oportú anticipar, a manera de síntesi, una sèrie de consideracions d'interès sobre el tema apuntat:

1) La fidel adhesió al text justinianeu va ser una característica en l'elaboració de la institució en la fase de l'*lus Commune*, d'acord amb la doctrina dels autors clàssics, sense que penetrés a Catalunya, com observa R. ROCA-SASTRE, «El *beneficium separationis* y los actuales sistemas de separación sucesoria», *Anuario de Derecho Civil*, 13 (1960), p. 1162-1163, la desviació francesa sobre aquesta figura jurídica, com ho demostren els antics juristes catalans. Respecte als precedents del BSP en la tradició jurídica catalana, observem, amb 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 els juristes de l'*lus Commune* destaquen l'operativitat del BSP com a correctiu de la confusió automàtica de patrimonis, una vegada produïda l'acceptació pura i simple de l'hereu. En aquest sentit, CANCER i, indirectament, FONTANELLA, citats per E. ARROYO, «El *benefici de separació de patrimonis en el Dret civil català*», *Revista Jurídica de Catalunya*, 3 (2000).

2) El BSP no apareix recollit, expressament, en el Dret català fins a l'Avantprojecte de 1955 (igual al Projecte de 1955), l'article 503 del qual establia: «1.-Els creditors per deutes o càrregues hereditàries i els legataris podran obtenir del Jutge competent que el patrimoni hereditari sigui considerat separat del privatiu de l'hereu, a l'objecte de salvaguardar el seu dret davant els creditors particulars d'aquest últim. El Jutge, previ inventari de l'herència i prèvia adequada justificació, concedirà aquest benefici si estima necessària tal salvaguarda, podent adoptar les mesu-

res conduents a la seva efectivitat. 2.-Els creditors hereditaris i els legataris que obtinguin aquest benefici de separació de patrimonis tindran dret preferent per al cobrament de llurs crèdits i percepció de llurs llegats respecte als creditors particulars de l'hereu, però mentre aquests últims no resultin pagats, els dits creditors no podran perseguir els béns privatis de l'hereu.»

3) Segons el que s'ha dit *supra*, a la nota 118, l'article 37 del derogat CS, que regulava el BSP, és un dels molts preceptes que l'esmentat Codi va importar de la Compilació de Dret Civil Especial de Catalunya (aprova el 21 de juliol de 1969; BOE núm. 175, de 22 de juliol de 1960), de manera directa (article 264) o a través de l'Avantprojecte de 1955 (igual al Projecte de 1955). Però aquesta línia continuista no obsta per destacar amb E. ARROYO, «El *benefici de separació de patrimonis en el Dret civil català*», *Revista Jurídica de Catalunya*, 3 (2000), p. 651, que la projectada regulació compilada del BSP va ser objecte de certes vicissituds en el període de 1955-1959, com a conseqüència de la revisió del Projecte de 1955 per la Comissió General de Codificació i de les esmenes realitzades pels procuradors de les Corts Generals espanyoles al projecte de llei aprovat pel Govern l'any 1959. En general, sobre aquesta qüestió, *vid.* per tots E. ARROYO, «El *benefici de separació de patrimonis en el Dret civil català*», *Revista Jurídica de Catalunya*, 3 (2000), p. 651-659 i la bibliografia citada.

4) El Decret legislatiu 1/1984, de 19 de juliol, pel qual s'aprova el text refós de la Compilació de Dret Civil de Catalunya (DOGC núm. 456, de 27 de juliol de 1984; Llei 13/1984, de 20 de març, sobre la Compilació de Dret Civil de Catalunya, BOE núm. 107, de 4 de maig), trasllada íntegrament l'article 264 de la Compilació catalana de 1960 al nou text refós del 1984.

5) L'article 37 del CS de 1991 suprimeix la referència expressa, com afavorits pel BSP, dels creditors per despeses d'última malaltia, però, a la resta, reproduceix fidelment el contingut de l'anterior article 264 de la Compilació de Dret Civil de Catalunya.

(120) El capítol III (*Del benefici d'inventari i del de separació de patrimonis*) del títol V (*Disposicions comunes a les successions testada i intestada*) de la Compilació catalana de 1960 disposava al seu article 264: «1.-Els creditors per deutes del causant o per despeses de la seva

última malaltia i els legataris podran obtenir del Jutge competent que el patrimoni hereditari sigui considerat separat del privatiu de l'hereu, a l'objecte de salvaguardar el seu dret davant els creditors particulars d'aquest últim. El Jutge, previ inventari de l'herència i prèvia adequada justificació, concedirà aquest benefici i adoptarà, si s'escauen, les mesures conduents a la seva efectivitat. 2.-Els creditors del causant i els legataris que obtinguin el benefici de separació tindran dret preferent per al cobrament de llurs crèdits i percepció de llurs llegats respecte als creditors particulars de l'hereu, però mentre aquests últims no resultin pagats, els dits creditors no podran perseguir els béns privatis de l'hereu.»

El text refós de l'any 1984 de la Compilació de Dret Civil de Catalunya, com ja s'ha indicat, transcriu íntegrament l'article 264 de la referida Compilació de 1960.

(121) En aquest sentit es manifesta R. ROCA-SASTRE, «El *beneficium separationis* y los actuales sistemas de separación sucesoria», *Anuario de Derecho Civil*, 13 (1960), p. 1164, respecte a l'article 264 de la Compilació catalana de 1960.

(122) Ubicat al llibre IV, títol 6 (*L'adquisició de l'herència*), capítol I (*L'acceptació i la repudiació de l'herència*), secció 4a.

(123) No obstant això, l'examen de les fonts romanes revela, com hem vist, que si bé els creditors particulars de l'hereu no podien sol·licitar, com a regla general, la SB, la legitimació activa d'aquests, en certs casos excepcionals contemplats als textos, és objecte de discussió. Al respecte, *vid. supra*, nota 45.

(124) La normativa aplicable continua sent el llibre III de la LEC de 1881, la vigència de la qual va ser prorrogada fins a l'entrada en vigor de la futura Llei sobre Jurisdicció Voluntària, mitjançant l'excepció i prevista a l'apartat I de la Disposició derogatòria única de la Llei 1/2000, de 7 de gener, que va aprovar la nova LEC. No obstant això, considero oportú destacar l'Exposició de Motius del fallit Projecte de Llei de Jurisdicció Voluntària per facilitar i agilitar la tutela i garantia dels drets de la persona en matèria civil i mercantil (121/000019), de 27 d'octubre de 2006, en concret, l'al·lusió a la nova posició dels secretaris judicials en la matèria, la qual cosa es manifesta en el reconeixement de competència per dictar «decrets motivats» en els assumptes que se'ls atribueixin, decrets motivats que serien



recorribles davant el Jutge de primera instància. La raó d'aquesta referència no és una altra que subratllar aquí, com es va fer en aquesta Exposició, que la utilització del terme *decret* suposaria recuperar la denominació de la resolució *decretum* amb què el Magistrat romà conclouia el procediment de jurisdicció voluntària. El que s'ha dit cobra gran rellevància si tenim present que, a Roma, el pretor, prèvia *causa cognitio*, concedia per decret la SB.

(125) No obstant això, de conformitat amb el nou precepte català, es pot afirmar que la finalitat del BSP és avui més àmplia, ja que persegueix salvaguardar el dret dels creditors, tant del causant com de l'hereu, davant els efectes perjudicials de l'acceptació pura i simple de l'herència.

(126) «En previsió que el benefici d'inventari decaigui, aquests (creditors del causant) poden, això no obstant, fer valer simultàniament el benefici de separació de patrimonis», esment que, no obstant això, és silenciats pel nou article 461-20.c del CCC, relatiu als efectes de l'acceptació de l'herència a benefici d'inventari.

(127) En aquest sentit, cfr. E. MEZQUITA, «Comentari al art. 37 CS», a 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, i M.^a C. GETE-ALONSO, «La protección de los acreedores: El beneficio de separación de patrimonios», a *Derecho de sucesiones vigente en Cataluña*, València, 2008, p. 298 i s., esp. p. 298.

(128) Així doncs, d'acord amb l'article 461-23.1 *in fine* del CCC, els creditors de l'hereu, davant la possibilitat d'una herència passiva, també poden obtenir el BSP per salvaguardar el seu dret davant els creditors del causant. En aquest cas, l'efecte de la separació no és un altre que el dret dels creditors de l'hereu a satisfer els seus crèdits amb el patrimoni privatiu d'aquest i amb preferència als creditors del causant i els legataris. En definitiva, aquest reconeixement no només és una novetat respecte al derogat article 37 del CS, reivindicada, des de fa temps, per una gran part de la doctrina catalana (*vid.*, en aquest sentit, E. MEZQUITA, «Comentari al art. 37 CS», a LI. JOU, *Comentarios al Código de Sucesiones*, vol. I, Barcelona, 1994, p. 128), sinó que també és un gran avanç en la història del Dret civil català. Si es pensa amb lògica, l'atribució del dret a

demanar el BSP als creditors de l'hereu era alguna cosa que calia esperar i, en cap cas, un «privilegi», ja que fins llavors aquests creditors es trobaven injustificadament en una posició inferior als del causant.

(129) Com apunta E. ARROYO, «El benefici de separació de patrimonis en el Dret civil català», *Revista Jurídica de Catalunya*, 3 (2000), p. 665, normalment es troben vinculades a la gestió econòmica de l'herència.

(130) De la mateixa manera que l'article 37.1 del CS, a diferència del text anterior de la Compilació (1984), la nova redacció del BSP tampoc no fa esment exprés dels creditors per despeses d'última malaltia com a beneficiaris amb dret a sol·licitar-lo. En paraules d'E. MEZQUITA, «Comentari al art. 37 CS», a LI. JOU, *Comentarios al Código de Sucesiones*, vol. I, Barcelona, 1994, p. 127, això podria interpretar-se com una exclusió expressa, per correcció negativa, respecte del text de la Compilació. No obstant això, coincideixo amb l'autor en què els referits creditors ho són del causant, ja que es tracta de deutes assumits en vida d'aquest, a diferència de la càrregues hereditàries (com les despeses de formació d'inventari, partició i defensa de l'herència, etc.), i, per tant, com a creditors del causant haurien de tenir dret a demanar el citat benefici. En el mateix sentit es pronuncia M.^a R. LLÁCER, «Comentari a l'art. 461-23», a 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.

Així les coses, no s'entén que el Legislador català encara catalogui de càrrega hereditària (*vid.* article 461-19 del CCC) les despeses d'última malaltia. Tenint en compte el que s'ha dit, s'han d'excloure, això no obstant, tots els altres titulars de drets per altres càrregues hereditàries.

(131) E. ARROYO, «El benefici de separació de patrimonis en el Dret civil català», *Revista Jurídica de Catalunya*, 3 (2000), p. 665-666.

(132) Igual que en el Dret romà, és indiscutible la legitimació dels legataris obligacionistes per demanar el BSP i el seu dret a obtenir-ho, sobretot, com indica E. ARROYO, «El benefici de separació de patrimonis en el Dret civil català», *Revista Jurídica de Catalunya*, 3 (2000), p. 666, quan aquests llegats no estan especialment garantits. Així mateix, tampoc avui, com en el Dret romà, no sembla tenir molt sentit que els lega-

taris afavorits amb un llegat *per vindicationem* (amb efectes reals) i que, per tant, adquireixen *recta via* del causant, la propietat de la cosa llegada o el dret real limitat, puguin sol·licitar el BSP, doncs de fer-ho, coincideixo amb E. ARROYO, «El benefici de separació de patrimonis en el Dret civil català», *Revista Jurídica de Catalunya*, 3 (2000), p. 667, difícilment podran justificar la seva necessitat.

(133) *Vid. supra*, nota 42.

(134) *Vid.* article 432-2.1.f, article 461-21.2 i 3 del CCC.

(135) En aquest sentit, cfr. M.^a R. LLÁCER, «Comentari a l'art. 461-23», a L. ALASCIO (coord.), *Comentari al llibre quart del Codi civil de Catalunya, relatiu a les successions*, vol. II, Barcelona, 2009, p. 1542. Respecte a aquesta qüestió, considero d'interès destacar les paraules d'E. ARROYO, «El benefici de separació de patrimonis en el Dret civil català», *Revista Jurídica de Catalunya*, 3 (2000), p. 667, i que entenc que són aplicables a l'actual regulació del BSP en el CCC: «La sol·licitud i posterior obtenció del BSP no impedeix que els llegats no arribin a fer-se efectius. Aquests no només poden resultar inoficiosos (el dret dels legitimaris és preferent al dels legataris), sinó que també poden ser reduïbles per falcidia, o per frau de creditors, el dret dels quals és preferent al dels propis legitimaris. Això últim implica tenir present que, encara que la propietat dels objectes llegats amb eficàcia real passa directament al legatari (són béns que no formen part de l'herència), la seva consideració com a béns relictes fa que aquests hagin de constatar necessàriament en l'inventari i, per tant, sempre operen com a garantia per als creditors hereditaris separatistes. D'una altra manera, la preferència d'aquests últims resultaria merament teòrica».

(136) Igual que en el Dret romà. *Vid.* al respecte el que s'apunta *supra*, nota 44.

(137) *Vid.* el que s'afirma a la nota 47.

(138) Els legitimaris, igual que els legataris, són creditors de l'hereu *ex causa hereditaria*, però, tal com assenyala E. ARROYO, «El benefici de separació de patrimonis en el Dret civil català», *Revista Jurídica de Catalunya*, 3 (2000), p. 668, la legítima, a diferència del llegat, no és un títol: «ser legitimari és només una condició o una qualitat personal». El que s'ha dit no obsta al fet que si la legítima ha estat atribuïda a títol de llegat, la seva legitimació quedi ja compresa en el que disposa l'article 461-



23.1 del CCC. No obstant això, per a LI. PUIG FERRIOL i E. ROCA, *Institucions del Dret civil de Catalunya*, vol. II: *Dret de successions*, València, 2009, p. 620, que interpreten de forma molt àmplia la legitimació activa per sol·licitar el BSP, encara que no siguin al·ludits al precepte, també la tenen els legitimaris per ser creditors de l'herència.

(139) El mateix que en el Dret romà.

(140) Cfr. LI. PUIG FERRIOL i E. ROCA, *Institucions del Dret civil de Catalunya*, vol. II: *Dret de successions*, València, 2009, p. 620.

(141) Com passa, no obstant això, als ordenaments jurídics que adopten el principi de separació com a sistema automàtic. A aquests efectes, assenyala R. ROCA-SASTRE, «El *beneficium separationis* y los actuales sistemas de separación sucesoria», *Anuario de Derecho Civil*, 13 (1960), p. 1148, cal distingir entre l'ordenament successori anglès i els seus derivats, el mexicà i els altres ordenaments; en tots ells, l'aïllament de l'herència s'aconsegueix per la pròpia virtualitat del mecanisme successori. En general, sobre aquests ordenaments, *vid.* p. 1148-1154.

(142) El Dret civil català opta, com el Dret romà, pel principi de separació com a sistema facultatiu, igual que el sistema francès, l'alemany i els sistemes derivats respectius. *Vid.* un examen d'aquests a R. ROCA-SASTRE, «El *beneficium separationis* y los actuales sistemas de separación sucesoria», *Anuario de Derecho Civil*, 13 (1960), p. 1139-1148.

(143) El Dret romà s'aparta, en època clàssica, del procediment actual per a la concessió de la separació, ja que, com hem vist, la SB era un incident d'un procediment executiu universal contra l'hereu, és a dir, d'una *bonorum venditio* ja iniciada. No obstant això, es discuteix en doctrina si en època justiniana la *separatio* quedava o no condicionada a un procediment executiu sobre els béns de l'hereu (*vid.* nota 116).

(144) Als textos romans no es fa referència expressa a la necessitat de practicar un inventari.

(145) Encara que l'article 461-23.2 del CCC no indica res sobre la seva confecció i contingut, comparteixo amb M.^a C. GETE-ALONSO, «La *protección de los acreedores: El beneficio de separación de patrimonios*», a *Derecho de sucesiones vigente en Cataluña*, València, 2008, p. 299, que el més lògic és pensar que són d'aplicació analògica les normes previstes per al benefici d'inventari.

(146) Cal apuntar que, si la veritat és que el vigent precepte català, a diferència de l'anterior article 37.1 del CS, omet la referència expressa a la «prèvia adequada justificació», aquesta es dedueix tenint en compte el citat precepte, en disposar aquest que «el Jutge, amb la motivació adequada, concedeix el benefici de separació».

(147) En aquest sentit, amb motiu de l'article 37 del CS, ja es pronuncia E. MEZQUITA, «Comentario al art. 37 CS», a LI. JOU, *Comentarios al Código de Sucesiones*, vol. I, Barcelona, 1994, p. 129, tot i que reconeix la poca claredat del text quant a l'abast de la «justificació». Cfr. també M.^a R. LLÁCER, «Comentari a l'art. 461-23», a L. ALASCIO (coord.), *Comentari al llibre quart del Codi civil de Catalunya, relatiu a les successions*, vol. II, Barcelona, 2009, p. 1542.

(148) Sobre els requisits o pressupostos als quals quedava supeditada la concessió de la SB pel pretor, prèvia *causa cognitio*, *vid.* p. 9-10, amb notes.

(149) La doctrina esmenta, entre d'altres, el nomenament d'un administrador, l'exigència a l'hereu perquè garanteixi el pagament (garanties reals i personals), l'anotació preventiva del dret dels creditors, si estan compresos en algun dels supòsits de l'article 42 de la LH, l'anotació preventiva del procediment en el Registre de la Propietat, el dipòsit de béns i la corresponent prohibició de disposar de l'hereu, etc.

(150) El termini de cinc anys a comptar des de l'addició per sol·licitar la *separatio* (Digest 42, 6, 1, 13), segons l'opinió majoritària, com ja he dit, seria justinianeu i, per tant, en Dret clàssic només devia exigir-se que no hagués passat molt de temps des de l'acceptació. Sobre aquest termini de cinc anys, *vid. supra*, nota 54.

(151) L'anterior article 37 del CS tampoc no fixava cap termini i, segons E. ARROYO, «El *benefici de separació de patrimonis en el Dret civil català*», *Revista Jurídica de Catalunya*, 3 (2000), p. 669, tot sembla indicar que era una omisió deliberada (*vid.* p. 669, nota 75). La fixació d'un terme, com observa l'autora, és innecessària, si es té en compte que per la pròpia naturalesa de les coses la petició del BSP no és operativa sempre i en qualsevol moment que s'interposi.

(152) M.^a C. GETE-ALONSO, «La *protección de los acreedores: El beneficio de separación de patrimonios*», a *Derecho de sucesiones vigente en Cataluña*, València, 2008, p. 299.

(153) En aquests termes ja es va pronunciar E. ARROYO, «El *benefici de separació de patrimonis en el Dret civil català*», *Revista Jurídica de Catalunya*, 3 (2000), nota 151, respecte a l'article 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, sense oblidar que l'autora fa referència al derogat article 37 del CS.

(155) Si fos així, E. ARROYO, «El *benefici de separació de patrimonis en el Dret civil català*», *Revista Jurídica de Catalunya*, 3 (2000), p. 662, distingeix tres possibilitats: l'exigència d'una situació d'insolència «tècnica» (passiu exigible superior a l'actiu realitzable), simplement «fàctica» o «judicialment declarada» (*vid.* bibliografia citada).

(156) Postura sostinguda per R. ROCA-SASTRE, «El *beneficium separationis* y los actuales sistemas de separación sucesoria», *Anuario de Derecho Civil*, 13 (1960), p. 1121, com hem vist, també per al Dret romà. Avui la doctrina catalana es manifesta sobre aquesta qüestió en termes poc compromesos (al respecte, *vid.* E. ARROYO, «El *benefici de separació de patrimonis en el Dret civil català*», *Revista Jurídica de Catalunya*, 3 (2000), p. 663, nota 58).

D'altra banda, no hem d'oblidar que, d'acord amb l'actual legitimació activa dels creditors de l'hereu per sol·licitar el BSP, cal plantejar-se la mateixa qüestió respecte a la situació econòmica de l'hereu a l'efecte de demanar els seus creditors personals el citat benefici.

(157) *Vid. supra*, p. 10-11.

(158) Fet que recordaria al Dret romà clàssic, al marge de les diferències processals, en què la SB, com s'ha dit, era un incident del procediment executiu patrimonial, és a dir, d'una *bonorum venditio* ja iniciada contra l'hereu.

(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) Tot i que E. ARROYO, «El *benefici de separació de patrimonis en el Dret civil català*», *Revista Jurídica de Catalunya*, 3 (2000), p. 664, reconeix que l'article 150.2 de la LEC (2000) conduiria al mateix resultat i, per tant, que per tal de saber qui i quants són els creditors particulars de l'hereu, no sembla un requisit indispensable que existeixi una prèvia execució universal contra

El contracte de permuta financera de tipus d'interès

Comentari de la sentència de l'Audiència Provincial de Girona de 18 de febrer de 2011

Aquest treball té com a objectiu, amb la premissa del contingut de la sentència de l'Audiència Provincial de Girona de 18 de febrer de 2011, analitzar la naturalesa jurídica del contracte de permuta financera, el tractament per la pràctica judicial i la visió que en fa la pràctica bancària.

Sergio Sánchez y Montiel

Magistrat. Jutge substitut del Jutjat de Primera Instància núm. 1 de Girona

d'instruments musicals i la que aleshores era l'entitat bancària Caixa d'Estalvis de Catalunya, perquè s'havia detectat un error en el consentiment contractual prestat.

L'anterior resolució judicial parteix de la següent frase fàctica: «L'entitat mercantil Giromúsica, SLU, societat de venda minoris-

ta d'instruments musicals a la ciutat de Girona, client de l'entitat bancària demandada, Caixa d'Estalvis de Catalunya (en endavant, Caixa Catalunya), des de pràcticament l'any 1998, data des de la qual utilitza habitualment els serveis bancaris que ofereix l'entitat Caixa Catalunya, el 7 de març de 2007 va concertar amb l'entitat demandada, Caixa

1. ANTECEDENTS FÀCTICS

El 18 de febrer de 2011, l'Audiència Provincial de Girona va dictar la seva primera sentència en matèria de contractes de permuta financera, més coneguts en la terminologia anglosaxona amb el nom de contractes de *swap*. És el primer pronunciament judicial que l'Audiència Provincial de Girona duu a terme sobre el fons d'aquesta matèria, i tot això arran del recurs d'apel·lació interposat per l'antiga entitat Caixa d'Estalvis de Catalunya contra la **sentència dictada pel Jutjat de Primera Instància núm. 1 de Girona en data de 27 d'agost de 2010**, en la qual es declara la nul·litat d'un contracte de permuta financera de tipus d'interès signat entre una societat dedicada a la venda minorista





Catalunya, escriptura del préstec hipotecari per un principal de 930.000 euros, en què la prestatària s'obligava a retornar el capital en el termini de quinze anys, mitjançant el pagament de cent vuitanta quotes mensuals i amb l'aplicació d'uns interessos ordinaris que han de computar mensualment, i en què es va establir per al primer any un interès fix del 4,86 %, i durant les anualitats restants del préstec hipotecari, un interès variable igual a l'euríbor + 0,75 %. En aquesta mateixa data es va oferir a l'entitat demandant un producte que va resultar ser una permuta financera de tipus d'interès (*swap* de tipus d'interès), amb la qual, en el cas que el tipus d'interès de referència pugés, el venedor, que en aquest cas era l'entitat bancària Caixa de Catalunya, havia d'abonar una quantitat al client, i en el cas que el tipus d'interès baixés, el client havia de pagar a la caixa. Segons aquesta oferta, l'entitat actora, Giromúsica, SLU, a través del seu representant legal, va signar un contracte marc d'operacions financeres (en endavant, CMOF) i l'ordre en ferm de contractació, en data de 2 de març de 2007, i un document de confirmació de l'operació el 8 de març de 2007. Quan la mercantil actora, a finals de març de 2009, va rebre un avís de liquidació que l'informava que havia d'abonar la quantitat de 1.374,15 euros, amb data de venciment el 31 de març de 2009, va anar a veure el director de l'oficina bancària per demanar explicacions, i aquest li va explicar que aquests moviments o càrrecs eren deguts a la mateixa essència del contracte i a la baixada dels tipus d'interès, per la qual cosa, el 31 de març de 2009 i el 22 de maig de 2009 va remetre dues cartes al director de l'oficina bancària esmentada en què mostrava la seva disconformitat amb el producte contractat, sense rebre cap mena de resposta de l'entitat bancària demandada, i per aquest motiu li va sol·licitar informació sobre el cost de cancel·lació del contracte de permuta financera o *swap* i/o sobre la possibilitat de reduir el termini de durada de la cobertura. La informació que li van donar va ser que el cost de cancel·lació anticipada de l'operació ascendia a la quantitat de 63.349,10 euros i que el cost de modificació de la cobertura a partir de la següent revisió (el 26 de febrer de 2010) era de 28.019,05 euros.»

La meritada sentència de l'Audiència Provincial de Girona de 18 de febrer de

2011 desestima el recurs d'apel·lació interposat per l'entitat financera i confirma íntegrament la sentència de primera instància, en concloure que la contractant es va acollir a la signatura del contracte de permuta financera de tipus d'interès o *swap* perquè la informació que li va oferir l'entitat bancària la va induir a l'error sobre les possibilitats de rendibilitat, la qual cosa s'acredita per una informació defectuosa imputable sobre el producte ofert al banc contractant, i per tant existeixen els supòsits jurisprudencialment exigits per entendre que un error així en el consentiment anul·la el contracte⁽¹⁾.

2. BREU APROXIMACIÓ AL CONTRACTE DE PERMUTA FINANCERA

Un cop més, quan tractem la qüestió de fons d'aquesta resolució judicial, ens trobem davant del que en la doctrina científicouridica es coneix com el **contracte de permuta financera**⁽²⁾ en la modalitat de permuta de tipus d'interès (en la terminologia anglosaxona, *interest rate swap*).

Es tracta d'un **contracte mercantil atípic**, però lícit a l'empara de l'article 1255 del Codi civil i de l'article 50 del Codi de comerç, importat del sistema jurídic anglosaxó, caracteritzat per la doctrina com a **consensual, bilateral i sinal·lagmàtic** (amb interdependència de prestacions on cada una actua com a causa de l'altra), de **durada continuada**. En la seva modalitat de *tipus d'interès* (*interest rate swap*)⁽³⁾, l'acord consisteix a intercanviar sobre un capital nominal de referència i no real (*nocional*) els imports que resulten d'aplicar un coeficient diferent per a cada contractant (denominats *tipus d'interès*, encara que no ho siguin en sentit estricte, ja que en realitat no hi ha acord de préstec de capital), i en què les parts contractants, segons els respectius terminis i tipus pactats, es limiten a intercanviar pagaments parcials durant la vigència del contracte o, més simplement, a liquidar periòdicament, mitjançant una compensació, aquests intercanvis, cosa de la qual en resulta a favor d'un contractant o de l'altre un saldo deutor o un saldo creditor.

Els *swaps* o contractes de permuta financera tenen un caràcter **complex i especulatiu** (financerament parlant) i sorgeixen en un primer moment per assegurar el preu

de les operacions complexes en les quals les entitats financeres volien limitar el risc, principalment respecte de les operacions que se solen concertar amb divises en mercats exteriors i que serveixen per garantir al contractant una protecció de manera que una variació en aquest no perjudica la perspectiva de negoci. Recentment, determinades entitats financeres han introduït aquest producte i l'han ofert als clients directament i independentment del seu perfil, sense que l'entitat financera oferís la informació suficient per tal que el contractant fos conscient del que estava signant. En aquest sentit, quan es concedia un crèdit hipotecari, un contracte de descompte bancari o un arrendament financer, l'entitat bancària ofería la firma d'un contracte de *swap* o permuta financera amb diverses denominacions, la qual cosa ha conduït al fet que, en la pràctica, aquesta mena de contractes hagin generat molts problemes, atès que en baixar els tipus d'interès s'ha repercutit un perjudici econòmic considerable als clients de les entitats bancàries que un dia els havien signat. Històricament s'oferia en un moment en què els tipus d'interès estaven bastant alts, cosa que motivava molt sovint els clients d'aquestes entitats a contractar-los sense ser conscients de la mena de contracte que signaven.⁽⁴⁾

Es conclou que la contractant es va acollir a la signatura del contracte de permuta financera de tipus d'interès o *swap* perquè la informació que l'entitat bancària va oferir la va induir a l'error sobre les possibilitats de rendibilitat. Un error així en el consentiment, anul·la el contracte

En la pràctica judicial, les diferents resolucions judicials que s'han dictat sobre aquesta matèria se centren exclusivament en la modalitat de contracte de permuta financera més comuna, que és el **contracte de permuta de tipus d'interès** o *interest rate swap*, malgrat que dins de la categoria *swap* hi hagi diverses modalitats de producte o serveis bancaris nous que es coneixen en l'argot bancari com *derivats financers* i que només són instruments a través dels quals les empreses intenten cobrir el risc de pèrdues derivades de les fluctuacions del tipus d'interès⁽⁵⁾. Entre aquests contractes bancaris

destaquen els *caps* i els *floors*, tots opcions de tipus d'interès. El **floor** és l'opció de tipus d'interès amb la qual una de les parts (comprador) s'obliga a pagar a l'altra (venedor) una prima, i la contrapart (venedor) s'obliga, en el supòsit que en una data futura prèviament pactada entre les parts els tipus de referència caiguessin per sota del tipus *floor*, a pagar al comprador una quantitat *floor* que es calcula sobre un import nominal acordat per les parts (nocial); mentre que el **cap** és l'opció de tipus d'interès amb la qual una de les parts (comprador) s'obliga a pagar a l'altra (venedor) una prima, i la contrapart s'obliga, en el supòsit que en una data futura prèviament pactada entre les parts els tipus de referència excedissin el tipus *cap*, a pagar al comprador una quantitat *cap* que es calcula sobre un import nominal acordat per les parts (nocial). Quan es combinen totes dues opcions s'anomena **collar** (modalitat molt utilitzada per l'entitat Banco Santander), que és una operació que incorpora alhora un *cap* i un *floor*, de manera que si el tipus de referència excedís el tipus *cap* fixat per les parts, una de les parts hauria de pagar a l'altra una quantitat *cap* calculada sobre un import nominal, i si el tipus de referència caigués per sota del tipus *floor*, la part que ja rebut la quantitat *cap* hauria de pagar una quantitat *floor*, calculada sobre el mateix import nominal, a l'altra part. Si el tipus de referència oscil·la sempre entre el tipus *floor* i el tipus *cap*, les parts no han de fer cap pagament l'una a l'altra.

Entre els contractes de permuta financera o contractes de *swap* hi ha, així mateix, diferents modalitats contractuals en funció del tipus de referència que s'ha utilitzat, de manera que si el tipus de referència és el tipus d'interès, tenim el *contracte de permuta financera de tipus d'interès (interest rate swap)*, que és el contracte de *swap* tipus més utilitzat en la pràctica bancària; el *contracte de permuta financera de tipus d'interès dia a dia (call money swap o overnight indexed swap)*, i el *contracte de permuta financera de tipus d'interès variables (basis swap)*. En canvi, si el tipus del *swap* apareix referenciat respecte de divises, accions o actius, hi ha el *contracte de permuta financera de divises (FX swap)*; el *contracte de permuta financera de divises i tipus d'interès (cross-currency interest rate swap)*, que és una combinació de la permuta de tipus d'interès i la de divises; el *contracte de per-*

muta financera de matèries primeres (commodity swap); el *contracte de permuta financera d'interessos i accions (equity swap)*; el *contracte de permuta financera d'índexs d'accions (equity index swap)*, i el *contracte de permuta financera d'actius (asset swap)*.

3. LA INDISCRIMINADA UTILITZACIÓ DEL CONTRACTE DE SWAP EN LA PRÀCTICA BANCÀRIA

En la pràctica bancària s'han constatat un seguit d'abusos que han arribat als tribunals i que, en resum, es poden sintetitzar en:

1. Oferir aquest producte financer com un contracte d'assegurança d'interès fix que les entitats financeres estan obligades a oferir quan proposen un crèdit hipotecari referenciat a un tipus d'interès variable. Si hi ha alguna cosa a què no s'assembla el contracte de *swap* és a una assegurança, atès que, de fet, en la modalitat de permuta de tipus d'interès, la més bàsica i estàndard, ni tan sols es permuten (s'intercanvien) interessos ni sumes de diners, sinó que es compensen durant un període de temps (prèviament pactat) liquidacions periòdiques sobre una quantitat teòrica de diners (*import nocial*), en funció dels tipus d'interès vigents en cada moment de la durada del contracte. En la meua opinió, amb tota seguretat, la gran majoria dels directors, subdirectors i empleats de la banca que han ofert als seus clients el *swap* com si fos una assegurança enfront dels tipus d'interès actuaven amb el convenciment que era així, ja que així els haviem ofert l'esmentat producte financer en la formació corresponent (amb tota seguretat, en un dia i en poques hores), sense explicar-los l'estructura complexa i especulativa substancial amb el contracte de *swap*.

En la pràctica bancària, el que es constata amb aquests contractes és l'existència d'una sèrie d'abusos que finalment han derivat als tribunals

En la pràctica bancària s'han constatat en aquests contractes un seguit d'abusos que han arribat als tribunals

2. Que en oferir aquest producte l'entitat financera no oferia al client prou informació,

ni *precontractual* ni *postcontractual*. Cal no oblidar que en el contracte de *swap* o de permuta financera entrem de ple en la pràctica del sector bancari, que es caracteritza per la utilització generalitzada de *contracte d'adhesió* o *contractes tipus*, amb unes condicions generals redactades unilateralment per les entitats bancàries que el client ha d'acceptar a l'hora de contractar, sense la possibilitat d'introduir-hi modificacions ni matisos. Tot i aquestes particularitats i el sector en què es mouen els contractes objecte d'aquest plet, el Codi civil continua sent el que ens ofereix les pautes bàsiques amb relació als requisits que s'han de complir en la formació d'un contracte, a través del clàssic contingut de l'article 1261, que exigeix, per tal que existeixi un contracte, la concurrència de l'oferta i l'acceptació sobre la cosa i la causa que aquest ha de constituir. L'eix bàsic dels contractes, siguin quines siguin les parts, és el consentiment d'aquestes sobre l'essència del contracte, que no s'ha de prestar, perquè tingui eficàcia, de manera errònia, amb violència, intimidació o dol.

El consentiment, per ser vàlid i eficaç, exigeix per la seva pròpia naturalesa que els contractants tinguin plena consciència i coneixement clar i exacte de la cosa sobre la qual presten la seva acceptació i de les conseqüències que això suposa. Aquest fet provoca que en el sector bancari, el legislador i, per tant, la jurisprudència procurin destacar en l'anàlisi dels supòsits que tenen en compte la protecció que cal que el client d'un banc, encara que sigui potencial, tingui al seu favor en totes les fases de conclusió d'un contracte amb una entitat financera, i tot això per la necessitat de dotar d'empària el que s'ha entès com la part dèbil de la contractació en un contracte d'adhesió. **En la fase precontractual**, cal que la mateixa entitat doni al consumidor una informació suficientment clara i precisa perquè entengui el producte o servei que pogués arribar a contractar i aquest es troba dins les seves necessitats, així com els avantatges que espera obtenir reclamant un servei o acceptant un producte que se li ofereix. **En la fase contractual**, és suficient com a exemple l'existència de la Llei 7/1998, **de condicions generals de contractació**, en la qual a l'article 8 s'esmenten expressament les exigències de claredat, senzillesa, bona fe i just equilibri de les prestacions en el contracte que subscriuen les parts que, per la pròpia



naturalesa del contracte, en aquest cas les fixa el banc. Posteriorment, un cop signat el contracte, la fase posterior exigeix igualment arbitrar uns mecanismes de protecció i reclamació, que siguin clars i eficaços en la seva utilització, destinats a la part que es pogués veure perjudicada per la signatura del contracte en defensa dels possibles danys als seus interessos.

Tal com sosté la sentència de l'Audiència Provincial d'Astúries núm. 25/10 (secció v), de 27 de gener: «El dret a la informació en el sistema bancari i la tutela de la transparència bancària és bàsica per al funcionament del mercat de serveis bancaris i la seva finalitat és tant aconseguir l'eficiència del sistema bancari com tutelar els subjectes que hi intervenen (el client bancari), principalment, a través tant de la informació precontractual, en la fase prèvia a la conclusió del contracte, com en la fase contractual, mitjançant la documentació contractual exigible. En aquest sentit, és obligat citar l'article 48.2 de la LDIEC 26/1988, de 29 de juliol, i el seu desenvolupament, però la que realment i efectivament convé per a aquest cas és la Llei 24/1988, de 28 de juliol, del mercat de valors, en estar considerada pel Banc d'Espanya i la Comissió del Mercat de Valors sotmesa l'operació litigiosa dins del seu àmbit (mercat secundari de valors, futurs i opcions i operacions financeres, article 2 de la Llei del mercat de valors).

Un cop examinada la normativa del mercat de valors, sorprèn positivament la protecció dispensada al client atesa la complexitat d'aquest mercat i el propòsit decidit que es desenvolupi amb transparència, però sorprèn, sobretot, el desenvolupament normatiu minuciós sobre el tracte que cal donar al client, especialment en la fase precontractual. Aquest desenvolupament s'ha anat fent exhaustiu amb el temps i, així, si bé l'article 79 de la Llei del mercat de valors, a la redacció primitiva, establia com a norma cardinal del comportament de les empreses dels serveis d'inversió i entitats de crèdit enfront del client la diligència i transparència i el desenvolupament d'una gestió ordenada i prudent, tenint cura dels interessos del client com si fossin propis (lletres IA i IC), el Reial decret 629/1993 ho va concretar, encara més, amb el desenvolupament, al seu annex, d'un codi de conducta presidida per criteris d'imparcialitat

i bona fe, cura i diligència i, en el que ens interessa ara, adequada informació tant respecte de la clientela, amb la finalitat de conèixer la seva experiència inversora i objectius de la inversió (article 4 de l'annex 1), com del client (article 5), proporcionant-li tota la informació de què disposin que pugui ser rellevant per adoptar la decisió d'inversió "insistent en els riscos que comporta cada operació" (article 5.3). Aquest Decret va ser derogat, però la Llei 47/2007, de 19 de desembre, que modifica la Llei del mercat de valors, va continuar el desenvolupament normatiu de protecció del client amb la introducció de la distinció entre clients professionals i minoristes, amb l'objectiu de distingir el comportament adequat davant d'uns i altres (article 78 bis); va reiterar el deure de diligència i transparència del prestador de serveis i va introduir l'article 79 bis que regula exhaustivament els deures d'informació davant del client no professional, inclosos els potencials; entre altres extrems, sobre la naturalesa i riscos del tipus específic d'instrument financer que s'ofereix per tal que el client pugui "prendre decisions sobre les inversions amb coneixement de causa", cal que la informació inclogui els advertiments apropiats sobre els riscos associats als instruments o estratègies, no sense passar per alt les concretes circumstàncies del client i els seus objectius, tot recollint informació d'aquest sobre els seus coneixements, experiència financera i aquells objectius (article 79 bis, núm. 3, 4 i 7).

Després, el Reial Decret 217/2008, de 15 de febrer, sobre el règim jurídic de les empreses de serveis d'inversió, no ha parat d'insistir, entre altres aspectes, en aquest deure de fidelitat i adequada informació al client, tant en fase precontractual com contractual (articles 60 i següents; especialment, el 64, sobre la informació relativa als instruments financers). Naturalment, no es pot exigir a l'entitat bancària demandada un deure de fidelitat a l'actor, com a client, posant per davant l'interès d'aquest que el seu o fent-lo propi. Com que és un contracte sinal·lagmàtic, regit per l'intercanvi de prestacions de pagament, cada part ha de vetllar pel seu, però això no obsta perquè es pugui exigir i s'hagi d'exigir a l'entitat bancària un deure de lleialtat cap al seu client conformement a la bona fe contractual (article 7

del Codi civil) quan és aquest contractant el que, com en aquest cas, pren la iniciativa de la contractació i proposa un model de contracte segons objectius i propòsits tractats i consensuats prèviament, per tots dos contractants, singularment quant a la informació precontractual necessària per tal que el client bancari pugui decidir sobre la perfecció del contracte amb un "coneixement de causa" adequat i suficient, tal com diu l'article 79 bis de la Llei del mercat de valors que ja hem citat.»

S'exigeix un règim de classificació de clients per conèixer la seva experiència inversora, els seus coneixements i la seva capacitat financera, cosa que permetrà determinar si comprenen i, per tant, si poden assumir els riscos derivats de les seves decisions d'inversió

3. Que es contractava aquest producte amb un client que tenia tot el seu risc financer referenciat a un interès fix i sense valorar la idoneïtat del client per assumir el producte financer ofert, així com la conveniència d'aquest respecte del client. La MiFID, la Directiva europea sobre els mercats d'instruments financers (Markets in Financial Instruments Directive), regula la prestació de serveis d'inversió i afecta directament totes les entitats a l'hora d'informar, assessorar o vendre productes financers o d'inversió als seus clients, així com la manera d'oferir-los i executar-los. Aquesta Directiva comunitària intenta uniformar la manera que tenen les entitats d'oferir els seus productes d'inversió als clients i estableix un nou règim de protecció a l'inversor. S'aplica a Espanya mitjançant la Directiva 2004/39/CE, aplicada per la Directiva 2006/73/CE, que es va implantar en el nostre ordenament jurídic a través de la Llei 47/2007, de 19 de desembre, **que modifica la Llei 24/1988, de 28 de juliol, del mercat de valors**, i el Reial decret 217/2008, de 15 de febrer, **sobre el règim jurídic de les empreses de serveis d'inversió i de les altres entitats que presten serveis d'inversió i que modifica parcialment el Reglament de la Llei 35/2003, de 4 de novembre, d'institucions d'inversió col·lectiva, aprovat pel Reial decret 1309/2005, de 4 de novembre.**

La MiFID exigeix l'establiment d'un règim de classificació de clients, amb l'objectiu de conèixer la seva experiència inversora, els coneixements i la capacitat financera i determinar si comprenen i poden assumir els riscos derivats de les seves decisions d'inversió, i s'ha configurat un règim de classificació dels clients en tres categories:

- **Client minorista:** essencialment tots els particulars que actuen com a persones físiques, PIME, etc., que reben el màxim nivell de protecció previst per la MiFID tant en la realització dels tests (d'adequació i de conveniència) com en l'abast de la documentació i informació precontractual i postcontractual que s'ha de posar a llur disposició.
- **Client professional:** els que tenen un nivell menor de protecció respecte dels clients minoristes, ja que se suposa que tenen l'experiència, els coneixements i la qualificació suficients per prendre les seves pròpies decisions d'inversió i comprendre i assumir els riscos que aquestes comporten (entitats de crèdit, empreses d'inversió, asseguradores, grans empreses, governs, etc.).
- **Client contrapart elegible:** fa referència a entitats que, per la seva naturalesa, actuen normalment en els mercats financers, com ara bancs, caixes d'estalvis, fons d'inversió i pensions, societats de valors, etc. La MiFID preveu per a aquesta mena de clients un nivell bàsic de protecció, perquè es tracta d'entitats que actuen directament i freqüentment en els mercats financers.

4. Que no hi hagi un equilibri entre les prestacions de les parts. Òbviament, el fet que s'oferissin i se signessin aquesta mena de contractes de permuta financera o *swaps*, que la doctrina i la jurisprudència qualifiquen de productes financers d'alt risc, d'estructura complexa i especulativa, entre clients amb uns coneixements i una formació inversora pràcticament nuls, en un moment en què gairebé s'havia arribat a les portes d'una crisi financera i econòmica internacional i nacional (iniciada al final de l'estiu de 2008), i entitats bancàries que, si bé no podien preveure amb exactitud i detalls el comportament de les fluctuacions del mercat financer, sí que estaven en condicions de

poder disposar de més informació sobre el comportament del mercat financer i de les fluctuacions dels tipus d'interès que es produïrien arran de la crisi, ja suposa per endavant un desequilibri entre les prestacions que el banc i el client estan obligats a complir, que es tradueix en l'abonament de les diferents liquidacions a què es van obligar a pagar recíprocament amb la signatura del *swap*. Aquest desequilibri és extensiu a les prestacions entre les parts, atès que, per exemple, en les interlocutòries de les quals deriva la sentència de l'Audiència Provincial de Girona esmentada, s'aprecia que dels extractes del compte corrent de l'actora es dedueix un important risc i pèrdua a conseqüència de l'execució o efectivitat del contracte, ja que l'entitat Giromúsica, SLU va percebre dotze abonaments per un import entre 55,12 i 64,96 euros durant l'any 2008 i el principi del 2009 (perquè la contractació del *swap* especificava que la cobertura del risc s'iniciaria en data de 29 de febrer de 2008), mentre que li són reclamats càrrecs meritats del març a l'octubre de 2009 per imports entre 1.245,33 i 1.374,15 euros, amb la qual cosa s'acredita un perjudici econòmic rellevant per a l'entitat demandant i, per tant, un important desequilibri contractual, cosa que és comuna en la majoria de supòsits de contractes de *swap* tractats en les diferents resolucions dictades pels diferents tribunals.

La sentència de l'Audiència Provincial de Girona de 18 de febrer de 2011 suposa el primer pronunciament judicial que aquest òrgan duu a terme en matèria de nul·litat de contractes de permuta financera o de *swap* a la província de Girona

4. COROL·LARI FINAL

En definitiva, la sentència que l'Audiència Provincial de Girona va dictar en data de 18 de febrer de 2011 suposa el primer pronunciament judicial que aquest òrgan duu a terme en matèria de nul·litat de contractes de permuta financera o de *swap* a la província de Girona,

que se suma a l'elenc de pronunciaments judicials que hi ha hagut i que hi haurà a tot el territori en els quals s'acorda la nul·litat d'aquests contractes de *swap*⁽¹⁾, la resolució judicial dels quals recull un mandat judicial dirigit a totes aquelles entitats bancàries que han ofert indiscriminadament *swaps* als seus clients en afirmar que «per evitar precisament nul·litats de contracte, cal que el banc previngui i adverteixi l'altra part contractant (el client) que aquestes desigualtats en el resultat poden ocórrer i que ho poden fer d'una manera tan exhaustiva que impedeixi a la part contractar serveis que ràpidament li puguin produir uns perjudicis econòmics persistents, a través d'un sistema d'informació imparcial, clar i no enganyós. Tal com diu textualment la Llei del mercat de valors, d'una manera que permeti al client comprendre la naturalesa i els riscos del servei d'inversió i del tipus específic d'instrument financer que s'ofereix i poder, per tant, prendre decisions sobre les inversions amb coneixement de causa».

- (1) Veg. sentència del Tribunal Suprem de 26 de juny de 2000, en què s'estableixen com a requisits per apreciar l'error del consentiment els següents: «recaure sobre la cosa que constitueix l'objecte o sobre les condicions que principalment haguessin conduït a la formalització, de manera que se'n reveli clarament l'essencialitat; que no sigui imputable a qui ho pateix; un nexa causal entre aquest i la finalitat que es pretenia en el negoci jurídic concertat, i que sigui excusable, en el sentit que sigui inevitable perquè el que l'ha patit no l'ha pogut evitar mitjançant una diligència mitjana o regular».
- (2) Entre altres definicions del contracte de *swap*, hi ha la que proporciona la pràctica judicial a través dels jutges de dret mercantil de Barcelona, que defineixen el contracte de *swap* com «un contracte bilateral en virtut del qual una de les parts s'obliga a entregar a l'altra, en els termes pactats, unes sumes de diners determinades o determinables segons paràmetres objectius i calculades sobre un capital de referència invariable»; o la que ens aporta el *Dictionary of Banking Terms* americà, que defineix el *swap* com «un contracte per intercanviar el pagament d'interessos calculats a tipus fix pel pagament d'interessos calculats a tipus variable».



- (3) Que en la pràctica bancària, concretament en el model de contracte marc d'operacions financeres (CMOF), redactat per l'Associació Espanyola de Banca i la Confederació Espanyola de Caixes d'Estalvis, annex II, es defineix com «l'operació amb la qual les parts acorden intercanviar-se entre si pagaments de quantitats resultants d'aplicar un tipus fix i un de variable sobre un import nominal i durant un període de durada acordat».
- (4) Si bé recordem l'euríbor del **5,393 %** del mes de juliol de **2008**, després que euríbor passés el **2005** d'un **2,312 %** a un **2,783 %**, d'un **2,833 %** a un **3,921 %**, l'any **2006**, i del **4,064 %** a un **4,793 %**, l'any **2007**, tots recordem, també, que l'euríbor va passar el **2009** d'un **2,622 %** a un **1,242 %**, de manera que en un termini no gaire llarg de divuit

mesos l'euríbor es va reduir en més de 4 punts percentuals, més de 415 punts bàsics i es va mantenir a partir d'aquell moment en quotes similars durant l'any **2010**, amb una lleugera pujada de l'**1,281 %**, el juny de 2010, **1,373 %**, el juliol de 2010, **1,421 %**, l'agost de 2010, amb una lleugeríssima baixada fins a resituar-se en un **1,420 %**, el setembre de 2010, per continuar pujant i tornar a un **1,495 %**, l'octubre de 2010, fins a l'**1,544 %** el novembre de 2010, quan va experimentar una baixada en situar-se en un **1,526 %**, el desembre de 2010. **La tendència de l'euríbor durant l'any 2011** és la d'experimentar una alça, tal com es va demostrar el **gener de 2011**, quan es va situar en un **1,550 %**.

- (5) Veg. sentència dictada pel Jutjat de Primera Instància núm. 1 d'Ourense, de 18

de maig de 2010 («Fonament jurídic segon»).

- (6) Entre aquestes, destaquem les sentències dictades per la secció 11a de l'Audiència Provincial de Barcelona, la secció 1a de l'Audiència Provincial de Pontevedra, la secció 3a de l'Audiència Provincial de Jaén, el Jutjat de Primera Instància i d'Instrucció núm. 5 de Llorca, el Jutjat de Primera Instància núm. 1 d'Ourense, el Jutjat de Primera Instància núm. 48 de Madrid, el Jutjat de Primera Instància núm. 9 de Las Palmas de Gran Canaria, el Jutjat de Primera Instància núm. 2 de Santa Cruz de Tenerife, el Jutjat de Primera Instància núm. 6 de Vitòria, el Jutjat de Primera Instància núm. 15 de Saragossa, el Jutjat de Primera Instància núm. 1 de Girona, el Jutjat de Primera Instància núm. 5 d'Oviedo, etc.



Sobre la reforma de la Llei del Cadastre Immobiliari⁽¹⁾

La disposició final 18ª de la Llei 2/2011, de 4 de març, d'economia sostenible, publicada al *BOE* de 5 de març i amb entrada en vigor el 6 de març, ha modificat el Reial Decret Legislatiu 1/2004, de 5 de març, text refós de la Llei del Cadastre Immobiliari. Les normes introduïdes o modificades tenen una incidència directa en l'actuació notarial i obliguen a un examen que l'absència de *vacatio legis*, gairebé total, dificulta fer amb l'atenció pausada que seria necessària.

Antonio Ángel Longo Martínez
Notari de Calafell

1. Introducció

La disposició final 18ª de la Llei 2/2011, de 4 de març, d'economia sostenible, publicada al *BOE* de 5 de març i amb entrada en vigor el 6 de març, ha modificat el Reial Decret Legislatiu 1/2004, de 5 de març, text refós de la Llei del Cadastre Immobiliari.

Les normes introduïdes o modificades tenen una incidència directa en l'actuació notarial i obliguen a un examen que l'absència de *vacatio legis*, gairebé total, dificulta fer amb l'atenció pausada que seria necessària. I amb més motiu si es té en compte que, lamentablement, les contradiccions i la confusió de la redacció fan que els dubtes se suscitin gairebé des del començament de l'estudi.

El contingut i tenor de la disposició final 18ª ens l'avança l'article 46 de la Llei 2/2011, titulat «Principis rectors de l'activitat cadastral»⁽²⁾. Per a l'estudi de l'esmentat contingut, pot ser útil distingir els apartats següents:

2. Referència cadastral i certificació descriptiva i gràfica. Constància en els documents notarians

La primera gran novetat de la Llei la trobem a l'article 3, en què s'ha introduït un nou paràgraf 2n, conforme al qual «La certificació cadastral descriptiva i gràfica acreditativa de les característiques indicades a l'apartat anterior i obtinguda, preferentment, per mitjans telemàtics, s'ha d'incorporar als documents públics que continguin fets, actes o negocis susceptibles de generar





una incorporació en el Cadastre Immobiliari, així com al Registre de la Propietat en els supòsits previstos per Llei. Igualment s'ha d'incorporar en els procediments administratius com a mitjà d'acreditació de la descripció física dels immobles».

La lectura de l'esmentat precepte planteja de sortida alguns interrogants:

1) Ara l'acreditació de la referència cadastral és sempre obligatòria?

Cal recordar que els articles 38 a 45 de la Llei no han patit cap modificació, per la qual cosa la referència cadastral, d'acord amb l'article 38, ha de figurar en els documents «on constin els fets, actes o negocis de transcendència real relatius al domini i la resta de drets reals (excepte cancel·lacions, ex article 39), contractes d'arrendament o de cessió per qualsevol títol de l'ús de l'immoble».

A aquests actes de transcendència real ara l'article 6.3 afegeix els que «reflecteixin relacions de naturalesa econòmica o amb transcendència tributària vinculades a l'immoble». Amb la qual cosa, la veritat és que costarà trobar alguna escriptura en què es descrigui un immoble i per a l'objecte del qual no estigui prevista la constància de la referència cadastral.

Però això no vol dir que l'esmentada constància s'imposi com una obligació que no permeti l'autorització de l'escriptura o la inscripció de l'acte, perquè així se segueix desprenent de l'article 43, que regula l'advertència oportuna en cas de no-aportació de la referència cadastral, i, ja amb absoluta claredat, de l'article 44, que, quan regula els efectes de l'incompliment de l'obligació d'aportar la referència cadastral, diu que no impedirà l'autorització del document notarial ni la pràctica dels corresponents assentaments al Registre de la Propietat.

2) L'esmentada acreditació s'ha de realitzar sempre mitjançant certificació cadastral descriptiva i gràfica?

En primer lloc cal dir que el més lògic és que la certificació es converteixi, si no ho era ja, en el mode habitual d'acreditació de la referència cadastral, per raons no només d'indole legal, sinó també pràctica. Però això no treu que la resposta a la pregunta,

plantejada en els seus estrictes termes, hagi de ser negativa, al meu parer, també en aquest cas, i malgrat que la Llei peca de falta de claredat per les aparents contradiccions que avançàvem.

Atès que l'article 41 tampoc experimenta variació, l'obligació concreta d'acreditació de la referència cadastral continuarà podent-se complir, amb caràcter general, mitjançant qualsevol dels documents previstos en l'esmentat article: certificació, constància en escriptura pública o informació registral i rebut d'IBI.

3) Quan ha d'incorporar-se la certificació cadastral descriptiva i gràfica?

Sense perjudici del que s'ha esmentat anteriorment, el nou article 3.2 preveu la incorporació de la certificació descriptiva i gràfica en una sèrie de supòsits en què, i en conseqüència, la citada incorporació deixarà complerta l'obligació d'acreditació de la referència cadastral. Tanmateix, determinar quins són aquests supòsits no és del tot senzill, en primer lloc, per la redacció mateixa del precepte, que com veiem estableix que la certificació «s'ha d'incorporar als documents públics que continguin fets, actes o negocis susceptibles de generar una incorporació en el Cadastre Immobiliari, així com al Registre de la Propietat en els supòsits previstos per Llei». Tal com jo ho entenc, el precepte diu que la certificació s'ha d'incorporar en determinats documents públics (els que continguin fets, actes o negocis susceptibles de generar una incorporació en el Cadastre Immobiliari), així com (també s'ha d'incorporar) al Registre de la Propietat en els supòsits previstos per Llei. Encara que l'ús d'una preposició diferent indueixi a confusió, el precepte estaria parlant de dues incorporacions de la certificació cadastral: la que es farà al document públic i la que es farà al Registre de la Propietat⁽³⁾.

D'acord amb això, i en relació amb el que ara ens interessa, la qüestió se centraria a discernir a quins documents fa referència la Llei. El concepte d'incorporació al Cadastre, al qual es vincula, a l'article 3, el tipus de fets, actes o negocis la formalització dels quals en el corresponent document públic comporta la incorporació a aquest de la certificació descriptiva i gràfica, apareix a l'article 11 de la Llei, dins del capítol I («Pro-

cediments d'incorporació i règim jurídic»), del títol I. El citat article indica que «la incorporació dels béns immobles en el Cadastre Immobiliari, així com de les alteracions de les seves característiques, que comporta, si escau, l'assignació de valor cadastral, és obligatòria i pot estendre's a la modificació de totes les dades que siguin necessàries perquè la descripció cadastral dels immobles afectats concordi amb la realitat». D'aquí es dedueix que s'ha d'entendre per incorporació al Cadastre tant el primer accés de l'immoble en aquest com els de les ulteriors alteracions de les seves característiques, referides aquestes a la descripció cadastral del citat immoble. A l'article 3.1 es defineix què cal entendre per descripció cadastral: «La descripció cadastral dels béns immobles ha de comprendre les seves característiques físiques, econòmiques i jurídiques, entre les quals hi ha la localització i la referència cadastral, la superfície, l'ús o destí, la classe de conreu o aprofitament, la qualitat de les construccions, la representació gràfica, el valor cadastral i el titular cadastral, amb el seu número d'identificació fiscal o, si s'escau, número d'identitat d'estranger».

La primera gran novetat de la Llei la trobem a l'article 3, precepte que planteja alguns interrogants importants per a la pràctica notarial

Per la seva banda, el capítol II del mateix títol I regula els procediments d'incorporació, que s'ha de verificar mitjançant «declaracions, comunicacions i sol·licituds». I pel que fa a l'actuació notarial, la citada incorporació es realitza mitjançant les comunicacions que regula l'article 14.a:

«Són comunicacions:

»a) La informació que els notaris i registradors de la propietat han de remetre de conformitat amb el que disposa l'article 36, quan es refereixi a documents autoritzats o inscrits per ells el contingut dels quals suposi exclusivament l'adquisició o consolidació de la propietat de la totalitat de l'immoble, sempre que els interessats hagin aportat la referència cadastral en els termes a què es refereix el títol V i es formalitzi en escriptura pública o se'n sol·liciti la inscripció en el Registre de la Propietat en el termini de dos

mesos des del fet, acte o negoci de què es tracti.

El que ha de ser susceptible de generar una incorporació al Cadastre no és el document públic ni la comunicació que faci el notari del seu contingut, conforme a l'article 14.a, sinó el «fet, acte o negoci» formalitzat en l'esmentat document públic

»Així mateix constitueix comunicació la informació que han de remetre els notaris referida a la segregació, divisió, agregació o agrupació dels béns immobles, sempre que, dutes a terme les actuacions que preveu l'article 47.2, consti la referència cadastral dels immobles afectats, hi hagi correspondència entre els immobles objecte de les actuacions esmentades i la descripció que figura en el Cadastre, i que s'aporti el pla, representat sobre la cartografia cadastral, que permeti identificar aquestes alteracions.»

És a dir, la informació que remet el notari conforme a l'article 36 només es qualifica de comunicació i provoca la incorporació al Cadastre en els supòsits de l'article 14.a, el contingut del qual, al seu torn, caldria posar en relació amb el de l'article 16.2: «Són objecte de declaració o comunicació, segons escaigui, els següents fets, actes o negocis». D'acord amb això, no semblava il·lògic entendre, basant-se en una interpretació coordinada del nou article 3 amb l'article 14.a, que la utilització de la certificació cadastral descriptiva i gràfica només fos necessària en els casos previstos al citat article 14.a⁽⁴⁾. No obstant això, la incorporació al Cadastre es pot produir, òbviament, per mitjans diferents de la «comunicació» notarial, i l'article 3.2 està parlant de «documents públics que continguin fets, actes o negocis susceptibles de generar una incorporació en el Cadastre Immobiliari»; és a dir, el que ha de ser susceptible de generar una incorporació al Cadastre no és el document públic, ni la comunicació que faci el notari del seu contingut, conforme a l'article 14.a, sinó el «fet, acte o negoci» formalitzat en l'esmentat document públic, amb independència que aquesta incorporació es verifiqui en virtut de la comunicació notarial de l'article 14.a

o en virtut de qualsevol altre dels procediments previstos (comunicació administrativa, declaració o sol·licitud).

Això acaba per reconduir-nos a l'article 11, citat i transcrit anteriorment, i a la seva relació amb el també citat article 3.1, segons els quals crec que podríem concloure que els supòsits per als quals la Llei preveu ara la incorporació de la certificació cadastral al document són els mateixos per als quals ja es preveia anteriorment la constància de la referència cadastral a l'article 38, excepte els casos en què no es produeix cap modificació de titularitat, ni de característiques físiques o que afecten la descripció cadastral, motiu pel qual el fet, acte o negoci no és susceptible de generar una incorporació al Cadastre (v. g. drets reals de garantia o constitució de servituds). Són casos en què n'hi hauria prou de fer constar la referència cadastral per qualsevol dels mitjans de l'article 41.

4) *Quins serien els efectes d'una eventual falta d'incorporació de la certificació descriptiva i gràfica?*

La qüestió se centraria sobretot a determinar la possibilitat o no d'autorització i inscripció registral a falta de l'esmentada certificació. Els termes de l'article 3 no ofereixen cap dubte respecte del fet que la incorporació de la certificació al document, en els supòsits vistos, és una obligació, com també ho és la constància de la referència cadastral en els casos, més amplis, a què es refereix l'article 38. D'aquesta manera, si limitéssim la consideració de la certificació a una de les formes d'acreditar la referència cadastral, la resposta a aquesta qüestió seria senzilla, atès que, tenint en compte que, d'acord amb els articles 43 i 44, es pot autoritzar l'escriptura i inscriure l'acte o negoci al Registre de la Propietat, encara que no s'aporti la referència cadastral, que seria l'obligació genèrica, amb més raó es podrà autoritzar i inscriure encara que s'incorpori la certificació, que seria l'obligació específica per als casos de l'article 3.

No obstant això, aquesta consideració de la certificació cadastral limitada a mode d'acreditació de la referència no és correcta. Fonamentalment, perquè no s'entendria la necessitat de l'esmentada especificació si no es pretengués quelcom més. D'altra banda,

perquè, mentre l'article 41 parla de la certificació (electrònica o no), l'article 3, paràgraf 2n, es refereix a la certificació «descriptiva i gràfica», acreditativa de les «característiques físiques, econòmiques i jurídiques» a què es refereix el paràgraf 1r. La Llei pretén que, en relació amb aquests actes o negocis, el document reculli ara ja no només la identificació cadastral de l'immoble proporcionada per la referència, sinó també aquestes característiques que, recollides en la certificació descriptiva i gràfica, n'integren la descripció cadastral. Podria considerar-se com un pas més en el procés de coordinació de les dades del Cadastre amb els del títol i, en segon lloc, amb el Registre de la Propietat.

Ara bé, si l'esmentada coordinació va començar amb l'obligació de fer constar la referència cadastral i el seu incompliment no impedeix l'autorització i inscripció del document, res fa pensar que el Legislador ha canviat ara de criteri. Si fos així, s'hauria d'haver indicat de qualsevol de les formes en què, en relació amb molts altres àmbits, acostuma a fer-ho («no s'autoritza», «no es pot inscriure»). Ni la norma de l'article 3 preveu la impossibilitat d'autorització o inscripció, ni aquesta es pot deduir del contingut de l'article 46 de la Llei d'Economia Sostenible, que, quan anticipa els «principis rectors de l'activitat cadastral», es limita a enunciar que «es generalitza la utilització de la certificació cadastral», sense que el fet de vincular la citada generalització al «reforç del principi de seguretat jurídica» hagi de conduir a una conclusió diferent de l'exposada. La seguretat jurídica que es reforça amb la reforma, a la qual coadjuva la utilització generalitzada de la certificació cadastral, és la que se sustenta en el coneixement de les dades cadastrals, que, segons el mateix article 3, paràgraf 3r, es presumeixen certes (i no ja «als efectes exclusivament cadastrals», com deia en la seva redacció anterior), excepte que es provi el contrari. La Llei fomenta l'esmentat coneixement i confia en el notari per estendre'l, però seria totalment contraproduent, des del punt de vista de la seguretat jurídica, entesa aquí en la seva concepció més àmplia, impedir que els interessats acudeixin a la protecció de l'escriptura pública o del Registre de la Propietat perquè no poden comptar amb la certificació cadastral, les dades de la qual, encara que es presumeixin certes, sempre es poden rectificar, en cas que no s'ajustin a la realitat física, a instància



de l'interessat i mitjançant els procediments que la Llei regula. Cal tenir en compte que, fins i tot sense ser el més habitual, sí que hi ha casos en què no es pot obtenir la certificació descriptiva i gràfica, ja sigui per una incorporació incorrecta de les dades al Cadastre (que n'impedeix la localització, tant per titular com per finca), per falta de la citada incorporació (en casos com els del departament d'un edifici recentment constituït en propietat horitzontal), com, de vegades, per meres dificultats tècniques.

Abonaria la tesi exposada el fet que la certificació descriptiva i gràfica, que segons el mateix article 3.2 també «s'ha d'incorporar en els procediments administratius com a mitjà d'acreditació de la descripció física dels immobles», no s'imposa com a requisit per a la incorporació al Cadastre en els procediments d'«incorporació mitjançant comunicacions» a què es refereix l'article 14, com veurem a continuació respecte de les comunicacions notariales.

3. Subministrament d'informació i comunicacions

Com hem vist, no són **conceptes** equivalents.

El subministrament d'informació es regula a l'article 36.3 i abasta tots els actes susceptibles d'inscripció al Cadastre, independentment que la citada inscripció es produeixi o no (v. g. perquè no s'hagi fet constar la referència cadastral).

La informació adquireix la qualificació de comunicació quan doni lloc a la inscripció o incorporació al Cadastre. Això passarà en els supòsits de l'article 14.a, el contingut del qual, transcrit en l'apartat anterior, preveu:

— Que els actes o negocis es refereixin a:

- 1) Adquisició o consolidació de la propietat de *la totalitat* de l'immoble (paràgraf 1^o).
- 2) Modificacions hipotecàries (segregació, divisió, agregació o agrupació; no s'esmenta la divisió horitzontal, que, no obstant això, considero que cal entendre inclosa conforme al contingut de l'article 47.2), quan s'aporti el pla re-

presentat sobre la cartografia cadastral (paràgraf 2^o).

— Que s'hagi aportat la referència cadastral «en els termes», diu el paràgraf 1^o, «a què es refereix el títol V». Cal indicar aquí que el títol V regula els diferents mitjans d'acreditació de la referència, entre els quals la certificació hi apareix com un més. Per tant, i com dèiem més amunt, la incorporació al Cadastre no sembla condicionada a la certificació descriptiva i gràfica de l'article 3, si la referència cadastral s'ha acreditat per qualsevol altre mitjà.

Doncs bé, la informació a què es refereix amb caràcter general l'article 36.3 continua tenint el mateix **termini de remissió**: els vint primers dies de cada mes. En canvi, el citat article inclou ara una referència a les comunicacions de l'article 14.a, que s'han de remetre dins els cinc dies següents a l'autorització del document⁽⁵⁾.

La primera cosa que cal dir és que, conforme a la nova disposició transitòria 8a de la Llei, la vigència del citat termini es produeix transcorregut un any des de l'entrada en vigor de la Llei d'Economia Sostenible, és a dir, el 6 de març de 2012, data fins a la qual regeixen els terminis anteriors.

El subministrament d'informació es regula a l'article 36.3 i abasta tots els actes susceptibles d'inscripció al Cadastre independentment que la citada inscripció es produeixi o no

D'altra banda, hi ha una sèrie de punts poc clars:

- El termini de cinc dies que preveu l'article 36.3 és el que estableix ara també l'article 47.2 per remetre la informació en cas de modificacions hipotecàries. Atès que l'article 47.2 es refereix, per tant, al mateix àmbit que el nou paràgraf 2^o de l'article 14.a, quan l'article 36.3 imposa aquest termini per a les comunicacions de l'article 14.a, s'està referint a aquest nou paràgraf 2^o, és a dir, a les citades modificacions hipotecàries, o també als supòsits del paràgraf 1^o, d'adquisició o consolidació de la propietat de *la totalitat* de l'immoble?

- Perquè la informació relativa a modificacions hipotecàries tingui el valor de «comunicació», i per tant provoqui la incorporació al Cadastre, cal o no cal aportar el pla representat sobre la cartografia cadastral? L'article 14.a, paràgraf 2^o, així ho estableix; no obstant això, l'article 47.2 parla de la remissió del pla o projecte, «si el presenta l'interessat», relacionant a aquesta remissió, en tot cas, la comunicació feta pel Cadastre al notari de la nova referència cadastral, és a dir, preveient, amb pla o sense, la incorporació de la citada informació al Cadastre.

Altres novetats d'interès són:

Segons l'article 36.3, la informació a remetre ha d'incloure la documentació complementària incorporada a l'escriptura que sigui útil per al Cadastre. Aquesta obligació cal relacionar-la amb l'últim paràgraf del citat article, segons el qual la Direcció General del Cadastre ha de determinar, mitjançant una resolució, els requisits tècnics per fer complir les obligacions de remissió d'informació i comunicacions.

Com dèiem, en els casos de modificacions hipotecàries, l'article 47.2 estableix i continua establint la remissió de còpia simple de l'escriptura, junt amb el pla o projecte, si s'ha presentat. Les novetats són:

- La ja indicada reducció a cinc dies del termini per efectuar la remissió.
- L'optimista previsió de remissió per part del Cadastre al notari de la nova referència cadastral en el termini de vint-i-quatre hores, perquè en deixi constància a la matriu.
- La inclusió expressa entre les citades modificacions hipotecàries dels supòsits d'obres noves en construcció dividides en propietat horitzontal.

L'article 36.2, per si hi ha algun dubte, deixa clar que la informació a subministrar al Cadastre és gratuïta.

4. Procediment notarial de solució de discrepàncies o rectificació

S'inclou en el nou núm. 2 de l'article 18 de la Llei⁽⁶⁾, l'antecedent del qual es pot tro-

bar a l'article 171 del Reglament Notarial⁽⁷⁾, redactat pel Reial Decret 45/2007, de 19 de gener, i declarat nul per la sentència del Tribunal Suprem de 20 de maig de 2008.

La lectura de la norma planteja algunes qüestions a tractar:

- En primer lloc, el **caràcter obligatori o potestatiu del procediment**. L'article 18.2 comença dient que «en ocasió de l'autorització d'un fet, acte o negoci en un document públic es poden solucionar les discrepàncies», i d'aquesta redacció sembla que ja es dedueix que la utilització d'aquest procediment de solució és potestativa i que els termes utilitzats al text que el desenvolupa («el notari ha de sol·licitar... descriure... informar...») només determinen la naturalesa (òbviament reglada) del citat procediment. Per tant, el notari ha de seguir aquestes regles únicament si se sol·licita utilitzar-lo. El contrari, el caràcter obligatori, hauria d'haver quedat expressat a la norma, cosa que no succeeix, o poder-se deduir amb suficient claredat del context, la qual cosa, al meu parer, tampoc es dona. La norma possibilita (és el verb utilitzat en el preàmbul de la Llei) la solució de discrepàncies entre realitat física i Cadastre amb motiu de l'atorgament d'un document notarial, perquè el Legislador ho considera adequat, fonamentalment per la garantia que li mereix la intervenció del notari. Però en cap cas n'imposa l'ús. Aquesta interpretació no només sintonitza amb el preàmbul de la Llei d'Economia Sostenible, sinó també amb la redacció mateixa de l'article 46 d'aquesta, quan en el seu paràgraf 4t anuncia que «a fi d'incrementar la qualitat de la informació cadastral, s'amplia i es millora el procediment de comunicacions i el disseny de nous mecanismes de conciliació de la informació cadastral amb la realitat immobiliària, i a aquest efecte els notaris poden participar en la solució de discrepàncies i rectificació d'errors»⁽⁸⁾.

Dit això, cal entendre com a molt positiva la novetat introduïda a través d'aquest article i celebrar el reconeixement que el Legislador fa del paper del notari, que en compliment de la seva funció assessora haurà d'informar als atorgants la possibilitat que la Llei els brinda. Però ni el notari està obligat a iniciar d'ofici el procediment, ni els

atorgants a utilitzar-lo, ni cal cap fiscalització al respecte d'això per part del registrador. Cal tenir en compte el supòsit, gens improbable, que els interessats no puguin afirmar amb certesa l'existència o no de discrepàncies. Resulta impensable entendre que la Llei els obliga a efectuar les actuacions necessàries per dissipar els esmentats dubtes com a requisit per poder atorgar l'escriptura o inscriure els seus drets. Per tant, considerar obligatori el procediment significaria que aquest tindria començament i punt final amb la resposta dels atorgants en aquest sentit a la sol·licitud del notari perquè es manifestin sobre aquestes eventuais discrepàncies. Té algun sentit el fet de deixar-ne constància en el document?

La novetat introduïda a través de l'article 46 és molt positiva i celebrem el reconeixement que el Legislador fa del paper d'assessorament propi del notari. Però ni el notari està obligat a iniciar d'ofici el procediment, ni els atorgants a utilitzar-lo, ni cal cap fiscalització al respecte d'això per part del registrador

- En segon lloc, els **supòsits a què és aplicable aquest procediment**. El concepte de discrepància, si es considera el núm. 1 de l'article 18, fa referència a «la falta de concordança entre la descripció cadastral dels béns immobles i la realitat immobiliària».

Al seu torn, aquesta descripció cadastral inclou, segons l'article 3, diferents elements: «La descripció cadastral dels béns immobles ha de comprendre les seves característiques físiques, econòmiques i jurídiques, entre les quals hi ha la localització i la referència cadastral, la superfície, l'ús o destí, la classe de conreu o aprofitament, la qualitat de les construccions, la representació gràfica, el valor cadastral i el titular cadastral, amb el seu número d'identificació fiscal o, si s'escau, número d'identitat d'estranger».

No obstant això, les discrepàncies que es poden solucionar mitjançant aquest procediment són únicament les relatives a la «configuració o superfície de la parcel·la», encara que per resolució de la Direcció General del Cadastre pot estendre's a altres elements descriptius. Aquesta concreció ens portaria, al seu torn, a entendre limitat el procediment.

D'una part, per raó de la finca, a aquelles qualificades com a *parcel·la* no en la legislació urbanística (per a la qual seria un concepte aplicable només a les finques urbanes), sinó en la legislació cadastral, que les concreta als terrenys, siguin rústics o urbans, amb les construccions existents, si s'escau, però sense incloure els elements privatis d'una divisió horitzontal i la resta d'immobles a què es refereix el núm. 2 de l'article 6 de la Llei⁽⁹⁾.

De l'altra, pel tipus de discrepància, a les relatives a la configuració o superfície. Si per *configuració* la Reial Acadèmia Espanyola de la Llengua entén «la disposició de les parts que componen una cosa i li donen la seva peculiar forma i propietats annexes», i si de què es tracta, segons l'article 18.1 de la Llei, és de conciliar descripció cadastral i realitat immobiliària, cal entendre que les discrepàncies de configuració s'han de referir als elements vinculats a la forma i propietats de la finca, d'entre aquells que integren el concepte de *descripció cadastral* segons l'article 3. Així, caldria entendre com a susceptibles d'esmena o rectificació les discrepàncies relatives a localització, ús o destí, classe de conreu o aprofitament, qualitat de les construccions o representació gràfica, a més de, lògicament, les de superfície. Tots són elements que integren la descripció cadastral. No ho és, al contrari, el referent als propietaris adjacents, que encara que constitueixi una dada de la descripció registral de la finca i aparegui a la majoria de les certificacions cadastrals, no precisa ser esmenat a l'efecte d'aquest procediment.

En aquest punt cal tenir en compte, per tant, que la discrepància relativa a configuració i/o superfície de la parcel·la pot consistir, per exemple, en el fet que al títol no consti una determinada construcció que sí que apareix a la certificació cadastral; o en la circumstància que el que



és una finca segons el títol i el Registre de la Propietat, cadastralment són dues parcel·les independents; o que la citada parcel·la cadastral té més o menys metres dels que consten a la descripció escripturària i registral. Doncs bé, no es pot entendre que la solució de discrepàncies a través del procediment exposat consideri complerts els requisits legalment previstos per a una declaració d'obra nova, una parcel·lació o un excés o defecte de cabuda.

No obstant això, caldria seguir el procediment als únics efectes de «conciliació de la informació cadastral amb la realitat immobiliària»? És cert que l'article 18.2 sembla preveure aquesta possibilitat a la seva lletra b, i també ho és que l'escriptura pot recollir una mera manifestació dels atorgants en relació amb les esmentades circumstàncies, sense pretensions de constància registral. Ara bé, d'una banda, el supòsit de l'article 18.2.b no és pròpiament de conciliació entre Cadastre i realitat immobiliària (perquè aquesta conciliació ja es dona amb anterioritat), sinó de realitat (i descripció cadastral) i títol (i, si s'escau, Registre de la Propietat); d'altra, cal tenir en compte que l'article 18.2.b mateix preveu que «en els documents posteriors només cal consignar la descripció actualitzada», la qual cosa donaria lloc a una aparença si més no perillosa. Sobre la base d'aquestes consideracions, entenc que en casos com els que s'han exposat no s'hauria de practicar la rectificació⁽¹⁰⁾.

En els **tràmits del procediment** es distingeixen dues possibilitats:

- a) La confirmació expressa per part dels atorgants de la correspondència entre les dades de la certificació cadastral i la realitat física de la finca, cas en què s'ha de fer constar al títol, juntament amb la descripció anterior, la nova descripció derivada de la citada certificació, ja que aquesta nova descripció és l'única que es requereix en els documents posteriors. Per tant, aquí, com diem més amunt, no hi ha cap esmena de les dades cadastrals, sinó, si s'escau, dels de l'escriptura.
- b) La discrepància o no-correspondència entre certificació i realitat física, que obre, ara sí, el procediment pròpiament dit, en el qual es preveuen les actuacions següents:

- 1) Acreditació al notari de la discrepància per qualsevol mitjà de prova admès en Dret.
- 2) Requeriment als adjacents perquè prestin el seu consentiment.
- 3) Incorporació de la nova descripció en el mateix document públic o en un altre de posterior autoritzat a l'efecte⁽¹¹⁾.
- 4) Informació per mitjans telemàtics a la Direcció General del Cadastre en el termini màxim de cinc dies.
- 5) Incorporació de la corresponent alteració en el Cadastre, que si s'ha aportat el pla representat sobre la cartografia cadastral, es verificarà en el termini de cinc dies.
- 6) Incorporació al document públic de la certificació actualitzada⁽¹²⁾.

A falta d'acreditació o de consentiment (cal entendre que es refereix al dels adjacents), cal deixar-ne constància al document i informar el Cadastre perquè, si s'escau, incoï el procediment oportú.

En relació amb els **efectes del procediment al Registre de la Propietat**, l'article 18 estableix:

- a) Que la descripció actualitzada d'acord amb la certificació cadastral (la inicialment aportada, si no hi havia discrepàncies, o la que posa fi al procediment de rectificació, si n'hi havia) s'ha d'incorporar als assentaments de les finques ja inscrites, sense perjudici de les funcions que corresponguin al registrador en l'exercici de les seves competències⁽¹³⁾.
- b) Si el registrador confirma la identitat entre finca cadastral i finca inscrita, en els termes de l'article 45, aquesta nova descripció s'ha de prendre com a base als assentaments posteriors; la referència a l'article 45 condueix a la necessitat que el registrador no tingui dubtes fundats sobre la identitat de la finca.
- c) Si el registrador no confirma aquesta identitat, ha de remetre una comunicació telemàtica a la Direcció General del Cadastre, que ha d'emetre un informe el contingut del qual s'ha de fer constar al Registre i ha d'incoar, si s'escau, el procediment oportú.

De les citades regles sembla deduir-se la intenció del Legislator que la descripció que deriva de la certificació cadastral, una vegada seguits els tràmits notariais i, si escau, administratius previstos a la norma, pugui tenir reflex en el Registre de la Propietat i passi a constituir la descripció de les inscripcions futures, si hi ha identitat comprovada per part del registrador. No obstant això, en cas que no s'apreciï l'esmentada identitat, podria donar-se el problema, ja apuntat en algunes de les notes, que el registrador entengués, donada la «doble descripció» de la finca (l'actualitzada i la subsistent en el registre), que en el títol no s'ha especificat correctament l'objecte del negoci jurídic, per la qual cosa pot resultar prudent advertir els interessats d'això i, si s'escau, incloure en el document la sol·licitud que, en cas que es produeixi aquesta falta d'apreciació d'identitat de la finca per part del registrador, s'inscrigui el negoci prenent com a base la descripció registral.

Encara cal plantejar-se una última qüestió, referida a l'aplicabilitat **temporal** del procediment. Més concretament, si aquest és aplicable immediatament o li afecta el que preveu la disposició transitòria 8a de la Llei, citada anteriorment, segons la qual «la vigència dels terminis que preveuen els articles 18.2, 36.3, 46.2, 47.2 i 48.5 d'aquesta Llei es produeix transcorregut un any des de l'entrada en vigor de la Llei d'Economia Sostenible. Mentrestant, són aplicables els terminis establerts en els articles esmentats d'acord amb la redacció vigent a l'entrada en vigor de la dita Llei». Podria entendre's que, atès que l'article 18.2 constitueix una novetat i no existeix, per tant, un termini anterior al que s'estableix en l'esmentada norma, el procediment en si veu retardada la seva aplicabilitat fins transcorregut el primer any de vigència de la Llei, durant el qual cal esperar que s'haurien habilitat els mitjans telemàtics necessaris per a la plena virtualitat d'aquell. No obstant això, crec que la impossibilitat de la comunicació telemàtica no hauria de frustrar la utilització immediata del procediment, encara que l'agilitat d'aquest patís temporalment.

(1) El text que segueix té com a origen l'exposició feta en la sessió d'actualització de 16 de març de 2011 al Col·legi de



Notaris. Com en tantes altres ocasions, la sessió va adquirir el seu major interès en el debat que es va suscitar després, del qual han sorgit algunes de les idees que aquí s'inclouen. En consideració a l'esmentat interès, m'he permès fer constar, així mateix, alguna opinió discrepant. Al marge de tot això, les conclusions que segueixen no reflecteixen sinó la de qui subscriu aquestes notes, i s'han de valorar com a tal.

- (2) «Tenint en compte el principi d'eficiència i d'acord amb l'objectiu d'actualització contínua de la informació cadastral, es redueixen els terminis d'enviament d'informació al Cadastre per part dels notaris i s'amplien els casos de comunicació per part d'aquests fedataris públics i dels registradors de la propietat, i s'incrementen els supòsits en els quals se supleix l'obligació de declarar dels titulars dels immobles.

(...)

»Per al reforç del principi de seguretat jurídica, es generalitza la utilització de la certificació cadastral descriptiva i gràfica, l'ús de la cartografia cadastral i es

millora l'operativitat en l'ús de la referència cadastral.

»A fi d'incrementar la qualitat de la informació cadastral, s'amplia i millora el procediment de comunicacions i el disseny de nous mecanismes de conciliació de la informació cadastral amb la realitat immobiliària, i a aquest efecte els notaris poden participar en la solució de discrepàncies i rectificació d'errors.»

- (3) Cal observar com la fórmula «en els supòsits previstos per Llei» per referir-se a la incorporació al Registre de la Propietat no difereix de la que utilitza l'article 38, amb una redacció molt més clara, respecte de la referència cadastral, la qual, segons la citada norma, «s'ha de fer constar en els instruments públics» i, «així mateix, s'ha de fer constar al Registre de la Propietat, en els supòsits previstos per Llei».
- (4) Així ho vaig entendre en un primer moment i així ho vaig exposar a la sessió d'actualització de 16 de març.
- (5) Per tant, la reforma no compleix fidelment en aquest punt el que anticipa l'article 46.1 de la Llei d'Economia Sostenible, segons el qual «es redueixen

els terminis d'enviament d'informació al Cadastre per part dels notaris i s'amplien els casos de comunicació per part d'aquests esmentats fedataris públics». Sí que és cert que s'amplien els casos de comunicació, en introduir el paràgraf 2n de l'article 14.a, però la reducció de terminis només opera per a la comunicació *stricto sensu*.

- (6) «En ocasió de l'autorització d'un fet, acte o negoci en un document públic, es poden solucionar les discrepàncies relatives a la configuració o superfície de la parcel·la, de conformitat amb el procediment següent:

a) El notari davant el qual es formalitzin els fets, actes o negocis jurídics corresponents ha de sol·licitar als atorgants que li manifestin si la descripció que conté la certificació cadastral a què es refereix l'article 3.2 es correspon amb la realitat física de l'immoble en el moment de l'atorgament del document públic.

b) Si els atorgants li manifesten la identitat entre la realitat física i la certificació cadastral, el notari ha de descriure l'immoble en el document públic d'acord amb la certificació i hi ha de fer constar la manifestació de conformitat dels atorgants.

Quan hi hagi un títol previ que hagi de ser rectificat, les noves dades s'han de consignar amb les que ja apareixien en aquell. En els documents posteriors només és necessari consignar la descripció actualitzada.

c) Si els atorgants li manifesten l'existència d'una discrepància entre la realitat física i la certificació cadastral, el notari n'ha de sol·licitar l'acreditació per qualsevol mitjà de prova admès en Dret. Quan el notari entengui suficientment acreditada l'existència de la discrepància i una vegada obtingut el consentiment, requerit expressament, dels titulars que resultin del que disposa l'article 9.5, que, en la seva condició d'adjacents, puguin resultar afectats per la rectificació, ha d'incorporar la nova descripció del bé immoble en el mateix document públic o en un altre posterior autoritzat a l'efecte, en la forma que estableix el paràgraf anterior.

El notari ha d'informar la Direcció General del Cadastre sobre la rectificació efectuada, per mitjans telemàtics, en el termini màxim de cinc dies des de la formalització del document públic. Una vegada validada tècnicament per la mateixa Direcció General la rectificació declarada, s'ha d'incorporar l'alteració corresponent en el Cadastre. En els su-



pòsits en què s'aporti el pla, representat sobre la cartografia cadastral, l'alteració s'ha de dur a terme en el termini de cinc dies des del seu coneixement pel Cadastre, de manera que el notari pugui incorporar en el document públic la certificació cadastral descriptiva i gràfica dels immobles afectats que reflecteixi la seva nova descripció.

d) En els supòsits en què no s'obtingui el consentiment per esmenar la discrepància o quan aquesta no resulti degudament acreditada, el notari n'ha de deixar constància en el document públic i, per mitjans telemàtics, ha d'informar de la seva existència la Direcció General del Cadastre perquè, si s'escau, aquesta incoï el procediment oportú.

La descripció de la configuració i superfície de l'immoble de conformitat amb la certificació cadastral descriptiva i gràfica actualitzada a què fan referència els paràgrafs b) i c) s'ha d'incorporar en els assentaments de les finques ja inscrites en el Registre de la Propietat, sense perjudici de les funcions que corresponguin al registrador en l'exercici de les seves competències.

Quan hi hagi identitat, en els termes que estableix l'article 45, amb la corresponent finca registral inscrita, en els assentaments posteriors s'ha de prendre com a base la nova descripció física i gràfica.

En els supòsits en què no es doni aquesta identitat, el registrador de la propietat, per mitjans telemàtics, ha de posar aquesta circumstància en coneixement de la Direcció General del Cadastre, que, després d'analitzar la motivació exposada, ha d'emetre informe les conclusions del qual s'han de fer constar en el Registre de la Propietat i ha d'incoar, si s'escau, el procediment oportú.

Mitjançant una resolució de la Direcció General del Cadastre, previ informe favorable de la Direcció General dels Registres i del Notariat, es poden determinar altres elements de la descripció del bé immoble que han de ser objecte de rectificació de discrepàncies d'acord amb el procediment que preveu aquest apartat.»

- (7) «En la descripció dels immobles, els notaris han de rectificar les dades equivocades d'acord amb el que resulti de la certificació cadastral descriptiva i gràfica que reflecteixi la seva realitat material.

En realitzar la rectificació, cal consignar les dades que apareixen al títol amb les dades noves per identificar degudament la finca amb els assentaments

del Registre, i als documents posteriors només cal consignar la descripció actualitzada, rectificant-la de nou si és necessari.»

- (8) En el sentit exposat es van manifestar a la sessió alguns companys, i altres discrepaven, que consideraven imperatiu el procediment. Entre aquests últims, es va exposar l'opinió que la interpretació general de la reforma havia de fer-se en relació amb les tendències legislatives que s'observen en el Dret Comparat, i que el caràcter obligatori del sistema dissenyat en aquest article té com a raó de ser la necessitat que els atorgants confirmin quin és l'objecte del negoci, una vegada la Llei declara la presumpció de certesa de les dades del Cadastre i fa desaparèixer l'anterior limitació de la citada presumpció «als efectes exclusivament cadastrals».

- (9) «Article 6. Concepte i classes de bé immoble

1.—Només als efectes cadastrals, té la consideració de bé immoble la parcel·la o porció de sòl d'una mateixa naturalesa, enclavada en un terme municipal i tancada per una línia poligonal que delimita, a aquest efecte, l'àmbit espacial del dret de propietat d'un propietari o de diversos en proindivís i, si s'escau, les construccions ubicades en aquest àmbit, sigui quin sigui el seu amo i amb independència d'altres drets que recaiguin sobre l'immoble.

2.—Tenen també la consideració de béns immobles:

a) Els diversos elements privatis dels edificis que siguin susceptibles d'aprofitament independent, sotmesos al règim especial de propietat horitzontal, així com el conjunt constituït per diversos elements privatis mútuament vinculats i adquirits en unitat d'acte i, en les condicions que reglamentàriament es determinin, els trasters i les places d'aparcament en proindivís adscrits a l'ús i gaudi exclusiu i permanent d'un titular. L'atribució dels elements comuns als respectius immobles, als efectes exclusivament de la seva valoració cadastral, s'ha de realitzar en la forma que es determini reglamentàriament.

b) Els compresos a l'article 8 d'aquesta Llei.

c) L'àmbit espacial d'un dret de superfície i el d'una concessió administrativa sobre els béns immobles o sobre els serveis públics als quals estiguin afectes, tret que es donin els supòsits previstos en les paraules anteriors.»

- (10) Si, al contrari, el que es vol rectificar és la descripció cadastral per fer-hi cons-

tar la construcció, la parcel·lació o la major o menor superfície que consta al títol, que els atorgants confirmen com a real i que, per la raó que sigui, no figura al Cadastre, es podria plantejar la possibilitat d'utilitzar aquest procediment. No obstant això, no tindria sentit, ja que l'article 13 de la Llei preveu la «incorporació mitjançant declaracions», tràmit molt més senzill per a casos com aquests, en què hi ha l'evidència que dimana de la pròpia descripció al títol de propietat.

- (11) Respecte de la indicació que fa l'article en l'últim punt de la lletra b a la innecessarietat de fer constar en els documents ulteriors una altra descripció que no sigui la derivada de la certificació cadastral, la concordança amb la realitat de la qual ha estat confirmada pels atorgants, hem de tenir en compte que si el registrador ha entès que hi ha dubtes fundats respecte de la identitat de la finca, l'esmentada descripció, fins i tot havent estat «incorporada als assentaments de les finques ja inscrites», no es traslladarà als assentaments posteriors. És a dir, la descripció registral, amb independència d'aquesta «incorporació» de la que resulta del Cadastre, continuarà sent l'antiga. De manera que, malgrat el tenor literal de la norma, no sembla prudent obviar en l'ulterior document notarial la referència a la descripció registral.

- (12) Encara que aquesta incorporació sembla limitar-se en el text al cas que les discrepàncies s'hagin solucionat al Cadastre en el termini de cinc dies conforme al punt anterior, no hi ha dubte de la possibilitat de reflectir aquesta esmena al document públic en qualsevol moment posterior, una vegada rebuda la notificació del Cadastre o obtinguda, per qualsevol mitjà, la certificació actualitzada. Cal tenir en compte que, amb independència que el requeriment d'inici del procediment es reculli en un document determinat, el més habitual és que es deixi constància de la tramitació posterior i, en últim terme, de la conclusió del procediment, en un document independent, probablement en una acta de notorietat.

- (13) Podria entendre's que aquesta reserva fa referència als supòsits comentats anteriorment, en què l'esmena hauria requerit, per poder accedir al Registre, requisits addicionals el compliment dels quals no s'ha acreditat.

Recent doctrina registral sobre exigibilitat de l'assegurança decennal

(RRDGRN de 22, 23, 26 de juliol i 11 de novembre de 2010 i de 25 de març de 2011)

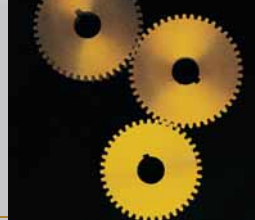
La Direcció General dels Registres i del Notariat (DG) ha dictat, en els últims mesos, una sèrie de resolucions que poden considerar-se com una «posada al dia» de la seva doctrina sobre determinats supòsits d'exigibilitat o no de l'assegurança decennal a les declaracions d'obra nova, fonamentalment en aquells casos en què s'al·lega l'ús propi com a fonament per pretendre l'exempció d'aquesta obligació. En aquest àmbit concret, la DG exposa una argumentació que intentarem resumir per tal de, a continuació i sobre la base dels diferents supòsits de fet tractats, sistematitzar i, si escau, comentar les conclusions que cal extreure de tot plegat.

Antonio Ángel Longo Martínez
Notari de Calafell

1. DOCTRINA GENERAL

A les tres primeres resolucions, i a l'última d'elles, la DG comença recordant quins són els supòsits d'excepció a la norma general d'exigibilitat de l'assegurança decennal introduïts per la Llei 53/2002, de 30 de desembre, en la disposició addicional 2a de la Llei d'Ordenació de l'Edificació, per al supòsit de l'**autopromotor individual** d'un **únic habitatge unifamiliar** per a **ús propi**. A la d'11 de novembre de 2010, es planteja la qüestió de l'acreditació de l'ús propi quan





posteriorment es produeix la transmissió de l'habitatge.

La DG estableix una doctrina general relativa a aquests supòsits d'excepció que es pot resumir de la següent forma:

— «El **concepte d'autopromotor individual ha d'interpretar-se de forma àmplia**. Així ho destaquen, entre d'altres, les resolucions de 9 de juliol de 2003 i de 5 d'abril de 2005, que admeten incloure en aquest concepte legal tant les **persones físiques com les persones jurídiques**. (...) En aquesta línia interpretativa, la Resolució-Circular ressenyada (de 3 de desembre de 2003) va afirmar la inclusió dins d'aquest de la comunitat anomenada *comunitat valenciana* per a la construcció d'edificis.»

— Sense perjudici de l'anterior, mitjançant el repàs de la normativa aplicable en aquest àmbit, cal concloure la necessitat d'una **interpretació restrictiva del supòsit d'excepció d'exigibilitat de l'assegurança a l'autopromotor** prenent com a base els següents arguments:

a) Dins la **regla general** de l'obligació i exigibilitat de l'assegurança, la Llei inclou també els casos en què es tracti d'un promotor individual que impulsa les obres d'edificació «per a si mateix», és a dir, per a ús propi; així es dedueix dels següents preceptes de la LOE:

1) L'article 9, núm. 1, segons el qual el *promotor* es defineix com «qualsevol persona (física o jurídica, pública o privada) que decideix, impulsa, programa i finança, amb recursos propis o aliens, les obres d'edificació, tant si ho fa «per a ell mateix o per a l'alienació, l'entrega o la cessió posteriors a tercers sota qualsevol títol» i tant si es tracta d'una persona «individual o col·lectiva».

2) L'article 19.2, que diu que a l'assegurança decennal té la consideració de *prenedor de l'assegurança* el promotor i tenen la consideració d'*assegurats* «el mateix promotor i els adquirents successius de l'edifici o de part de l'edifici». Per tant, la Llei contempla com un supòsit ordi-

nari d'assegurança, dins la regla general de la seva constitució obligatòria, aquell supòsit en què l'assegurat és el propi prenedor, és a dir, el promotor.

3) L'article 9.2.d, que entre les obligacions del promotor indica la de subscriure les assegurances de l'article 19.

b) La circumstància que «tenint la Llei com a objecte la **“protecció adequada dels interessos dels usuaris”** (cfr. article 1.1), és important advertir que **el concepte legal d'usuari és diferent al de propietari, amb el qual podrà coincidir o no**, (...) des d'on es dedueix sense dificultat que, fora dels estrictes casos enunciats a la Llei, no es pot dispensar el compliment del requisit legal de l'assegurança per a la inscripció de l'obra nova partint de la mera renúncia del titular inicial (promotor) o adquirent ulterior, donat que **tal renúncia podria redundar en perjudici de qualsevol usuari que ho fos per títol diferent al de titular del domini** (cfr. article 6.2 del Codi civil)».

c) Finalment, «l'exigència de la constitució de l'assegurança i el seu caràcter obligatori per al promotor, fins i tot abans que es produeixi la primera transmissió *inter vivos*, s'explica també per la seva **afectació a l'interès de tercers**, com són els agents restants que intervenen en el procés de l'edificació i els creditors hipotecaris de l'edificació o dels diferents elements en què s'hagi dividit. Quant als primers, així resulta del règim de responsabilitat establert per l'article 17, núm. 3, de la Llei, en disposar que “quan no es pogués individualitzar la causa dels danys materials o la concurrència de culpes quedés degudament provada sense que pogués precisar-se el grau d'intervenció de cada agent en el dany produït, la responsabilitat s'exigirà solidàriament”».

2. SUPÒSITS CONCRETS

A partir d'aquí, la DG analitza a cadascuna de les resolucions el concret supòsit de fet i, tant a les tres primeres com

a l'última, acaba exigint la constitució de l'assegurança decennal:

Resolució de 22 de juliol de 2010

Dos matrimonis, copropietaris d'una parcel·la sobre la qual hi ha declarat un habitatge, atorguen ara declaració d'obra nova d'un altre habitatge independent, sense constituir propietat horitzontal i sense contractar l'assegurança decennal, ja que al·leguen que és per a ús propi.

La Direcció General procedeix a analitzar a cadascuna de les resolucions el concret supòsit de fet i, tant a les tres primeres com a l'última, acaba exigint la constitució de l'assegurança decennal

La DG exigeix l'assegurança, donat que:

- 1) En aquests casos de comunitat ordinària, la construcció és un **acte col·lectiu** (cfr. article 398 del Codi civil). També l'ús correspon a tots els comuns (cfr. article 394 del Codi civil). Una cosa ben diferent seria que es contingues una assignació d'usos exclusius a favor dels respectius matrimonis cotitulars sobre cadascun dels respectius habitatges.
- 2) Una conseqüència d'això és que falten els següents requisits per aplicar l'exempció: **no tractar-se d'un únic habitatge unifamiliar, ni haver-hi autopromotor individual**, sinó una pluralitat de titulars en règim de comunitat ordinària, **ni un ús propi i diferenciat sobre cada habitatge**.

Resolució de 23 de juliol de 2010

En el Registre de la Propietat consta inscrit un edifici declarat en construcció, constituït en propietat horitzontal, amb dos propietaris, cadascun d'ells de diversos elements independents, entre ells dos habitatges, un a nom de cadascun dels propietaris. Ara s'atorga:

- 1) Una ampliació d'obra nova, relativa a un soterrani i unes golfes.
- 2) La declaració de finalització d'obres.



- 3) La rectificació de la propietat horitzontal, amb dissolució de condomini i adjudicació dels nous elements privatius.

La DG resol no admetre l'exoneració de l'assegurança decennal, matisant, no obstant això, en distingir dos actes independents:

a) L'ampliació d'obra nova.

La DG recorda la doctrina continguda a la Resolució-Circular de 3 de desembre de 2003, relativa al fet que l'excepció a l'exigibilitat de l'assegurança s'aplica únicament a les obres d'ampliació que no siguin autònoms, sinó simultànies a una rehabilitació.

No obstant això, l'assegurança no és exigible quan l'ampliació, com és el cas present, no afecta l'habitabilitat dels habitatges (Resolució de 17 de novembre de 2007), encara que es realitzin en edificis destinats també a habitatges.

b) La declaració de finalització d'obres.

Aquí la DG estudia diferents aspectes.

- En primer lloc, pel que fa a si el moment de declaració de finalització de l'obra és l'adequat per a l'exigència de l'assegurança decennal, s'imposa la resposta afirmativa. Així ho va declarar la citada Resolució-Circular de 3 de desembre de 2003, recollint la doctrina ja encunyada amb anterioritat (*vid.*, entre d'altres, Resolució de 20 de març de 2000).
- En segon lloc, es planteja la qüestió de determinar si, havent-hi a l'edifici només dos elements privatius, del total de vuit, destinats a habitatge, l'exigència de l'assegurança decennal és aplicable a aquest edifici. De nou trobem la resposta a aquesta qüestió, i també en sentit afirmatiu, a la Resolució-Circular de 3 de desembre de 2003, que al·ludeix a la mateixa per referència a aquells que denomina «edificis mixts» d'oficines-habitatges.
- D'altra banda, si en aquest cas resulta d'aplicació o no l'excepció que respecta de l'obligació de la constitució de l'assegurança decennal va introdu-

ir la Llei 53/2002, de 30 de desembre, per al «supòsit de l'autopromotor individual d'un únic habitatge unifamiliar per a ús propi».

Hi ha unanimitat en la determinació del moment adient per a l'exigència de l'assegurança decennal: el de la declaració de finalització de l'obra

- En el present cas, tant l'obra nova inicialment declarada com l'ampliació posterior es realitzen en règim de comunitat ordinària pels dos propietaris de l'immoble. Especialment l'ampliació, doncs es realitza sobre elements comuns de la propietat horitzontal, subjectes a un règim estatutari de copropietat entre tots els titulars dels elements privatius (cfr. articles 396 del Codi civil i 3b de la Llei de Propietat Horitzontal). Per tot això, la construcció no pot predicar-se individual, sinó que, per la seva pròpia naturalesa, és un acte col·lectiu (cfr. article 398 del Codi civil).
- No cal tampoc considerar el supòsit com a similar a la denominada *comunitat valenciana*, donat que l'assimilació del concepte d'*autopromotor individual* al de *comunitat valenciana* per a la construcció d'edificis, com va posar de manifest la reiterada Resolució-Circular de 3 de desembre de 2003, s'admet «si bé únicament quan les circumstàncies arquitectòniques de la promoció d'habitatges així ho permetin. Per a això, cal tenir present que en aquesta espècie de comunitat no regeixen les normes de propietat horitzontal, sinó que es construeixen diversos habitatges per una pluralitat de propietaris, de forma que cadascun d'ells és amo del seu propi habitatge amb caràcter independent, de tal manera que els vicis o defectes de què pateixi cada habitatge unifamiliar únicament fossin imputables als seus propis elements estructurals i no als derivats de l'estructura dels elements comuns del conjunt total,

generalment situats en parcel·la independent».

- Tampoc no concorre en aquest cas el requisit objectiu de l'exoneració de l'obligació legal de constitució de l'assegurança decennal, atès que no ens trobem en presència d'una edificació integrada per un únic habitatge unifamiliar, sinó d'un *edifici plurifamiliar* integrat, a banda d'altres elements, per dos habitatges.

- Finalment, quant al requisit de l'acreditació de tractar-se d'un habitatge unifamiliar per a ús propi, aquest ús propi, per ser generalment un fet futur en relació amb el moment de la declaració de l'obra nova, es pot entendre complert amb la nua manifestació del promotor en tal sentit, sempre que no quedi desvirtuada per cap altre element documental (com, per exemple, en el cas a què es refereix la Resolució de 9 de maig de 2007 d'aportar-se una llicència municipal d'obres que no ho sigui per a un habitatge unifamiliar). Doncs bé, en el present supòsit es verifica precisament la mateixa circumstància a què feia referència la citada Resolució de 9 de maig de 2007, ja que la llicència municipal d'obres no ho és per a un habitatge unifamiliar.

Resolució de 26 de juliol de 2010

Sobre una finca propietat d'un matrimoni, constituïda per una planta baixa magatzem i una planta pis golfes, s'atorga:

- 1) Ampliació d'obra nova en construcció de dos habitatges: un a la primera planta (per transformació de les golfes) i un altre a la segona planta, seguit de divisió horitzontal.
- 2) Donació d'un habitatge a cadascun dels dos fills.
- 3) Declaració de finalització d'obres dels habitatges per cadascun dels fills propietaris.

De nou, la DG resol no admetre l'exoneració de l'assegurança decennal, distingint també aquí entre els dos mateixos actes independents:



a) L'ampliació d'obra nova.

La DG recorda la doctrina continguda a la Resolució-Circular de 3 de desembre de 2003, en la qual es va entendre que l'exclusió de l'exigència de l'assegurança que va introduir la Llei 53/2002, de 30 de desembre, de mesures fiscals, administratives i de l'ordre social, afecta els casos de rehabilitació *strictu sensu*, incloent-hi únicament les obres d'ampliació que no siguin autònomes, sinó simultànies a una rehabilitació. En el present cas, diu la DG, «l'ampliació de l'obra s'empara en una llicència concedida amb data 25 d'octubre de 2006, independent de l'obra inicialment construïda, l'objecte de la qual és autoritzar la modificació i ampliació del projecte inicial de l'obra, sense que de la documentació aportada resulti cap referència a la rehabilitació de l'edifici. Aquesta doctrina ja va ser aplicada al cas resolt per la Resolució de 19 de juliol de 2005, similar al que ara examinem (transformació de l'ús d'una de les plantes per a la seva destinació a habitatges i construcció d'una nova planta addicional amb la mateixa destinació), a l'empara d'una nova llicència d'obres».

Per tant, la transformació d'un local o unes golfes en habitatge no s'engloba en concepte de rehabilitació que no faria exigible l'assegurança.

La transformació d'un local o unes golfes en habitatge no s'engloba en el concepte de rehabilitació que no faria exigible l'assegurança

b) La declaració de finalització d'obres.

Aquí la DG estudia les mateixes qüestions que a la resolució anterior i arriba a les mateixes conclusions, amb les següents particularitats en relació a la possible aplicació de l'excepció del «supòsit de l'autopromotor individual d'un únic habitatge unifamiliar per a ús propi»:

— És cert que, en aquest cas, la declaració de finalització de l'obra es fa de forma separada respecte de cadascun dels dos habitatges pels respectius titulars d'aquests. Així, a l'apartat de l'ATOR-

GUEN de l'acta, s'afirma que «cadascun d'ells (els atorgants) deixa totalment acabada la construcció de les seves respectives entitats, referides a la part expositiva i d'aquest instrument, en els termes que resulten del projecte pel qual es va concedir la llicència», sense que, formalment, passi la situació en cap moment intermedi per la pròpia d'una comunitat. En aquest sentit, suposaria una situació similar a la de la denominada *comunitat valenciana*, donat que, com van afirmar les resolucions d'aquest Centre Directiu de 3 de desembre de 2003 i 9 de maig de 2007, en el concepte d'*autopromotor* per a ús propi es poden incloure els supòsits de «comunitat valenciana quan es construeixin diversos habitatges per una pluralitat de propietaris, però cadascun d'ells sent amos *ab initio* del seu propi habitatge amb caràcter independent, és a dir, quan hi ha autopromoció individual dels seus respectius elements independents». A partir d'aquí, la DG reitera la doctrina de la resolució anterior, segons la qual l'assimilació del concepte d'*autopromotor individual* al de *comunitat valenciana* per a la construcció d'edificis s'admet únicament quan les circumstàncies arquitectòniques de la promoció d'habitatges ho permetin, sent amo cadascun dels promotors del seu propi habitatge amb caràcter independent.

— En el present cas, no obstant això, no concorre aquesta independència estructural dels dos habitatges, situats respectivament a les plantes primera i segona de l'edifici i integrats en un mateix règim de propietat horitzontal, del qual precisament són elements comuns i inseparables: «el terra, la volada, els fonaments i les cobertes; els elements estructurals i, entre aquests, els pilars, les bigues, els forjats i els murs de càrrega; i les façanes» (cfr. article 396 del Codi civil), la qual cosa impossibilita aquesta assimilació. Precisament aquesta inseparabilitat del conjunt dels elements estructurals comuns dels edificis que arquitectònicament fa uns elements privatis interdependents d'uns altres és el que justifica que, respecte dels edificis configurats en règim de propietat dividida horitzontalment, la normativa prevegi que l'atorgament de l'acta de

finalització de l'obra nova, en cas de no realitzar-se pel conjunt de tots els titulars registrals, correspongui al President de la Junta de Propietaris (cfr. article 47, núm. 2c, del Reial Decret 1093/1997, de 4 de juliol). Cal afegir la dificultat que representa per admetre *in casu* la concurrència de la condició d'*autopromotor* en els atorgants el fet que l'acta de finalització de l'obra s'atorga el mateix dia en què aquests adquireixen el domini dels respectius habitatges, en virtut de donació feta al seu favor mitjançant escriptura pública (cfr. article 633 del Codi civil), a la vista de la definició legal que s'inclou de la figura del promotor, com a agent de l'edificació, a l'article 9, núm. 1, de la Llei d'Ordenació de l'Edificació.

Tampoc no concorre en aquest cas el requisit objectiu de l'exoneració de l'obligació legal de constitució de l'assegurança decennial, atès que no ens trobem en presència d'una edificació integrada per un únic habitatge unifamiliar, sinó d'un edifici plurifamiliar integrat, a banda d'un altre element privatiu, per dos habitatges.

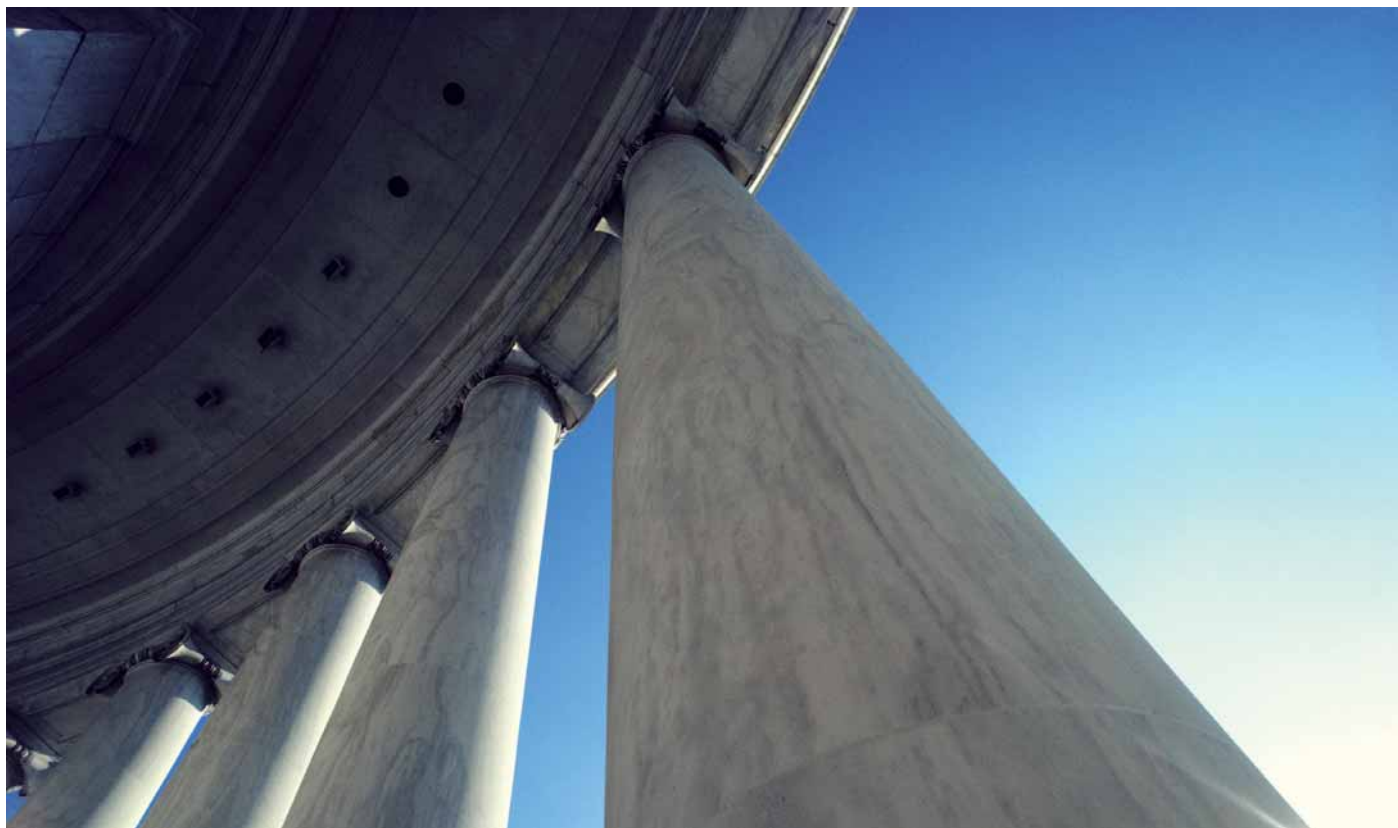
RDGRN d'11 de novembre de 2010

Venda d'un habitatge unifamiliar, declarat en el seu moment per a ús propi, sense acreditar ara aquest ús ni la constitució de l'assegurança decennial.

Donada la imposició de l'acreditació de l'ús propi com a requisit per a la venda ulterior de l'habitatge en els supòsits d'excepció a l'obligatorietat de l'assegurança decennial a què es refereix la DA 2a. de la Llei 38/1999, l'únic interès d'aquesta Resolució radicava a veure si per a la DG tal acreditació per part del venedor requeria alguna forma especial. Sobre aquest tema, la Resolució parla de «prova documental adequada, ja sigui a través d'una acta de notorietat, certificat d'empadronament o qualsevol altre mitjà de prova equivalent admès en Dret».

RDGRN de 25 de març de 2011

Sobre un únic solar, un matrimoni en règim de guanys declara un conjunt d'edificació compost de dos habitatges unifamiliars



adossats, que constitueixen en règim jurídic de propietat horitzontal, tot i que, a la posterior escriptura de rectificació, es «condiciona suspensivament» la constitució del règim de propietat horitzontal en el transcurs de deu anys des de la data de recepció de les obres.

La DG rebutja l'aplicabilitat de l'exempció de l'autopromotor per a ús propi, pel fet que no es tracta d'un únic habitatge

La DG rebutja l'aplicabilitat de l'exempció de l'autopromotor per a ús propi, ja que no es tracta d'un únic habitatge.

CONCLUSIONS

Primer. La DG considera inaplicable l'excepció de l'autopromotor individual al supòsit de construcció per copropietaris, que qualifica com un «acte col·lectiu» (article 398 del Codi civil), en què l'ús correspon a tots els comuns (article 394 del Codi civil).

En són excepcions:

- 1) L'anomenada *comunitat valenciana*, els requisits de la qual no concorren, no obstant això, si no hi ha independència estructural dels habitatges; v. g. per estar situats a plantes independents i integrats en un mateix règim de propietat horitzontal, del qual precisament són elements comuns i inseparables: «el terra, la volada, els fonaments i les cobertes; els elements estructurals i, entre aquests, els pilars, les bigues, els forjats i els murs de càrrega; i les façanes» (cfr. article 396 del Codi civil).

Per aquest motiu, es rebutja el recurs a la segona Resolució. Per contra, a la primera sí hi hauria aquesta independència, en tractar-se de dos habitatges aïllats en una mateixa parcel·la, i tot això encara que s'hagués utilitzat el règim de la «propietat horitzontal tombada». Però, en no haver-se fet així, la DG confirma la qualificació negativa.

Cal dir que aquesta interpretació restrictiva de la comunitat valenciana com a supòsit d'excepció que encaixa en allò previst legalment, si bé resulta ajustada a la Resolució-Circular de 3 de desembre de 2003, no va ser aplicada per la DG a la Resolució de 9 de maig de 2007 (tot i que se citi com a argument a la resolució que ara comentem), resolució en què va admetre un cas de comunitat valenciana en divisió horitzontal com exempt de l'obligació de constitució de l'assegurança. I ho va fer amb cita expressa de la Resolució-Circular de 3 de desembre de 2003, segons la qual (deia la DG l'any 2007) «no s'excloïen sempre i en tot cas els supòsits de divisió horitzontal en sentit vertical. També aquí pot donar-se comunitat valenciana quan es construeixin diversos habitatges per una pluralitat de propietaris, però cadascun d'ells sent amos *ab initio* del seu propi habitatge amb caràcter independent, és a dir, quan hi ha autopromoció individual dels seus respectius elements independents».



- 2) L'existència d'un pacte d'assignació d'ús exclusiu de cada habitatge, sense necessitat que hi hagi propietat horitzontal amb extinció de condomini. És una altra possibilitat que, en el supòsit de la primera Resolució, hauria permès l'exoneració de l'assegurança, d'haver-se pactat.

Fora d'això cal dir que, segons la nostra opinió, aquest concepte d'*acte col·lectiu* com a obstacle a l'aplicació de l'excepció no es pot entendre d'una manera literal, ja que això implicaria no admetre aquesta excepció en casos com el del matrimoni o la parella als quals els pertany per meitats, o el de la construcció o l'ampliació de l'habitatge familiar per un pare i els seus dos fills, la qual cosa hauria de portar a la necessitat de distingir segons les peculiaritats de cada cas.

Segon. En ser l'«ús propi» un fet futur, a la declaració d'obra nova és suficient la mera manifestació del promotor en aquest sentit. No obstant això, l'existència d'una llicència d'obres per a un edifici plurifamiliar, com és el cas de les dues primeres resolucions, desvirtua aquesta manifestació i impedeix parlar, segons la DG, tant d'un únic habitatge unifamiliar com d'ús propi. Cal entendre, respecte a aquest ús, que queden fora de perill els supòsits que acabem d'esmentar al punt anterior; no seria el cas, no obstant això, de la darrera Resolució, en la qual la llicència d'obres no només contradiu clarament qualsevol pretensió de configurar la construcció com un únic habitatge, sinó que també impedeix l'ús propi, atès que, havent-hi dos habitatges, únicament hi ha un autopromotor: el matrimoni atorgant.

Tercer. L'assegurança decennal és exigible als «edificis mixts» d'oficines-habitatges, fins i tot en casos com el de la segona Resolució, en què, del total de vuit elements independents, només dos es destinen a habitatge.

Quart. En cas d'ampliació d'obra nova, no és exigible l'assegurança en els següents casos:

- 1) Quan l'ampliació és simultània a una rehabilitació (Resolució-Circular de 3 de desembre de 2003). És necessari, no obstant això, repassar els termes

d'aquesta Resolució-Circular: «L'amplitud del concepte legal de rehabilitació induïx a pensar que, malgrat la seva literalitat, també estan exclosos de l'assegurança decennal els casos en què l'actuació rehabilitadora va unida a obres de reforma, ampliació o modificació de l'edifici que es realitzen simultàniament i sota la mateixa llicència urbanística d'edificació (cfr. articles 4.c i 5 del Reial Decret 2329/1983), **quedant només subjectes a la prestació de la garantia de l'assegurança de danys materials o de caució les obres de reforma, ampliació o modificació de l'edifici que, per no venir exigides per la seva deterioració, puguin catalogar-se de millora de l'immoble, és a dir, les que no tinguin la seva causa en el deure de conservació imposat als propietaris dels edificis** (article 16.1 de la Llei 38/99). Des del punt de vista registral, en tractar-se d'una qüestió urbanística i tècnica, el registrador haurà d'atenir-se a la qualificació que a l'obra concreta doni la llicència d'edificació, també necessària per a aquest tipus d'obres en les diferents normes urbanístiques autonòmiques com ho era al text refós de la Llei del Sòl de 1992, de manera que no caldrà acreditar la constitució de l'assegurança decennal si la llicència testimoniada autoritza una rehabilitació de l'edifici, encara que, a més, en permeti la reforma o modificació, total o parcial, o a l'ampliació de la seva volumetria; per contra, ha d'exigir-se la justificació de l'assegurança decennal quan la llicència d'edificació es limiti a autoritzar una obra autònoma de reforma, ampliació o modificació de l'edifici, no simultània a una rehabilitació. Els casos dubtosos es podran resoldre mitjançant una certificació de l'arquitecte on consti que el projecte es refereix a supòsits que la Llei d'Ordenació de l'Edificació estableix com de rehabilitació i per mitjà de la llicència municipal, que ha d'indicar a quin tipus d'obres fa referència». En aquest sentit, cal recordar que la Resolució de 9 d'abril de 2007 també va exigir l'assegurança en un supòsit de rehabilitació amb ampliació consistent en aixecar una nova planta a l'edifici, ja que va entendre que excedia del concepte de *rehabilitació* als efectes contemplats.

- 2) Quan no afecta l'habitabilitat dels habitatges (perquè es tracta, per exemple, de l'ampliació d'un local), encara que es realitzin a edificis destinats també a habitatges (RDGRN de 17 de novembre de 2007).

Queden subjectes a la prestació de la garantia de l'assegurança de danys materials o de caució les obres de reforma, ampliació o modificació de l'edifici que, per no haver estat exigides pel seu deteriorament, es poden catalogar com a millora de l'immoble

Cinquè. La transformació d'un local o unes golfes en habitatge no s'engloba en el concepte de *rehabilitació*, que no faria exigible l'assegurança. Per aquest motiu, ja apreciat a la RDGRN de 19 de juliol de 2005, la DG rebutja ara l'aplicació de l'excepció estudiada en el cas de la tercera Resolució comentada.

Sisè. L'acreditació de l'«ús propi» en vendre l'habitatge unifamiliar sense haver constituït l'assegurança, i dins dels deu anys següents a la seva terminació, requereix «prova documental adequada, ja sigui a través d'una acta de notorietat, certificat d'empadronament o qualsevol altre mitjà de prova equivalent admès en Dret». L'única cosa que exigeix la DG, per tant, és que es tracti de prova documental, per la qual cosa l'apreciació notarial que es basi, per exemple, en la mera declaració de testimonis haurà de revestir-se del judici de notorietat corresponent, i plasmar aquest en acta independent (com indica la DG) o bé, segons el que jo entenc, en la pròpia escriptura de transmissió. A part d'això, considero que la pràctica habitual d'acreditació mitjançant rebuts de pagament de subministraments (aigua, llum, gas, telèfon, etc.) hauria de seguir sent suficient per a l'acreditació que la Llei exigeix, sense necessitat de la solemnitat i els efectes de la declaració de notorietat.

Discriminació als espanyols fills d'emigrants en l'accés a la nacionalitat espanyola d'origen

La interpretació errònia de la disposició addicional 7a de la Llei 52/2007, de memòria històrica

L'objectiu d'aquest treball és analitzar i posar en relleu quin és el contingut de la disposició addicional 7a de la Llei 52/2007, de memòria històrica, un precepte que no s'ha de concebre com a limitatiu ni restrictiu, sinó que, al contrari, estableix i preveu temporalment un nou dret als seus beneficiaris, que encara són estrangers, a optar per la condició d'«espanyol d'origen» durant els tres anys de la vigència de la norma, és a dir, fins l'any 2011 (ja que la llei va entrar en vigor el 2008 i es va prorrogar durant un any). Per fer-ho, els optants han d'acreditar que són fills d'espanyols originaris o nés d'espanyols exiliats o emigrants.

Dr. Eduard Sagarra Trias
Advocat, soci fundador de Roca Junyent. Professor titular de Dret Internacional de la UB i d'ESADE. President de l'Associació per a les Nacions Unides a Espanya (ANUE)

1. Introducció

En determinats consolats espanyols, especialment a Hispanoamèrica, s'estan denegant les peticions d'espanyols fills o descendents d'emigrants per reconvertir la seva nacionalitat espanyola «normal i sense epítets» a «**nacionalitat d'origen**». Aquests nous espanyols per adquisició derivativa havien obtingut, per opció, la nacionalitat espanyola abans de la reforma del Codi civil operada l'any 2002 (Llei 36/2002), o fins i tot per residència, adopció (els menors de





divuit anys) o una altra forma derivativa legalment prevista. Sabem que aquest és un estatus, avui privilegiat, de què gaudeixen determinats espanyols dins i fora d'Espanya. Aquest dret «expectant» d'obtenir la condició d'«espanyols d'origen» l'ha concedit (amb un termini de caducitat de dos anys a partir del 2008, prorrogat fins al 2011) la disposició addicional 7a de la Llei 52/2007, denominada correntment Llei de memòria històrica⁽¹⁾. Aquesta disposició volia donar compliment al que preveu la disposició addicional 2a de la Llei 40/2006, de 14 de desembre, de l'Estatut de la ciutadania espanyola a l'exterior⁽²⁾.

Hem pogut saber directament que determinats encarregats de registres civils consulars han dictat resolucions discriminatòries i mancades de lògica dins de l'actual legislació espanyola, en conjunt, en matèria de nacionalitat. Al mateix temps, creen una gran incertesa, angou i inseguretat jurídica als seus potencials beneficiaris (que, no ho oblidem, són espanyols des de fa anys) i, en definitiva, els provoquen innecessàriament una clara indefensió de facto, mentre la Direcció General dels Registres i del Notariat o el Tribunal Suprem no ho esmenin en el futur de manera clara i no individualitzada amb la norma, instrucció o circular de caràcter general que sigui procedent i que eviti l'atomització de recursos.

Aquests espanyols (que resideixen, normalment, a l'estranger), si avui volen que els sigui reconegut el seu estatus constitucional d'«espanyols d'origen», estan obligats (al nostre entendre, innecessàriament), amb resolucions consulars denegatòries poc fonamentades, a travessar el següent «calvari»:

- a) Discutir amb els funcionaris consulars, cònsols de carrera o honoraris, sobre el seu dret expectant de ser «espanyols d'origen».
- b) Estudiar ells mateixos la intrincada legislació successiva històricament promulgada en matèria de nacionalitat espanyola. Advertim que no és fàcil ni tal sols per als experts.
- c) Demanar l'assessorament d'advocats espanyols i estrangers sobre el camí que cal seguir davant del Registre Civil o el Consular.
- d) Redactar, fonamentar i interposar els recursos administratius o, si és el cas,

contenciosos administratius contra les resolucions de la Direcció General dels Registres i del Notariat, en defensa del seu legítim dret: buscar antecedents familiars, a vegades remots, en registres espanyols o, subsidiàriament, als arxius parroquials on consten casaments i bateigs dels feligresos.

- e) Satisfer honoraris a professionals especialistes (les còpies i certificats registrals són gratuïts per Llei) dels seus pares o avis originàriament espanyols.
- f) Fer que el recurs sigui admès i que el consolat, per valisa diplomàtica o correu, el remeti a Madrid, a la Direcció General dels Registres i del Notariat, per tal que resolgui en primera instància.
- g) Fer que una Direcció General dels Registres i del Notariat col·lapsada amb milers d'expedients de tot el món i els propis d'Espanya⁽³⁾ resolgui aquest recurs, quan pugui i com pugui. Mentrestant, aquest compàs d'espera els causa un irrecuperable perjudici no només a ells, sinó també als seus descendents.
- h) Aconseguir que es coneguin directament (per notificació) o mitjançant la publicació de la resolució als butlletins corresponents (en aquests moments, el 2011, ja carreguen més d'un any d'endarreriment i es preveu que encara s'agreuja).
- i) Aconseguir que es notifiqui la Resolució (positiva o negativa), en aquests casos, al consolat de procedència per via diplomàtica.
- j) Fer que el consolat notifiqui la Resolució a l'interessat i que l'informi amb una ressenya dels recursos que siguin procedents en cada cas.
- k) Fer que, si la resposta és positiva, s'inscrigui amb una nota marginal a la inscripció de naixement de l'interessat a Espanya o al Registre Central o el Consular on ja estigués inscrit.
- l) Fer que s'emeti la certificació literal de naixement perquè aquest nou estatus («espanyol d'origen») tingui eficàcia davant de l'Administració, la Direcció General de Policia, les ambaixades, els consolats, la Unió Europea, etc. Cal no oblidar que, a més de ser nacional es-

panyol, té la condició (privilegiada) de ser ciutadà de la Unió Europea.

En plena era de la informàtica i de la telemàtica, i en general de la celeritat en tots els àmbits, de l'accés a bases de dades i de la facilitat de consulta, etc. aquest és el **camí tortuós, insegur i innecessari** que s'ofereix al que ja és espanyol beneficiari que, a més de ser titular del dret, està plenament legitimat a demanar-ho. No sembla que la situació descrita sigui presentable, ni que obeeixi a la voluntat del legislador, ni que la ciutadania espanyola s'ho mereixi al segle XXI⁽⁴⁾.

Hem pogut saber directament que determinats encarregats de registres civils consulars han dictat resolucions discriminatòries i mancades de lògica dins de l'actual legislació espanyola, en conjunt, en matèria de nacionalitat

La via normal que modestament suggerim que s'hauria de seguir és tan simple com la següent:

a) El consolat aconsella, a la vista dels documents, l'exercici del dret a sol·licitar la «nacionalitat d'origen», el tràmit que cal seguir, fer firmar la sol·licitud i estendre l'acta d'adquisició de la nacionalitat espanyola d'origen per opció, per part de l'encarregat del Registre Civil consular.

b) L'encarregat competent per a la qualificació, en aplicació i interpretació analògica (article 4 del Codi civil) de l'«esperit de la Llei» i del contingut de la Llei de memòria històrica, i a la vista de la Instrucció de la Direcció General dels Registres i del Notariat de 4 de novembre del 2008 o de resolucions posteriors (com la de 23 de març del 2010), acorda, sense més, la pràctica de nova inscripció marginal corresponent a l'adquisició de la «nacionalitat espanyola d'origen» al marge de la inscripció.

c) S'estén, a continuació, la inscripció marginal d'adquisició de la «nacionalitat espanyola d'origen» per opció al marge de la inscripció principal del naixement del que exerceix el dret d'opció.

O, encara més senzill, econòmic i fàcil: que la Direcció General dels Registres i del Notariat, atès l'«oblit o error», que



ens sembla involuntari, i d'acord amb una Resolució del 2010 (no publicada), dicti una circular general i obligatòria o, com a mínim, una circular (comunicada urgentment als encarregats del Registre Civil i, en especial, als consolats espanyols) que resolgui inequívocament la confusió interpretativa (o llacuna legal) produïda per la redacció del núm. 3 de la instrucció de 4 de novembre del 2008, **on es reflecteixi, de manera expressa, que s'inclouen dins dels supòsits inclosos en el dret a obtenir la «nacionalitat d'origen» els que, ja nacionalitzats espanyols, es trobin en unes circumstàncies idèntiques al supòsit de la Resolució de 23 de març del 2010, així com tots els ciutadans que hagin adquirit prèviament la nacionalitat espanyola, no d'origen, mitjançant qualsevol altra forma derivativa, segons la legislació que aleshores era vigent. Com a exemple, en aplicació de la Llei 18/90 (disposició transitòria 2a) o de la Llei 29/1995, de 2 de novembre (disposició transitòria 1a)**⁽⁵⁾.

No només ens sembla injust seguir el primer camí (i fins i tot el segon), sinó que està totalment renyit amb el que ha de ser una administració àgil, bona gestora, resolutiva de problemes, eficaç, eficient, econòmica i al servei del ciutadà⁽⁶⁾. En definitiva, amb el que entenem que ha de ser l'Administració pública d'un estat modern europeu del segle XXI.

No sembla que la situació descrita sigui presentable, ni que obeeixi a la voluntat del legislador, ni que la ciutadania espanyola s'ho mereixi al segle XXI

Estem convençuts que no era aquest el resultat que pretenia el legislador amb la promulgació de la Llei de la memòria històrica del 2007, i encara menys amb la disposició addicional 7a, que suposa una ampliació substancial i important de l'àmbit subjectiu que concedeix (amb relació a la legislació anterior, article 20.1.b del Codi civil), i no, al contrari, una cosa excloent, sinó inclusiva, per evitar desigualtats entre espanyols no originaris, és a dir, derivatius.

El dret a l'adquisició de la nacionalitat «**espanyola d'origen**» ampliat a la Llei 52/2007 es troba «aparentment» restringit i limitat per una instrucció d'un rang jeràrquic inferior: la Instrucció de la Direcció General dels Registres i del Notariat de 4 de novembre del 2008. Aquesta situació contradiu el principi de *legalitat* i de *jerarquia normativa* i és contrària al principi general del nostre ordenament jurídic *ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*. La disposició addicional 7a, de constant referència, no ho limita, com pretén interpretar la Instrucció de la Direcció General dels Registres i del Notariat, ni expressament ni tàcitament.

2. Supòsit de fet molt comú entre els fills d'espanyols emigrats o exiliats que van obtenir la nacionalitat espanyola per opció abans de l'any 2002, perquè eren fills d'espanyols originaris

El problema que plantejem, lluny de ser hipotètic o de laboratori, és molt comú. Es planteja als qui són ja espanyols perquè són fills de pare o mare emigrant, qualsevol dels dos originàriament espanyol, nascut a Espanya i que havia perdut la nacionalitat espanyola per qualsevol causa, i, consegüentment, no ho eren en el moment de néixer el fill que hi opta ara, i que sol·liciten, a l'empara de la nova legislació (disposició addicional 7a de la Llei 52/2007), la reconversió o opció (ja que són espanyols) a esdevenir «**espanyols d'origen**».

Els seus progenitors gairebé segur que havien perdut la nacionalitat espanyola (voluntàriament o involuntària) per la seva condició d'espanyols emigrants de caràcter econòmic o exiliats polítics i van adquirir voluntàriament la nacionalitat del país d'acollida, amb la finalitat molt justificable de poder-hi treballar en iguals condicions que els ciutadans del país.

També s'ha plantejat aquesta situació anòmala als que són fills de descendents espanyols originaris i que han adquirit la nacionalitat espanyola per residència a Espanya reduïda d'un any, durant el període comprès entre els anys 2002 i 2008⁽⁷⁾.

Hi ha hagut diferents modificacions del Codi civil abans i després de la Constitució

del 1978, entre les quals cal destacar les que van permetre que aquestes persones tinguessin l'opció o l'accés a la nacionalitat espanyola no d'origen, per adquisició derivativa, a través de les disposicions transitòries o addicionals de les esmentades lleis modificatives (els terminis que condicionaven l'exercici de l'opció avui en dia estan totalment extingits). Tot plegat va permetre que els seus beneficiaris, descendents d'espanyols originaris, obtinguessin la nacionalitat espanyola no només per opció, sinó també per residència amb termini temporal privilegiat.

Aquells «nous espanyols», en optar o adquirir la nacionalitat, evidentment no eren espanyols «**originaris**» (un concepte temporal o cronològic), ja que tenien amb anterioritat, per filiació o per lloc de naixement, una altra nacionalitat o bé no en tenien cap i eren apàtrides. És evident que en adquirir la nacionalitat espanyola per opció no estava legalment previst que tinguessin a la vegada la consideració d'«**origen**», que és un estatus legal característic i específic. Els nous espanyols simplement eren espanyols derivatius, «**ni originaris ni d'origen**», ja que el Codi civil no ho tenia en compte. Una categoria que queda reservada als que ara hi optin, només fins al 2011, i que estiguin inclosos a la disposició addicional 7a de la Llei 52/2007, interpretada per la Resolució de la Direcció General dels Registres i del Notariat de 4 de novembre del 2008.

A qui realment afecta plenament el problema que denunciem en aquest treball és als espanyols que van adquirir la nova nacionalitat per «via derivativa» abans del 2002: la dificultat o impossibilitat d'accedir a ser «**espanyols d'origen**» si no és mitjançant la interposició d'un recurs administratiu o jurisdiccional, tret que es dicti urgentment una circular de la Direcció General dels Registres i del Notariat, que és la via o el mitjà més idoni, fàcil i barat que propugnem.

La causa del problema no és altra que l'oblit (així ho reiterem) del legislador, enterbolit per l'interpret autèntic de la norma, la Direcció General dels Registres i del Notariat, que va ometre acollir aquelles situacions prèvies al 2002 en l'equivoca Instrucció de 4 de novembre del 2008.

Aquesta Instrucció, d'una banda, va ampliar l'àmbit subjectiu dels seus bene-



ficiaris (que s'havien acollit al dret d'opció de l'article 20.1.b del Codi civil), però sense cap raó aparent ho restringeix, per omisió, als que (amb antecedents o circumstàncies familiars idèntics o superiors) tenien un dret idèntic perquè havien obtingut la nacionalitat espanyola. Tot això, independentment de la via a través de la qual van arribar a ser espanyols, o, fins i tot, adquirida per via de la recuperació (especialment, dones casades amb estrangers) i que van accedir a la seva nova nacionalitat espanyola abans de l'entrada en vigor de la Llei de memòria històrica o anteriorment a l'aplicació de la modificació del Codi civil de l'any 2002⁽⁸⁾.

No és admissible aquesta discriminació en congruència amb l'article 14 de la Constitució, del dret fonamental de la igualtat dels espanyols davant la llei.

La interpretació gramatical estricta de la Llei del 2007 i de la Instrucció de la Direcció General dels Registres i del Notariat de 4 de novembre del 2008 que la desenvolupa limita injustificadament a aquests espanyols el dret a obtenir l'estatus d'«espanyol d'origen», com, de fet, està passant en determinats registres consulars, en qualificacions no favorables, insuficientment o nul·lament argumentades per l'autoritat que les dicta.

La condició d'«espanyol d'origen» no és merament semàntica, sinó que és una categoria i un privilegi de la ciutadania a partir de la Constitució del 1978 que figura clarament establerta a l'article 11 de la Carta Magna. Per tant, és un dret molt important per a qualsevol espanyol, que s'amplia, si es pot, en el complex món globalitzat actual, en el qual el fet de pertànyer a un estat del primer món (espanyol i europeu) és com jugar, en terminologia futbolística, a la Champions League.

A la majoria d'aquests ja espanyols descendents a la vegada d'espanyols (i majoritàriament residents a Hispanoamèrica), que originàriament no eren espanyols però que ara, després de l'opció, si que ho són, molt freqüentment se'ls afegeix el dret de tenir *dobles nacionalitats*, legal o convencional, en aplicació d'un tractat internacional ratificat per Espanya, o bé per l'aplicació directa de la Constitució espanyola (article 11.3) o del Codi civil (article 24).

3. Per aclarir conceptes: nacionalitat «d'origen» i nacionalitat originària

Encara que molts cops es confonen (principalment, perquè el legislador o la jurisprudència ens porten a caure en aquest error), el cert és que «nacionalitat d'origen» i «nacionalitat originària» són dos conceptes diferents que s'utilitzen a la Constitució, al Codi civil, a les lleis orgàniques o ordinàries i en multitud de tractats internacionals en vigor a Espanya. Per complicar-ho una mica més, a vegades, la mateixa llei o les normes de rang jeràrquicament inferior, utilitzen termes com «nacional originàriament espanyol» o «d'origen espanyol»⁽⁹⁾.

Com ja hem esmentat, l'article 14 de la Constitució espanyola del 1978 consagra el principi que tots els espanyols són iguals davant la llei; això no obstant, la mateixa Constitució fa una clara diferenciació, a l'article 11, entre els «espanyols d'origen» i els espanyols que no són d'origen⁽¹⁰⁾.

a) Distinció legislativa clara i conseqüències de la diferent categoria d'«espanyols d'origen» i «espanyols originaris»

El concepte «espanyol d'origen» és un concepte juridicolegal nou que es va establir (tal com hem indicat anteriorment) en els articles 11.2 i 11.3 de la Constitució espanyola del 1978. Des que es va incloure a la Carta Magna, es realitza, constitucionalment, una clara diferenciació entre totes dues categories. Per tant, ens trobem davant de dos tipus o variants de qui és de nacionalitat espanyola i de qui té, en un moment determinat, nacionalitat espanyola. Entre altres privilegis, per a l'«espanyol d'origen» té una importància cabdal el fet de no poder perdre la nacionalitat per sanció.

L'aparició d'aquesta dualitat o d'aquestes categories entre espanyols, a partir del 1978, i en aplicació del principi constitucional de l'article 14, obliga el legislador i també l'interpret autèntic (Direcció General dels Registres i del Notariat) a tenir molt presents en les normes, instruccions i circulars que es promulguin sobre les possibilitats de concedir el dret, o l'expectativa, d'optar a la nacionalitat espanyola. En aquest mateix sentit, cal que l'actuació de l'Administració espanyola s'orienti, en conjunt, a fer possi-

ble que tots els optants tinguin igualtat de condicions i drets respecte dels altres espanyols originaris, és a dir, que puguin arribar a ser «espanyols d'origen».

A qui realment afecta plenament el problema que denunciem és als espanyols que van adquirir la nova nacionalitat per «via derivativa» abans del 2002: la dificultat o impossibilitat d'accedir a ser «espanyol d'origen» si no és mitjançant la interposició d'un recurs administratiu o jurisdiccional

A partir d'aquests dos estatus entre espanyols, les modificacions postconstitucionals que s'han succeït des del 1978 en el Codi civil (articles 17 a 28) han anat introduint i dotant de contingut aquesta doble condició d'espanyols. Ser «originari» o «espanyol originari» és una característica que denota un element exclusivament temporal i significa que la nacionalitat espanyola s'atribueix a l'individu *ex lege* des que neix. Aquesta atribució és per *ius soli*, o bé per filiació (s'hi inclouen els adoptats menors d'edat). Aquest caràcter de temporalitat no prejutja que l'originàriament espanyol la pugui haver perdut o que la pugui conservar tot i haver adquirit posteriorment una o diferents nacionalitats, per via convencional o *de facto*.

Al contrari, la condició o estatus d'«espanyol d'origen» és una categoria jurídica de què gaudeixen determinats espanyols (en principi, tots els originaris, és a dir, els que tenen atribuïda la nacionalitat espanyola des del naixement; article 17 del Codi civil). Amb tot, també poden obtenir aquest estatus «d'origen» persones que la van adquirir posteriorment al naixement i que, òbviament i prèviament, ostentaven originàriament una altra nacionalitat o eren apàtrides, és a dir, que no eren espanyoles inicialment.

En síntesi, no només tenen la qualitat d'«espanyols d'origen» els que tinguin atribuïda la nacionalitat espanyola per naixement o filiació, sinó també altres supòsits en què el Codi civil en preveu la concessió o estatus en adquirir, de manera derivativa, la nacionalitat espanyola, per opció o fins i



tot per residència. I, per últim, els que adquireixen la nacionalitat per opció en virtut de la disposició addicional 7a de la Llei de memòria històrica, així com els que hi van optar amb la disposició transitòria 2a de la Llei 18/90.

Confirma la nostra posició argumental la pronúncia de la Direcció General dels Registres i del Notariat en la recent Resolució que ens sembla cabdal en aquest tema⁽¹¹⁾:

«A aquests efectes, cal recordar que l'article 11 de la Constitució, en els apartats 2 i 3, dóna un cert tracte de favor a la nacionalitat espanyola d'origen, cosa que ha motivat que tant el legislador del 1982 com el del 1990 s'hagin preocupat de determinar cas per cas, quan la nacionalitat espanyola és d'origen, i s'assenyalen fins i tot algunes hipòtesis en què una nacionalitat espanyola adquirida després del naixement és considerada d'origen per decisió legal (cf. articles 17.2 i 19 i la disposició transitòria 2a de la Llei del 1990). **La nacionalitat espanyola d'origen constitueix avui, doncs, una categoria legal que justifica en tot cas un règim privilegiat respecte d'altres nacionalitats espanyoles adquirides (cf. articles 24.2 i 25 del Codi civil).**» (La negreta és nostra.)

b) Drets i beneficis d'ostentar l'estatus de nacional «d'origen»

Tant la Constitució com el Codi civil estableixen un estatus de «ciutadania» o «nacionalitat espanyola» privilegiada per als que tenen la **«nacionalitat espanyola d'origen»**. Es concedeixen als titulars (espanyols originaris o derivatius però amb l'estatus d'**«espanyols d'origen»**), entre altres, els següents drets:

- No poden perdre la nacionalitat espanyola per sanció (article 11.2 de la Constitució).
- Poden gaudir de doble o triple nacionalitat per via legal o convencional, especialment, acollits als tractats establerts amb els països de la comunitat hispanoamericana o perquè són nacionals d'aquells amb qui Espanya ha tingut una relació històrica: Andorra, Portugal, Guinea Equatorial o les Fili-

pines (articles 11.3 de la Constitució i 24.1 del Codi civil).

- No perden la nacionalitat espanyola si han utilitzat una altra nacionalitat voluntàriament o si estaven al servei d'armes o si han exercit un càrrec públic estranger, tot i la prohibició expressa del Govern espanyol (articles 25.a i 25.b del Codi civil).
- Es poden acollir a determinats convenis de doble nacionalitat que exigeixen que el nacional ho sigui «d'origen» o de naixement.
- Drets d'«estrangeria privilegiada» per als seus fills i descendents reconeguts a la Llei orgànica d'estrangeria vigent (l'última modificació és del 2009)⁽¹²⁾ i en les disposicions que la desenvolupen; per exemple, l'article 2.1.c de la Llei 40/2006, l'article 45.2.c del Reial decret 2394/2004, etc. Una última norma que concedeix aquests beneficis als descendents és la recent Ordre ministerial TIN/3364, de 28 de desembre del 2010 (BOE de 30 de desembre del 2010), que regula la gestió col·lectiva de contractacions en origen.
- En la Resolució de la Direcció General dels Registres i del Notariat d'1 de juliol del 1994 es declara aquest caràcter privilegiat de la **«nacionalitat d'origen»** com una categoria legal específica, tal com veurem a la Resolució de 23 de març del 2010⁽¹³⁾.

S'ha d'afirmar, tot i que sembli contradictori, que mentre tots els «espanyols originaris» ho són «d'origen», no tots els espanyols «d'origen» són «originaris»

La Resolució de la Direcció General dels Registres i del Notariat d'1 de juliol del 1994 declara el caràcter «privilegiat» de l'estatus **«nacionalitat d'origen»**:

«Segon:

»() **La nacionalitat espanyola d'origen constitueix avui una categoria legal que justifica en tot cas un règim privilegiat respecte d'altres na-**

cionalitats espanyoles adquirides ()»⁽¹⁴⁾.

4. Evolució legislativa postconstitucional del dret d'opció que faculta els seus beneficiaris per obtenir la condició d'«espanyols d'origen»

Seria objecte d'un altre ampli treball estudiar quins casos d'opció de la nacionalitat espanyola produïts abans de la Llei de memòria històrica facultarien els seus beneficiaris a ser **«espanyols d'origen»**. Per això, ens limitarem ara únicament als casos de fills de pare o mare originàriament espanyols, nascuts a Espanya o no (emigrants o exiliats)⁽¹⁵⁾.

a) Igualtat entre filiació biològica i filiació legal

Al Codi civil, s'hi va introduir una important modificació en matèria de nacionalitat amb l'objectiu d'aconseguir la igualtat entre la filiació biològica i la filiació legal, en especial, pel que fa a l'obtenció de la nacionalitat d'**«origen»** als beneficiaris. Així, el Codi civil preveu que, tot i no ser originàriament espanyols, també tinguin la condició d'**«espanyols d'origen»** les següents persones:

- Els majors de divuit anys que optin a la nacionalitat espanyola dins dels dos anys següents, un cop se n'hagi determinat la filiació o naixement a Espanya (article 17.2 del Codi civil). És a dir, que originàriament tenien una altra nacionalitat, però que després d'haver investigat i descobert la filiació dels seus progenitors espanyols o d'haver-ne determinat el lloc de naixement, són persones que, tot i que originàriament són estrangers o apàtrides, són (després d'haver exercitat el seu dret d'opció) **«espanyols d'origen»**.
- Els estrangers menors de divuit anys adoptats per un espanyol (article 19.1 del Codi civil), que adquireixen automàticament la nacionalitat espanyola amb la consideració d'**«espanyol d'origen»** per imperi de la llei.
- Els majors de divuit anys adoptats per espanyols que poden optar a la nacionalitat espanyola **«d'origen»** durant



els dos anys següents a partir de la data de constitució de l'adopció (article 19.2 del Codi civil). Cal observar que en aquest supòsit es requereix a més d'un acte jurídic (l'adopció per espanyol o espanyola), un acte volitiu exprés i declarat per l'interessat davant de l'encarregat del Registre Civil: l'exercici del dret d'adquisició de la nacionalitat espanyola per opció.

b) Altres modificacions legislatives recents sobre el dret d'opció a la nacionalitat per filiació o com a descendent d'una persona originàriament espanyola

- Temporalment es va concedir el dret d'opció als fill d'un pare que hagués estat «espanyol originari» nascut a Espanya. Així es va recollir en la disposició transitòria 1a de la Llei 29/1995 (BOE de 4 de novembre del 1995) i, prèviament, en les disposicions transitòries 2a i 3a de la Llei 18/1990. No es preveia, però, en aquestes disposicions la possibilitat de reconversió de la nacionalitat a l'estatus constitucional d'«**espanyols d'origen**» de persones que ja haguessin adquirit la nacionalitat espanyola «**no d'origen**».

Aquest és el supòsit que ara es planteja en nombrosos casos i, majoritàriament, en molts registres civils consulars en què, a la vista d'una aplicació restrictiva de la Llei 52/2007 i atesa la instrucció limitativa de la Direcció General dels Registres i del Notariat de 4 de novembre del 2008 (d'un rang jeràrquic inferior), es troben en la situació denunciada en aquest treball. Aquest supòsit, no resolt a causa de la llacuna de la instrucció esmentada, contribueix a un potencial col·lapse administratiu als consolsats i a la mateixa Direcció General dels Registres i del Notariat, l'òrgan registral de segona i última instància en via administrativa.

- L'any 2002, el legislador, amb la finalitat d'unificar les desigualtats generades per les successives i precedents modificacions parcials Codi civil, i per la concessió temporal de drets a optar que va tenir lloc mitjançant les disposicions transitòries esmentades anteriorment, va voler unificar criteris, i els diferents

grups parlamentaris van presentar a aquest efecte nombroses proposicions de llei. El dret successiu, a vegades, s'encaïllava i això situava els seus beneficiaris en una incòmoda **inseguretat jurídica**, alhora que provocava certa dificultat interpretativa als encarregats dels registres competents per a les qualificacions de les actes d'adquisició, cosa que va generar una **disparitat d'acords de qualificació davant de supòsits de fet idèntics**. Hi contribueix el fet constatat que, excepte les privilegades capitals de província que gràcies a la població que tenen gaudeixen de la figura d'un jutge encarregat exclusivament del Registre Civil, en la resta de les localitats i en els registres consulars, l'encarregat simultaneja les seves funcions del Registre Civil amb altres de la més diversa índole (penals, civils i administratives), cosa que, lògicament, pot incidir en una falta d'especialització técnicojurídica en matèria registral.

La unificació de criteris a la qual ens hem referit es va portar a terme a través de la publicació de la Llei 36/2002, de 8 d'octubre, que va modificar substancialment la regulació de la nacionalitat espanyola, i va crear, a l'article 20 del Codi civil, un nou apartat b i va afegir un nou ordinal 3., cosa que va ampliar generosament l'àmbit subjectiu dels que podien adquirir la nacionalitat espanyola per opció:

«Article 20.1. Tenen dret a optar per la nacionalitat espanyola:

»b) Els que la seva mare o el seu pare hagués estat originàriament espanyol ja nascut a Espanya.

(...)

»3.—L'exercici del dret d'opció previst a l'apartat 1.b d'aquest article no està subjecte a cap mena de límit d'edat.»

Cal destacar que aquest nou article 20.1.b té en compte un supòsit idèntic al que es va concedir temporalment i que preveia la disposició transitòria 5a 1a de la Llei 29/1995: «Les persones que la seva mare o el seu pare hagués estat originàriament espanyol i nascut a Espanya». Tanmateix, aquest dret, com ja apuntàvem en virtut de l'esmentada disposició transitòria, va

estar subjecte al seu exercici durant un termini de vigència que va acabar el 7 de gener del 1997⁽¹⁶⁾.

La gran novetat operada per la Llei 36/2002, amb relació a l'esmentada regulació anterior, consisteix en què l'opció exercida a l'empara del nou article 20.1.b del Codi civil és un dret que no caduca i que el beneficiari el pot exercitar en qualsevol moment de la seva vida. Així es preveu en el nou article 20.3 del Codi civil, transcrit més amunt⁽¹⁷⁾.

La gran novetat operada per la Llei 36/2002, amb relació a l'esmentada regulació anterior, consisteix en què l'opció exercida a l'empara del nou article 20.1.b del Codi civil és un dret que no caduca i que el beneficiari el pot exercitar en qualsevol moment de la seva vida

Malgrat tot, (i aquest és el nus gordià del problema que plantejem en aquest treball), cal destacar que l'adquisició de la nacionalitat espanyola per opció o residència, en qualsevol dels supòsits previstos al Codi civil, no suposa *ex lege* l'obtenció de la condició d'«**espanyol d'origen**» als seus beneficiaris. Aquesta possibilitat no arriba fins sis anys més tard, després de la modificació operada per la Llei 36/2002, i existeix amb motiu no d'una nova modificació del Codi civil, sinó amb l'entrada en vigor, el 2008, de la disposició addicional 7a de la Llei de memòria històrica (Llei 52/2007), el dret d'opció de la qual, també temporal, és encara vigent en el moment en què s'ha redactat aquest article, i ho serà perquè se n'ha ampliat la vigència fins al desembre del 2011⁽¹⁸⁾.

Només amb un simple repàs de la legislació operada en la regulació de la nacionalitat espanyola des del 15 de juliol del 1954 fins l'any 2011, ens adonarem de la multiplicitat de normes que s'han anat succeint (d'exercici temporal o vigència permanent), algunes de les quals ja no són d'aplicació. Ara bé, els que van optar per la



nacionalitat (en el seu moment) tenien i tenen una igualtat de circumstàncies familiars i personals que els que l'exercitin a partir de la Llei de memòria històrica, i fins i tot per qualsevol altra via en l'exercici del dret d'opció, conservació i recuperació de la nacionalitat espanyola⁽¹⁹⁾.

- Addicionalment, la Llei de la memòria històrica, en la disposició addicional 7a, amplia l'àmbit subjectiu al dret d'opció a la nacionalitat espanyola «d'origen» als descendents d'espanyol emigrants i d'exiliats⁽²⁰⁾.

Disposició addicional 7a:

«1.—Les persones que la seva mare o el seu pare hagués estat originàriament espanyol poden optar a la nacionalitat espanyola d'origen si formalitzen la seva declaració en el termini de dos anys des de l'entrada en vigor d'aquesta disposició addicional. Aquest termini es pot prorrogar per acord del Consell de Ministres fins al límit d'un any.

»2.—Aquest dret també es reconeix als néts dels que van perdre o van haver de renunciar a la nacionalitat espanyola com a conseqüència de l'exili.»

La gran novetat legislativa que suposa l'aplicació d'aquesta disposició addicional 7a és que els seus beneficiaris obtenen, a través de l'exercici de l'opció (ara sí), la condició privilegiada d'«espanyols d'origen».

L'actual regulació de l'adquisició de la nacionalitat espanyola «d'origen», operada per la Llei de memòria històrica i, en particular, per la Instrucció de la Direcció General dels Registres i del Notariat de 4 de novembre del 2008, no té lògica legislativa i els seus resultats atempten contra el principi de no-discriminació i igualtat dels espanyols davant la llei consagrat a l'article 14 de la Constitució espanyola

A partir del naixement del dret expectant d'accés a l'estatus privilegiat d'«espanyol d'origen» s'ha plantejat una clara discriminació, injustícia i desigualtat amb

els espanyols que, com que complien els mateixos requisits (que ara s'exigeixen per a aquest accés), ja havien adquirit la nacionalitat espanyola amb anterioritat a l'entrada en vigor de la Llei 52/2007, per qualsevol de les vies que possibiliten l'adquisició derivativa.

La situació de discriminació que apuntem encara augmenta més si considerem que es concedeix als seus beneficiaris un «dret millor» (l'estatus d'«espanyol d'origen»), encara que els seus progenitors puguin tenir menys punts de connexió o antecedents amb Espanya. No és necessari que els pares dels beneficiaris d'aquest nou dret d'opció haguessin estat espanyols (és el cas dels néts dels exiliats) o, si eren originàriament espanyols, no necessitaven haver nascut a Espanya (els fills d'emigrants). Aquest últim és el supòsit que estava tipificat fins ara a l'article 20.1.b del Codi civil i que concedeix l'opció als seus beneficiaris a ser-ho «d'origen» gràcies a la interpretació que fa la Instrucció de la Direcció General dels Registres i del Notariat de 4 de novembre del 2008.

En l'anàlisi del que s'ha exposat hi trobem una paradoxa absurda: el descendent de pares originàriament espanyols, nascuts a Espanya (recordem que són les condicions que permeten que l'interessat accedeixi a la nacionalitat espanyola «d'origen»), si en lloc d'haver adquirit la nacionalitat espanyola «no d'origen» (a l'empara de qualsevol de les vies permeses per legislació anterior a l'any 2002), s'hagués esperat fins avui per exercir ara el seu dret, podria accedir, **en aquest cas i ara sí**, a l'estatus privilegiat de la nacionalitat espanyola «d'origen». El beneficiari podria accedir al millor dret esmentat per una via insòlita, fins i tot no desestimable: **la renúncia a la nacionalitat espanyola, si compleix els requisits de l'article 24.2 del Codi civil**⁽²¹⁾.

És sorprenent i inconcebible!

Podem, doncs, concloure'n que l'actual regulació de l'adquisició de la nacionalitat espanyola «d'origen», operada per la disposició addicional 7a de la Llei 52/2007 de memòria històrica, i, en particular, per la Instrucció de la Direcció General dels Registres i del Notariat de 4 de novembre del 2008, no té lògica legislativa i els seus resultats atempten, novament i clarament, contra el principi de no-discriminació i igualtat dels

espanyols davant la llei, consagrat a l'article 14 de la Constitució espanyola.

5. Dificultats que presenta a la pràctica l'aplicació i la interpretació de la disposició addicional 7a de la Llei 52/2007 causades per la Instrucció de la Direcció General dels Registres i del Notariat de 4 de novembre del 2008, que estableix el cos de la doctrina que, restrictivament, delimita qui pot reconvertir i qui no en el seu criteri III (conversió d'una nacionalitat espanyola derivativa o «no d'origen» en nacionalitat «d'origen»)

Davant de les dificultats hermenèutiques que va suscitar l'aplicació de la disposició addicional 7a de la Llei 52/2007 des que es va publicar, el Centre Directiu de la Direcció General dels Registres i del Notariat es va proposar aclarir als seus beneficiaris l'àmbit exacte subjectiu d'aquesta. A partir d'aquí es complica (innecessàriament) la situació de moltes persones ja espanyoles que voldrien i podrien ser «espanyoles d'origen», i tenen aquest dret vedat, especialment quan ha de ser exercit en determinats registres consulars localitzats a Amèrica del Sud

No hem d'oblidar que la *ratio legis* de la Llei de memòria històrica, molt especialment de la seva disposició transitòria 7a, era i és afavorir l'accés a ser espanyols als que no es podien acollir fins aleshores a l'article 20.1.b, per bé que fossin descendents d'espanyols originaris.

Aquesta afirmació resulta lògica i és conforme amb la voluntat del legislador de solucionar i esmenar greuges comparatius històrics produïts als descendents d'emigrants espanyols i d'exiliats que havien perdut la nacionalitat espanyola per qualsevol causa.

La diferència substancial entre els que s'acullen a l'oferiment contingut a la disposició addicional 7a i els que, amb les mateixes circumstàncies, ja havien adquirit la nacionalitat espanyola «no d'origen» per qualsevol via serà i és novament la possibilitat d'accedir a l'estatus privilegiat de ser «nacional d'origen».

La repetida Instrucció de la Direcció General dels Registres i del Notariat de 4 de



novembre del 2008 que va interpretar i va desenvolupar disposició addicional 7a de la Llei 52/2007, en què se'n matisa en part l'àmbit d'aplicació, pretenia evitar, entre altres finalitats, la diferència que s'ha exposat, concretament en el criteri iii. No obstant això, aquesta Instrucció només cita un únic supòsit dels possibles per als beneficiaris potencials que, com que compleixen els requisits exigits per la Llei 52/2007, ja són espanyols «**no d'origen**» per adquisició derivativa, és a dir, els que la van obtenir per la via de l'article 20.1.b del Codi civil. Aquesta **omissió** ha provocat una aparent exclusió de la resta dels supòsits: per residència, opció o qualsevol altre supòsit.

Allà on la Llei no distingeix, reiterem, l'interpret no pot distingir ni limitar un dret subjectiu

El criteri iii assenyalava que:

«III.–Supòsit especial: opció a la nacionalitat espanyola d'origen per espanyols no d'origen.

«Cal entendre que els fills de mare o pare espanyol d'origen i nascut a Espanya que haguessin fet ús de l'opció que reconeix l'article 20.1.b del Codi civil (i adquirit així la condició d'espanyols no d'origen) concorre títol suficient per acollir-se a l'apartat 1 de la disposició addicional 7a i obtenir d'aquesta manera la qualitat d'espanyol d'origen⁽²²⁾.» (La negreta és nostra.)

Si la llei no fa distinció, reiterem, l'interpret tampoc no en pot fer, i ni molt menys limitar un dret subjectiu.

Presumim que, involuntàriament, la Direcció General dels Registres i del Notariat va cometre, en redactar aquest criteri iii, una lamentable ommissió, perquè acull específicament només els que vagin adquirir la nacionalitat espanyola per la via de l'article 20.1.b, en lloc de recollir més àmpliament (i també més senzillament) els que, ja espanyols, compleixen els requisits que fixa la Llei 52/2007.

En aquest sentit, cal recordar que la disposició transitòria 1a de la Llei 29/1995 concedia també un clar dret d'adquisició

de la nacionalitat espanyola per opció a un supòsit idèntic al de l'article 20.1.b, és a dir, fills de pares «**originàriament espanyols**» nascut un d'aquests a Espanya:

«1a Termini per a l'exercici del dret d'opció:

«Les persones que la seva mare o el seu pare hagués estat originàriament espanyol i nascut a Espanya poden optar per la nacionalitat espanyola, si formalitzen la seva declaració abans del dia 7 de gener del 1997.»

Noteu que totes dues disposicions són idèntiques pels supòsits fàctics dels seus beneficiaris: fills de mare o pare originàriament espanyol i nascut a Espanya. El matís apareix a partir de la Instrucció de la Direcció General dels Registres i del Notariat, que interpreta la Llei 52/2007 i que deixa fora o sense considerar els que ja hi havien optat abans de la Llei 36/2002.

La disparitat que en resulta, i que no és justificable, és que ciutadans espanyols que constitucionalment han de gaudir d'igualtat de drets, poden tenir l'exercici del seu dret limitat en funció de la via per la qual van accedir a l'adquisició de la nacionalitat espanyola.

Recordem, pel que fa a aquesta contradicció, que el nostre Tribunal Suprem ha afirmat, amb relació al valor jeràrquic de les resolucions de la Direcció General dels Registres i del Notariat davant de lleis o normes de rang inferior:

«Les resolucions de la Direcció General dels Registres i del Notariat no constitueixen jurisprudència als efectes de l'article 88.1.d de la Llei reguladora de la jurisdicció contenciosa administrativa. Aquest Centre Directiu, que té una alta autoritat jurídica generalment reconeguda, **no deixa de ser un òrgan de l'Administració que, com a tal, no pot consolidar jurisprudència en sentit estricte.**» (Sentència del Tribunal Suprem 3646/2008, de 7 de juliol del 2008.) (La negreta és nostra.)

La professora Aurelia Álvarez sosté, en multitud d'articles i publicacions, la posició que nosaltres també defensem, i denuncia aquest error o oblit per part de la Direcció General dels Registres i

del Notariat i defensa la urgent i imperiosa necessitat de reparar-lo, i afirma:

«Des de la nostra perspectiva, davant de l'existència d'aquest precedent, cal donar una resposta clara i contundent als casos de descendents de progenitors que haguessin estat originàriament espanyols, que actualment són espanyols no d'origen i que, si fessin avui la petició, es podrien acollir a la disposició addicional 7a de la Llei 52/2007. Per descomptat, per complir el principi d'economia processal, tenint en compte que en l'àmbit del Registre Civil no regeix el principi d'autoritat de cosa jutjada, de manera que mentre persisteixi l'interès públic d'aconseguir la concordança entre el Registre Civil i la realitat (cf. articles 24 i 26 de la Llei del Registre Civil) és factible reiterar un expedient o unes actuacions decidides per resolució ferma, sempre que la nova petició es basi en fets o circumstàncies noves que no es van poder tenir en compte en la primera decisió, hagués estat important recollir expressament el mateix tractament als que hi han optat en virtut de l'article 20.1.b del Codi civil. Evidentment, tot això atès al fet que aquells van optar a la nacionalitat espanyola en virtut de disposicions que es poden considerar precedents de l'actual article 20.1.b del Codi civil⁽²³⁾.»

6. Resultat final: discriminació real entre espanyols encara que tots siguin fills d'emigrants originàriament espanyols o d'avis exiliats perquè no ostenten el mateix estatus d'«espanyol d'origen»

La Direcció General dels Registres i del Notariat hauria d'emetre amb urgència una circular i remetre-la immediatament a tots els registres civils espanyols (consulars o dins d'Espanya) que contingués expressament un text com el que suggerim:

«El dret de l'adquisició de la qualitat d'origen per part d'espanyols que compleixen els requisits d'optar-hi establerts a la disposició addicional 7a de la Llei 52/2007 comprèn no només els que han adquirit la nacionalitat "no d'origen" per la via de l'article 20.1.b del Codi civil, sinó que és indepen-



dent de la via per la qual l'optant vagi adquirir, al seu dia, la nacionalitat espanyola.»

Considerem contrària al principi d'igualtat i de no discriminació la interpretació de la Instrucció de 4 de novembre de 2008, en el criteri III, que limita el dret a obtenir la «reconversió a espanyol d'origen»

Així se solucionaria l'omissió de la Instrucció de 4 de novembre del 2008, restrictiva de la Llei per als que ja són espanyols i que discrimina injustificadament uns espanyols davant d'altres basant-se, únicament, en el moment històric que l'individu va optar per la nacionalitat dels seus progenitors, i tot i haver-la exercitat conformement a l'estricta legalitat vigent, en el moment de l'exercici.

Advoquem per considerar perjudicial la interpretació de la Instrucció de 4 de novembre del 2008 en el criteri III perquè limita el dret a obtenir la «**reconversió a espanyol d'origen**». A més de ser contrària al principi d'igualtat i de no-discriminació, va clarament en contra de l'obligada aplicació interpretativa analògica a què obliguen els articles 3.1 i 4.1 del Codi civil:

«Article 3.1 Les normes s'interpreten segons el sentit propi de les seves paraules, amb relació al context, als antecedents històrics i legislatius i a la realitat social del temps en què s'han d'aplicar, tenint en compte fonamentalment l'esperit i finalitat d'aquelles paraules.»

«Article 4.1 És procedent l'aplicació analògica de les normes quan aquestes no preveuen un supòsit específic, però sí que en regulen un altre de semblant entre els quals s'hi observi identitat i de raó.»

Si el que s'exposa no és suficientment greu en si mateix, cal recordar que la denegació d'aquest dret per part dels encarregats del Registre mal informats o que interpreten la Instrucció en sentit restrictiu, no contingut a la Llei, pot provocar, alhora, la impossibilitat d'exercir drets per part de tercers persones, com per exemple els

descendents, que no seran «fills d'espanyol d'origen».

L'emissió de la circular que sol·licitem de la Direcció General dels Registres i del Notariat, en el sentit exposat, que estimem imprescindible i urgent, obeeix a aquests postulats previstos al nostre dret civil, és a dir, als «antecedents legislatius», als «antecedents històrics» i, òbviament, a l'«objecte i fi de la norma», en aquest cas, la Llei de memòria històrica (Llei 52/2007).

7. Criteri jurisprudencial i resolucions de la Direcció General dels Registres i del Notariat que fonamenten la nostra interpretació favorable dels espanyols «no d'origen», beneficiaris expectants, a esdevenir «espanyols d'origen»

El nostre malestar o incomoditat s'ha plantejat davant d'un supòsit concret en què l'exercici del dret d'opció a reconvertir una nacionalitat derivativa a «**nacionalitat d'origen**» s'ha qualificat desfavorablement mitjançant una resolució denegatòria que transcriurem parcialment. Aquesta és una prova fefaent, o compendi, de la desafortunada interpretació restrictiva de l'àmbit d'aplicació de la disposició addicional 7a, fruit de la redacció equívoca de la Instrucció de la Direcció General dels Registres i del Notariat de 4 de novembre del 2008, que hem denunciat en aquest article.

Era el cas d'una espanyola nascuda a Argentina de pare originàriament espanyol, nascut a Espanya, que ja havia optat per la nacionalitat espanyola a l'empara de la disposició transitòria 1a de la Llei 29/1995.

Transcrivim parcialment aquesta resolució denegatòria:

«3.-No és aplicable l'apartat 1 de la disposició addicional 7a de la Llei 52/2007, de 26 de desembre, sobre el dret d'opció a la nacionalitat espanyola «d'origen» amb la directriu 7a de la Instrucció de 4 de novembre del 2008 de la Direcció General dels Registres i del Notariat. Efectivament, aquesta possibilitat queda reservada **exclusivament** a persones que hagin optat a la nacionalitat espanyola «no d'origen» en

virtut de l'article 20.1.b del Codi civil, en la redacció que estableix la Llei 36/2002, de 8 d'octubre.»

La interpretació restrictiva exposada en aquesta resolució denegatòria, que no compartim en absolut, suposem que es funda en l'omissió que té lloc a la Instrucció de 4 de novembre del 2008. Desconeixem si aquesta interpretació és fruit d'instruccions consulars, però sembla improbable, atès que les matèries objecte de qualificació, com el cas que estem analitzant, ni tan sols les poden consultar els encarregats de la Direcció General dels Registres i del Notariat (article 122 del Reglament del Registre Civil).

Entre altres elements que poden sostenir la nostra tesi, aquí hi ha la Resolució d'1 de juny del 2009, sobre cancel·lació d'inscripció de naixement, que fa referència, de manera no excloent, a l'exacte abast conceptual de les persones a qui beneficia el dret d'adquisició de la qualitat o estatus d'«**espanyol d'origen**» per al qui no la tenia, és a dir, que era espanyol, però «no d'origen»:

«Això no obstant, cal advertir a la promotora que conformement a la disposició addicional 7a, apartat 1r, de la Llei 52/2007, de 26 de desembre (BOE de 27 de desembre del 2007), podran optar a la nacionalitat espanyola les persones que la seva mare o el seu pare hagués estat espanyol d'origen, sempre que formalitzin la seva declaració en el termini de dos anys des de l'entrada en vigor d'aquesta disposició (el 28 de desembre del 2008). Amb relació a aquest dret, la Instrucció de 4 de novembre del 2008 de la Direcció General dels Registres i del Notariat estableix, en la directriu 7a, que **les persones que hagin optat a la nacionalitat espanyola no d'origen en virtut de l'article 20.1.b del Codi civil, en la redacció que en dóna la Llei 36/2002, de 8 d'octubre, ara es poden acollir igualment a la disposició addicional 7a de la Llei 52/2007 amb l'objectiu d'obtenir la nacionalitat espanyola d'origen** i formalitzar una nova declaració d'opció durant el termini de vigència de l'esmentada disposició. Aquests interessats estan exempts d'aportar la documentació ja presentada que va servir de base per obtenir la nacionalitat espanyola no originària.» (La negreta és nostra.)



El supòsit en discussió era l'interessant cas de saber si es podrien considerar «nascuts a Espanya» els nascuts a Cuba abans de la descolonització del 1898. Aquesta premissa geopolítica era imprescindible que fos afirmativa per tal que l'interessat pogués sol·licitar i acollir-se a la condició de pare originàriament espanyol nascut a Espanya. La part transcrita de la Resolució d'1 de juny del 2009 és interessant perquè no només considera que Cuba era Espanya, als efectes previstos a l'article 20.1.b del Codi civil, sinó també perquè considera beneficiari a ser **«espanyol d'origen»** a l'empara del que es preveu a la Llei de memòria històrica interpretada per la Instrucció de 4 de novembre del 2008.

Tot plegat, malgrat que aquesta Resolució de la Direcció General dels Registres i del Notariat del 2009 és evident que no resol el problema o la disfunció sistèmica que es planteja en el nostre treball, i que no existeix encara una resolució de la Direcció General dels Registres i del Notariat publicada oficialment en aquest sentit concret i específic en el qual es pugui fundar una solució raonable (ni injusta ni discriminatòria) per als que ja havien optat per la nacionalitat **«no d'origen»** dels seus pares, originàriament espanyols nascuts a Espanya, abans de l'any 2002, per altres vies.

Durant l'elaboració d'aquest treball, hem arribat al coneixement extraoficial d'una Resolució de la Direcció General dels Registres i del Notariat de 23 de març del 2010 que referma la nostra tesi. Tanmateix, no la podríem citar perquè no ha estat publicada (l'endarreriment administratiu en la publicació dificulta la prova del dret)⁽²⁴⁾. La Resolució és favorable al reconeixement d'obtenir l'estatus de **«espanyola d'origen»** a una persona, originàriament mexicana, descendent d'espanyols «originaris», que, després d'haver obtingut, per residència d'un any, la nacionalitat espanyola, sol·licitava ara optar per l'estatus **«d'origen»** en virtut de la Llei 52/2007. Aquesta Resolució de 23 de març del 2010 és importantíssima, perquè emana del Centre Directiu i marca un rumb precís, inequívoc i inqüestionable que evitarà resolucions com la de l'encarregat del Registre Civil Consular a Argentina, que (amb tots els respectes) ha retrinxat un dret que el beneficiari encara pot exercir. **En efecte, la Direcció General dels Registres i del Notariat ha declarat reiteradament**

que en el Registre Civil no regeix el principi de «cosa jutjada», i la norma que permet l'exercici del dret encara és vigent.

És procedent al·legar a favor de la nostra tesi la Resolució de la Direcció General dels Registres i del Notariat d'1 de juliol del 1994, també positiva i afirmativa, que versa sobre un supòsit de la nacionalitat espanyola **«d'origen»**. En aquest cas, la recurrent era espanyola per naturalització i la Direcció General dels Registres i del Notariat va assenyalar encertadament:

«II.—La qüestió que sorgeix és si una persona, nascuda de mare espanyola i que ha adquirit la nacionalitat espanyola per residència, pot obtenir dins de l'any establert per la disposició transitòria 2a de la Llei 19/90 la inscripció de la seva declaració de voluntat d'optar per la nacionalitat espanyola "d'origen".

(...)

»IV.—Està suficientment acreditat que la interessada va néixer el 1949, de mare espanyola, per la qual cosa, si hagués nascut sota el règim vigent, seria sens dubte espanyola "d'origen" (article 17.1 del Codi civil).

»Per això no s'ha de coartar el seu dret, formulat dins del termini, per ostentar a partir de la seva declaració la nacionalitat espanyola "d'origen". El fet que ja hagi adquirit abans la nacionalitat espanyola no l'ha de perjudicar, perquè en una interpretació lògica i finalista de la norma no tindria sentit que el que no fos espanyol pogués adquirir per opció, a l'empara de la disposició transitòria 2a de la Llei del 1990, la nacionalitat espanyola "d'origen" i el que ja ha demostrat la seva vinculació amb Espanya fins al punt d'haver adquirit aquesta nacionalitat tingués vedat el camí per tal que aquesta nacionalitat merèsqués el tracte "d'origen".

»V.—Aquesta interpretació de la repetida disposició transitòria, segons la qual "els que no siguin espanyols a l'entrada en vigor d'aquesta Llei, i ho serien per aplicació dels articles 17 o 19 del Codi civil, poden optar per la nacionalitat espanyola d'origen en el termini de dos anys", equival simplement a entendre que la frase inicial "els que no siguin espanyols", inclou també, **per un raonament de maior ad minus**, els que no siguin espanyols "d'origen". **No és un argu-**

ment en contra suficient el fet que la Instrucció de 20 de març del 1991 (apartat vi i declaració final 11a) sembli excloure la possibilitat examinada perquè, en rigor, aquesta Instrucció només es preocupa de rebutjar que les opcions d'aquestes dues disposicions transitòries puguin encobrir hipòtesis diferents de recuperació, subjectes a un altre règim, i no preveu el supòsit tan singular objecte d'aquest recurs.» (La negreta és nostra.)

La Resolució no pot ser més clara, explícita i adequada al nostre plantejament i és confirmada (tal com hem descobert per conductes «no públics ni butlletins de la Direcció General dels Registres i del Notariat») en la ja reiteradament esmentada i no publicada Resolució de la Direcció General dels Registres i del Notariat de 23 de març del 2010:

La Direcció General dels Registres i del Notariat ha declarat reiteradament que al Registre Civil no regeix el principi de «cosa jutjada»

«V.—En aquest cas, el que passa és que la previsió de l'esmentada Instrucció no és directament aplicable al recurrent, perquè al seu dia va optar per la via de l'opció de l'article 20.1.b del Codi civil, en la redacció que en fa la Llei 36/2002, sinó a l'empara de l'article 21.2 del Codi civil, en la redacció actual, i basant-se en aquest article va sol·licitar i va obtenir la nacionalitat espanyola per residència a Espanya.

»Però és evident que amb el mateix fonament que s'ha exposat abans, s'ha de permetre que exercitin l'opció de la Llei 52/2007 els que són "fills d'espanyol o espanyola d'origen i nascuts a Espanya" i que van adquirir la nacionalitat espanyola per residència, ja que aquesta última és una nacionalitat per títol derivatiu i no d'origen, i per això les persones que l'adquireixen en virtut d'aquest títol no poden transmetre la nacionalitat espanyola als seus fills, tret que en el moment d'adquirir la nacionalitat, aquests siguin menors d'edat (i alesh-



hores hi poden optar també perquè estan subjectes a la pàtria potestat d'un espanyol o d'una espanyola; cf. article 20.1.a del Codi civil), i es fa evident, en conseqüència, la utilitat i concurrència d'una causa justificativa suficient per exercitar l'opció atribuïda ara per la Llei 52/2007 a fi d'accedir a la condició d'espanyol d'origen.»

En aquest cas, com ja comentàvem, el supòsit de fet objecte del recurs el plantejava una espanyola que havia adquirit la nacionalitat espanyola no per opció, en la via fixada pel criteri III de la Instrucció de la Direcció General dels Registres i del Notariat (la de l'article 20.1.b del Codi civil), sinó per residència d'un any, en ser filla d'espanyola originària nascuda a Espanya. Era o no era «espanyola d'origen»?

Afortunadament, segons aquesta Resolució, es constata inequívocament que la interpretació de la norma per part de la Direcció General dels Registres i del Notariat, encara que no coneguda *urbi et orbe*, és diametralment oposada a la interpretació restrictiva argüida en la qualificació feta per l'encarregat del Registre Civil Consular argentí. Cosa que ens condueix, **insistim**, atès el caràcter temporal del dret d'opció o reconversió en què se centra aquest estudi (que acaba el desembre del 2011), **a dictar una urgent circular de la Direcció General dels Registres i del Notariat** que il·lustri els encarregats sobre el criteri del Centre Directiu que, amb caràcter d'Ordre, sigui d'obligat compliment, en congruència amb l'article 9 de la Llei del Registre Civil⁽²⁵⁾.

També, i al nostre modest entendre, és per a nosaltres clara la Resolució de la Direcció General dels Registres i del Notariat 1/2008, de 5 de febrer, en què, davant d'un supòsit idèntic al que plantegem en aquest treball, resol concedir la nacionalitat espanyola per aplicació «analògica» de la reforma del Codi civil per la Llei 36/2002 a supòsits anteriors:

«TERCER.—La reforma del Codi civil feta amb la Llei 36/2002, de 8 d'octubre, va donar una nova redacció a l'article 20 de l'esmentat cos legal, i recollia en l'apartat 1 el dret d'optar a la nacionalitat espanyola "b) Als que la seva mare o el seu pare hagués estat originàriament espanyol i nascut a Espanya". El supòsit de fet objecte d'aquest

expedient resulta subsumible en l'esmentada norma, sempre que l'interessat compleixi el doble requisit de ser fill de mare originàriament espanyola (que va adquirir per opció la nacionalitat espanyola d'origen a l'empara de la disposició transitòria 2a de la Llei 18/1990, de 17 de desembre, i nascuda a Espanya (C.), tots dos extrems acreditats mitjançant la certificació de naixement de la mare aportada a l'expedient.

»QUART. —Només resta aclarir els possibles dubtes sobre l'aplicació temporal de la nova norma en aquest cas. La reforma esmentada del Codi civil va entrar en vigor el 9 de gener del 2003, d'acord amb la disposició final única de la Llei 36/2002, i s'hi va incorporar el dret d'opció a l'article 20.1.b, s'hi introdueix *ex novo*, per referència a la situació legislativa immediatament interior, fet que suposa que, si s'aplica analògicament la disposició transitòria 1a del Codi civil en la redacció originària, **aquest dret "té efecte immediatament" encara que el fet que l'origini es verifiqui sota la legislació anterior**⁽²⁶⁾.» (La negreta és nostra.)

8. El nou criteri (que alguns registres consulars desconeixen) de la Direcció General dels Registres i del Notariat amb relació a l'àmbit d'aplicació de la disposició addicional 7a de la Llei 52/2007, a nous beneficiaris de l'estatus d'«espanyols d'origen», a supòsits no previstos expressament en la Instrucció de 4 de novembre del 2008

Tal com hem expressat, coneixíem l'existència de la Resolució de la Direcció General dels Registres i del Notariat de 23 de març del 2010 comunicada a la interessada el 28 de setembre del 2010, que resolva el recurs i la pretensió d'una espanyola, descendent d'espanyols originaris, que sol·licitava ser «espanyola d'origen». Aquesta Resolució encara no ha estat publicada oficialment en el moment d'acabar aquest comentari i, consegüentment, no l'hem pogut transcriure.

Amb tot, la ciutadana espanyola a qui s'ha concedit aquest dret ens ha autoritzat expressament⁽²⁷⁾ a fer pública la Resolució de la Direcció General dels Registres i del Notariat.

La recurrent descendent d'espanyols que va adquirir la nacionalitat espanyola per residència sol·licitava ara la reconversió de la seva nacionalitat «no d'origen» a la condició d'«espanyola d'origen» a l'empara de la disposició addicional 7a de la Llei de memòria històrica.

La Direcció General dels Registres i del Notariat ha posat de manifest el seu criteri no restrictiu, ni excoent, de l'àmbit d'aplicació subjectiva de la Disposició Addicional 7a de la Llei 52/2007, que pot beneficiar milers d'espanyols

En denegar-li la sol·licitud inicial al Registre Civil Consular, va interposar un recurs resol't per la Direcció General dels Registres i del Notariat a favor de la peticionària, que ha posat de manifest el seu criteri no restrictiu ni excoent, de l'àmbit d'aplicació subjectiva de la disposició addicional 7a de la Llei 52/2007, i que pot beneficiar milers d'espanyols (ja que, insistim, en el Registre Civil no regeix el principi de «cosa jutjada») que poden sol·licitar-ho encara avui.

«VI.—Finalment, cal assenyalar que aquest criteri favorable té, a més, un clar precedent en la doctrina d'aquest Centre Directiu, en concret, en la Resolució d'1 de juliol del 1994. La qüestió que se suscitava en aquesta Resolució era si una persona nascuda de mare espanyola i que havia adquirit la nacionalitat espanyola precisament per residència podia obtenir o no, dins del termini establert per la disposició transitòria 2a de la Llei 18/1990, de 17 de desembre, la inscripció de la seva declaració de voluntat d'optar per la nacionalitat espanyola d'origen ().

»Al contrari, aquesta Direcció General va entendre que aquesta circumstància no havia de constituir cap motiu per coartar el seu dret, formulat dins del termini, per ostentar a partir de la seva declaració la nacionalitat espanyola d'origen. El fet que ja hagués adquirit abans la nacionalitat espanyola no l'ha de perjudicar, perquè en una interpretació lògica i finalista de la norma no tenia sentit que el



que no fos espanyol pogués adquirir per opció, a l'empara de la disposició transitòria 2a de la Llei del 1990, la nacionalitat espanyola "d'origen" i el que ja havia demostrat la seva vinculació amb Espanya fins al punt d'haver adquirit aquesta nacionalitat tingués vedat el camí per tal que aquesta nacionalitat meresqués el tracte de la "d'origen".

»Aquesta interpretació de la repetida disposició transitòria, segons la qual "els que no siguin espanyols a l'entrada en vigor d'aquesta Llei, i que ho serien per aplicació dels articles 17 o 19 del Codi civil, poden optar per la nacionalitat espanyola d'origen en el termini de dos anys", equival simplement a entendre que la frase inicial "els que no siguin espanyols", inclou també, per un raonament *de maior ad minus*, els que no siguin espanyols "d'origen". Una solució idèntica i per un mateix raonament és procedent aplicar, ara, amb relació a les opcions de la disposició addicional 7a de la Llei 52/2007, principalment quan en aquest cas ni tan sols existeix l'obstacle que en la seva interpretació gramatical oferia la disposició transitòria de la Llei 18/1990.

»Aquesta Direcció General ha acordat, conformement a la proposta reglamentària, estimar el recurs interposat i revocar la interlocutòria apel·lada.»

Si segueix aquesta línia, que considerem que és l'adequada i justa amb l'«objecte i fi de la norma», ens donaríem per satisfets i sobraria el nostre comentari-denúncia. Tot i així, temem que encara hi ha una allau de recursos per resoldre i que encara n'hi haurà més fins que caduqui el termini de petició previst a la Llei 52/2007 i la seva pròrroga, és a dir, fins al mes de desembre del 2011.

9. Conclusions i propostes a la Direcció General dels Registres i del Notariat

De tot el que hem exposat, n'hem d'extreure, entre altres, la següent conclusió: la disposició addicional 7a de la Llei 52/2007, de memòria històrica, estableix i preveu temporalment:

— Un nou dret als seus beneficiaris, que encara són estrangers, a optar per la condició d'«**espanyol d'origen**» durant els tres anys de la vigència de la norma, és a dir, fins l'any 2011 (la Llei va entrar en vigor el 2008 i es va prorrogar per un any). Els optants han d'acreditar que són fills d'espanyols originaris o néts d'espanyols exiliats.

— Amplia l'àmbit subjectiu dels possibles interessats als **descendants de pare o mare originàriament espanyol** que no havien nascut a Espanya. És un supòsit diferent del que preveu l'article 20.1.b del Codi civil vigent, que exigeix haver nascut, almenys un dels progenitors, a Espanya.

— Crea el dret «expectant» a obtenir la nacionalitat, també «**d'origen**», a néts d'exiliats que els seus pares no van ser mai espanyols ni potser havien residit ni visitat Espanya, ni coneixen cap dels idiomes oficials d'Espanya ni les cultures que hi conviuen.

— La disposició addicional 7a no limita, expressament ni tàcitament, el dret a optar ara per un estatus privilegiat d'«**espanyol d'origen**» als espanyols «no originaris» que havien obtingut la nacionalitat, per opció o per qualsevol altra via, abans de l'entrada en vigor de la Llei de memòria històrica i que acreditessin ser fills o néts d'espanyols «originaris».

— Tanmateix, la interpretació injusta, restrictiva i mancada de suport jurídic, que fan alguns encarregats responsables de determinats registres consulars de la Direcció General dels Registres i del Notariat de la Instrucció de 4 de novembre del 2008 limiten drets als seus beneficiaris, espanyols, a accedir a la qualitat «**d'origen**» de la seva nacionalitat espanyola prèviament adquirida.

Proposta final de l'autor

La solució que es proposa, per part nostra, és molt fàcil, senzilla, econòmica, ràpida i eficaç.

La Direcció General dels Registres i del Notariat, amb caràcter urgent i als efectes d'aclarir, en part, la Instrucció de 4 de novembre del 2008, ha de dictar una circular, dirigida a tots els registres civils i, especialment, als encarregats dels registres civils de les oficines consulars d'Espanya, en què s'ordini clarament:

— Que l'àmbit subjectiu dels seus beneficiaris queda ampliat i afecta tots els que han optat per la nacionalitat espanyola en virtut de les disposicions transitòries anteriors a la Llei 36/2002, sempre que siguin descendents d'espanyols (un progenitor originàriament espanyol nascut a Espanya) o d'avis exiliats espanyols (sense que sigui indispensable que els pares fossin espanyols).

Temem que encara hi ha una allau de recursos per resoldre i que encara n'hi haurà més fins que caduqui el termini de petició previst a la Llei 52/2007 i la seva pròrroga, és a dir, fins al mes de desembre del 2011

— Que aquestes oficines donin curs a tots els expedients de petició de «reconversió» que es trobin en aquesta situació i que els resolguin, sense més, favorablement, estenent la seva nova condició d'«**espanyols d'origen**» per anotació marginal a la inscripció de naixement.

— Que recuperin, «d'ofici», tots els recursos en tràmit que s'haguessin interposat per culpa de resolucions dictades en sentit contrari, remeses a la Direcció General dels Registres i del Notariat, i també «d'ofici» les revoquin i que les resolguin favorablement. Amb tot això s'evitarà un perjudici irreparable i no es col·lapsarà (com passa ara) la Direcció General dels Registres i del Notariat.

— Finalment, que s'estableixi clarament, de cara al futur, que gaudiran de la condició d'«**espanyols d'origen**» els que optin, a partir d'ara, a la nacionalitat espanyola en exercici del dret que preveu l'article 20.1.b del Codi civil, un dret que no té termini de caducitat, segons l'ordinal 3 del mateix article.

Amb una circular de la Direcció General dels Registres i del Notariat d'aquesta mena, comunicada directament als encarregats dels registres civils, s'aconseguirà l'efecte desitjat i pretès d'una aplicació uniforme de la



norma i s'evitarà, d'aquesta manera, la «disfunció sistèmica» que atempta contra el dret fonamental d'igualtat dels espanyols davant la llei, consagrat a l'article 14 de la Constitució espanyola.

10. Epíleg

Altres treballs ens aclariran què s'entén exactament per *emigrant* o quines proves s'han d'aportar perquè algú es consideri *exiliat*, als efectes de poder-se acollir a la Llei de memòria històrica.

Però això són figues d'un altre paner, com diríem popularment.

Postdata

La decisió d'escriure l'article publicat aquí es va prendre el febrer del 2011. Tanmateix, l'autor no es va limitar a escriure'l en un àmbit merament teòric o acadèmic, sinó que es va dirigir al mateix temps a la Defensora del Poble en funcions per denunciar la situació i sol·licitar que s'intervingués davant de l'Administració pública i, concretament, davant del Ministeri de Justícia, per atenuar l'«embolic» que denunciem.

Amb una gran satisfacció per qui firma aquest article i mitjançant un escrit de la Defensora del Poble en funcions (amb registre de sortida de l'11 d'abril del 2011, expedient 11006934), s'ha comunicat que:

«Un cop estudiat el contingut, hem estimat procedent remetre a la Secretaria d'Estat de Justícia una recomanació en els següents termes:

»Que amb caràcter urgent es modifiqui la Instrucció de 4 de novembre del 2008 de la Direcció General dels Registres i del Notariat, sobre el dret d'opció a la nacionalitat espanyola que estableix la disposició addicional 7a de la Llei 52/2007, de 26 de desembre o que s'ampliï l'àmbit subjectiu dels beneficiaris del precepte, amb l'objectiu d'incloure tots aquells que han optat per la nacionalitat espanyola a l'empara de normes anteriors a la Llei 26/2002, de 8 d'octubre, sempre que s'inclouguin en els supòsits previstos en l'esmentada disposició addicional 7a.

»Que, com a conseqüència d'aquesta modificació, es resolguin en sentit favorable i tan ràpidament com sigui possible els recursos pendents de resolució sobre aquesta qüestió i que s'imparteixin les instruccions que siguin procedents per reconèixer el dret de totes aquelles persones a qui s'hagi denegat el recurs amb anterioritat, tot i que complien els requisits que estableix l'esmentada disposició, com a conseqüència de la limitació introduïda per la Instrucció de 4 de novembre del 2008 de la Direcció General dels Registres i del Notariat.»

Cal dir que, a banda de ser un complex i interessant tema jurídic, el resultat obtingut amb aquesta recomanació satisfà l'esperança dels que han sostingut la injustícia i discriminació entre espanyols. Ahora, és adequat el proverbi que diu: «qui cerca troba».

- (1) Llei 52/2007, de 26 de desembre, en què es reconeixen i s'amplien drets i s'estableixen mesures a favor dels que van patir persecució o violència durant la Guerra Civil i la dictadura (BOE de 27 de desembre del 2007, p. 5341-53416).
- (2) Llei 40/2006 (BOE de 15 de desembre del 2006). Veg. 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) L'1 de febrer es va publicar la notícia que només al Consolat de l'Havana ja s'havien rebut cent tretze mil sol·licituds de nacionalitat espanyola, que s'acollien a la disposició addicional 7a de la Llei de memòria històrica, des que va entrar en vigor el 27 de desembre del 2008 (veg. <http://www.migrarconderechos.es>).
- (4) He d'agrair molt sincerament a Don José Juan Gallego Miró, un gran coneixedor i expert en tot el que fa referència al Registre Civil i a l'adquisició, pèrdua i recuperació de la nacionalitat espanyola, que m'hagi prestat per a aquest treball la seva tan valuosa col·laboració i els comentaris desinteressats. És de justícia recomanar a qualsevol interessat o estudiós sobre les resolucions de la Direcció General dels Registres i del Notariat, que accedeixi al seu excel·lent buscador: <http://www.cendoreg.es>.
- (5) BOE de 18 d'octubre del 1990, núm. 250, i de 4 de novembre del 1995, núm. 264, respectivament.

- (6) Veg., amb referència al dret a una bona Administració, el recent treball de la UE, 2010 report on the applications of the charter of fundamental rights, elaborat per la Comissió Europea 2011 (<http://europa.eu>), en especial, el punt 5 de l'apartat «Citizens' Rights», la part dedicada a «Right to good Administration». Veg., així mateix, 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 i s., en l'apartat titulat «Derecho a una buena Administración».
- (7) La Resolució 6a de la Direcció General dels Registres i del Notariat, de 23 de març del 2010, no publicada però coneguda, notificada el 15 de setembre del 2010, resolva un recurs interposat des de Mèxic per una espanyola que, com que complia els requisits de l'article 20.1.b del Codi civil, havia adquirit la nacionalitat espanyola per residència i ara sol·licitava la reconversió a «nacional d'origen», i s'acollia a l'esperit de la disposició addicional 7a de la Llei 52/2007. Finalment, la hi van concedir, encara que no sabem si ha estat recorreguda o no per via contenciosa administrativa.
- (8) Llei 36/2002, de 8 d'octubre (BOE de 9 d'octubre del 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 mateix autor, «Españoles nacionales originarios, españoles "de origen" y ciudadanos "de origen" español. ¿Términos sinónimos?», Revista Jurídica de Catalunya, 3 (2005), p. 293-300; també del mateix autor, «¿Los nuevos españoles? El Estatuto de la ciudadanía española en el exterior», Revista Jurídica de Catalunya, 3 (2007), p. 279-305.
- (10) Veg. 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) Resolució de la Direcció General dels Registres i del Notariat de 23 de març del 2010 ja esmentada, notificada el 15 de novembre del 2010, a la interessada a Mèxic, en què admet la seva petició i recurs a l'«estatus d'espanyola d'origen».
- (12) Llei orgànica 9/2009, sobre drets i llibertats dels estrangers a Espanya i no integració social (text refós) (BOE de 12 de desembre del 2009).
- (13) Veg. A. Álvarez Rodríguez, Nociones básicas de Registro Civil y problemas



- frecuentes en materia de nacionalidad, GPS, p. 63.
- (14) Resolució de la Direcció General dels Registres i del Notariat d'1 de juliol del 1994 esmentada en aquest treball. Atenció, en determinades bases de dades, com ara a Westlaw, hi apareix com una sentència del Tribunal Suprem i no com una Resolució del Centre Directiu.
- (15) Resulta molt interessant la disquisició terminològica i legal que ha construït la Direcció General dels Registres i del Notariat en matisar, ara d'una manera, ara d'una altra, el significat que per al Centre Directiu tenen termes que són anàlegs en el llenguatge normal, però que jurídicament es consideren, a vegades, diferents: Espanya, territori espanyol o territori nacional, per referir-se a la possibilitat dels originaris o descendents del Sàhara espanyol, Ifni, el Marroc espanyol o fins i tot Cuba d'optar o adquirir la nacionalitat espanyola.
- (16) Llei 29/1995, de 2 de novembre (BOE de 4 de novembre del 1995). Prèviament, en les disposicions transitòries 2a i 3a de la Llei 18/1990. Per la Llei 15/1993, de 23 de desembre, es prorroga el termini d'opció fins al 7 de gener del 1996 (BOE de 24 de desembre del 1993).

- (17) Observem, als efectes pertinents i dialèctics, que si avui, en ple 2011, s'optés per aquesta via a la nacionalitat espanyola, la nacionalitat de l'optant resultaria privilegiada, és a dir, «espanyol d'origen».
- (18) S'ha ampliat el termini per optar fins al 27 de desembre del 2011 a través de la Resolució de 17 de març del 2010.
- (19) Veg. una recopilació antiga però molt útil: M. T. Echezarreta Ferrer, *Legislación sobre nacionalidad*, Tecnos, 2003.
- (20) Veg. A. Álvarez Rodríguez, *Nacionalidad española. Normativa vigente e interpretación jurisprudencial*, Ministeri de Treball i Immigració i Thomson Aranzadi, 2008, p. 77-79; «L'opció a la nacionalitat espanyola prevista a la disposició addicional 7a de la denominada Llei de memòria històrica», a <http://www.espaexterior.com>, p. 6-7; es poden trobar altres referències bibliogràfiques posteriors i jurisprudència a <http://www.migrarconderechos.es>.
- (21) Article 24.2 del Codi civil: «Perden la nacionalitat espanyola els espanyols emancipats que hi renunciïn expressament, si tenen una altra nacionalitat i resideixen habitualment a l'estranger».

- (22) Instrucció de 4 de novembre del 2008 (BOE de 26 de novembre del 2008, núm. 285).
- (23) A. Álvarez Rodríguez, *Nociones básicas de Registro Civil y problemas frecuentes en materia de nacionalidad*, GPS, p. 207.
- (24) El Ministeri de Justícia edita, virtualment, els volums monogràfics de les resolucions de la Direcció General dels Registres i del Notariat a la seva pàgina web: <http://www.mjusticia.es>.
- (25) «Els encarregats del Registre, qualsevol que siguin els seus càrrecs o funcions, han de complir, en tot el que fa referència al Registre Civil, les ordres i instruccions del Ministeri de Justícia i de la Direcció General del ram, fins i tot si els són comunicades directament» (article 9 de la Llei del Registre Civil).
- (26) Resolució de la Direcció General dels Registres i del Notariat 1/2008, de 5 de febrer (JUR/2009/46413).
- (27) L'Associació OIDE (Organització Internacional dels Descendents d'Espanyols) i el CAD (Centre d'Atenció al Descendent) ens han facilitat aquesta Resolució per tal que pugui ser útil per a altres persones. Els agraïm la col·laboració.

Ressenyes de Normativa

Elisabeth García Cueto

Notària de Santa Coloma de Queralt

Reglament d'Estrangeria

S'ha aprovat per Reial decret 557/2011, de 20 d'abril, el Reglament d'Estrangeria,

que complementa l'actual Llei d'Estrangeria (Llei Orgànica 4/2000, d'11 de gener) i derogava el fins ara vigent Reial decret de 30 de desembre de 2004. Amb aquest Reglament es compleix el mandat previst per la Llei Orgànica 2/2009 (última reforma en matèria d'estrangeria), que preveia el desenvolupament de les disposicions reglamentàries necessàries.

La norma, que es dicta amb una mica més de deu mesos de retard, pretén ser una eina útil per a l'aplicació de la Llei d'Estrangeria, regulant els fluxos migratoris cap a Espanya (ara amb una important reculada a causa de la crisi econòmica) i dels espanyols cap a l'exterior (cada vegada més freqüents entre els joves).

Una de les importants mesures previstes a la norma és l'impuls de les polítiques migratòries de tornada de treballadors estrangers als seus països d'origen. En concret, es preveu la figura de l'autorització de retorn, ordenant, així mateix, els temes relatius a les sortides obligatòries i les devolucions, i fomentant la mobilitat i la tornada voluntària dels immigrants al seu país d'origen, sempre que compleixin certs requisits i hi hagi un compromís de no retorn.

Es regula amb profunditat la situació dels immigrants al nostre país: a més del desenvolupament bàsic de drets i llibertats ja prevists a la Llei d'Estrangeria, al Reglament s'intenta lluitar, de manera expressa, contra la immigració irregular, preveient una intensitat en les relacions d'Espanya amb tercers



països a fi d'evitar-la i una regulació més clara de les autoritzacions i els visats.

D'altra banda, es fixa com a objectiu la màxima integració social de totes aquelles persones que, per raons laborals o com part d'una reagrupació, es troben a Espanya, establint controls o informes per part de les administracions públiques, tant locals com autonòmiques, on es plasmi l'esforç d'integració, l'adequació de l'habitatge o la reagrupació familiar dels subjectes.

Els estrangers residents a Espanya seguiran sent identificats mitjançant el seu NIE, que haurà de figurar en tots els documents que se'ls expedixin o que tramitin, a excepció dels visats. Es manté el seu caràcter personal, únic i exclusiu, i serà assignat per la Direcció General de la Policia i de la Guàrdia Civil, llevat de casos excepcionals.

Finalment, i a fi de fer efectives les mesures adoptades, s'estableixen Oficines d'Estrangeria i Centres de Migracions.

Pel que fa a aquest Reglament, cal recordar, a efectes notariaus, que:

«1.—Respecte a les **actes d'invitació**, encara que l'ordre PRE/1283/2007, de 10 de maig, estableix que l'òrgan competent és la Comissaria de Policia, l'article 8 del nou Reglament disposa que: "Els estrangers que sol·licitin l'entrada, per justificar la versemblança del motiu invocat, podran presentar qualsevol document o mitjà de prova que, al seu judici, justifiqui els motius d'entrada manifestats", per la qual cosa serà admissible l'acta notarial que acrediti la invitació de l'estranger per un resident.

»2.—Quant a les **actes de reagrupació**, es modifica el procediment i el termini actual, en disposar l'article 55 que l'estranger que sol·liciti autorització de residència per a la reagrupació dels seus familiars haurà d'adjuntar, en el moment de presentar la sol·licitud, informe expedit pels òrgans competents de la comunitat autònoma del lloc de residència del reagrupant a l'efecte d'acreditar que compta amb un habitatge adequat per atendre les seves necessitats i les

de la seva família. L'informe anterior podrà ser emès per la corporació local en la qual l'estranger tingui el seu lloc de residència, quan així hagi estat establert per la comunitat autònoma competent.

»L'informe haurà de ser emès i notificat a l'interessat en el termini de trenta dies des de la data de la sol·licitud.

»En cas que l'informe no hagi estat emès en aquest termini, circumstància que haurà de ser degudament acreditada per l'interessat, podrà justificar-se aquest requisit per qualsevol mitjà de prova admès en Dret, entre els quals es troba l'acta notarial de reagrupació.»

Postil·les

L'Ordre de 4 de maig de 2011 (JUS/1207/2011) crea i regula el Registre Electrònic de Postil·les del Ministeri de Justícia, així com el procediment d'emissió de postil·les en suport paper i electrònic.

Aquesta norma complementa el Conveni de l'Haia de 5 d'octubre de 1961, on s'estableix la regulació de la postil·la, els seus requisits i les autoritats competents perquè aquesta sigui vàlida i produeixi plens efectes. El mateix Conveni, al seu article 7, estableix que les autoritats competents en cadascun dels estats part han de portar un registre o fitxer on s'anotin les dades de les postil·les expedides. Ara bé, com que la tecnologia ha evolucionat substancialment des de la signatura del Conveni, s'ha previst la creació d'un registre electrònic, així com la possibilitat d'expedir electrònicament les postil·les, tot això respectant el sistema fins ara en ús (en format paper).

Aquest registre es forma al Ministeri de Justícia i centralitzarà tota la informació d'aquest ordre, tant si s'han emès electrònicament com en suport paper. El contingut de la inscripció serà:

- Número i data de la postil·la.
- El nom i la capacitat en què signa el signatari del document públic postil·lat i, si el document no està signat, el nom de l'autoritat que hagi segellat el document.

— Imatge de la postil·la emesa i, si escau, de l'empremta electrònica dels documents digitals o documents digitalitzats postil·lats.

És important advertir, a efectes notariaus, que els documents autoritzats per notari o document privat amb signatura legitimada notarialment només podran seguir sent postil·lats en suport paper. Aquests seran postil·lats pels degans dels col·legis notariaus corresponents o aquelles persones que els representin reglamentàriament.

Empreses de dimensió comunitària

S'ha promulgat la Llei 10/2011, de 19 de maig, per la qual es modifica la Llei de 24 d'abril de 1997, sobre drets d'informació i consulta dels treballadors en les empreses i grups d'empreses de dimensió comunitària.

Inicialment regulat per la Directiva 94/45/CE, la Directiva 2009/38/CE, de 6 de maig de 2009, relativa a la constitució d'un comitè d'empresa europeu o un procediment d'informació i consulta dels treballadors en les empreses o grups d'empreses de dimensió comunitària, refon ambdues regulacions. Se subratlla el deure de transmetre informació als treballadors de les empreses i grups de dimensió comunitària. Tenen especial rellevància els representants dels treballadors, els quals tindran l'obligació d'informar als seus representats sobre el contingut i els processos d'informació i consulta.

Dret comparat

França

Mitjançant la Llei 2011-672, de 16 de juny de 2011, relativa a la immigració, la integració i la nacionalitat, es preveu una modificació del Codi Civil francès. S'hi estableix, entre d'altres, l'exigència que tot immigrant que pretengui adquirir la nacionalitat francesa tingui una certa integració cívica, científica, cultural o esportiva. Així mateix, se n'exigeix un mínim de coneixement en matèria d'història i cultura franceses, així com control de l'idioma, que es realitzarà a través d'exàmens el nivell i els requisits mínims



dels quals seran fixats per reglament. Hi haurà, també, un control de la seva assimilació, que es complementarà amb la signatura d'una carta de drets i deures dels ciutadans francesos, en la qual s'esmentaran expressament els principis, valors i símbols essencials de la República Francesa.

http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?sessionId=4B1EA50DB33E91AC4046D33BE70C63EC.tpdjo09v_3?cidTexte=JORFTEXT000024191380&categorieLien=id

Nou projecte de llei relativa a la protecció i informació dels consumidors. A fi de reforçar la confiança dels consumidors i la interacció d'aquests amb els operadors, s'estan intentant reforçar els drets dels primers. S'hi destaquen especialment els sec-

tors immobiliari, sanitari, de la gran distribució, energia i telecomunicacions.

http://www.legifrance.gouv.fr/html/actualite/actualite_legislative/pjl_consommateurs.html

Itàlia

Amb l'entrada en vigor del Codi de Turisme (des del 21 de juny de 2011), s'apliquen també les normes en matèria d'aprofitament per torns que innoven la disciplina, fins ara prevista al Codi de Consum de l'any 2005.

La finalitat de la nova normativa consisteix a dotar de noves garanties a la figura jurídica de l'aprofitament per torns, adequant aquest a la regulació de la Directiva 2008/122/CE, satisfent les llacunes existents

a les legislacions en matèria relativa a la comercialització de l'aprofitament per torns i als productes per a les vacances de llarga durada (que són els que justament han exigut una revisió de la legislació existent, a fi de donar solucions a aquesta situació i, sobretot, de protegir els consumidors).

Així mateix, amb la nova Directiva es dona una definició unitària per a tots els estats membres del contracte d'aprofitament per torns, a fi d'evitar les divergències entre els uns i els altres. I s'estableix que tot contracte que tracti d'aquesta qüestió haurà de complir amb la forma escrita, sota pena de nul·litat de ple dret.

<http://www.diritto.it/docs/5087419-con-il-codice-del-turismo-previste-nuove-norme-a-tutela-del-multiproprietario?source=1&tipo=news>



Wolters Kluwer
Espanya

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



s'ha de fer necessàriament per escrit, encara que sigui privat, i ha de constar de la mateixa manera l'acceptació o, si la donació fos verbal, s'ha de realitzar amb el «lliurament simultani de la cosa donada». En cas que no es compleixi alguna d'aquestes dues formes, l'escrita o la real, la donació no produeix efectes. D'altra banda, la forma escrita ha de ser la d'una donació, d'on se segueix que no val com a forma de donació un escrit atorgat per donar aparença a una compravenda. És, per tant, correcte concloure que, en el cas d'interlocutòries, l'escriptura de venda de les participacions no val com a forma escrita de donació, ja que el document no va ser l'expressió formal d'un contracte d'aquesta classe, sinó un artifice per ocultar-lo sota l'aparença d'una venda. No obstant això, és possible que la donació de béns mobles es perfeccioni de paraula, amb el lliurament simultani de la cosa, i no hi ha cap inconvenient per entendre provat l'esmentat lliurament quan el donant, o qui ho faci per ell, deixa de posseir els drets de què aquells són expressió i passa a fer-ho el donatari. Doncs bé, aquest canvi subjectiu en la condició de soci es considera produït en el cas d'interlocutòries, atès que de les actuacions es deriva el nítid reflex que, des de l'aparent venda i dissimulada donació, va ser el donatari qui va exercitar sense oposició coneguda els drets de soci.

SOCIETAT DE RESPONSABILITAT LIMITADA

Dissolució per paralització dels òrgans socials

Sentència Tribunal Suprem, Sala Primera, núm. 229/2011, d'11 d'abril. (Ponent: Jesús Corbal Fernández) LA LEY 14250/2011

Les sentències d'instància van estimar la demanda sobre dissolució de societat i conversió de l'administrador en liquidador d'aquesta. El Tribunal Suprem desestima el recurs de cassació.

L'art. 110.1 LSRL 1995 estableix, per al cas d'obertura de la liquidació, que han de cessar en el seu càrrec els administradors i que els qui tinguessin aquesta condició en el mateix temps de la dissolució queden convertits en liquidadors, tret que als estatuts se n'hagin designat d'altres o que, en acordar la dissolució, els designi la Junta General. No hi ha cap raó estructural ni formal per sostenir, o que permeti entendre, que la citada norma no és aplicable a les causes de dissolució de l'art. 104.1 c) LSRL 1995 —«impossibilitat manifesta d'aconseguir el fi social, o paralització dels òrgans socials de manera que en resulti impossible el funcionament»—. Al supòsit de les actuacions, dos socis amb la mateixa participació social del cinquanta per cent cadascú, i clarament enfrontats, planteja una certa singularitat respecte d'altres causes de dissolució, però això no és raó suficient per objectar amb caràcter general l'aplicació de la norma de l'art. 110.1. Pot succeir que, concorrent determinades circumstàncies objectives —fraud; manca d'idoneïtat patent; manifesta complexitat; imbricació d'altres societats; etc.—, pugui justificar-se una mesura judicial —de designació de liquidador, o d'intervenció—, però es tracta en tot cas de circumstàncies excepcionals, que no es donen amb desconfiances subjectives, o preparació de la situació mitjançant l'exercici d'accions de responsabilitat social o de naturalesa penal, de resultat desconegut o incert, per la qual cosa n'hi ha prou, general-

ment, amb l'operativitat de la responsabilitat a què està subjecte tot administrador—liquidador —art. 114 LSRL 1995; art. 375.2 LSC—.

SOCIETAT ANÒNIMA

Responsabilitat del liquidador

Sentència Tribunal Suprem, Sala Primera, núm. 264/2011, de 18 d'abril. (Ponent: Rafael Gimeno-Bayón Cobos) LA LEY 98642/2011

El Jutjat de Primera Instància va estimar la demanda de reclamació de quantitat per responsabilitat civil del liquidador de la societat deutora de la demandant. L'AP Madrid va estimar en part el recurs interposat pel liquidador i va reduir la condemna d'aquest a pagar la quantitat resultant de la liquidació, que es va lliurar als socis. El Tribunal Suprem va desestimar el recurs de cassació interposat per la demandant.

Per garantir un desenvolupament ordenat del procés de liquidació, l'art. 279 TR LSA disposa que «els liquidadors de la societat anònima són responsables davant dels accionistes i els creditors de qualsevol perjudici que els hagin causat amb frau o negligència greu en l'exercici del seu càrrec», de l'exegesi del qual es dedueix que perquè l'exigència de responsabilitat als liquidadors sigui procedent és necessari que concorrin els següents fets: 1) Acció o omisió en frau o per negligència greu, exclosos els supòsits de simple negligència; 2) Que l'acció o omisió la desenvolupi el liquidador o liquidadors precisament en tal concepte; 3) Dany o perjudici directe o indirecte —«qualsevol perjudici», segons el tenor de la norma—, i 4) Relació de causalitat entre l'actuació dels liquidadors i el dany.

ACCIÓ DECLARATIVA DE DOMINI

Acció declarativa de domini d'un immoble objecte d'un negoci fiduciari

Sentència Tribunal Suprem, Sala Primera, núm. 349/2011, de 17 de maig. (Ponent: Antonio Salas Carceller) LA LEY 62798/2011

El Jutjat de Primera Instància va desestimar l'acció declarativa de domini. L'AP Guipúscoa va revocar la sentència del Jutjat i va estimar la demanda. El Tribunal Suprem declara que els recursos extraordinari per infracció processal i de cassació no són procedents.

A la fidúcia *cum amico* el fiduciari no posseeix la titularitat real perquè no és un autèntic amo, ja que només té una titularitat formal, sense perjudici del joc del principi de l'aparença jurídica, de manera que el domini continua pertanyent al fiduciant en l'interès del qual es configura el mecanisme jurídic, la qual cosa accentua la nota de la confiança. En una situació així no cal acudir a la doctrina dels actes propis del fiduciant per sostenir que se'n desprèn la titularitat efectiva del fiduciari, ja que no concorren en aquests actes els requisits perquè aquests creïn estat i s'hagin de considerar vinculants per a qui els protagonitza. La doctrina dels actes propis té el seu últim fonament en la protecció de la confiança i en el principi de la bona fe, que imposa un deure de coherència i limita la llibertat d'actuació quan s'han creat expectatives raonables. No obstant això, només és aplicable quan el que s'ha



Sentències

realitzat s'oposi als actes que prèviament haguessin creat una situació o relació de Dret que no podia ser alterada unilateralment per qui estava obligat a respectar-la, atès que constitueix un pressupòsit necessari per a l'aplicació d'aquesta doctrina el fet que els actes propis siguin inequívocs, en el sentit de crear, definir, fixar, modificar, extingir o aclarir sens dubte una determinada situació jurídica que afecti el seu autor, i que entre la conducta anterior i la pretensió actual existeixi una incompatibilitat segons el sentit que, de bona fe, hagués d'atribuir-se a aquella; situació d'incompatibilitat que no existeix quan la base de l'acció està precisament en l'afirmació que s'han realitzat actes de reconeixement de propietat a favor de qui no era titular real del domini.

COMPRAVENDA

Falta de legitimació del tercer a qui els venedors van cedir determinats drets que formaven part del preu, per exigir l'elevació del contracte privat a escriptura pública

Sentència Tribunal Suprem, Sala Primera, núm. 400/2011, d'1 de juny. (Ponent: Antonio Salas Carceller) LA LEY 71515/2011

Les sentències d'instància van estimar la demanda en què es demanava que es declarés vàlid un contracte privat de compravenda i un contracte privat de transmissió a la demandant dels drets de la venedora derivats d'aquella compravenda, i es condemnessin les entitats compradora i venedora a elevar a públic aquests documents privats. El Tribunal Suprem declara procedent el recurs de cassació, casa la sentència recorreguda i, al seu lloc, desestima íntegrament la demanda.

Transmissió per la venedora a un tercer dels drets de què era titular en l'edificació a realitzar a la finca. El cessionari no està facultat per exigir l'elevació a escriptura pública d'un contracte celebrat entre compradora i venedora en què no va ser part. No va existir una cessió de contracte sinó una simple cessió de drets derivats d'aquest. L'objecte de la transmissió no va ser una posició jurídica contractual sinó que únicament la venedora va realitzar una dació en pagament l'objecte de la qual eren determinats drets que formaven part de la contraprestació que havia de satisfer la compradora, la cessió de la qual havien previst els contractants mateixos. Diferències entre transmissió de drets i cessió de contracte.

SUCCESSIÓ HEREDITÀRIA

Donació de diners per part dels pares a un fill per a la compra de dues terceres parts d'un immoble

Sentència Tribunal Suprem, Sala Primera, núm. 355/2011, de 19 de maig. (Ponent: Xavier O'Callaghan Muñoz) LA LEY 71528/2011

Les sentències d'instància van estimar la demanda sobre imputació de béns i de col·lació en el patrimoni hereditari d'uns determinats causants. El Tribunal Suprem declara procedent el recurs de cassació formulat pels demandats, anul·la en part la sentència recorreguda i declara col·lacionable en els patrimonis

hereditaris dels causants tant el valor actualitzat dels diners que va rebre com a donació un dels seus fills per a la compra de dos terços de dos pisos, com el valor actualitzat en el moment de la partició de la tercera part d'un dels pisos donada pels causants al mateix fill.

Els diners de la compra s'han de portar a col·lació pel seu valor actualitzat en el moment de fer-se la partició. Donació per part dels pares al mateix fill de la tercera part restant. És col·lacionable el valor actualitzat d'aquesta tercera part en el moment de la partició. Dispensa de col·lació. S'ha de manifestar expressament, amb expressions clares i indubtables, i es pot acordar en qualsevol moment, tant en el propi text del contracte de donació o posteriorment, en un altre acte inter vivos o en el propi testament. La donació feta en escriptura de compravenda simulada no s'ha d'entendre com a dispensa de la col·lació.

PRÉSTEC HIPOTECARI

Legitimació activa per a l'exercici de l'acció declarativa de la prescripció de l'acció hipotecària i subsegüent cancel·lació de la seva inscripció registral

Sentència Tribunal Suprem, Sala Primera, núm. 389/2011, de 27 de maig. (Ponent: Xavier O'Callaghan Muñoz) LA LEY 71526/2011

Les sentències d'instància van desestimar la demanda d'extinció d'hipoteca per prescripció de l'acció hipotecària i cancel·lació registral de la citada hipoteca, per falta de legitimació activa de la societat demandant. El Tribunal Suprem declara procedents els recursos per infracció processal i de cassació, casa la sentència recorreguda i ordena la reposició de les actuacions en el moment anterior en què aquesta es va dictar perquè es dicti una nova sentència sobre el fons de l'assumpte, partint de la legitimació activa de l'entitat demandant.

És la pètica de la demanda el que marca l'acció exercitada. I l'exercitada en aquest cas, de declaració de prescripció de l'acció hipotecària, afegeix a més a més i com a conseqüència de l'esmentada petició, contradictòria del dret real d'hipoteca inscrit, la cancel·lació de la inscripció corresponent d'hipoteca, amb la qual cosa compleix el que preveu l'art. 38.2 LH. La rectificació de la inscripció registral inexacta requereix l'exercici de l'acció contradictòria del dret real inscrit —per exemple, com en aquest cas, per raó de prescripció— que ha d'anar acompanyada de la pretensió de cancel·lació de la inscripció al Registre de la Propietat. La referència de l'art. 38 LH a la demanda de nul·litat o cancel·lació de l'assentament registral no limita la legitimació activa, sinó que la té qui exercita l'acció principal relativa al dret real. La rectificació a què es refereix l'art. 40 LH no és judicial, sinó que és un procediment registral i l'al·lusió que fa en els seus últims paràgrafs a la pura acció judicial de rectificació difícilment es pot practicar separada de l'acció principal referida a l'art. 38 LH. Conseqüència del que s'ha dit és que l'entitat demandant té legitimació activa per a l'exercici de l'acció declarativa de prescripció i per a l'exercici subordinat —i imperatiu ex art. 38 LH— de la pretensió de cancel·lació de la inscripció de la hipoteca, la prescripció del qual es pretén.



RETRACTE DE COMUNERS

Reemborsament per part del retractador al comprador-retracte de la comissió pagada per aquest a l'intermediari en la compra

Sentència Tribunal Suprem, Sala Primera, núm. 441/2011, de 30 de juny. (Ponent: Francisco Marín Castán) LA LEY 119767/2011

El Jutjat de Primera Instància va desestimar la demanda per caducitat de l'acció de retracte. L'AP València va revocar la sentència del Jutjat, va estimar parcialment la demanda i va declarar el dret de la demandant a retreure la part indivisa de les finques venudes amb obligació d'abonar a la demandada determinades quantitats. El Tribunal Suprem estima el recurs de cassació, casa en part la sentència recorreguda, i en deixant sense efecte la decisió quan disposa que l'actora aboni a la demandada la comissió de l'intermediari, la comissió d'obertura de crèdit i els interessos meritats d'acord amb allò que s'ha establert al contracte d'obertura de crèdit en compte corrent.

El Tribunal Suprem ratifica la doctrina jurisprudencial que estableix que en cas de retracte, el retractador no ha de reemborsar al comprador les despeses i interessos del préstec o crèdit obtingut per aquest per finançar l'adquisició de la finca, perquè no mereixen la consideració de «despeses del contracte» ni de «pagaments legítims» fets per a la compra: en primer lloc perquè la seva relació amb la compra és només indirecta, i en segon lloc perquè són la conseqüència d'un risc que lliurement decideix córrer el comprador quan no té liquiditat per a l'adquisició o prefereix realitzar-la acudint al finançament d'un tercer. No obstant això, sí que matisa o precisa la referida doctrina jurisprudencial en el sentit de considerar reembossable la comissió de l'intermediari satisfeta pel comprador quan es provi que la mediació va ser raonablement necessària per a la compra i s'hagués comunicat l'import de la comissió al retractador junt amb les condicions essencials de la compravenda, és a dir, com una més de les dades sobre la base de les quals el facultat per al retracte ha de decidir si ho exercita o no. L'Alt Tribunal considera que la importància econòmica de la compravenda i la dedicació professional o activitat dels subjectes intervinents, comprador, venedor i retractador, no són raons suficients per justificar un canvi de jurisprudència, ja que la conseqüència serien dos règims diferents la frontera dels quals no estaria mai ben delimitada, o fins i tot que, com a regla general, prescindint ja de la importància econòmica de la compravenda i de la condició dels subjectes intervinents, s'incloguessin en el concepte legal «despeses del contracte i qualsevol altre pagament legítim fet per a la venda» els que en rigor no ho són o, almenys, no tenen perquè ser-ho.

ARRENDAMENTS URBANS

Validesa de la renúncia anticipada al dret de retracte arrendatíci de local de negoci de la LAU 1964

Sentència Tribunal Suprem, Sala Primera, núm. 335/2011, de 9 de maig. (Ponent: Juan Antonio Xiol Ríos) LA LEY 98654/2011

El Jutjat de Primera Instància va desestimar la demanda formulada pels arrendataris en exercici de l'acció de retracte, va estimar la reconvenió formulada per l'arrendador i va declarar la resolució del contracte per obres no consentides. L'AP Barcelona va revocar la sentència del Jutjat, va estimar la demanda principal i va desestimar la reconvenió. El Tribunal Suprem declara procedent el recurs de cassació, casa la sentència recorreguda i confirma la sentència de primera instància pel que fa a la desestimació de l'acció de retracte, així reposa les actuacions al moment anterior a dictar-se la sentència d'apel·lació, a fi que l'Audiència Provincial entri a valorar la causa de resolució arrendatícia.

L'art. 6.3 LAU 1964 estableix que «Igualment es pot renunciar als beneficis que confereix la Llei a l'arrendador, ja ho sigui d'habitatge o de local de negoci, i als arrendataris i sotsarrendataris d'aquests últims, excepte el de pròrroga del contracte d'arrendament, al dret del qual l'arrendatari no pot renunciar». La qüestió plantejada en el cas se centra a determinar si el dret de retracte és renunciabla de forma anticipada o si, com estableix la sentència del Tribunal Suprem d'11 oct. 2001, cal esperar a conèixer les condicions del retracte perquè sorgeixi el benefici. L'Alt Tribunal considera necessari revisar el criteri seguit en l'esmentada sentència, ja que entén que no és totalment adequat al tenor literal de la norma, als seus antecedents legislatius, ni tampoc a la seva finalitat. La interpretació per la qual la renúncia del dret de tanteig o retracte només es pot realitzar un cop hagin sorgit les condicions per al seu exercici deixaria buit de contingut aquest article —6.3 LAU 1964— perquè no té sentit establir el dret a una renúncia a un dret de caràcter potestatiu, com és el retracte, i limitar-ne els efectes als inherents al no-exercici del dret, la possibilitat del qual és inherent a la seva naturalesa. Els drets de tanteig i retracte es convertiren així en drets irrenunciabls, perquè els drets irrenunciabls no comporten l'obligació d'exercitar-los, sinó la facultat d'exercitar-los, i són susceptibles de renúncia posterior. Considerar que no es pot fer la renúncia anticipada suposaria equiparar els arrendataris de locals de negoci amb els d'habitatge, sense que hagués estat necessari establir legalment aquesta distinció, de manera que es deixaria la possibilitat d'exercici o no del dret un cop hagin sorgit les condicions. Ha d'entendre's, per tant, que, en el marc d'equilibri entre les parts, en el moment de celebració del contracte d'arrendament de local de negoci, les parts podien establir les clàusules que consideressin pertinents, i permetre una renúncia anticipada dels beneficis de la Llei, amb l'única excepció de la pròrroga forçosa. Aquesta renúncia havia de fer-se de forma expressa i escrita.

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

Publicades entre març i maig de 2011

Víctor Esquirol Jiménez. Notari d'El Masnou

RESCISSIÓ PER LESIÓ

Per tal que la venda d'un immoble es qualifiqui com a civil i sigui aplicable l'acció de rescissió per lesió *ultradimidium*, es requereix que el venedor no es dediqui al comerç d'immobles i que el comprador no adquireixi amb la intenció de revendre. L'acció de rescissió caduca als quatre anys de la perfecció de la venda, que, si ha anat precedida d'una opció de compra, compta des que la intenció de comprar s'hagi notificat a la part venedora. Per tal que la renúncia a l'acció sigui vàlida, és necessari que no s'hagi pactat abans de la formalització de la venda.

Sentència 17/2011, de 31 de març (ponent: José Francisco Valls Gombau)

Resum: El mateix dia se celebren dos contractes: un de compravenda, en què la part venedora és una persona física no comerciant i la compradora, una persona jurídica l'objecte social de la qual no consta a la Sentència, i un altre en què la part abans compradora arrenda amb dret d'opció de compra la finca a favor de la part abans venedora.

La primera qüestió que es planteja és si la venda és rescindible per lesió. El Tribunal parteix de la base que la solució depèn de si la compravenda és mercantil o civil, sent rescindible només en aquest

últim supòsit, i recorda que s'ha pronunciat ja en vuit ocasions sobre la mateixa qüestió, amb el resultat de set vendes civils i una venda mercantil (en aquesta, Sentència 27/2007, de 10 de setembre, les dues parts eren comerciants dedicats al negoci immobiliari i l'operació s'emmarcava dins l'objecte de tràfic empresarial de les dues societats). Fa un esment especial de la Sentència 46/2008, de 30 de desembre, en què es va declarar el caràcter civil de la venda partint del fet que la venedora era una persona física no comerciant i la compradora es dedicava a la intermediació immobiliària, però no va quedar acreditat que comprés la finca amb intenció de revendre-la, «sent transcendent, segons s'estableix en la resolució esmentada, a l'efecte de la qualificació de la venda com a civil o mercantil, la condició personal del venedor i la del comprador», però afegeix que «aquest element no és l'únic, donat que, com va declarar la Sentència 35/2004, de 22 de novembre, "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'indole mercantil, caldrà veure quins són els prevalents per tal de qualificar la compravenda global como a civil o mercantil". Per tant, en el cas examinat, hem de considerar que la compravenda ha de qualificar-se com a civil i queda subjecta a l'acció de rescissió per lesió segons les següents circumstàncies: a) la condició de persona física no comerciant de la venedora; (...) b) no s'ha acreditat, en les actuacions, l'ànim de revendre de la compradora».

En segon lloc, el Tribunal Superior de Justícia de Catalunya examina si ha caducat el termini de quatre anys que l'article 322 del CDCC estableix per exercitar l'acció de rescissió per lesió per la ven-

(*) El text íntegre de les sentències es pot consultar a <http://www.poderjudicial.es>.



da. El dubte sorgeix perquè l'escriptura de venda va ser precedida d'una d'opció de compra la data de la qual és anterior en quatre anys a la presentació de la demanda (no així l'escriptura, que és de data posterior) i perquè, abans d'atorgar-se l'escriptura en la qual s'exercitava el dret d'opció de compra, l'optant havia atorgat diverses actes de manifestacions també anteriors als quatre anys, en què declarava que havia lliurat sumes que serien descomptades del preu de l'escriptura a l'efecte de l'exercici de l'opció. El Tribunal estima que el termini de caducitat ha d'explicar-se des de la perfecció de la venda, que en aquest cas coincideix amb l'exercici de l'opció, com ja va establir la Sentència 25/1993, de 9 de novembre. Per la seva banda, el Tribunal Suprem té establert que l'opció es perfecciona quan la notificació del seu exercici s'hagi dut a terme, encara que la compravenda es consumi posteriorment (sentències de 27 de setembre de 2007, de 23 de maig de 2007 i 17 de setembre de 2010). També el Tribunal Superior de Justícia de Catalunya va dir, a la Sentència 5/1995, de 9 de febrer, que en el cas d'un contracte de compravenda en contracte privat, i que després es formalitza en escriptura pública, el termini de caducitat comença a computar-se des que es perfecciona el contracte privat i no des de la consumació en la compravenda. En el cas present, s'havia pactat que la intenció d'exercitar l'opció havia de notificar-se fefaentment a la propietària, la qual cosa no es va fer, per tant, el lliurament de quantitats a compte no es considera com a exercici de l'opció a l'efecte de la perfecció de la venda.

La tercera qüestió planteja la validesa de la renúncia a l'acció de rescissió per lesió que s'havia atorgat per la venedora en un document en què justificava la renúncia per haver rebut en realitat una quantitat major que l'estipulada en l'escriptura de venda. La data del document de renúncia coincideix amb la de l'escriptura de venda. El Tribunal Superior de Justícia de Catalunya no dóna validesa a aquesta renúncia partint del fet que la Sentència recorreguda va declarar com a fet provat que la renúncia es va pactar amb anterioritat a la venda (havent de ser posterior a aquesta, conforme a l'article 322 del CDCC) i va declarar com a fet no provat que la venedora rebés cap complement de preu, declaracions que no han estat combatudes per la via del recurs extraordinari d'infracció processal, per la qual cosa resulten intangibles.

Finalment, es declara que pertoca la rescissió partint dels fets declarats com provats a la segona instància, entenent que un arrendament per cinc anys i per una renda de mercat no desvaloritza el valor de la finca.

Comentari:

1) *Naturalesa civil o mercantil de la venda a l'efecte de la procedència de l'acció de rescissió.*

Com es pot veure, el tema de la rescissió per lesió *ultradimidium* o *engany a mitges* està d'actualitat, sens dubte, a conseqüència de la crisi econòmica que patim. L'article 344 del Ccom estableix que no es rescindiran les vendes mercantils per causa de lesió, la qual cosa té la seva lògica, ja que la rescissió s'ha basat tradicionalment en la possible imperícia de la part venedora, la qual s'exclou si es dedica al tràfic immobiliari. Fins aquí no hi ha problema; la qüestió sorgeix quan la part venedora no és comerciant i la part compradora sí ho és (quan parlo de *comerciant*, em refereixo principalment al supòsit

d'una persona jurídica que es dedica al comerç de béns immobles, encara que sigui de forma secundària, com una entitat bancària, per exemple). El Tribunal Superior de Justícia de Catalunya ha tingut molts dubtes a qualificar la compravenda com a civil o com a mercantil en aquest supòsit, malgrat que sempre l'ha acabat qualificant com a civil. Per exemple, en l'anterior sentència sobre la matèria, la Sentència 28/2010, de 26 de juliol, que vaig comentar a aquesta revista (núm. 3/2010, p. 138), en un supòsit molt semblant al present, després de donar moltes voltes a la qüestió, a mi no em va quedar clar que el Tribunal qualifiqués finalment la venda com a civil. Ara sembla que sí ho va fer, ja que la mateixa Sala diu que a totes les sentències anteriors les vendes es van considerar civils. Per tant, sembla que el criteri hauria de ser clarament que quan la venedora és una persona física que no es dedica al tràfic o a la intermediació immobiliària, la venda hauria de ser sempre civil, almenys a l'efecte de la rescissió per lesió. No obstant això, el Tribunal Superior de Justícia de Catalunya no ho veu tan clar ja que, com hem vist, sembla exigir la concurrència acumulativa dels dos requisits de: a) condició de persona física no comerciant de la venedora, i b) ànim de revendre de la compradora. A *contrario sensu*, si s'acredita l'ànim de revendre de la compradora, sembla que la venda serà mercantil (en el cas examinat, el comprador, probablement en el marc d'una operació global de finançament, arrendava la finca a la venedora, la qual cosa segons el parer del Tribunal atorga caràcter civil a la venda). Sense oblidar que el Tribunal Superior de Justícia de Catalunya també exigeix estar al contingut dels pactes i estipulacions.

Segons el meu parer, partint del fonament de l'acció de rescissió per lesió, hauria de ser suficient que la part venedora no fos comerciant, sense més requisits. Com he dit al principi d'aquest comentari, l'acció rescissòria es basa en la possible imperícia de la part venedora, per això el Ccom l'exclou quan la venda és mercantil, en el convenciment que, en aquesta, la part venedora hauria de ser coneixedora del fet que ven molt per sota del preu de mercat i assumeix aquesta circumstància per la raó que sigui. Per això hauria de bastar que la part venedora no sigui comerciant per admetre la rescissió per lesió, encara que l'altra part sigui comerciant i tingui ànim especulatiu. I tot això sense l'exigència de cap element subjectiu, donat que, com ha dit reiteradament el Tribunal Superior de Justícia de Catalunya, la intenció d'enganyar en la part compradora no és necessària (ni el desconeixement en la part venedora, hi afegiria jo).

2) Caducitat de l'acció de rescissió.

El Tribunal Superior de Justícia de Catalunya estableix, amb bon criteri, que el termini de caducitat de l'acció rescissòria compta de la data de perfecció del contracte de l'exercici de l'opció (que coincideix amb la perfecció de la compravenda, encara que no necessàriament amb la consumació d'aquesta o la data de l'escriptura pública). No obstant això, l'optant manifesta que, abans de l'atorgament de l'escriptura de venda, havia lliurat al propietari diverses quantitats a compte de la venda, però no se'ns diu si el propietari va intervenir en la recepció d'aquestes quantitats. Si fos així, la venda podria considerar-se perfeccionada sense necessitat de cap notificació, sent jurisprudència del Tribunal Suprem (Sentència de 12 de maig de 2009), que cita l'Audiència, que la perfecció es produeix encara que no hi mitjanci el lliurament de la cosa ni el pagament del preu, ja que el lliurament i el preu pertanyen a la fase de consumació de la venda,



Sentències

com no podria ser d'una altra manera, donat el caràcter consensual del contracte de compravenda. La qüestió és que si el propietari ha intervingut en la recepció de les quantitats a compte del preu (per exemple, signant un rebut d'aquestes quantitats), la venda podria considerar-se perfeccionada sense necessitat de notificació de la voluntat d'optar, que podria donar-se per implícita en l'acte de rebre el pagament del preu o de part del mateix. En canvi, si el propietari no ha intervingut en la recepció d'aquestes quantitats (per exemple, pagament mitjançant transferència bancària), el requisit de la notificació s'ha de considerar com a incomplert.

3) Renúncia a l'acció de rescissió.

Aquesta és una qüestió de gran transcendència pràctica, ja que és habitual que la renúncia a l'acció rescissòria s'atorgui després de l'escriptura de compravenda, però immediatament a continuació, de manera que podria considerar-se realitzada en el mateix acte i no complir-se el requisit de posterioritat de l'article 322 del CDCC (que exigeix d'aquest a Tortosa i al seu antic territori, «on la renúncia es podrà fer en el mateix contracte»). L'al·lusió a les paraules «mateix contracte» pot donar a entendre que si la renúncia se celebra en un altre contracte ja seria suficient, encara que es realitzi a continuació de la venda. Però no ho va entendre així la SAPB (Sec. 16a.) de 23 d'octubre de 2007, que va declarar nul·la la renúncia en document privat per entendre que s'havia «efectuat en unitat material d'acte amb el propi atorgament de l'escriptura». La Sentència que comentem va fins i tot més enllà i, acceptant que la renúncia, malgrat portar la mateixa data que la venda, es va fer posteriorment a aquesta, no l'admet, ja que considera que es va pactar abans de la venda, la qual cosa és bastant evident en aquest cas, atès que en la renúncia es reconeixia un complement de preu que no figurava a l'escriptura. No obstant això, crec que, excepte en casos de la claredat d'aquest, no hauria d'investigar-se tant el moment en què es va pactar verbalment la renúncia (la qual podria considerar-se implícita en les condicions de la venda; algunes sentències de les audiències provincials han admès, per a mi de forma discutible, la possibilitat de l'existència de la renúncia tàcita o implícita, com la SAPT, Sec. 1a., de 22 de març de 2010, o la SAPB, Sec. 16a., de 18 d'octubre de 2007), com el moment en què es va atorgar el contracte de renúncia que, com hem vist, no hauria de realitzar-se en unitat d'acte amb l'escriptura de venda.

PROPIETAT HORITZONTAL. ELEMENTS COMUNS

Les despeses extraordinàries de conservació dels elements comuns són a càrrec de tots els propietaris, fins i tot d'aquells que no els utilitzen pel destí o la naturalesa d'aquests elements, llevat que el títol o els estatuts disposin el contrari o així ho acordi la Junta de Propietaris.

Sentència 20/2011, de 12 de maig (ponent: M. Eugènia Alegret Burgués)

Resum: Es planteja si els participants en una subcomunitat de propietaris de soterranis destinats a aparcaments han de contribuir a les despeses realitzades per la Comunitat general de l'edifici corresponents a la substitució d'unes canonades de gas que es trobaven en mal estat de conservació.

La Sentència de l'Audiència va resoldre que no havien de contribuir per considerar que la instal·lació de gas de l'immoble és un element d'ús restringit o privatiu dels pisos, ja que no pot ser utilitzada pels propietaris de les places d'aparcament. Aquesta postura pot tenir suport legal a l'article 553-38.2 del Codi civil de Catalunya, en dir que «les despeses ordinàries i extraordinàries de conservació i manteniment dels elements comuns d'ús restringit són a càrrec dels propietaris dels elements privatis que en gaudeixen», mentre que, continua dient, «les reparacions que afecten i beneficien tot l'edifici són comunitàries». Sembla, per tant, que estem davant una despesa extraordinària de conservació d'unes instal·lacions que només poden gaudir, per la seva pròpia naturalesa, els propietaris dels pisos, i haurien de ser aquests els que les assumissin de forma exclusiva.

El Tribunal Superior de Justícia de Catalunya, no obstant això, casa la Sentència basant-se principalment en l'article 553-42.3, que disposa que «els propietaris dels elements privatis que tenen l'ús i el gaudi exclusiu dels elements comuns (...) assumeixen les seves despeses ordinàries de conservació i manteniment»; en canvi, diu a continuació que les «despeses extraordinàries són comunes». La contradicció entre els articles 553-38.2 i 553-42.3 sembla clara (com d'altres de la pròpia Llei, com reconeix el Tribunal Superior de Justícia de Catalunya), ja que considera que en l'articulat no hi ha base suficient per establir un règim legal diferent per als elements comuns d'ús restringit que pels d'ús privatiu, o, si es prefereix, per als elements comuns per destí que per als elements comuns per naturalesa.

El Tribunal Superior de Justícia de Catalunya declara que l'exoneració de les despeses de manteniment ha de constar al títol, als estatuts o per acord de la Junta de Propietaris, partint dels següents arguments:

- La naturalesa pròpia dels elements comuns, que converteix tots els propietaris de les entitats privatives en copropietaris d'ells.
- La regla general fixada per als elements comuns en els articles 553-44.1 i 553-45.2, que atribueixen a tots els propietaris les despeses de conservació d'aquests.
- El caràcter general que es pot predicar de l'article 553-42.3 (que contradiu l'article 553-38.2), la redacció del qual ha romàs invariable en tots els textos legals precursors de la Llei vigent.
- Les successives previsions que, tant per als elements comuns per naturalesa com per destí, es realitzen als articles 553-45.2.3, 553-45.2.4, 553-3.1.c, 553-3.3, 553-11.2.b i 553-11.2.c, amb vista al pagament de les despeses que es generen a la Comunitat, que sempre es remeten al títol o als estatuts com a marc legal de compliment obligat per a tots els copropietaris, com correspon al principi democràtic que regeix a aquestes comunitats.
- Ho imposa la seguretat jurídica, ja que els béns s'adquireixen amb la confiança que les càrregues i els beneficis que generin respondran al que s'ha publicat i al que ha previst la Llei.



Comentari: Poques aportacions es poden fer a una Sentència que estimo encertada i molt ben argumentada. Per a mi, el precepte més clar per a resoldre la qüestió és l'article 553-45.2, que diu que «la falta d'ús i gaudi d'elements comuns concrets no eximeix de l'obligació de pagar les despeses que derivin del seu manteniment, llevat que en els estatuts es prevegi el contrari respecte de serveis o elements, també especificats de manera concreta». Malgrat que es podria al·legar que aquest precepte preveu només el supòsit del propietari que decideix no utilitzar els elements comuns podent fer-ho, i no el cas d'aquell que no pot utilitzar-los, la veritat és que la norma no distingeix i que la contribució a les despeses és més concorde a la sistemàtica de la Llei, atès que és preferible donar més pes a la regulació de les despeses extraordinàries dels elements comuns no aprofitats per tots els propietaris feta per un precepte amb l'epígraf de «aprofitament dels elements comuns» (l'article 553-42) que la realitzada per un altre que porta per títol «obligacions de conservació i manteniment dels elements privatis» (l'article 553-38).

Descendint al terreny de la casuística, podem dir que tan elements comuns són les conduccions de gas com la façana o la coberta, i a ningú no se li ocorrera eximir als soterranis de les despeses de conservació d'aquestes, encara que no se'n beneficien. També crec que la interpretació del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya s'avé més amb l'esperit de la Llei, que necessita una reforma per reparar els nombrosos punts negres que han estat advertits per la doctrina i els tribunals.

PRESCRIPCIÓ. NORMATIVA APLICABLE

La prescripció aplicable a les obligacions es regula pel Codi civil de Catalunya i no pel Codi civil espanyol, encara que la pretensió derivi d'una obligació no regulada encara pel Dret català.

Sentència 22/2011, de 26 de maig (ponent: Núria Bassols i Muntada)

Resum: A la reclamació d'un deute derivat d'un *arrendament de serveis* o d'un *contracte d'execució d'obra* (les parts i el Tribunal utilitzen tots dos termes indistintament), la part demandada oposa la prescripció triennal de l'article 121.21.b del Codi civil de Catalunya, la qual cosa és estimada en primera instància, però no així per l'Audiència, que considera aplicable el període prescriptiu de quinze anys de l'article 1.964 del Codi civil espanyol. El Tribunal Superior de Justícia de Catalunya casa la Sentència i declara aplicable la norma catalana.

L'argument central de la Sentència de l'Audiència és que a Catalunya no hi ha una regulació específica del contracte en qüestió (que és qualificat a totes les instàncies indistintament com a *arrendament de serveis* o *execució d'obra*), per la qual cosa ha d'aplicar-se el Codi civil i no de forma parcial, sinó integral, per tal de garantir la coherència de l'ordenació legal. Recolza aquesta argumentació:

— En l'Acte del Tribunal Constitucional de 29 d'octubre de 2003, que va ordenar aixecar la suspensió de l'aplicació del llibre i del Codi civil de Catalunya, en la mesura que tal aplicació es limités a les lleis civils de Catalunya.

— En què el conflicte entre les dues lleis civils (l'estatal i l'autonòmica) s'ha de resoldre d'acord amb els articles 16 i 10-10 del Codi civil espanyol. El primer estableix que els conflictes de lleis de Dret interregional es regiran per les normes del Codi reguladores del Dret internacional privat, per la qual cosa és aplicable l'article 10-10, incís 1r, que disposa que «la llei reguladora d'una obligació s'estén als requisits de l'acompliment i a les conseqüències de l'incompliment, així com a l'extinció».

— En què el Conveni de Roma de 19 de juny de 1980 i altres normes de la Unió Europea estableixen que la llei aplicable a un contracte regeix també les formes d'extinció i en concret la prescripció.

— En què de l'article 149.3 in fine de la Constitució espanyola s'infereix que el Dret estatal és supletori del Dret autonòmic.

Per la seva banda, el Tribunal Superior de Justícia de Catalunya es basa:

— En l'article 111-3 del Codi civil de Catalunya, que proclama el caràcter territorial del Dret civil de Catalunya.

— En què no hi ha «cap indicatiu de conflicte entre diferents règims jurídics civils coexistents en el territori nacional, ja que queda clar que no cal esbrinar acudint a l'article 10, apartat 5è del Codi civil espanyol, quina és la norma civil aplicable, atès que una lectura d'aquest fa evident que és aplicable el Codi civil català, cosa que ha comportat que cap de les parts litigants no es plantejessin l'aplicació de la dita norma per resoldre el "conflicte", ja que es detecta automàticament sense ni tan sols qüestionar-ho; cal recordar que, per a una millor claredat la norma que s'aplicaria per solucionar un suposat conflicte, diu literalment: "5.-S'aplica a les obligacions contractuals la llei a què les parts s'hagin sotmès expressament, sempre que tinguin alguna connexió amb el negoci de què es tracti; si no, la llei nacional comuna a les parts; i si no, la de la residència habitual comuna, i, en darrer terme, la llei del lloc de celebració del contracte". Més endavant afegeix que és «necessari per a l'aplicació de les normes de conflicte, tant en el cas del Dret internacional privat com en el cas del Dret interregional, la presència d'un element d'aquesta naturalesa bé per l'existència d'elements personals o subjectius referits a les parts (veïnatge, residència o domicili en una altra comunitat autònoma) com pels elements objectius de realització del negoci o perquè aquest hagués de tenir efecte en un altre lloc, etc. L'element interregional ha de ser present en tot cas, ja que d'una altra manera el conflicte de lleis no es produirà. L'article 10.10 del Codi civil espanyol que cita la Sentència objecte de recurs, com també les normes comunitàries relatives a la resolució de conflictes quan es donen elements comunitaris, resol el supòsit en el qual l'interpret hagi d'optar, atès que hi hagi un element internacional o bé interregional, entre aplicar la normativa del Codi civil espanyol com a sistema jurídic complet o bé la normativa estrangera en el cas del Dret internacional o bé la normativa regional o autonòmica en el cas del Dret interregional, que inclou el seu propi sistema de fonts. (...) El joc de la integració de l'ordenament jurídic mitjançant l'aplicació del seu propi sistema de fonts impedeix que



Sentències

pugui parlar-se de fallida del principi d'unitat del règim jurídic aplicable a la institució».

- En relació a l'Acte del Tribunal Constitucional de 29 d'octubre de 2003, en què el recurs a què es referia va ser retirat i en què no resulta lícit intentar que la fonamentació jurídica del Tribunal Constitucional dictada en un àmbit pugui produir efectes en un altre tan diferent.
- En què la normativa comunitària al·legada és una normativa de Dret internacional privat amb l'objecte de «resoldre conflictes d'aplicació de les diferents normes privades dels països signataris, sense que en cap se'n pugui fer extensiva l'aplicació entre les diverses normes de caire privat vigents en un mateix estat».
- En què la interpretació de l'Audiència «obligaria a deixar d'aplicar a Catalunya institucions seculares com la rescissió per lesió ultradimidium, aplicable als contractes de compravenda, permuta o uns altres de caràcter onerosos que no tenen una regulació pròpia en el Dret civil de Catalunya».

De les anteriors consideracions, en relació amb l'article 111.2 del Codi civil de Catalunya (relatiu a la interpretació i integració del Dret civil de Catalunya) i amb l'article 13.2 del Codi civil espanyol («Pel que fa a la resta, i respectant plenament els drets especials o forals de les províncies o els territoris en què estan vigents, regeix el Codi civil com a Dret supletori, en defecte del que ho sigui en cada una d'aquelles, segons les seves normes especials»), dedueix el Tribunal Superior de Justícia de Catalunya que:

«Per tal de completar la norma catalana, és procedent acudir:

- Als principis generals que informen el Dret civil de Catalunya.
- A la tradició jurídica catalana.
- A la jurisprudència del Tribunal de Cassació i del Tribunal Superior de Justícia.
- Al dret supletori en la mesura que no s'oposa a les disposicions del Dret civil de Catalunya o els principis que l'informen (article 111.5 del Codi civil de Catalunya).»

Comentari: La present Sentència té una gran importància ja que és la primera vegada que el Tribunal Superior de Justícia de Catalunya es pronuncia sobre un tema que ha estat objecte de debat en la doctrina, que ha donat lloc a solucions divergents en les resolucions de les audiències provincials i que, per què no dir-ho?, afecta clarament el caràcter del Dret civil de Catalunya. No repetiré aquí els arguments a favor i en contra d'una i altra solució, doncs crec que han quedat suficientment exposats en el resum anterior, aquesta vegada una mica més extens del que sol ser habitual, però crec que l'argumentació de la Sentència mereixia una literalitat major que l'acostumada als meus resums. Per a una major amplitud, especialment en les cites de les sentències de les audiències i del Tribunal Suprem, recomano la lectura íntegra de la pròpia Sentència i l'article de JUAN MANUEL ABRIL CAMPOY («La prescripció en el Dret civil de Catalunya: és aplicable la normativa catalana només quan hi ha regulació pròpia de la pretensió que prescriu?», *InDret*, 2/2011), que és el treball més

recent sobre la matèria, publicat molt poc abans de la divulgació d'aquesta Sentència i que defensa el mateix criteri que aquesta.

Queda clar, després de la lectura d'aquesta Sentència, que les normes del Codi civil de Catalunya no són un Dret especial format per unes quantes normes fragmentàries destinades a preservar les especialitats aplicables a Catalunya en relació a la regulació del Dret comú, sinó un ordenament jurídic integral, amb pretensió de plenitud (llevat de les matèries que l'article 149.1.8 CE atribueix en exclusivament a l'Estat), i que, com diu l'article 111.4, és el Dret comú a Catalunya (comú en el sentit que s'aplica supletòriament a altres lleis, que poden ser civils especials o no civils i procedents o no del propi Parlament català; pel que fa a aquest tema, recomano l'article de FERRAN BADOSA COLL, «El caràcter de Dret comú del Codi civil de Catalunya», *Revista Catalana de Dret Privat*, 8, 2007, p. 19 i s.). La conseqüència pràctica d'aquesta Sentència és que el Codi civil espanyol només s'aplica a Catalunya si la matèria concreta de què es tracti no està regulada per la Legislació catalana, ja sigui per omissió voluntària (com passa, de moment, amb la major part de la matèria d'obligacions i contractes), ja sigui per omissió necessària (en aquelles matèries que són de competència exclusiva de l'Estat).

En el terreny notarial, una conseqüència pràctica important és la relativa a la cancel·lació registral de la condició resolutòria, a la qual una sentència recent (SAPB, Sec. 1a, de 24 de març de 2009) aplicava el termini de prescripció de quinze anys del Codi civil espanyol. La qüestió té la seva pròpia història, que resumiré seguint a BADOSA (*op. cit.*, p. 42). L'article 177.2 del Reglament Hipotecari (després del Reial decret 1867/1998, de 4 de setembre) aplicava el termini de quinze anys a la cancel·lació de les condicions resolutòries, però la Sentència del Tribunal Suprem de 31 de gener de 2001 ho va anul·lar, ja que aplicava només la regulació del Codi civil espanyol, sense tenir en compte les normatives navarresa i catalana sobre la prescripció, que establien terminis diferents (trenta anys). Aquesta Sentència donava a la matèria un caràcter civil, que l'excloïa de l'article 148.1.8 del CE («l'ordenació dels registres»). Així ho va confirmar la disposició transitòria 27a de la Llei 24/2001, de 27 de desembre, que va afegir un paràgraf cinquè a l'article 82 de la Llei Hipotecària, en el qual parlava genèricament del «termini assenyalat per la Legislació civil aplicable per a la prescripció de les accions». Cal remarcar que, tot i que estem en matèria de caducitat d'un assentament registral, la Llei remet als terminis de la prescripció «civil». Per tant, i més encara a la vista de la Sentència que comentem, la remissió a Catalunya s'ha d'entendre's feta a l'article 121-20 del Codi civil català, que estableix un termini de deu anys. Ha de tenir-se en compte, no obstant això, que per aplicació de la disposició transitòria de la Llei 29/2002, de 30 de desembre, Primera Llei del Codi civil de Catalunya, per a les condicions resolutòries constituïdes abans de l'1 de gener de 2004 (data de la seva entrada en vigor), segueix vigent el termini de trenta anys, tret que abans s'esgoti el termini de deu anys de l'article 121-20, a comptar des de l'1 de gener de 2004. Per tant, si afegim l'any de l'últim incís de l'article 82.5 de la Llei Hipotecària, l'1 de gener de 2015 hauran caducat i es podran cancel·lar totes les condicions resolutòries constituïdes abans de l'1 de gener de 2004; i, per a les constituïdes després d'aquesta data, s'aplicarà el termini de deu anys (més un). Tot això no constitueix cap novetat, donat que ja ho havia declarat així la DGDEJ en RR de 28 de gener de 2006 i de 24 de gener de 2007, ara confirmades pel Tribunal Superior de Justícia de Catalunya.

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

Publicades d'abril a juny de 2011

Fernando Agustín Bonaga. Notari de Calatayud

ADMINISTRACIONS PÚBLIQUES

Resolució de 20 d'abril del 2011 (BOE núm. 113, de 12 de maig del 2011, 8304)

Denega la inscripció d'una escriptura de venda d'una finca inscrita a nom de «Junta Administrativa de Miñano Menor, Ayuntamiento de Vitoria-Gasteiz» per manca de ratificació expressa de l'Ajuntament. Les entitats locals d'àmbit inferior al municipi només tenen competències patrimonials de mera administració i conservació (article 38.d del text refós de règim local). L'alienació és competència de l'Ajuntament, per la qual cosa l'article 41-2 exigeix la ratificació municipal per als acords dispositius de la Junta o Assembla Veïnal, fet que s'ha d'interpretar com autèntic consentiment de qui ostenta el poder de disposició.

No és aplicable la doctrina del silenci administratiu positiu (sinó les normes generals contractuals, que exigeixen consentiment dispositiu inequívoc), ja que l'alienació d'un bé patrimonial és un «acte de l'Administració», però no un «acte administratiu», perquè la primera no actua amb *imperium*, sinó com a persona jurídico-privada. A més, la doctrina del silenci administratiu positiu no és aplicable al consentiment per a les transaccions immobiliàries, per al qual l'esmentat article 41-2 exigeix una ratificació i no una mera autorització; i cal recordar que no es pot fer valer el silenci quan

Nota: Les postil·les entre claudàtors [] no formen part de la resolució extractada, sinó que són només comentaris o observacions de l'autor d'aquests resums.

l'acte és contrari a la Llei (Sentència del Tribunal Suprem de 28 de gener del 2009).

Resolució de 13 de gener del 2011 (BOE núm. 78, d'1 d'abril del 2011, 5902)

Inscrita una concentració parcel·laria, la inscripció està subjecta als principis hipotecaris (sense cap altra particularitat que la inscripció obligatòria i l'exigència d'aportar plànol quan s'alteri el perímetre de la finca). Per això, per tal d'inscriure una rectificació administrativa de l'expedient que suposa canviar el titular inicialment inscrit, cal el consentiment d'aquest o la sentència dictada en procediment on hagi estat demandat.

Resolució de 16 de març del 2011 (BOE núm. 78, d'1 d'abril del 2011, 5912)

Denega la inscripció d'una Ordre ministerial d'atermenament de domini públic maritimoterrestre per dues raons: no es determina la part de la finca afectada que ha de passar a ser de domini públic i no s'acredita la intervenció a l'expedient del titular registral (articles 20 i 40 de la Llei hipotecària).

Resolució de 28 de març del 2011 (BOE núm. 97, de 23 d'abril del 2011, 7304)

El titular d'una finca sol·licita al registrador, mitjançant instància privada, que denegui la inscripció de l'acord de conversió en definitives de les mesures cautelars que l'Agència Tributària ha adoptat sobre la finca. El titular al·lega que està pendent de resolució el recurs que ell ha interposat davant del TEAR contra el procediment d'adopció de mesures cautelars. La Direcció denega la pretensió del titular per la manca general d'aptitud del document privat com



Resolucions

a títol inscripció i perquè els assentaments practicats estan sota la salvaguarda dels tribunals i només poden quedar sense efecte mitjançant els procediments previstos legalment.

ANOTACIÓ PREVENTIVA

Resolució de 22 de gener del 2011 (BOE núm. 78, d'1 d'abril del 2011, 5905)

No es pot practicar una anotació preventiva de mera reclamació de quantitat si no existeix un acte que tingui associada una mutació jurídica de transcendència immobiliària (com per exemple un embargament) o una mesura cautelar restrictiva de la disponibilitat d'un bé.

Resolució de 15 d'abril del 2011 (BOE núm. 106, de 4 de maig del 2011, 7908)

Admet practicar una anotació preventiva de demanda amb la qual es demana la resolució d'una transmissió immobiliària, amb l'especialitat que aquesta encara no s'ha inscrit i, per tant, la finca encara figura inscrita a nom del demandant.

És cert que per poder inscriure un títol, aquest ha d'estar atorgat pel titular registral o resultar d'un procediment dirigit en contra d'ell. Però el mateix principi de tutela judicial efectiva imposa admetre l'anotació quan la no-pràctica produeixi indefensió per al demandant.

Resolució de 7 de maig del 2011 (BOE núm. 123, de 24 de maig del 2011, 9042)

Al seu dia es va prendre anotació preventiva de suspensió per l'efecte reparable de falta de prèvia immatriculació de la finca. Posteriorment, es va anotar una pròrroga de l'anotació de cent vuitanta dies. L'endemà de finalitzar el termini de pròrroga, es va presentar el manament judicial que ordenava la pròrroga d'un any prevista a l'article 205-2 del Reglament hipotecari. La Direcció denega la nova pròrroga perquè entén que l'assentament i la primera pròrroga ja havien caducat.

Resolució de 7 de març del 2011 (BOE núm. 136, de 8 de juny del 2011, 9959)

Durant la vigència d'una anotació d'embargament, es presenta un manament de pròrroga l'anotació del qual se suspèn per manca de nota fiscal. Un cop retirat el manament i reparat el defecte, quan es torna a presentar l'anotació inicial ha caducat i està cancel·lada. La Direcció denega la inscripció de la pròrroga. La cancel·lació es troba sota la salvaguarda dels tribunals. L'existència d'un defecte formal en la notificació de la qualificació negativa (va ser verbal) només podria generar responsabilitat del registrador.

Resolució de 5 de febrer del 2011 (BOE núm. 146, de 20 de juny del 2011, 10712)

La reparcel·lació o compensació es pot inscriure de dues maneres (article 54-3 del text refós de la Llei del sòl): per cancel·lació directa dels assentaments de les finques originàries o per l'agrupació amb divisió simultània de tota la superfície. En aquest segon cas, la inscripció de l'agrupació s'ha de practicar a favor de la comunitat

dels interessats en el procediment, i en la nota de referència se n'ha de fer constar el caràcter instrumental (article 18-2 del Reial decret 1093/1997).

La Direcció denega la possibilitat de prendre anotació preventiva d'embargament sobre la finca que resulta d'una agrupació instrumental d'aquesta mena, la qual ja no existeix perquè ha estat dividida immediatament. No hi ha inconvenient a anotar l'embargament sobre les finques de reemplaçament adjudicades al deutor, però el principi de tracte successiu impedeix que s'anyi sobre les finques adjudicades a un tercer protegit per la fe pública registral.

Resolució de 23 de maig del 2011 (BOE núm. 146, de 20 de juny del 2011, 10717)

Resolució de 24 de maig del 2011 (BOE núm. 146, de 20 de juny del 2011, 10718)

Resolució de 25 de maig del 2011 (BOE núm. 152, de 27 de juny del 2011, 11051)

Resolució de 26 de maig del 2011 (BOE núm. 152, de 27 de juny del 2011, 11052)

Deneguen la inscripció de manaments d'embargament dictats per sengles corporacions locals per impagament de l'impost sobre immobles del deutor existents fora del seu àmbit territorial. L'article 8 de la Llei d'hisendes locals disposa que les actuacions d'inspecció o recaptació executiva que s'hagin de dur a terme fora del territori de l'entitat local amb relació als tributs propis d'aquesta, cal que es facin a través de l'Administració autonòmica o estatal.

COMPETÈNCIA NOTARIAL

Resolució de 10 de maig del 2011 (BOE núm. 132, de 3 de juny del 2011, 9714)

Es refereix a l'escriptura d'elevació a públic d'acords d'una societat limitada amb un únic soci, l'Ajuntament d'Ajofrín (Toledo), que té dubtes respecte del seu lloc d'atorgament, perquè va ser autoritzada per la notaria de Mora, com a substituïda i per al protocol del notari de Sonseca, tot i que no en el terme de residència del notari substituït, sinó en el de la l'altra notaria. La Direcció admet la inscripció i desestima el pretès defecte d'incompetència territorial del notari autoritzant (que, a més, està insuficientment motivat). La competència territorial dels notaris s'estén a tot el districte notarial (en aquest cas, Mora i Sonseca pertanyen al districte d'Orgaz). Ni tan sols un hipotètic incompliment dels deures reglamentaris sobre substitucions i torn de repartiment afectaria l'eficàcia i la inscripció del document.

CONCURS I INSOLVÈNCIA

Resolució de 9 de maig del 2011 (BOE núm. 132, de 3 de juny del 2011, 9712)

Resolució de 9 de maig del 2011 (BOE núm. 132, de 3 de juny del 2011, 9713)

Admeten la pràctica d'una anotació d'embargament a favor d'una societat concursada, tot i que està ordenada per un jutjat



diferent del que té constància del concurs i que no hi han intervingut els administradors concursals. L'article 8 de la Llei concursal (i l'article 86 *ter* de la Llei orgànica del poder judicial) atribueix al jutge del concurs la jurisdicció exclusiva i excoent en determinades matèries, entre les quals no s'hi inclouen les demandes entaulades pel concursat en reclamació de quantitats. D'altra banda, és cert que el principi de tutela efectiva exigeix que el titular registral hagi tingut possibilitat d'intervenir en el procediment, però el registrador no pot revisar la qualificació del jutge sobre la capacitat processal de la part actora, a diferència de la legitimació passiva, que sí que la pot qualificar el registrador per exigència del principi de tracte successiu.

CONDICIÓ RESOLUTÒRIA

Resolució d'1 d'abril del 2011 (BOE núm. 106, de 4 de maig del 2011, 7904)

Es refereix a una sentència que ordena la reinscripció a favor del venedor, per manca de pagament del preu ajornat garantit amb condició resolutòria, i que també ordena la cancel·lació de la venda posterior a favor d'un segon comprador. La Resolució ja va ser inicialment inscrita pel registrador, però la Direcció confirma ara la denegació de la cancel·lació de la venda posterior, atès que només es va demanar al primer comprador, sense esmentar els actuals titulars registrals, que van realitzar la compra sense que constés cap anotació de la demanda de resolució.

Un dels supòsits necessaris per a la Resolució és l'acreditació de la consignació a favor dels titulars de drets inscrits amb posterioritat, als quals correspon, per subrogació real, el dret sobre la quantitat consignada (article 175-6 del Reglament hipotecari i Resolució de 9 de juny del 2010).

DECLARACIÓ D'OBRA NOVA

Resolució de 24 de març del 2011 (BOE núm. 88, de 13 d'abril del 2011, 6678)

Resolució de 14 d'abril del 2011 (BOE núm. 106, de 4 de maig del 2011, 7907)

Resolució de 4 de maig del 2011 (BOE núm. 134, de 6 de juny del 2011, 9842)

Amb relació a sengles escriptures de declaració d'obra, que incorporen un certificat tècnic que acredita una antiguitat superior a deu, quinze i deu anys, respectivament, la Direcció decideix que no és exigible l'obtenció de la llicència de primera ocupació, tot i que actualment l'exigeix el Reglament de disciplina urbanística d'Andalusia (Reial decret 60/2010, de 16 de març) i tot i que és doctrina de la Direcció (v. gr. Resolució de 9 de gener del 2010) que les successives redaccions legals sobre requisits per a la documentació i inscripció d'obres s'apliquin als documents atorgats durant els seus respectius períodes de vigència, encara que les obres s'hagin executat abans. El que passa en aquest supòsit és que s'ha acreditat una antiguitat d'obra superior al termini de prescripció d'infraccions urbanístiques greus i molt greus, que a Andalusia és de quatre anys. Per això, resulta aplicable el règim de l'article 52

del Reial decret 1093/1997, que dispensa del requisit d'aportació de llicència d'obres i que ha de dispensar de la llicència de primera ocupació per identitat de raó (prescripció d'eventuals infraccions urbanístiques).

A més, en les resolucions de 24 de març i de 14 d'abril es declaren exigibles les obligacions relatives al Llibre de l'Edifici (i, en particular, l'obligació de dipositar en el Registre de la Propietat una còpia, que imposa el Reglament de disciplina urbanística d'Andalusia), sense que resultin exonerades per l'antiguitat l'edifici, ja que la data a què ens remet el certificat ja havia entrat en vigor la LOE, i en la data de l'escriptura ja era vigent l'esmentat Reglament andalús.

Resolució de 25 de març del 2011 (BOE núm. 96, de 22 d'abril del 2011, 7234)

Es refereix a la declaració d'obra nova d'un conjunt d'edificació compost per dos habitatges unifamiliars adossats que els cònjuges promotors manifesten destinar a ús propi i dels seus fills. La Direcció exigeix l'assegurança decennal perquè no hi concorren els requisits de l'excepció prevista per a l'autopromotor. Concretament, falta el requisit objectiu que es tracti d'«un únic habitatge unifamiliar per a ús propi», ja que l'edificació no comprèn un únic habitatge, sinó dos d'unifamiliars, i com que el fet que es destini a «ús propi» és una cosa futura, es pot entendre acreditat amb la mera manifestació del promotor, però sempre que no es contradigui documentalment, com passa en el cas resolt, en què la llicència d'obres no és per a un habitatge unifamiliar, sinó per a dos (remet a la Resolució de 9 de maig del 2007 i a la Resolució de 23 de juliol del 2010).

D'altra banda, en el document relatiu a la llicència d'obres, subscrit pel secretari, és preceptiu també el vistiplau de l'alcalde, ja que ho exigeix l'article 205 del Reglament de règim local (Reial decret 2568/1986, de 28 de novembre), amb l'objectiu de significar que el certificador es troba en l'exercici del seu càrrec i que la seva firma és autèntica.

Resolució de 5 de febrer del 2011 (BOE núm. 101, de 28 d'abril del 2011, 7573)

Es refereix a una declaració d'obra en construcció que incorpora la certificació de l'arquitecte director de l'obra, amb signatura legitimada notarialment, que afirma que la descripció de l'obra s'ajusta al projecte per al qual es va obtenir la llicència (article 50-1 del Reial decret 1093/1997).

La Direcció entén que no cal el visat col·legial. És cert que, segons l'article 31 del Reial decret 327/2002 (Estatuts dels col·legis d'arquitectes), el visat, entre altres funcions, acredita la qualificació i l'habilitació professional del certificador. Fora de l'àmbit corporatiu, però, el visat no és un requisit exigít per inscriure obres noves, sinó que només ho és la identificació del certificador, acreditada per la seva compareixença o per legitimació notarial de la seva signatura.

La Sentència de l'Audiència Provincial de Barcelona 17a, de 18 de març del 2009, publicada amb la Resolució de 30 de maig del 2011 (BOE núm. 149, de 23 de juny del 2011, 10909), anul·la la Resolució de 19 de juliol del 2007, en la qual la Direcció reiterava la següent doctrina, establerta a la Resolució de 21 de març del 2007 (BOE de 21 d'abril del 2007, 8417):



Resolucions

«No suposa cap obstacle per a la inscripció que la suma assegurada segons la pòlissa d'assegurança decennal (que ha de ser com a mínim el 100 % del cost d'execució del material de l'obra, inclosos els honoraris professionals) sigui menor que el valor de l'obra nova declarada, que podrà incloure també el valor afegit de la construcció, que dependrà d'altres circumstàncies, com el mercat o l'entorn.»

Resolució de 26 d'abril del 2011 (BOE núm. 152, de 27 de juny del 2011, 11050)

Els articles 20 i successius de la Llei valenciana 2/2004, de sòl no urbanitzable, regulen les construccions sobre sòl agrícola, ramader, cinegètic o forestal, i les permeten excepcionalment: només tenen possibilitats les estrictament indispensables per a l'activitat pròpia de la parcel·la, amb un seguit de limitacions el compliment o l'exempció de les quals només es pot acreditar mitjançant la corresponent documentació administrativa.

En el cas resolt, l'Ajuntament concedeix la llicència d'edificació d'un habitatge unifamiliar aïllat sobre sòl no urbanitzable, però condicionat a la prèvia vinculació de la finca a l'edificació. El titular va atorgar i va inscriure la vinculació i la declaració d'obra conformement a la llicència i al projecte. Ara pretén inscriure una nova declaració d'obra consistent en garatge, caseta-barbacoa i piscina, i manifesta que l'antiguitat de l'obra és superior a quatre anys (cosa corroborada amb certificat d'arquitecte) i que no li consta la incoació d'expedient de disciplina urbanística. La Direcció exigeix una autorització administrativa i entén que la vinculació inscrita impedeix l'aplicació de l'article 52 del Reial decret 1093/1997.

DOCUMENTS ESTRANGERS

Resolució de 8 de març del 2011 (BOE núm. 146, de 20 de juny del 2011, 10714)

Es pretén cancel·lar un usdefruit mitjançant una instància i el certificat de defunció de l'usufructuari, procedent del Registre Civil de Montlhery (França), on figura inscrita aquesta defunció. El Registre Civil espanyol no és competent per acreditar aquesta defunció, que va tenir lloc a França i que afecta un ciutadà de nacionalitat francesa. El document acreditatiu estranger només es pot inscriure si compleix els requisits establerts per les normes de dret internacional privat, sempre que contingui la legalització i altres requisits necessaris per a la seva autenticitat a Espanya (article 36 del Reglament hipotecari). El tràmit de la legalització ha estat substituït per la postil·la per a documents públics procedents de països que han signat la convenció de l'Haia del 1961. Ara bé, aquesta convenció dóna preferència a un eventual règim convencional internacional més favorable. Així, la part recurrent entén que és aplicable el Conveni d'Atenes del 1977, núm. 17, de la Comissió Internacional de l'Estat Civil, que dispensa de legalització els documents que es refereixin a l'estat civil.

Malgrat tot, la Direcció no entén aplicable al cas aquest Conveni, perquè el certificat que s'incorpora no és original, sinó que és un fax on l'informe d'activitat diu que ha estat remès des de l'Ajuntament de Montlhery. No identifica suficientment l'autoritat que el signa (el certificat no diu de quina localitat procedeix ni porta el

segell de l'entitat). El mateix Conveni d'Atenes és acompanyat d'un *rapport explicatif* (interpretació autèntica) del qual el concepte *etat civil* s'ha d'interpretar restrictivament, de manera que no inclou tot acte inscripció al Registre Civil, sinó només els fets i actes que es refereixen pròpiament i directament a l'estat civil (així, la defunció n'estaria exclosa).

EXCÉS DE CABUDA

Resolució de 19 d'abril del 2011 (BOE núm. 112, d'11 de maig del 2011, 8262)

Denega la inscripció d'un excés de cabuda acreditat amb una certificació cadastral descriptiva i gràfica. La finca és inscrita amb una cabuda de 37 metres i es pretén inscriure-la amb 67 metres; al Cadastre apareix una finca contigua també de 37 metres, ubicada al mateix carrer i número que la que és objecte d'escriptura. La Direcció troba que estan justificats els dubtes del registrador sobre la identitat d'aquest excés, sense que el recurs sigui un marc adequat per aclarir-los, ja que per fer-ho caldria arribar a la via jurisdiccional.

Resolució de 4 de maig del 2011 (BOE núm. 132, de 3 de juny del 2011, 9711)

Els dubtes sobre la identitat de la finca o l'excés de cabuda només poden impedir la immatriculació o la inscripció de l'excés quan es documenta en escriptura pública o certificació administrativa, però no en els supòsits d'expedient de domini.

HIPOTECA

Resolució de 12 de maig del 2011 (BOE núm. 133, de 4 de juny del 2011, 9763)

Declara inscripció una escriptura de novació i ampliació de préstec hipotecari, en la qual la responsabilitat total per interessos ordinaris i de demora no es calcula sobre la base dels nous tipus d'interès resultants de la novació (tal com exigia la registradora), sinó que és la suma de la responsabilitat preexistent (calculada al tipus d'interès inicial) i de l'ampliació (calculada al nou tipus d'interès). No s'ha d'alterar la responsabilitat de la hipoteca inicial aplicant els terminis i tipus d'interès de la segona, tret que, a més, es vulgui una cancel·lació parcial de la primera. Tal com va indicar la Resolució de 10 d'octubre del 2006, després d'especificar la part de responsabilitat corresponent al préstec inicial i a l'ampliació, convé posar-hi la suma total de totes dues, encara que ometre-ho no impedeix la inscripció, perquè resulta d'una simple suma aritmètica.

Respecte de les ampliacions de préstec amb increment de responsabilitat hipotecària, la Direcció reafirma aquesta doctrina: entre les parts i els seus drethavents, s'unifica el pagament de dues obligacions en una única quota; enfront de tercers (situació concursal o creditor intermedi) hi ha dues obligacions; com determinar, amb efecte davant d'un tercer, a quina part del crèdit (l'inicial o l'ampliat) s'imputaria un pagament parcial, es resol amb les normes sobre imputació de pagaments (articles 1172 i successius); pel que fa als efectes hipotecaris, és com si hi hagués dues hipoteques, cada una amb el seu rang, però no una única hipoteca amb dues



responsabilitats diferents, cosa que vulneraria les exigències legals d'indivisibilitat i prioritat única de la hipoteca.

Resolució de 5 de febrer del 2011 (BOE núm. 146, de 20 de juny del 2011, 10711)

Es refereix a un préstec hipotecari inclòs en l'àmbit objectiu de la Llei 2/2009, de 31 de març (que regula la contractació entre consumidors i persones o entitats que no siguin entitats de crèdit, però que professionalment realitzin, entre altres activitats, préstecs o crèdits hipotecaris sota la forma de pagament diferit, obertura de crèdit o un altre mitjà equivalent de finançament). L'article 3 imposa a aquests finançadors el deure previ d'inscriure's al registre previst a aquest efecte per la Llei. En principi, és un registre autonòmic, però per a les comunitats que no en tenen, es preveu un registre estatal que ha estat creat mitjançant el Reial decret 106/2011, de 28 de gener.

L'escriptura del supòsit va ser atorgada abans de la vigència del Reial decret 106/2011. La Direcció entén que el fet de no fer la inscripció perquè no existia el registre no impedeix que una societat preexistent pugui continuar desenvolupant la seva activitat, sempre que compleixi la resta de requisits que imposa l'esmentada Llei i que faci honor a la transparència del mercat hipotecari tot incrementant la informació precontractual i protegint els consumidors.

IMMATRICULACIÓ

Resolució de 16 de març del 2011 (BOE núm. 78, d'1 d'abril del 2011, 5911)

La Direcció entén que és declarada la notorietat pretesa en instar acta de notorietat per a immatriculació complementària d'escriptura d'herència. És cert que la declaració de notorietat no diu clarament que el causant sigui l'amo, sinó que es limita a declarar genèricament la notorietat dels fets que declara el requeridor en el requeriment inicial, en què, això sí, s'afirma que el causant era amo de la finca, que aquesta va ser comprada al venedor esmentat per contracte verbal i que se'n sol·licita la immatriculació.

Encara que el que es pretén inscriure és l'escriptura d'herència i l'acta ha estat autoritzada per un notari diferent, aquest últim té interès legítim per recórrer, perquè hi té responsabilitat (article 22 de la Llei hipotecària).

Resolució de 30 d'abril del 2011 (BOE núm. 132, de 3 de juny del 2011, 9710)

Denega la inscripció d'una interlocutòria recaiguda en l'expedient de domini per a immatriculació per manca de constància de la superfície construïda i de la superfície ocupada per l'edificació. Les exigències imposades per a la registració d'obres noves són aplicables a la immatriculació d'edificacions. És cert que s'incorpora un pla i una descripció completa de l'habitatge, però la descripció no és inclosa en una certificació d'un tècnic competent amb signatura legitimada notarialment, i el visat col·legial no és suficient per complir aquest requisit.

Resolució de 7 de març del 2011 (BOE núm. 146, de 20 de juny del 2011, 10713)

Denega la inscripció d'un expedient de domini per a la immatriculació d'una finca tret del celler, el domini del qual es declara que pertany a una altra persona que no ha intervingut com a promotora en l'expedient. La finca pertany cadastralment a diverses persones, en un règim jurídic que no consta i que no està inscrit al Registre. La registradora no exigeix la prèvia inscripció del títol constitutiu d'una comunitat especial per inscriure el dret d'un dels copropietaris, però assenyalava com a defecte la falta de definició del règim de comunitat al qual està sotmès el dret de l'interessat. En efecte, si fos una propietat horitzontal, caldria aclarir la quota de participació de cada element privatiu en els elements comuns i altres dades essencials en la determinació d'aquesta propietat especial; i si es tractés d'una mitgeria, «engalaberno» o una altra forma especial de comunitat, s'hauria de determinar aquest règim.

Resolució de 19 de maig del 2011 (BOE núm. 146, de 20 de juny del 2011, 10716)

Admet la immatriculació d'una finca mitjançant escriptura de dissolució de comunitat, que té com a títol previ una escriptura de partició d'herència atorgada fa més de tres anys.

Doctrinalment, es discuteix si la dissolució de comunitat és un títol translatiu o merament especificatiu. La Direcció, des del punt de vista de la capacitat, ha exigint l'autorització judicial pròpia dels actes de disposició sobre immobles quan hi ha diversos béns en comunitat i es trenca la norma de la possible igualtat de l'article 1061 del Codi civil, i no l'ha exigida quan existeix una única finca en comú, encara que es compensi el menor (Resolució de 2 de gener del 2004), o quan es formen lots iguals (Resolució de 28 de juny del 2007).

En el cas que es resol ara, la Direcció assumeix la doctrina de la Sentència del Tribunal Suprem de 25 de febrer del 2011: la divisió de la cosa comuna té una naturalesa jurídica complexa; sigui translativa o no, el cert és que produeix una mutació juridicoreal essencial, ja que extingeix la situació de comunitat preexistent i modifica el dret i el poder del comuner sobre el bé, per la qual cosa és una veritable atribució patrimonial apta com a títol immatriculador de la totalitat del ple domini de la cosa adjudicada. Són procedents els títols immatriculadors en els quals s'exigeix que la finca sigui totalment aliena, raó per la qual també és procedent immatricular mitjançant una aportació en guanys (Resolució de 19 d'octubre del 2010).

MITJANS DE PAGAMENT

Resolució de 5 de maig del 2011 (BOE núm. 127, de 28 de maig del 2011, 9301)

Reitera la doctrina general de la Direcció sobre l'acreditació d'aquests mitjans. A més, en concret, considera degudament acreditats els mitjans de pagament per incorporació del testimoni del xec bancari, en què consten totes les dades essencials exigides a l'article 177-5 del Reglament notarial. En el cas resolt, fins i tot hi consta el compte de càrrec (des del Reial decret 1/2010, la falta de



Resolucions

constància dels comptes de càrrec i abonament ja no produeixen el tancament del registre). L'article citat admet la constància dels mitjans de pagament no només perquè es manifesten en el cos de l'escriptura, sinó també perquè tenen suport documental.

OPCIÓ

Resolució de 18 de maig del 2011 (BOE núm. 146, de 20 de juny del 2011, 10715)

La transcendència real de l'opció significa que, una cop exercida, es pot sol·licitar la cancel·lació de les càrregues posteriors, sempre que es disposi el preu a favor dels titulars d'aquestes càrregues (article 175-6 del Reglament hipotecari). El principi de consignació íntegra del preu impedeix pactes que deixin la consignació i el seu import a l'arbitri de l'optant, però no es pot portar a l'extrem de perjudicar el titular de l'opció en favor dels titulars de càrregues no preferents.

Així, per exemple, la Direcció admet deduir de la quantitat que s'ha de consignar l'import de la prima d'opció, si consta en el Registre que la quantitat pagada per l'atorgament de l'opció seria deduïble en exercitar-la. També és deduïble l'import de les càrregues anterior a la mateixa opció quan l'optant les satisfaci o les assumeixi. Així, la Resolució de 4 de setembre del 2009 va permetre treure les càrregues en què es va subrogar l'adquiridor en els termes de l'article 118 de la Llei hipotecària.

En el cas resolt, l'optant paga les càrregues preferents amb llur consegüent extinció i cancel·lació, de manera que no queda cap sobrant per consignar. Les quantitats satisfetes per aquests conceptes no poden superar la cobertura hipotecària, però dins d'aquesta, es pot deduir no només el principal, sinó també altres possibles conceptes garantits amb la hipoteca (en el cas resolt, interessos de demora de la hipoteca canviària vençuda).

El registrador no només ha de qualificar el títol, sinó que també ha de decidir si està subjecte a presentació fiscal o no. En aquest cas, es va presentar per liquidar l'escriptura d'exercici de l'opció i ara se sol·licita la cancel·lació de càrregues no preferents mitjançant una instància privada complementària. El fet que no hi hagi la necessitat de presentar a liquidació la instància està plenament justificat.

PROCEDIMENT REGISTRAL

La Sentència del Jutjat de Primera Instància de Barcelona núm. 57, de 28 de setembre del 2009, publicada amb la Resolució de 27 de maig del 2011 (BOE núm. 149, de 23 de juny del 2011, 10908), anul·la la Resolució de 13 de març del 2009, en què la Direcció reiterava la següent doctrina, establerta en la Resolució de 16 de febrer del 2008 (ahora anul·lada amb la Sentència de l'Audiència Provincial de Lleida de 30 d'octubre del 2009):

«Quan es presenta un títol, el registrador ha de decidir si l'operació es troba subjecta a impost o no, a l'efecte d'accedir a la inscripció o suspendre-la. S'entén que el deure de l'article 254 de la Llei hipotecària s'ha complert si el document que es presenta conté una nota firmada pel liquidador de l'impost que acrediti que s'ha pagat, una prescripció o extensió, o nota al peu del títol que expressi la

presentació de l'autoliquidació corresponent. És apreciable d'ofici pel registrador la no-subjecció en supòsits clarament apreciables, com les cancel·lacions d'hipoteca i les anotacions d'embargament en causa criminal (respecte de l'ITP-AJD). El registrador ha d'exposar tots els defectes que impedeixin la inscripció del títol, encara que no s'hagi acreditat el pagament de l'impost; no es pot suspendre la qualificació fins que no s'acrediti el pagament de l'impost i, després, tornar a apreciar altres defectes.»

Resolució de 25 d'abril del 2011 (BOE núm. 152, de 27 de juny del 2011, 11049)

En general, el correu electrònic no és un mitjà idoni per notificar una qualificació negativa a l'efecte de l'inici del còmput dels terminis d'interposició de recurs i pròrroga de l'assentament de presentació, atès que no permet tenir constància de si l'interessat l'ha rebut, de la data, de la identitat i del contingut de l'acte notificat (exigències derivades dels articles 322 de la Llei hipotecària i 59 de la Llei de règim jurídic de les administracions públiques-PAC).

Això no obstant, la interposició del recurs posa de manifest que el notari ha conegut la qualificació negativa, cosa que esmena el possible defecte formal de la notificació. No és obstacle la norma de l'article 322 de la Llei hipotecària, segons la qual per tal que la notificació sigui vàlida per via telemàtica, s'exigeix que ho hagi manifestat així l'interessat en el moment de presentar el títol i que en quedi constància fefaent, perquè aquesta norma s'ha d'interpretar segons el seu esperit, l'actual marc normatiu i la realitat de les comunicacions entre notaris i registradors, tot amb motiu del principi d'agilitat i economia procedimental i l'obligació de col·laboració entre tots dos per a la seguretat del trànsit jurídic immobiliari.

PROPIETAT HORIZONTAL

Resolució de 3 de març del 2011 (BOE núm. 152, de 27 de juny del 2011, 11045)

Denega la inscripció de la clàusula estatutària amb què els promotors, únics propietaris de l'edifici s'exclouen del pagament de les despeses comunes dels elements privatius inscrits al seu nom, temporalment, mentre les finques continuïn en el seu poder i amb intenció de venda.

És cert que la jurisprudència ha passat de declarar invàlid el pacte d'exempció en despeses (Sentència del Tribunal Suprem de 18 de juny de 1970) a permetre, sobre la base de l'actual article 9-5 de la Llei de propietat horitzontal, un règim de despeses basat en mòduls diferents de la quota (Sentència del Tribunal Suprem de 22 de maig del 2008). En qualsevol cas, però, l'exempció total en la despesa s'ha de justificar amb una causa proporcionada (per exemple, l'exempció que els propietaris de planta baixa no paguin ascensor, o que els amos dels locals no paguin despeses de porta i escala), la qual no concorre en el supòsit resolt, en què aquesta exempció és incongruent amb la conservació per part de la promotora del seu dret de vot i la seva participació en el solar proporcionals a la quota. L'exclusió en les despeses generals suposaria una exclusió de la Llei aplicable (article 6-2 del Codi civil) en perjudici de tercer, ja que els altres propietaris haurien de suportar una quota molt superior a la que els correspondria per llei.



Resolució de 8 d'abril del 2011 (BOE núm. 152, de 27 de juny del 2011, 11047)

Denega la inscripció d'una sentència ferma en la qual s'anul·la, per falta d'unanimitat, una modificació del títol constitutiu d'una propietat horitzontal i s'ordena cancel·lar l'assentament de modificació per infracció del principi de tracte successiu (article 20 de la Llei hipotecària), ja que no han intervingut en el procediment els copropietaris que van adquirir béns després de la inscripció del títol anul·lat, sense que la demanda de declaració de nul·litat hagués estat anotada abans d'inscriure aquestes adquisicions.

La Direcció matisa el principi de tracte successiu en inscripcions relacionades amb el títol constitutiu de la propietat horitzontal, sobre la base de la distinció entre actes col·lectius, que s'imputen a la Junta com a òrgan comunitari (desafectació i venda de determinats elements comuns; vinculació *ob rem* dels trasters als habitatges, com a annexos; determinades modificacions dels Estatuts), i actes que afecten el contingut essencial del dret de domini i que requereixen, per tant, el consentiment individualitzat dels propietaris corresponents (especificació del traster que correspon a cada pis; conversió d'element privatiu en comú, cosa que requereix el consentiment dels titulars registrals i els seus cònjuges en règim de comunitat de béns; modificació de quotes o creació de nous elements amb la subsegüent alteració de les quotes dels elements preexistents).

Si s'aplica aquesta doctrina a les resolucions judicials, cal emplaçar individualment tots els titulars quan no es tracti d'actes col·lectius de competència de la Junta, que és el que passa en el supòsit resolt, en què es pretén la cancel·lació de drets inscrits a favor d'unes persones determinades.

Resolució de 12 d'abril del 2011 (BOE núm. 152, de 27 de juny del 2011, 11048)

Es planteja en aquest recurs si és necessària una prèvia llicència municipal per inscriure una escriptura de divisió horitzontal a quatre habitatges a partir d'un d'unifamiliar.

Correspon a cada comunitat autònoma determinar quins actes urbanístics estan subjectes a llicència i correspon a l'Estat determinar en quins casos s'ha d'acreditar l'atorgament de llicència per tal que l'acte tingui accés al registre (Sentència del Tribunal Constitucional de 20 de març del 1997). Per aquest motiu, la norma de l'article 53.a del Reial decret 1093/1997 (que exigeix una llicència per constituir més elements independents dels que s'han fet constar en la declaració d'obra nova) no es pot considerar absoluta o genèrica, sinó que depèn de la normativa autonòmica substantiva.

En el cas resolt, la Llei 9/2001, del sòl de la Comunitat de Madrid, exigeix una llicència per al canvi d'ús de les construccions. La Direcció, sobre la base del Pla General del municipi on es troba l'habitatge (Pozuelo de Alarcón), considera que, en el cas resolt, hi ha un canvi objectiu d'ús perquè es passa d'un a quatre habitatges, i per tant cal la llicència.

RECTIFICACIÓ I ESMENA D'ASSENTAMENTS

Resolució de 7 de març del 2011 (BOE núm. 125, de 26 de maig del 2011, 9183)

El 1987 es va elevar a públic un contracte privat de compravenda (del 1978 i amb nota fiscal del 1982) de la meitat indivisa d'una finca. En el contracte no es deia res sobre l'estat civil del comprador. En l'escriptura es va dir que estava casat amb una primera esposa en el moment del contracte privat, i amb una segona (després d'haver quedat vidu) en el moment de l'elevació. En la mateixa escriptura d'elevació, per títol de cessió d'execució (de 22 de setembre del 1986) en subhasta en procediment executiu, el jutge va vendre d'ofici l'altra meitat indivisa al mateix comprador sense especificar el caràcter de l'adquisició. Tota la finca es va inscriure a nom del comprador, casat en règim de comunitat de béns amb la seva segona esposa. Ara es pretén l'esmena de la inscripció per fer constar que tota la finca va ser adquirida pel comprador, casat amb la seva primera esposa. L'escriptura d'esmena incorpora els certificats del Registre Civil de tots dos matrimonis, que es van contraure el 1967 el primer i el 1985 el segon.

La Direcció entén que, quant a la meitat objecte de document privat elevat a públic, l'error de la inscripció no és material, sinó conceptual, ja que varia el veritable sentit del títol. Hi ha dues solucions alternatives (article 217 de la Llei hipotecària): o bé un acord de tots els interessats i el registrador (o, si no és possible, una resolució judicial) o bé la rectificació d'ofici per part del registrador quan l'error provingui clarament dels assentaments practicats o (segons doctrina de la Direcció General dels Registres i del Notariat) de la documentació fefaent independent de la voluntat dels interessats. En aquest cas, dels certificats de matrimoni aportats se n'extreu que l'esmena pretesa, pel que fa a la meitat objecte de compra elevada a públic, no requereix consentiment de la segona esposa, perquè ella no podia ostentar cap dret aleshores, però sí que fa falta el seu consentiment per a l'esmena que es refereix a l'altra meitat, adquirida en el segon matrimoni.

Resolució de 7 d'abril del 2011 (BOE núm. 152, de 27 de juny del 2011, 11046)

Denega la rectificació de la descripció d'una finca que consisteix a afegir un corral, que figurava en assentaments anteriors però que no consta en l'última inscripció, practicada en virtut d'un expedient de domini per a la represa del tracte.

No hi ha error del registrador, ja que aquest va traslladar correctament el contingut del títol (en la interlocutòria recaiguda en l'expedient no s'esmentava per res el corral).

Més que la rectificació d'un error, el que es pretén és una rectificació del contingut d'un assentament practicat per interlocutòria judicial. Ja no es poden rectificar les inscripcions cancel·lades per aquesta interlocutòria. Sempre es pot immatricular el corral a través dels mitjans ordinaris.

RÈGIM ECONÒMIC MATRIMONIAL

Resolució de 19 de gener del 2011 (BOE núm. 78, d'1 d'abril del 2011, 5903)

Denega la inscripció d'una liquidació de guanys en conveni regulador aprovar per sentència de divorci, en què es deia que l'ha-



Resolucions

bitatge familiar, adquirit abans del matrimoni a mitges, s'aportava als guanys i s'adjudicava en la liquidació a un dels cònjuges, que assumia íntegrament el préstec hipotecari pendent.

El negoci no té l'adequat reflex documental. El principi de legalitat hipotecària exigeix una titulació pública (article 3 de la Llei hipotecària), que la Direcció interpreta com el tipus de títol (executòria o escriptura pública) congruent amb l'acte inscripció. L'efectivitat del conveni regulador és merament liquidatòria del règim econòmic conjugal, sense que sigui procedent estendre'l a altres actes amb significació negocial pròpia, que requeririen una escriptura pública.

A més, s'hi troben altres defectes: indeterminació causal, quan no queda clar si el que realment es pretén és una aportació a la societat de guanys (que ja estaria dissolta), o més aviat un negoci de compensació de diferències d'adjudicació ocasionades en la liquidació dels guanys; no s'expressa si els fons utilitzats per pagar el préstec eren de guanys o privatis, ni la quota de propietat que correspon a cada cònjuge i a la societat de guanys per aplicació dels articles 1354 i 1357 del Codi civil.

Resolució d'1 de març del 2011 (BOE núm. 97, de 23 d'abril del 2011, 7302)

Admet la cancel·lació per transcurs del termini d'un dret d'ús d'habitatge familiar atribuït a l'esposa, si bé l'habitatge és propietat del marit. La Sentència de l'Audiència va disposar una durada de cinc anys des de la data de la Sentència de Primera Instància. Aquest termini és clar i no és condicionat al pagament de la pensió compensatòria ni al compliment d'altres obligacions.

Resolució de 21 de gener del 2011 (BOE núm. 117, de 17 de maig del 2011, 8595)

És obligatori demandar conjuntament els dos cònjuges estrangers per embargar béns inscrits a nom de tots dos amb subjecció al seu règim econòmic (el romanès de comunitat, en el cas resolt), quan no consti, per acreditació del dret estranger o coneixement d'aquest per part del notari o registrador, que regeix un sistema de mera notificació a l'altre cònjuge similar al de l'article 144-1 del Reglament hipotecari.

REPRESENTACIÓ

La Sentència de l'Audiència Provincial d'Alacant núm. 6, de 9 de juliol del 2009, publicada amb la Resolució de 26 de maig del 2011 (BOE núm. 149, de 23 de juny del 2011, 10907), anul·la, perquè ha adquirit fermesa la qualificació del registrador, dues resolucions de la mateixa data, 27 de setembre del 2005, en què la Direcció va entendre que el notari havia realitzat correctament la ressenya del poder i el judici de suficiència de facultats representatives, sense necessitat d'incloure, transcriure o ressenyar el contingut del document del qual naixien aquestes facultats.

La Sentència de l'Audiència Provincial de Barcelona núm. 17, de 22 de gener del 2008, publicada amb la Resolució de 31 de maig del 2011 (BOE núm. 149, de 23 de juny del 2011, 10910), anul·la la Resolució de 9 de juny del 2006 (BOE de 25 d'agost del 2006, 15120), que confirma la doctrina de la Direcció General dels Registres i del Notariat sobre judici notarial de suficiència de facultats representatives.

SOCIETATS MERCANTILS. ADMINISTRADORS

Resolució de 24 de gener del 2011 (BOE núm. 78, d'1 d'abril del 2011, 5907)

Consta inscrit el cessament d'un administrador, que ara s'oposa al cessament i demana que la seva inscripció quedi sense efecte sobre la base de l'article 111 del Reglament del Registre Mercantil.

La Direcció s'hi oposa, ja que aquest article regula la inscripció d'operacions registrals mitjançant certificació emesa per un administrador no inscrit, i admet l'oposició de l'anterior administrador, però només en els casos (que no concorren en el supòsit) d'interposició de querella o acreditació de la falta d'autenticitat del nomenament del nou certificant. Tot això sense perjudici que l'administrador cessat pugui impugnar l'acord de cessament, però, mentrestant, la impugnació dels acords no n'impedirà la nota d'intervenció.

Resolució de 24 de gener del 2011 (BOE núm. 78, d'1 d'abril del 2011, 5908)

Qüestions procedimentals prèvies. L'esmena del defecte i la pràctica de la inscripció no impedeixen el recurs, ja que no té com a objecte l'assentament, sinó l'acte de qualificació. En general, el telefax no és un mitjà idoni per notificar una qualificació negativa, però el fet d'interposar el recurs posa de manifest que el notari ha conegut la qualificació negativa, cosa que esmena el possible defecte formal de la notificació.

Quant al fons, la Direcció considera un defecte que impedeix la inscripció d'una acta notarial de Junta d'una societat limitada el fet que l'administrador compareixent sigui identificat pel notari amb un determinat segon cognom que no coincideix amb el que s'atribueix a la mateixa persona en recollir els acords adoptats (sobre la seva dimissió), on s'utilitza un cognom diferent que coincideix amb el d'un altre administrador. És doctrina de la Direcció que no és procedent rebutjar la inscripció quan de la simple lectura del document no sigui possible tenir dubtes raonables sobre quina dada és l'errònia i quina és la correcta, però, en aquest cas, del context de l'acta no se'n dedueix clarament qui és l'administrador dimissionari.

Resolució de 15 de març del 2011 (BOE núm. 78, d'1 d'abril del 2011, 5910)

Una societat limitada té dos administradors mancomunats nomenats per una durada determinada: un és la persona física A, i l'altre és una altra societat limitada que, per a l'exercici del càrrec, va nomenar la persona física B. Consta inscrit un poder conferit per tots dos administradors a B, individualment, en tant que persona física. Ara A té el càrrec d'administrador caducat i pretén elevar a públic per si sol una revocació d'aquest poder, sobre la base de dues comunicacions anteriors realitzades mitjançant un burofax mentre el seu càrrec encara era vigent.

La Direcció denega la inscripció de la revocació per l'únic obstacle que la revocació hauria de constar en l'escriptura pública (articles 94-1-5è i 95-1 del Reglament del Registre Mercantil) atorgada per l'òrgan d'administració amb càrrec vigent i inscrit com a òrgan competent per a la gestió i representació de la societat (article 209



de la Llei de societats de capital), cosa que inclou l'atorgament d'escriptures de poder i la seva revocació, així com l'elevació a públic d'acords socials preexistents.

Ara bé, la manifestació d'un sol administrador mancomunat pot fundar la revocació d'un poder atorgat a un dels altres, com ja va admetre la Resolució de 12 de setembre del 1994, i la Direcció estén a aquest cas de poder atorgat al representant de l'administrador mancomunat persona jurídica. Un poder d'aquesta mena és una delegació amb la qual un administrador n'autoritza un altre per utilitzar les facultats que el poderdant té atribuïdes conjuntament amb l'apoderat. Si un dels administradors retira el consentiment, l'apoderat ja no té la voluntat conforme d'ambdós administradors i els seus actes ja no vinculen la societat. Si s'exigís el consentiment de tots dos administradors, dependria del mateix apoderat la subsistència del poder conferit i seria il·lusòria la possibilitat de revocació del poder.

Resolució de 3 de gener del 2011 (BOE núm. 88, de 13 d'abril del 2011, 6671)

Rebutja la inscripció d'una renúncia al càrrec d'una administradora única d'una societat limitada per manca d'acreditació de la convocatòria d'una Junta que pugui procedir al nomenament d'un nou administrador, i evita així la paralització social. La Direcció, sobre la base de l'actual article 171 de la Llei de societats de capital, distingeix dos supòsits:

- Si la renúncia deixa l'òrgan d'administració inoperant per a les funcions de la seva competència però roman en el càrrec algun altre administrador, el coneixement de la renúncia és immediat per part d'aquest, com a receptor de la notificació obligatòria a la societat. La possibilitat de resposta a la situació creada és immediata, atès que l'administrador subsistent està, en aquest cas, legalment habilitat per convocar la Junta.
- Una renúncia de tots els administradors abocaria a la convocatòria judicial de la Junta a petició dels socis, una solució més enutjosa i lenta, perquè el coneixement de la renúncia per part dels socis i la solució d'aquesta es podrien dilatar.

Resolució de 12 de gener del 2011 (BOE núm. 88, de 13 d'abril del 2011, 6672)

Rebutja la possibilitat de fer constar en el Registre Mercantil que es deixen sense efecte uns acords socials posteriors a una data determinada, però que no estan prèviament inscrits. El principi de tracte successiu exigeix la prèvia inscripció del títol que documenta els acords que es pretenen deixar sense efecte (article 11-2 del Reglament del Registre Mercantil).

Rebutja la inscripció d'acords d'una societat anònima unipersonal, l'únic soci de la qual és una altra societat anònima, elevats a públic pel conseller delegat de la sòcia única, atès que, segons uns assentaments anteriors i uns títols presentats abans, es posa en dubte la seva facultat certificant, perquè ja hi ha títols presentats en què s'acorda convocar la Junta per destituir tot el consell de la societat sòcia. El principi de prioritat imposa expedir els títols per ordre de presentació.

El principi de tracte successiu impedeix inscriure els actes atorgats per apoderats o administradors amb càrrec no inscrit, però això no s'aplica al representant de la societat que, com a president de la Junta, signa l'acta que es pretén elevar a públic.

Resolució de 3 de febrer del 2011 (BOE núm. 88, de 13 d'abril del 2011, 6675)

Denega la inscripció d'una escriptura de canvi d'administradors atorgada sobre la base de certificació emesa pel nou administrador amb càrrec no inscrit, perquè els sortints han formulat una oposició i el registrador mercantil ha estimat que la falta d'autenticitat de la certificació està acreditada.

En efecte, l'article 111 del Reglament del Registre Mercantil permet que l'anterior administrador s'oposi a l'assentament pretès en virtut de la certificació emesa per un titular no inscrit, però el tancament del registre als acords certificats no es produeix per la mera al·legació de falsedat (encara que sigui interposant una querrela criminal), sinó que cal acreditar la manca d'autenticitat del nomenament, cosa que ha d'ocórrer per algun mitjà fefaent, com per exemple l'acta notarial de la Junta que documenti un acord contradictori amb el nomenament del nou administrador.

En el cas resolt, de l'acta notarial de la Junta se n'extreu que va ser absolutament impossible celebrar la Junta en primera convocatòria, atesa la gran conflictivitat existent, cosa que nega autenticitat a la certificació d'un acord que es diu que va ser adoptat en aquesta primera convocatòria.

Resolució de 18 de març del 2011 (BOE núm. 101, de 28 d'abril del 2011, 7574)

La simple modificació estatutària que amplia el termini de durada del càrrec d'administrador (de cinc a sis anys, tal com permet la Llei 19/2005, sobre la societat anònima europea), però sense pronunciar-se sobre la durada del càrrec dels administradors preexistents, no implica en si mateixa una pròrroga de l'anterior nomenament si no ho ha acordat així la Junta General.

Resolució de 7 d'abril del 2011 (BOE núm. 125, de 26 de maig del 2011, 9184)

Es refereix a una escriptura de canvi de sistema d'administració i nomenament d'administradors mancomunats d'una societat limitada.

No és cap defecte el fet que l'acord social no s'hagi documentat prenent com a base l'acta, el seu testimoni notarial o la seva certificació, sinó directament d'una escriptura el cos de la qual certifica els acords adoptats, sense necessitat de certificat unit. Però es denega la inscripció perquè l'escriptura ha estat atorgada només per una de les administradores mancomunades, quan ho hagués hagut d'estar per l'òrgan de representació social, el seu apoderat o qualsevol administrador facultat per fer-ho. A més, en l'escriptura no s'expressa que la Junta hagi estat universal, «sense que sigui suficient la referència a l'assistència a la reunió dels dos únics socis» (sic). Tampoc s'acredita que l'altre administrador mancomunat hagi acceptat el càrrec, ni que s'hagi realitzat a l'anterior administrador únic la notificació prevista a l'article 111 del Reglament del Registre Mercantil



Resolucions

(en l'escriptura hi ha un simple requeriment al notari perquè dugui a terme aquesta notificació, que no consta que s'hagi dut a terme).

Resolució de 10 de maig del 2011 (BOE núm. 132, de 3 de juny del 2011, 9715)

Declara inscripcible el nomenament d'un membre del Consell d'Administració d'una societat limitada, nomenat en una Junta no universal convocada amb un ordre del dia aliè a aquesta qüestió, però en la qual es va produir la dimissió d'un dels consellers (que deixava el Consell amb menys del nombre mínim de membres) i el nomenament per majoria d'un nou conseller.

És cert que un dels supòsits de validesa dels acords de la Junta és la prèvia convocatòria d'aquesta incloent-hi l'ordre del dia, tret que es tracti de Junta universal (que requereix l'acceptació unànime no només de la celebració, sinó també dels temes que s'han de tractar). Excepcionalment, el Legislador permet adoptar acords sense aquest requisit: exercici d'acció social de responsabilitat contra els administradors (article 238-1 de la Llei de societats de capital) i separació d'aquests (article 223-1 de la Llei de societats de capital). Respecte de la segona excepció, per al Tribunal Suprem i la Direcció General dels Registres i del Notariat, la possibilitat de destitució dels administradors comporta la de nomenar els que els hagin de substituir, sense necessitat que el nomenament s'inclogui a l'ordre del dia, i així evitar situacions d'acefàlia i paralització de la vida social. Encara que en aquest cas l'administrador dimissionari va expressar la seva voluntat de continuar al càrrec fins a la següent Junta, ha de prevaldre la voluntat majoritària dels socis sobre el seu cessament immediat i el nomenament d'un substitut.

Resolució d'11 de maig del 2011 (BOE núm. 133, de 4 de juny del 2011, 9762)

L'exigència establerta a l'article 23 de la Llei de societats de capital, sobre la necessitat d'expressar el nombre d'administradors o, almenys, el nombre màxim i el mínim, s'aplica no només a la societat anònima (tal com s'entenia abans d'aquesta Llei de societats de capital), sinó també a la limitada, tal com va establir la Resolució de 23 de març del 2011.

Resolució de 16 de maig del 2011 (BOE núm. 136, de 8 de juny del 2011, 9960)

La Direcció, sobre la base de l'actual article 171 de la Llei de societats de capital, distingeix dos supòsits de renúncia d'administradors:

- Si la renúncia deixa l'òrgan d'administració inoperant per a les funcions de la seva competència però roman en el càrrec algun altre administrador, el coneixement de la renúncia és immediat per part d'aquest, com a receptor de la notificació obligatòria a la societat. La possibilitat de resposta a la situació creada és immediata, atès que l'administrador subsistent està, en aquest cas, legalment habilitat per convocar la Junta.
- Una renúncia de tots els administradors aboca a la convocatòria judicial de la Junta a petició dels socis, una solució més enutjosa i lenta, perquè el coneixement de la renúncia per part dels socis i la solució d'aquesta es poden dilatar.

En aplicació d'aquesta doctrina, admet la inscripció d'una escriptura d'elevació a públic d'acords socials sobre un canvi de siste-

ma d'administració i nomenament d'administrador únic, tot i que la Junta que va adoptar aquest acord va ser convocada amb aquest únic objectiu per part dels que ja havien renunciat al càrrec d'administradors mancomunats en una altra Junta anterior. No és necessària la convocatòria judicial de la segona Junta, sinó que també val la convocatòria feta pels mateixos administradors dimissionaris.

CAPITAL SOCIAL

Resolució de 25 de gener del 2011 (BOE núm. 80, de 4 d'abril del 2011, 6043)

Admet una reducció del capital social d'una societat limitada amb la finalitat de construir una reserva voluntària indisponible durant cinc anys. És cert que l'article 79 de la Llei de societats laborals només té en compte dues possibles finalitats de la reducció de capital: restitució d'aportacions als socis i reequilibri entre capital i patrimoni disminuït a causa de pèrdues. Però aquesta enumeració no és exhaustiva, i una reducció per dotar reserves no només no està prohibida per la llei, sinó que hi ha arguments per admetre-la: reforç dels fons propis i reforç de la garantia als creditors en incrementar la base patrimonial de la societat. En els casos de reducció amb devolució d'aportacions, l'article 80-4 de la Llei de societats laborals permet substituir el règim de responsabilitat dels socis i la societat, si es dota una reserva amb càrrec a beneficis o reserves lliures. L'article 317 de l'actual Llei de societats de capital admet la reducció de capital sense restitució d'aportacions i dotació d'una reserva voluntària.

Resolució de 16 de març del 2011 (BOE núm. 80, de 4 d'abril del 2011, 6044)

Es pretén inscriure ara una escriptura d'augment del capital d'una societat limitada que va ser atorgada el 2006 (rectificada diverses vegades en anys posteriors). No representa cap obstacle el fet que els comptes dipositats al Registre corresponents al 2006 reflecteixin l'augment de capital social pendent d'inscripció, però no en la partida corresponent al capital, sinó com un deute, ja que així ho exigia l'anterior Pla General de Comptabilitat del 1990, aplicable al supòsit.

A més, la Direcció entén que s'ha de rebutjar el dipòsit dels comptes quan el capital social no coincideix amb l'inscripció al Registre (article 368-1 del Reglament del registre mercantil, Resolució de 10 de desembre del 2008), però no al revés: el contingut dels comptes dipositats no pot condicionar ni impedir la inscripció d'un augment de capital social.

Resolució de 4 de febrer del 2011 (BOE núm. 88, de 13 d'abril del 2011, 6676)

Per Sentència del 2003 es van declarar nuls els acords d'una societat anònima adoptats en juntes del 2001 i del 2002, i es va ordenar la cancel·lació dels assentaments registrals que s'hi referien. Amb una interlocutòria del 2007, es va acordar l'execució provisional de la Sentència i es va ordenar no només la cancel·lació dels assentaments esmentats a la Sentència, sinó també la dels assentaments posteriors contradictoris. El primer assentament cancel·lat va ser la inscripció 26a, corresponent a la Junta del 2001, sobre ampliació de capital, de manera que els acords posteriors ja van ser adoptats en



virtut de les majories sorgides de l'ampliació anul·lada. També es van cancel·lar les inscripcions 30a (cessament i nomenament d'administrador, segons acta notarial de Junta del 2005) i 31a (fusió per absorció d'una altra societat). Amb una interlocutòria del 2008, es declara improcedent l'anterior cancel·lació, perquè es decreta en execució provisional d'una Sentència que encara no era ferma. El registrador deixa sense efecte les cancel·lacions efectuades. Amb una interlocutòria del Tribunal Suprem del 2008, s'inadmeten els recursos interposats contra la Sentència del 2003, que passa a guanyar fermesa.

La Direcció entén que el registrador és competent per cancel·lar els assentaments posteriors al que s'havia declarat nul que siguin contradictoris amb la sentència, encara que no hi hagi ordre judicial expressa per fer-ho (Resolució de 26 de febrer del 2001), i que, davant de la nova presentació de l'acta notarial del 2005, no és procedent inscriure novament, després de cancel·lar-los, els acords anul·lats.

Resolució de 16 de març del 2011 (BOE núm. 88, de 13 d'abril del 2011, 6677)

Admet una reducció del capital social d'una societat limitada amb la finalitat de restablir l'equilibri entre el capital social i el patrimoni disminuït a causa de pèrdues, de manera que la reducció supera (en 63,29 euros) les pèrdues i amb la diferència es creen reserves legals.

És cert que l'article 79 de la Llei de societats laborals només té en compte dues possibles finalitats de la reducció de capital: restitució d'aportacions als socis i reequilibri entre capital i patrimoni disminuït a causa de pèrdues. Però aquesta enumeració no és exhaustiva, i una reducció per dotar reserves no només no està prohibida per la llei, sinó que hi ha arguments per admetre-la: reforç dels fons propis i reforç de la garantia als creditors en incrementar la base patrimonial de la societat. En els casos de reducció amb devolució d'aportacions, l'article 80-4 de la Llei de societats laborals permet substituir el règim de responsabilitat dels socis i la societat, si es dota una reserva amb càrrec a beneficis o reserves lliures. L'article 317 de l'actual Llei de societats de capital admet, tant per a societats anònimes com limitades, la reducció de capital sense restitució d'aportacions i dotació de reserves.

CONSTITUCIÓ EXPRES

Resolució de 23 de març del 2011 (BOE núm. 101, de 28 d'abril del 2011, 7575)

Encara que l'interessat hagi aportat la certificació negativa de denominació social al notari en paper i que hagin passat uns quants dies des que es va emetre, la Direcció entén que és aplicable a la constitució de societat el Reial decret llei 13/2010 (en concret, l'article 5-2, perquè es tracta d'una societat amb un capital no superior a 30.000 euros, tots els socis persones físiques i òrgan d'administració senzill), i que regeixen les obligacions notariales i registrals, els terminis i la reducció de costos que preveu aquesta norma. L'endarreriment en els terminis imposats al notari i al registrador només produirà una eventual responsabilitat disciplinària. Si l'interessat sol·licita la certificació negativa, el termini que té el notari per presentar l'escriptura comença a comptar des de l'aportació i no des de la recepció per part del sol·licitant.

La Direcció decideix sobre altres qüestions referides als estatuts socials adaptats als estatuts tipus aprovats per l'Ordre judicial 3185/2010:

- N'hi ha prou d'incloure alguna de les activitats relacionades en l'Ordre (en el cas concret, «construcció, instal·lacions i manteniment»), sense que sigui necessari (encara que res no ho impedeix) referir-la a productes o serveis concrets.
- La previsió de l'Ordre sobre la possibilitat de notificació als socis de la convocatòria de la Junta «a través de procediments telemàtics, mitjançant l'ús de signatura electrònica», assegura raonablement la recepció de l'anunci per part del soci personalment i individualment.
- La previsió de l'Ordre com una de les possibilitats d'administració (article 8.b) de «diversos administradors amb facultats solidàries», és merament indicativa i s'ha de completar, a l'efecte de l'article 23 de la Llei de societats de capital, amb l'exigència de concretar-ne el nombre o, almenys, el mínim i el màxim.

Resolució de 18 d'abril del 2011 (BOE núm. 117, de 17 de maig del 2011, 8606)

Encara que l'interessat hagi aportat la certificació negativa de denominació social al notari en paper i que hagin passat uns quants dies des que es va emetre, la Direcció entén que és aplicable a la constitució de societat el Reial decret llei 13/2010 (en concret, l'article 5-2, perquè es tracta d'una societat amb un capital no superior a 30.000 euros, tots els socis persones físiques i òrgan d'administració senzill), i que regeixen les obligacions notariales i registrals, els terminis i la reducció de costos que preveu aquesta norma. L'endarreriment en els terminis imposats al notari i al registrador només produirà una eventual responsabilitat disciplinària. Si l'interessat sol·licita la certificació negativa, el termini que té el notari per presentar l'escriptura comença a comptar des de l'aportació i no des de la recepció per part del sol·licitant. Tot plegat reitera la doctrina de la Resolució de 23 de març del 2011 (BOE núm. 101, de 28 d'abril del 2011, 7575).

La Direcció sí que considera un defecte que impedeix la inscripció el fet que l'escriptura especifiqui alguns esments estatutaris concrets (entre altres, denominació, capital, domicili, objecte, nomenament i durada de l'administrador) i que per la resta digui que la societat s'ha de regir pels Estatuts aprovats per l'Ordre judicial 3185/2010. Els Estatuts són un dels esments essencials de l'escriptura de constitució (article 22-1.d de la Llei de societats de capital), atès que, tot i que continguin remissions concretes al contingut de la llei, han de ser íntegrament objecte de consentiment contractual.

DENOMINACIÓ SOCIAL

Resolució de 5 de febrer del 2011 (BOE núm. 117, de 17 de maig del 2011, 8596)

Confirma la decisió del registrador mercantil central de rebutjar la reserva de la denominació social Financiera Naranja, SL.



Resolucions

La Llei 17/2001 va introduir una coordinació legislativa més accentuada entre el dret de societats i el de marques. L'addicional 14a prohibeix registrar com a raó social una marca o un nom comercial notori o de renom, tret que hi hagi autorització del titular d'aquest (de manera simètrica, l'article 9-1.d prohibeix registrar una raó social com a marca o nom comercial). Així, el registrador mercantil central o el provincial ja poden denegar la reserva o la inscripció de denominacions socials coincidents amb certs noms comercials o marques que generin confusió en el tràfic.

En el cas resolt, la denominació que es pretén indueix a confusió amb la societat ING Direct, que es dedica al mateix sector d'activitat i utilitza notòriament com a marca distintiva l'adjectiu *naranja* en la majoria dels seus productes. La denominació pretesa podria generar una falsa aparença de vinculació o pertinença.

DIPÒSIT DE COMPTES

Resolució de 28 de febrer del 2011 (BOE núm. 111, de 10 de maig del 2011, 8182)

La Direcció accepta el desistiment del recurs interposat contra la qualificació que denegava el dipòsit de comptes d'una societat limitada, perquè en la certificació hi ha correccions sense validar i no consta que tots els administradors hagin signat els comptes.

Resolució de 4 de març del 2011 (BOE núm. 117, de 17 de maig del 2011, 8597)

Resolució de 7 de març del 2011 (BOE núm. 117, de 17 de maig del 2011, 8598)

Resolució de 8 de març del 2011 (BOE núm. 117, de 17 de maig del 2011, 8599)

Resolució de 9 de març del 2011 (BOE núm. 117, de 17 de maig del 2011, 8600)

Resolució de 21 de març del 2011 (BOE núm. 117, de 17 de maig del 2011, 8601)

Resolució de 21 de març del 2011 (BOE núm. 117, de 17 de maig del 2011, 8602)

Resolució de 22 de març del 2011 (BOE núm. 117, de 17 de maig del 2011, 8603)

Resolució de 23 de març del 2011 (BOE núm. 117, de 17 de maig del 2011, 8604)

Reiteren el caràcter imperatiu que té per a les empreses obligades a donar publicitat als seus comptes anuals la presentació de la informació comptable en els models aprovats com a annexos a la Resolució de la Direcció General dels Registres i del Notariat de 6 d'abril del 2010.

Resolució de 25 de març del 2011 (BOE núm. 123, de 24 de maig del 2011, 9039)

Encara que des de la data estatutària de principi d'operacions fins a l'últim dia d'aquest any no s'hagi realitzat cap mena d'activitat social, encara hi ha l'obligació de dipositar els comptes d'aquest

primer exercici (independentment del contingut). Si no es fa, el registre queda tancat per a operacions posteriors, com per exemple el dipòsit dels comptes de l'exercici següent.

DISSOLUCIÓ I LIQUIDACIÓ

Resolució de 29 d'abril del 2011 (BOE núm. 122, de 23 de maig del 2011, 8960)

Es pretén la cancel·lació del full registral d'una societat limitada que, segons l'escriptura de liquidació, té un únic creditor i no té cap actiu social. El registrador exigeix una resolució judicial que ho disposi d'aquesta manera en procediment concursal, però la Direcció considera suficient que en el balanç de liquidació i sota la responsabilitat del liquidador consti la inexistència d'actiu per a la satisfacció del creditor.

És una opinió doctrinal majoritària (per bé que no unànime) que la pluralitat de creditors és un supòsit necessari del concurs. El creditor únic té altres mitjans de protecció: el procediment d'execució singular basat en la responsabilitat patrimonial universal del deutor (article 1911 del Codi civil), la possibilitat d'impugnar els actes en frau de creditor (article 1291-3 del Codi civil) i l'acció revocatòria o pauliana (article 111 del Codi civil). Però és que, a més, no hi ha norma que supediti la cancel·lació d'assentaments registrals d'una societat de capital sense actiu a la prèvia declaració del concurs. L'exigència de previ pagament o consignació dels crèdits socials pressuposa necessàriament una disponibilitat patrimonial. L'aparició, després d'inscriure l'extinció de la societat sense actiu, de béns socials que no es van tenir en compte en la liquidació no impedirà la responsabilitat de la societat (article 398 de la Llei de societats de capital).

JUNTA DE SOCIS

Resolució de 6 d'abril del 2011 (BOE núm. 106, de 4 de maig del 2011, 7906)

En la certificació de l'acta relativa a acords inscripcionals hi han de constar elements essencials per tal que el registrador pugui qualificar la regularitat de la convocatòria, entre altres, la data i la manera en què aquesta s'hagi efectuat, quan no sigui Junta universal. També s'exigeix expressar aquesta circumstància quan els acords de la Junta constin en acta notarial, i això no es pot suplir amb una manifestació tan genèrica com la que en el supòsit realitza el notari («que la Junta ha estat degudament convocada per correu certificat amb avís de rebuda i amb l'antelació mínima dels quinze dies que estableixen la Llei i [] els estatuts»).

Atès que la Junta va acordar no només el nomenament d'administradors, sinó també el canvi de sistema d'administració, no n'hi ha prou de complementar l'acta notarial de Junta amb una escriptura de mera acceptació de càrrecs, sinó que tot acord que canviï el sistema d'administració, tant si es modifiquen els estatuts com si no, s'ha d'eleva a escriptura pública (article 210-4 de la Llei de societats de capital).



Resolució de 21 de març del 2011 (BOE núm. 122, de 23 de maig del 2011, 8959)

Declara inscriptible la clàusula estatutària d'una societat limitada per a la qual la Junta General serà convocada mitjançant un anunci publicat a la seva pàgina web i, si no n'hi ha, amb el procediment de comunicació individual i escrita de burofax amb avís de rebuda.

No contravé l'article 173-1 de la Llei de societats de capital (reformat amb el Reial decret llei 13/2010), segons el qual l'anunci de convocatòria de Junta de totes les societats capitalistes es publicarà a la pàgina web de la societat i només en el cas que no en tinguin, en un diari de circulació en el terme municipal, i les societats limitades poden substituir la publicació en un diari d'aquesta mena per un procediment de comunicació individual i escrita que asseguri que tots els socis la reben.

OBJECTE SOCIAL

Resolució de 4 d'abril del 2011 (BOE núm. 106, de 4 de maig del 2011, 7905)

No és procedent la publicació en dos diaris de gran circulació de la província exigida a l'article 289 de la Llei de societats de capital per a la modificació de l'objecte social d'una societat anònima, perquè en el cas resolt, l'únic que s'ha fet és aclarir dues coses: que se n'exclouen les activitats reservades per llei exclusivament per a determinades categories o formes de persones físiques o jurídiques i que aquestes activitats poden ser desenvolupades per qualsevol altre tipus d'associació, amb personalitat jurídica o sense, fins i tot com a soci col·lectiu en una societat comanditària (no cal particularitzar la manera de desenvolupar les activitats socials, però si es fa, és de manera merament explicativa).

SOCIETAT PROFESSIONAL

Resolució de 5 d'abril del 2011 (BOE núm. 117, de 17 de maig del 2011, 8605)

Es refereix a l'escriptura de constitució d'una societat limitada en l'objecte de la qual s'inclouen, entre altres activitats, l'assessorament jurídic. La Direcció reitera la seva doctrina: la mera inclusió en l'objecte social d'activitats professionals, encara que faltin la resta de supòsits tipològics de les societats professionals, no obsta per a la inscripció. Avui això es confirma amb la referència a «activitats professionals» inclosa a l'article 2-4 dels estatuts tipus aprovats per l'Ordre judicial 3185/2010. Per tal que existeixi una societat professional en sentit estricte, no n'hi ha prou que l'objecte d'aquesta societat inclogui activitats professionals, sinó que cal que l'activitat professional s'imputi a la societat (no és estrictament professional la mera societat de mitjans, comunicació de guanys o intermediació) i que la realitzin els socis professionals (no és professional la societat amb una activitat només desenvolupada per professionals que no siguin socis).

L'assessorament jurídic genèricament considerat no requereix titulació ni col·legiació, sense perjudici que alguns tipus (com el d'advocat) sí que ho exigeixen. Però la societat amb l'objecte qualifi-

cat no té com a objecte l'exercici col·lectiu de l'activitat d'assessorament jurídic com a advocat, ni es constitueix com a professional en sentit estricte, ni s'hi troben els requisits estructurals o tipològics de la societat professional. Per això, el registrador no pot exigir una manifestació expressa sobre el caràcter d'intermediació de l'activitat social que la Llei no imposa.

D'altra banda, un dels socis fundadors està representat mitjançant un apoderat. La Direcció considera degudament ressenyada l'escriptura de poder i que s'ha realitzat el judici de suficiència de facultats representatives (el notari opina que és suficient el poder «per atorgar aquesta escriptura de constitució de societat limitada»).

SOCIETAT UNIPERSONAL

Resolució de 4 de febrer del 2011 (BOE núm. 152, de 27 de juny del 2011, 11044)

Denega la inscripció d'un poder en virtut d'escriptura d'elevació a públic d'acords de Junta d'una societat limitada unipersonal. És doctrina consolidada que la Junta General no pot atorgar poders perquè es tracta d'una competència de l'òrgan d'administració, a qui correspon la representació de la societat en judici i fora d'aquest.

Aquest criteri no canvia en el cas d'una societat unipersonal, tot i que l'article 15 de la Llei de societats de capital disposa que les decisions del soci, les pot executar o formalitzar el mateix soci o els administradors. La societat unipersonal ha de disposar dels òrgans previstos a la llei i observar els preceptes procedimentals sobre la presa de decisions. Com en aquest cas, pot passar que no coincideixi el soci únic amb l'òrgan d'administració (que adopta la forma de Consell).

SUCCESSIONS

Resolució de 22 de març del 2011 (BOE núm. 80, de 4 d'abril del 2011, 6047)

En el fideïcomís de residu en què la facultat de disposar queda supeditada a una situació de necessitat, l'existència d'aquesta queda al marge de la qualificació registral, si no es va establir com a subjecta a necessitat de justificació. L'existència de necessitat queda a l'apreciació de l'hereu, sense més limitacions que les del dol o l'abús i sense perjudici de la possibilitat d'impugnació judicial de l'acte de disposició. És doctrina consolidada (resolucions d'11 de juliol del 2003 i de 30 d'abril del 1999).

Resolució de 22 de gener del 2011 (BOE núm. 88, de 13 d'abril del 2011, 6674)

Només s'ha de nomenar un administrador judicial de l'herència jacent si no es coneix el testament del causant, si no hi ha parents amb dret a la successió per ministeri de llei i si la demanda és genèrica als possibles hereus del titular registral; però no és així en el cas resolt, en què la demanda s'ha dirigit contra l'herència jacent representada per un dels fills dels titulars registrals com a possible interessat en l'herència, encara que no se n'hagi acreditat la condició d'hereu ni, evidentment, la seva acceptació.



Resolucions

Per complir el principi de tracte successiu, la demanda s'ha de dirigir contra el titular registral i, si aquest ha mort, contra l'herència jacent, però en aquest cas cal acreditar la data de la defunció (article 166-1 del Reglament hipotecari).

És doctrina consolidada: Resolució de 10 de gener del 2011 (BOE núm. 62, de 14 de març del 2011, 4670), Resolució de 27 de juliol del 2010 (BOE núm. 228, de 20 de setembre del 2010, 14429), Resolució de 19 d'agost del 2010 (BOE núm. 234, de 27 de setembre del 2010, 14795), Resolució de 20 d'agost del 2010 (BOE núm. 234, de 27 de setembre del 2010, 14796).

Resolució de 16 de maig del 2011 (BOE núm. 136, de 8 de juny del 2011, 5961)

Rebutja la inscripció d'una escriptura d'herència atorgada el juliol del 2007 pel vidu i per dos marmessors i comptadors partidors, ja que aquests dos últims havien renunciat al seu càrrec en escriptura pública atorgada el maig del 2007, si bé amb una altra escriptura pública posterior, de juny del 2007, van revocar la renúncia prèvia i van acceptar el càrrec.

El règim legal del comptador partidori s'ha d'integrar amb les normes del marmessor. En el cas resolt, cal aclarir si ens trobem davant d'una renúncia anterior a l'acceptació o si, al contrari, el càrrec es va acceptar tàcitament perquè no s'havia excusat el cridat en sis dies des de la defunció o des del coneixement del nomenament, de manera que es tractaria d'una renúncia posterior a l'acceptació, admissible amb justa causa (articles 898 i 899 del Codi civil). Sense perjudici que judicialment es puguin fer valdre altres mitjans de prova, dels documents qualificats i dels assentaments registrals, no resulta la data en què els interessats van saber el seu nomenament o la defunció del testador. Més que renunciar a un càrrec prèviament acceptat, sembla ser que se'n van excusar. En aquest cas, la renúncia és irrevocable, tal com s'observa (segons la doctrina dominant) en l'article 898 del Codi civil i en l'aplicació analògica de l'article 997, sobre acceptació i repudiació de l'herència.

TRACTE SUCCESSIU

Resolució de 22 de gener del 2011 (BOE núm. 78, d'1 d'abril del 2011, 5904)

Denega la inscripció d'un expedient de represa de tracte sobre una finca inscrita el 1948 a favor d'una dona casada per títol de compra en què el marit va declarar que els diners invertits eren parafernals de l'esposa, per manca de citació del marit o dels seus hereus, atès que el seu consentiment s'hauria exigit per vendre per la legislació que era aplicable aleshores. No és exigible al promotor de l'expedient que determini ni justifiqui les transmissions operades des de l'última inscripció fins a l'adquisició del seu dret.

Resolució de 24 de gener del 2011 (BOE núm. 78, d'1 d'abril del 2011, 5906)

Admet practicar una anotació preventiva de demanda amb la qual es demana la resolució d'una permuta de solar per obra futura, amb l'especialitat que la permuta encara no s'ha inscrit i, per tant, la finca encara figura inscrita a nom del demandant.

És cert que per poder inscriure un títol, aquest ha d'estar atorgat pel titular registral o resultar d'un procediment dirigit en contra d'ell. Però el mateix principi de tutela judicial efectiva imposa admetre l'anotació quan la no-pràctica produeixi indefensió per al demandant.

Resolució de 22 de febrer del 2011 (BOE núm. 78, d'1 d'abril del 2011, 5909)

Denega la inscripció d'un expedient administratiu confirmat per sentència ferma, mitjançant el qual se segrega una parcel·la la inscripció de la qual se sol·licita a favor de l'Ajuntament, pel defecte de no haver estat notificat l'expedient al titular d'una hipoteca que recau sobre la finca matriu.

El recurrent al·lega que aquesta finca té el caràcter de domini públic inembargable, cosa que determina la nul·litat de la hipoteca. Aquest caràcter, però, no surt del registre i per tant caldria una prèvia rectificació mitjançant un expedient amb citació del creditor hipotecari per imperatiu de l'article 20 de la Llei hipotecària.

Resolució de 3 de març del 2011 (BOE núm. 97, de 23 d'abril del 2011, 7303)

Denega la inscripció d'una sentència ferma que declara il·legal una llicència d'obres l'objecte de la qual és enderrocar la construcció i adaptar-la a la normativa vigent. En el procediment hi ha intervingut el titular registral, però no el creditor hipotecari de diversos elements de la divisió horitzontal. En aquell moment no es va anotar preventivament la demanda. Tampoc seria procedent la nota marginal de declaració d'il·legalitat que preveu l'article 75 del Reial decret 1093/1997. Remet i reitera la Resolució de 16 de juliol del 2010 (BOE núm. 227, de 18 de setembre del 2010, 14359).

Resolució de 29 de març del 2011 (BOE núm. 106, de 4 de maig del 2011, 7903)

Denega la inscripció d'una interlocutòria de represa del tracte sobre una quota de finca registral, perquè aquesta està inscrita a favor d'una persona diferent de qui es va considerar titular registral en l'expedient promogut, en haver accedit al registre prèviament un altre expedient de domini en què es reprenia el tracte a favor d'una altra persona.

Resolució de 3 de maig del 2011 (BOE núm. 123, de 24 de maig del 2011, 9040)

Denega la inscripció d'un expedient de domini per reprendre el tracte el promotor del qual va adquirir béns com a hereu abintestat del titular registral. No és procedent referir-se a l'expedient de represa (sinó al judici ordinari) quan no existeix pròpiament un tracte interromput.

Hi ha interrupció si la inscripció d'una adquisició no es pot basar immediatament en el dret del titular registral. Així, no és procedent aquest expedient quan el seu promotor és hereu o drethavent del titular registral, fins i tot quan va adquirir béns dels hereus d'aquest (resolucions de 18 de març del 2000 i de 15 de novembre del 2003), o quan el titular de qui va adquirir béns el promotor és una societat dissolta (Resolució de 12 de maig del 2006), o quan el promotor és hereu de qui va adquirir béns del titular registral (Resolució de 7 de setembre del 2009; BOE núm. 242, de 7 de octubre del 2009, 15991).



Per contra, quan són més d'una les transmissions no inscrites prèviament al títol que es pretén registrar, no és procedent gravar el propietari actual amb la càrrega d'haver-les d'inscriure totes, encara que hi hagi títols públics d'alguna d'aquestes (Resolució de 4 de juliol del 2007).

Resolució de 3 de maig del 2011 (BOE núm. 123, de 24 de maig del 2011, 9041)

La titular registral d'una finca va morir abintestat i se'n va inscriure, per títol de partició judicial, una quarta part a nom d'alguns dels hereus declarats judicialment. Les altres tres parts resten encara a nom de la titular. Ara es pretén inscriure una sentència que declara el domini de tota la finca a favor d'un tercer per títol d'usucapció *contra tabulas*, deixant sense efecte l'anterior inscripció d'herència. La Direcció considera inscriptible la sentència pel que fa a l'esmentada quarta part, perquè els hereus adjudicataris han estat correctament demandats, però denega la inscripció pel que fa a les altres tres parts, perquè no consta clarament que hagin estat demandats tots els hereus: en algunes parts de la sentència s'esmenta com a part demandada la «comunitat hereditària», mentre que en altres es designen nominativament només alguns hereus. No es tracta d'una herència jacent, ja que en el registre hi consta la defunció de la primera titular, així com l'existència de la declaració judicial nominativa dels seus hereus i de partició judicial de l'herència.

TUTELA

Resolució de 17 de gener del 2011 (BOE núm. 88, de 13 d'abril del 2011, 6673)

Es refereix a una compra d'un immoble feta per un menor representat per la seva tutora. El registrador entén que és necessària

l'autorització judicial perquè és un acte dispositiu susceptible d'inscripció (article 271-2 del Codi civil) i que pot implicar una despesa extraordinària en els béns (article 271-5 del Codi civil).

Per a la Direcció, no cal una autorització judicial. No és aplicable l'article 271-5 (que es refereix a béns que ja existeixen en el patrimoni del tutelat) ni el 271-2. El model general de control judicial de la tutela en el nostre ordenament és reconèixer al tutor una representació i administració dinàmiques que permetin la resposta immediata a les contínues necessitats de cura de la persona i del patrimoni del tutelat (on el control es materialitza en rendició de comptes i informes), i només excepcionalment es requereix autorització prèvia o aprovació posterior del jutge per als actes més rellevants, que formen una llista tancada (articles 271 i 272 del Codi civil), d'interpretació restrictiva, en la qual no hi consta l'adquisició d'immobles.

Per aquestes raons, expressament la llei permet que el tutor, sense necessitat d'autorització, faci una adquisició patrimonial com ara una compra del dret de subscripció preferent d'accions. Sotmetre l'adquisició a autorització judicial faria pràcticament impossible per a un tutelat adquirir béns en virtut dels retractes legals, que tenen generalment un termini molt breu d'exercici. Els pares poden realitzar sense autorització actes d'aplicació de diners dels fills en adquisició d'immobles, fins i tot quan aquests estan gravats.

D'altra banda, el sistema de ressenya de dades de la representació i judici notarial de suficiència de facultats s'aplica també a la representació legal derivada de la tutela.

Ressenya de les principals resolucions de la Direcció General de Dret i Entitats Jurídiques de la Generalitat

Publicades als mesos d'abril a juny de 2011

Víctor Esquirol Jiménez. Notari d'El Masnou

ADJUDICACIÓ D'UN PRELLEGAT

Per tal que el prelegatari pugui adjudicar-se per si mateix el prellegat, és necessari que hagi acceptat l'herència.

Resolució de 15 de març de 2011 (DOGC de 4 d'abril de 2011)

Resum: En una herència subjecta al Codi civil de Catalunya, la prelegatària atorga una escriptura d'acceptació del prellegat (con-

sistent en la meitat indivisa d'una finca), sense acceptar ni repudiar l'herència. El registrador suspèn la inscripció de l'adjudicació del prellegat perquè la prelegatària no ha acceptat l'herència, la qual cosa pot perjudicar els legitimaris i els creditors del causant. La interessada recorre basant-se en què: a) l'article 427-22.4 del Codi civil de Catalunya permet que el prelegatari pugui prendre possessió per si mateix del prellegat amb independència de l'acceptació o repudiació de l'herència; b) l'article 427-16.6 faculta al legatari per



Resolucions

acceptar el llegat i renunciar a l'herència, i c) no perjudica els creditors o els legitimaris, que poden igualment demanar la ineficàcia del llegat, si els perjudica.

La Direcció General de Dret i Entitats Jurídiques de la Generalitat confirma la nota de qualificació, basant-se en la naturalesa mateixa de la institució d'hereu en el Dret català, figura clau en l'ordenació de la successió com a successor del causant, sent una de les seves funcions complir les càrregues hereditàries, entre les quals hi ha el lliurament dels llegats, encara que siguin d'eficàcia real. No obstant això, una excepció a aquesta regla general és el supòsit en què el legatari també sigui hereu (encara que no sigui hereu únic, segons el FD 2.1), per a la qual cosa no és suficient que el testador l'hagi designat com a tal, sinó que es requereix l'acceptació de l'herència per part del prelegatari, donat que, si passa altrament, ja no seria prelegatari, sinó un legatari ordinari. D'altra banda, la Llei Hipotecària faculta al legatari per sol·licitar l'anotació preventiva del seu dret (articles 42.7 i 47 de la Llei Hipotecària), la qual cosa duu a la conclusió que no pot inscriure-ho per si mateix.

Comentari: La solució de la Direcció General està plenament fonamentada en l'article 81.a del Reglament Hipotecari en relació amb els articles 427-22.3 i 427-22.4 del Codi civil de Catalunya. L'article 81 del Reglament Hipotecari estableix: «La inscripció a favor del legatari d'immobles llegats específicament es practica en virtut de: a) Escriptura de manifestació de llegat atorgada pel propi legatari, sempre que no hi hagin legitimaris i el legatari es trobi facultat expressament pel testador per prendre possessió de la cosa llegada». A simple vista, sembla, per tant, que són necessaris dos requisits acumulatius:

- Que no hi hagin legitimaris, exigència que Pedro Albiol (*Comentarios al CS*, Bosch, 1994, p. 967) i Antoni Vaquer (*Derecho de sucesiones*, Marcial Pons, 2009, p. 235) estenen a la inexistència de creditors i d'hereus amb dret a la quarta falcidia, al meu entendre erròniament, ja que no hi ha norma substantiva que ho exigeixi. Per contra, sembla més lògic fins i tot suprimir l'exigència d'inexistència de legitimaris partint de la consideració, que recull la Direcció General, que l'article 81.a del Reglament Hipotecari està pensant en el legitimari del Codi civil espanyol i no en el simple creditor del Codi civil de Catalunya.
- Que el testador hagi autoritzat expressament el legatari per prendre possessió per si mateix del bé llegat, si bé sembla que aquesta exigència reglamentària a Catalunya hauria de concordar-se amb la norma de rang superior de l'article 427-22.4 i equiparar l'autorització del testador al cas en què el legatari en sigui també hereu, el llegat sigui d'usdefruit universal o, a Tortosa, quan tota l'herència està distribuïda en llegats. De fet, de l'aplicació concordada de les dues normes que comentem, hauria d'arribar-se a la conclusió que el legatari pot inscriure el seu dret en el Registre de la Propietat sempre que pugui prendre possessió per si mateix del bé llegat.

Per tant, no es discuteix si el prelegatari pot inscriure el seu dret de propietat, que ha adquirit per la sola delació al seu favor, la qual cosa accepta el registrador i proclama la Direcció General (FD 1.3), sinó si el legatari que és hereu però no accepta ni renúncia l'herèn-

cia pot inscriure el seu dret de propietat. La Direcció General s'inclina per posar l'accent en les facultats de l'hereu, basada en la seva naturalesa jurídica com a successor del causant, que sempre ha posat de manifest; vegeu, en aquest sentit, la Resolució de la Direcció General de Dret i Entitats Jurídiques de 22 de maig de 2009, que autoritzava l'hereu per retenir, per si mateix i fins i tot amb l'oposició del legatari en la pròpia escriptura de manifestació d'herència, una participació indivisa d'un llegat d'un immoble i inscriure-la al seu nom en el Registre de la Propietat. Em sembla més encertada la resolució que comentem que la de l'any 2009. Així i tot, crec que es poden fer un parell de consideracions:

- Podria valorar-se si el testador, en nomenar hereu al legatari, l'està autoritzant implícitament per a prendre possessió per si mateix del bé llegat. D'una banda, pot ser que el testador no hagi expressat tal voluntat per la consideració que el prelegatari pot prendre possessió per llei (el testament es va atorgar el novembre del 2008, ja promulgat el llibre IV, que va introduir la novetat que el prelegatari podia prendre possessió del llegat, i poc abans de la seva entrada en vigor). D'altra banda, podria considerar-se que el prelegatari existeix des del moment de l'obertura de la successió i no des que l'hereu accepta l'herència i que pot haver-hi certa independència entre tots dos actes d'acceptació. Com assenyala Joan Marsal Guillellamet («Recursos governatius. Doctrina de la DGDEG», *InDret*, 2/2011), en el Dret romà «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».
- També hauria de valorar-se si l'acceptació del prelegat implica l'acceptació tàcita de l'herència. L'article 461-5.a considera acceptada tàcitament l'herència si el cridat fa qualsevol acte que no pot fer si no és a títol d'hereu (com seria prendre possessió per si mateix de la finca llegada). La interpretació per part del registrador de l'existència d'una acceptació tàcita no és admissible quan el fet que implica l'acceptació no resulta del propi Registre o del títol que ha de qualificar, però sí ho és quan resulta del propi títol. Així, la Resolució de la Direcció General de Dret i Entitats Jurídiques de 17 de març de 2008 va acceptar l'existència d'acceptació tàcita de l'hereu pel simple fet d'haver disposat en testament d'una finca procedent d'una herència no acceptada. De fet, l'acceptació tàcita ni tan sols requereix que es posi de manifest la voluntat de l'hereu d'acceptar, com diu la Sentència del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya de 24 d'abril de 2003. Potser sí requereix una actuació de l'hereu referida a l'herència i no al llegat, però



hagués estat interessant que la Direcció General es plantegés i resolgués aquesta qüestió.

Per disposar dels béns dels menors sense l'autorització judicial, la filiació ha d'estar determinada respecte dels dos progenitors, atès que són les dues branques familiars les que han de consentir la disposició.

Resolució de 30 de març de 2011 (DOGC de 18 d'abril de 2011)

Resum: Mare i fill són, respectivament, usufructuària i nu propietari d'un immoble que havien adquirit per herència del pare de la mare i, per tant, avi del fill. Catorze dies abans que el fill arribi a la majoria d'edat, la mare, que és l'únic progenitor la filiació del qual està determinada, ven el pis actuant en nom propi i en representació del seu fill menor, sense la intervenció d'aquest però amb el consentiment de l'àvia del menor, que és el parent a qui correspon donar-ho per la línia materna, d'acord amb l'article 153.2.b CF. A l'escriptura de venda no consta cap manifestació de la mare en relació a la destinació dels diners obtinguts per la venda, ni cap distribució entre preu de l'usdefruit i preu de la nua propietat, ni cap previsió relacionada amb la continuïtat de l'usdefruit sobre el preu. Quatre mesos més tard, quan el fill ja és major d'edat, compareix davant el mateix notari qui acredita ser l'oncle de major edat del menor, naturalment també per línia materna, i consent la venda. Presentada tota la documentació en el Registre de la Propietat, la registradora suspèn la inscripció per considerar insuficient el consentiment prestat només pels dos parents més propers de la línia materna i exigint l'autorització judicial, donada la falta de determinació de la filiació paterna. El notari autoritzant recorre la qualificació prenent com a base que, donada aquesta circumstància, hauria de ser suficient el consentiment del parent de la línia materna, de la mateixa manera que, quan la filiació està determinada en relació a un sol progenitor, aquest n'ostenta la pàtria potestat en exclusiva, ja que en cas contrari es produiria una discriminació de les famílies monoparentals que, en tot cas, haurien d'acudir a l'autorització judicial. També al·lega que hi ha altres supòsits previstos per la Llei en institucions que tenen per fonament la fidúcia, com és el cas dels marmessors mancomunats, que quan han desaparegut tots menys un pot actuar el que queda tot sol.

La Direcció General de Dret i Entitats Jurídiques confirma la nota de qualificació. Després de repassar la història de l'autorització familiar substitutiva de la judicial, que va ser introduïda per l'article 66 CS per als béns adquirits pels menors per herència i que actualment es troba a l'article 236-30 del Codi civil de Catalunya i s'estén als béns que els menors posseeixin per qualsevol títol, la fonamenta, d'una part, en la tendència a oferir a la ciutadania fórmules d'intervenció familiar en la línia de la normativa sobre mediació, inclosa avui en la Llei 15/2009, de 22 de juliol, de mediació en l'àmbit privat; i de l'altra, en garantir que els negocis dispositius realitzats en nom del menor se celebren en el seu benefici i que, a través d'ells, no es lesionin els seus interessos. Des d'aquest punt de vista, declara que la intervenció dels parents de dues línies diferents garanteix un equilibri i una objectivitat que no es dona si només hi intervenen parents d'una sola línia, donat que pot resultar més fàcil per al progenitor que pretén disposar obtenir l'autorització del parent de la seva família que el de la família de l'altre progenitor: el

consentiment conjunt de les dues línies ofereix una neutralitat molt superior. L'exigència que l'autorització l'hagin de donar els parents de les dues línies no és una discriminació respecte a les famílies monoparentals, sinó una exigència estructural i consubstancial a la institució. La discriminació es produeix quan supòsits o situacions iguals o similars no reben el mateix tracte, però no quan supòsits diferents reben un tractament també diferent. Finalment, al·lega la Direcció General que, com a mesura d'excepció a la norma general de l'autorització judicial, el consentiment dels parents ha d'interpretar-se de manera restrictiva, per la qual cosa no serà admissible alterar l'ordre de la seva determinació per llunyania, disminució de capacitat o desinterès del parent a qui correspongui donar-ne el consentiment.

Comentari: Sense perjudici de manifestar-me d'acord amb aquesta Resolució, hi ha dos fets que sens dubte han influït en la solució adoptada per la Direcció General de Dret i Entitats Jurídiques: un, que el Centre Directiu fins i tot qualifica com d'interès per a la Resolució el fet que la venda es produeixi catorze dies abans de la majoria d'edat del menor i que, en lloc de comparèixer aquest per consentir per tenir més de setze anys (segons l'article 153.2.a CF, actual 236-30.a del Codi civil de Catalunya) o per ratificar una vegada arriba a la majoria d'edat, o en lloc d'esperar dues setmanes per fer la venda, es faci de la forma ressenyada, de manera potinera i molt sospitosa; l'altre fet que també posa en relleu la Direcció General és que no es guardin una mica les formes i almenys es manifesti a l'escriptura la destinació que es donarà a la part del preu obtingut que pertany al menor. De totes maneres, per molts arguments d'interpretació teleològica i de discriminació de famílies monoparentals que el notari autoritzant pugui trobar, el que em sembla evident és que el notari no havia d'haver autoritzat la venda en tals condicions (ni molt menys prestar-se al fet que després consenti la venda un parent a qui no correspon quan el menor ja és major d'edat), atès que sembla indicar que la venda es fa a l'esquena del menor.

Per tant, la Resolució em sembla molt encertada. Fins i tot amb independència de les circumstàncies concurrents, crec que és adequat exigir el consentiment dels dos parents de les dues branques per les raons que cregui la Direcció General, malgrat que tanqui la possibilitat d'aquesta autorització a les famílies monoparentals. Crec que correspon al Legislador i no a l'interpret preveure un control que supleixi la tramitació de l'expedient judicial en aquests casos i que hauria de fer-ho.

Per posar un però a la Resolució, no m'ha acabat d'agradar la declaració final a favor d'una interpretació restrictiva en l'elecció del parent cridat a consentir, ja que a la pràctica ens trobem amb casos en què és materialment impossible la compareixença d'aquest parent, sobretot per causa de falta de capacitat (recordeu que la Llei obliga a acudir, dins de cada línia, al parent de major edat). Potser hagués estat una bona idea aprofitar l'ocasió d'aquest supòsit de fet per assentar algun criteri en tals casos justificats (criteris que la Direcció General ha donat alguna vegada, encara que no es corresponguin amb el cas concret, com en matèria de cèdules d'habilitat), en lloc d'imposar com a regla general una interpretació restrictiva que no crec justificada.

Els ulls dels notaris, segons l'historiador García Espuche



El passat 31 de maig, el Col·legi va acollir la conferència «Els ulls dels notaris. De la vida quotidiana a l'economia d'un país (Barcelona i Catalunya, 1550-1714)», a càrrec de l'historiador Albert García Espuche. En el transcurs d'aquesta, el destacat investigador, arquitecte i escriptor va fer un extens repàs a la importància dels documents notariaus com a principal font d'informació que permet reconstruir la vida social, econòmica i cultural d'un país, tot repassant el protagonisme dels notaris en les seves obres. García Espuche és actualment Director del Projecte del Born i ha rebut el Premi FAD de disseny (1985), el Premi Ciutat de Barcelona (1984, 2005 i 2010) i el Premi Nacional de Cultura (2010), entre d'altres.

Pel seu interès, reproduïm íntegrament el contingut de la ponència.

D'esquerra a dreta: Albert García Espuche, historiador; Joan Carles Ollé, Degà del Col·legi, i Laureà Pagarolas, Director de l'Arxiu Històric de Protocols de Barcelona.

Els ulls dels notaris. De la vida quotidiana a l'economia d'un país (Barcelona i Catalunya, 1550-1714)

Una experiència personal

Moltes gràcies al Col·legi de Notaris de Catalunya per invitar-me a fer aquesta conferència. No és un agraïment protocol·lari. Aquesta és, per a mi, una ocasió molt singular. Per primera vegada, a l'hora de fer l'anàlisi d'un tema, no puc separar l'experiència com a historiador de l'experiència personal. Em disculparan que abordi qüestions vinculades



Les possibilitats d'investigació històrica que proporciona la documentació notarial són enormes

a la recerca històrica, però que ho faci situant-les en el context del deute que tinc amb els notaris, que depassa els límits de la meva condició d'historiador.

Tinc un deute, primer de tot, amb l'Arxiu Històric de Protocols de Barcelona, amb el seu responsable i amb totes les persones que hi treballen. Aquesta és la millor oportunitat que he tingut mai per lloar l'Arxiu, qui el porta i el tracte que hi rebo des de fa més de tres dècades.

Cada vegada que he pogut, he fet aquesta lloança. Aprofitant, per exemple, el petit ressò associat a algun premi, he procurat deixar ben clar que, almenys en el cas del meu treball, és d'aquí d'on surt gairebé tot. Perquè aquest és, des del meu punt de vista, l'arxiu més important de Catalunya, i també, cal dir-ho, el més exemplar.

Tinc un deute, també, amb els notaris dels segles moderns, d'aquells segles falsament obscurs que ells van deixar intensament il·luminats. I, per descomptat, tinc un deute amb els notaris d'avui dia, que mantenen obert l'Arxiu, i en perfectes condicions. Sovint he pensat que la perfecció absoluta de l'Arxiu s'assoliria amb un horari de consulta més ampli. Però crec que, deixant-lo com està, amb tres hores diàries, se m'ha fet un favor. En cas de tenir un horari més ampli, encara m'hi hagués passat més hores, i això potser hauria estat excessiu per a la meva vida quotidiana, que ha tingut una part ja prou petita fora dels arxius. L'horari curt m'ha salvat d'un empitjorament de la malaltia que pateixo, que em porta a estudiar protocols notariais de manera força incontrolable i que els metges anomenen, segons crec, *protocol-litis crònica*. Sana i feliç malaltia, però, aquesta malaltia que pateixo. Encara avui, després de més de trenta-i-tants anys, quan sento les rodes del carret on es transporten els protocols, des del soterrani fins a la sala de consulta, i veig que els volums s'acosten a la taula on espero, sento un calfred intens. La il·lusió per descobrir i aprendre, que és del que es tracta, ha estat exactament la mateixa tots aquests anys i encara ho és. En part, aquesta il·lusió prové del fet que no hi ha hagut ni un sol dia, de tots els milers que he tingut la sort de poder treballar a l'Arxiu, que no hi hagi après alguna cosa. I aquesta és, per a mi, una lliçó de modèstia metodològica i científica que ha conformat la meva posició davant la recerca. Com més saps, més desconeixes. Un dia més de feina, i en aquest cas, també de satisfacció, és un dia més per augmentar el coneixement i per saber que, de fet, encara et falta més per saber que abans. A l'Arxiu Històric de Protocols de Barcelona, el plaer de trobar i d'aprendre, incessantment, està del tot garantit.

ELS NOTARIS I LA RECERCA HISTÒRICA

Al llarg dels últims anys, gairebé totes les universitats catalanes (la Universitat Pompeu Fabra, la Universitat de Barcelona, la Universitat Autònoma, la Universitat de Girona, etc.) s'han interessat per una reflexió sobre el paper que pot tenir la documentació notarial a la recerca històrica. Això vol dir que aquesta qüestió interessa els universitaris, els historiadors i, en especial, els investigadors.

I, en efecte, les possibilitats de recerca històrica (i, per tant, de coneixement històric) que proporciona aquesta documentació són enormes.

En aquesta ocasió, voldria fer l'aproximació al paper de la documentació notarial a la recerca històrica d'una forma que no serà sobretot tècnica, sinó que seguirà un recorregut personal, amb tot el que això suposa.

ELS ULLS DELS NOTARIS (BARCELONA 1700)

A l'obra *Barcelona 1700*, consta un apartat que fa explícit el deute que aquells que volem acostar-nos al passat tenim amb els notaris. L'apartat es titula «Els ulls dels notaris», perquè, en efecte, el passat el podem veure, en bona mesura, gràcies als ulls dels notaris.

Diu aquest apartat, parlant dels notaris de la Barcelona de cap a l'any 1700:



Vida corporativa

A la Barcelona del 1700 semblava que res no podia començar si un notari no estava prest a prendre nota del que havia de succeir

«En aquella ciutat vivien i treballaven a la vora de noranta notaris. La seva labor no era mecànica, sinó de ploma, però no pensem que la plumífera condició els portava, com a les àligues, a veure el món des de l'altura, sinó a trepitjar, com ho fan les modestes aus de corral, el terra de la quotidianitat. Estaven disseminats per tot Barcelona, amb preferència pels barris tranquils, però sense deixar de banda les agitats àrees del comerç. Aquesta tendència a la dispersió feia que no hagués existit mai, a la ciutat, una via que portés el nom de carrer dels Notaris. La màxima concentració que se'ls coneixia era la presència de sis o set membres del col·legi al carrer de Petritxol i d'altres tants al de Sant Pere Més Baix, abundor del tot insuficient per donar-li nom d'ocupació escrivana a dites rues. En altres carrers, la xifra més alta de proximitat entre notaris era el tres, que era el nombre d'ells que els barcelonins podien trobar als de la Basea, del Carme, de la Palla o dels Banyes Nous.

»Espargits com estaven pertot arreu, els homes que practicaven l'art de notaria prenién el pols a l'activitat diària de la ciutat sencera, amb la ploma i el tinter a punt per aixecar acta minuciosa de tot allò que els seus conciutadans estiguessin disposats a fer, entre el naixement i la mort.

»Els barcelonins visitaven els estudis dels notaris per fer constar la compra i la venda de tota mena de productes, de *tocinos* a llanes i de pistoles a sardinals; per redactar capítols matrimonials o testaments; per crear companyies o acordar préstecs; per establir, vendre i llogar cases o anotar pagaments d'obres; per donar fe de vida o canviar de mans esclaus negres o moriscs; per nomenar procuradors o disposar condicions de viatges per mar i per terra; per comprovar els comptes dels tutors o precisar els contractes amb argenters, pintors i escultors; per registrar l'entrada d'un aprenent en algun taller... o per mil altres coses.

»L'art de notaria, però, era una art mòbil i ben disposada, així que els escrivans no només rebien els clients a casa seva, sinó que es desplaçaven, diligents, allà on eren cridats. Semblava que res no podia començar a la ciutat si un d'ells no estava prest a prendre nota del que anava a succeir. Se'ls requeria, fora dels seus despatxos, per fer l'inventari dels objectes que contenia un estatge o s'encabien en un vaixell; per assistir als consells generals de parroquians o a les reunions de les confraries d'oficis; per donar fe rigorosa de miracles; per testimoniar el canvi de propietari d'una casa; per llistar els béns venuts en un encant, i per a totes les transaccions entre dues parts que haguessin de quedar ben escrites i millor ratificades. Els notaris estaven presents, doncs, en els esdeveniments principals, feliços o dramàtics, de la vida de bona part dels barcelonins del 1700, però també en els petits actes de tota mena que tenien lloc quotidianament i que teixien, dia rere dia, la història de cadascun dels habitants de la ciutat. I de la mà dels notaris anirem nosaltres de racó en racó de Barcelona, deixant-ne ben pocs sense trepitjar. No acabaran aquí, però, els serveis de guia que prestaran els escrivans al nostre caminar, sinó que, travessant les línies de la intimitat, entrarem amb ells a les cases, fins a plantar-nos, quelcom avergonyits, davant del llit del propietari.

»Aquesta possibilitat de passejar per l'interior dels habitatges barcelonins, amb la descàrdua del lladre i la impunitat del militar vencedor, és el millor regal que ens han fet els notaris de fa tres segles. Ells portaven pacientment a terme l'inventari dels béns dels difunts, una llarga operació destinada a complir les voluntats del finat i a preservar els drets de les vídues i els hereus. Començava la singular tasca poc després de la mort del subjecte. La vídua, en efecte, estava obligada a iniciar el recompte abans de dos mesos després de produït l'òbit, i l'hereu no podia deixar passar trenta dies sense començar-lo, amb un termini de tres mesos per donar-lo per acabat. El llistat dels béns, fet per l'escrivà públic amb l'ajut del seu escrivent i davant dels testimonis triats per a l'ocasió, solia durar un o dos dies, però, de vegades, la feina resultava tan carregosa que podia prolongar-se durant molts més. El notari entrava a la casa, amb pas no exempt de solemnitat, disposat a passar de cambra en cambra i de pis en pis, fins a arribar a la porxada. Examinava amb parsimònia tot allò que trobava en cada una de les estances i feia obrir caixes, armaris i baguls per tal d'anotar quins objectes contenien. Adornava les descripcions de cada cosa fins a allà on el seu rigor el portava, sense deixar de considerar ni el pas del temps per a cada un dels béns, dictant si eren vells, usats, fets a l'antigor o adaptats a la moda, ni els colors, ni el pes de les coses, quan aquestes estaven fetes d'or o de plata. I si el dia de l'inventari resultava singularment propici a l'examen exhaustiu, el notari anotava fins les pedres que, a l'estudi del finat, impedién que els corrents d'aire s'emportessin els papers.»



La documentació notarial no
sols és adequada, sinó que
és del tot imprescindible per
abordar la societat barcelonina
del voltant del 1700

No exagerava quan escrivia sobre el detall, de vegades sorprenent, de les descripcions notariales, i l'exemple últim que donava era real. L'any 1674, el notari Ramon Vilana Perlas va fer l'inventari *post mortem* dels béns del mercader Francesc Joan Pujol i, en descriure els objectes que es trobaven a l'estudi del difunt, va fer constar la taula llarga de fusta per comptar diners, però no va deixar d'anotar que, a sobre d'ella, hi havia, entre altres coses, i cito textualment, «tres pedras per posar sobre los papers porque lo vent no sels en porti».

La documentació notarial resulta no només adequada, sinó del tot imprescindible, per abordar la societat barcelonina de cap al 1700 i, en general, dels segles *xvi* i *xvii* catalans, que havien estat considerats obscurs i de decadència, entre altres coses, perquè no s'havia utilitzat la riquesa de la informació notarial per abordar-los.

Referint-se a la recerca sobre història de Catalunya d'aquests segles, Jaume Vicens Vives va escriure, l'any 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.»

Encara deu faltar fer, a l'Arxiu de la Corona d'Aragó, l'esforç dirigit a estudiar els segles *xvi* i *xvii* que esmentava Vicens Vives, però crec que allò que urgia més era treballar amb la documentació notarial. La realitat de la societat catalana d'aquell període, que podia semblar immòbil i sense interès, s'havia d'abordar no tant per dalt, per l'esfera del poder, com per baix, que és on van succeir els canvis notables. La documentació notarial permet construir una «història amb minúscula», suma de la comprensió de l'activitat de milers d'individus anònims i de centenars de fets suposadament menors però fonamentals. I el resultat d'aquesta feina és el descobriment de la transformació intensa i del dinamisme econòmic, social i cultural de la societat barcelonina i catalana d'aquells segles. Una realitat que queda en bona part amagada, si es treballa amb fonts documentals diferents de les notariales. Cal dir que en el treball amb la documentació notarial, que ha de ser forçosament pacient però que no resulta heroic sinó apassionant, s'actua per acumulació d'informació, tot teixint una densa xarxa de relacions entre unes dades i les altres. Treballant per suma i en xarxa, la documentació notarial permet circular de la microhistòria a la història global, de la vida social, econòmica i quotidiana d'una persona o d'una família a l'economia d'un país.

Les dificultats d'aquesta feina són palpables i es poden resumir dient que la documentació notarial no està feta per a impacients. L'ordenació de la documentació és, com és ben sabut, per notaris i per tipus de document (testaments, capítols matrimonials, inventaris...), i no, evidentment, temàtica. Cal realitzar, per tant, un treball massiu i forçosament llarg.

Aquest treball resulta més rendible, en el sentit d'aprofitar la màxima proporció possible d'informació analitzada, si el tema de recerca és ampli o si les preguntes plantejades són globals. Podem demanar-li a la recerca feta amb aquesta documentació en quin percentatge de cases barcelonines del segle *xvii* es trobaven raquetes per jugar a pilota, o podem demanar-li si l'economia del període era intensa. En els dos casos, per obtenir una resposta sòlida, haurem de dedicar molts anys de treball, però sembla evident que el resultat i l'interès final de l'esforç no seran els mateixos. A més, si ens interessem pel global, si busquem saber l'empenta econòmica de l'etapa, la qual cosa requerirà fixar-se quasi en tot, també acabarem sabent en quantes de les cases hi havia raquetes del joc de la pilota.



Vida corporativa

Cal transitar de la microhistòria a la macrohistòria... i a l'inrevés

En tot cas, si es treballa amb molta documentació notarial, el resultat quasi sempre acabarà sent bo. I, a més, en molts àmbits temàtics de recerca, la feina amb aquesta documentació és l'única via possible per obtenir resultats: si només volguéssim respondre a la pregunta de les raquetes, o a tantes d'altres, tan sols trobaríem resposta a la documentació notarial.

En aquest sentit, cal dir que subratllar les mancances dels documents notarians, per sobre dels seus mèrits, no té gaire sentit. Es critica de vegades, per exemple, la manca de precisió dels inventaris *post mortem*, el detall insuficient de les descripcions dels objectes llistats. Quan un notari del segle XVII feia un inventari *post mortem*, no havia de pensar a facilitar la feina a un historiador del segle XXI, sinó a portar a terme el seu treball amb la qualitat requerida per la finalitat de l'acta notarial. De fet, si seguim amb l'exemple dels inventaris *post mortem*, hem de dir que es tracta de documents d'un interès enorme, d'una potencialitat quasi inesgotable. Senzillament, sense aquests documents (i sense els altres documents notarians), una bona part de la realitat passada ens resultaria del tot invisible.

Ens calen, com dèiem, els ulls dels notaris. I ens calen encara que ens sembli que veiem ja prou clar gràcies a altres documents que proporcionen aproximacions més globals, aparentment més entenedores pel fet de ser àmplies. Al llarg dels anys de recerca, he pogut aprendre almenys una cosa, que plantejo ara com a element metodològic essencial. Sovint es repeteix un aforisme molt sensat: «que els arbres no t'impedeixin de veure el bosc». És cert, cal ser prudents, en aquest sentit. Ara bé, penso que hem d'ampliar l'aforisme: si és evident que sense entendre el bosc no es poden entendre els arbres, és igualment cert que sense entendre els arbres no es pot entendre el bosc. Cal haver entès els canvis produïts en el sistema de ciutats català entre els anys 1550 i 1640 per entendre la Catalunya del període, però cal saber també que un mercader, com ara Jeroni Cerveró, podia tenir a casa seva un rellotge portàtil de sol, importat des de Nuremberg; que un ferrer d'animals, com ara Josep Manalt, podia ser cap de dansa, o que el pescador Joan Perramon disposava d'una arpa, una guitarra i dos guitarrons. Si no sabem veure i explicar aquestes petites coses, que en realitat són coses essencials, no podrem entendre ni el detall ni el país. Cal transitar, en la recerca i en les explicacions, de la macrohistòria a la microhistòria, en una successió que va del país al sistema de ciutats, a la ciutat, al barri, a la casa i als objectes que s'hi troben. I a l'inrevés: cal que el nostre coneixement circuli des de l'objecte fins al país. I en aquest trajecte de contínua anada i tornada, la documentació notarial ens ajuda enormement, fins al punt de poder ser, en alguns trams del camí, el nostre únic guia.

EL SOMNI D'UN NOTARI

Podríem desitjar, està clar, l'existència d'un «gran document» que tot ho reculli, que tot ho descrigui, que tot ho expliqui. Que ens eviti de fer el llarg trajecte de sumar centenars de milers d'informacions obtingudes en altres centenars de milers de documents notarians. Els historiadors que treballem amb els documents dels notaris podríem somiar amb aquest document infinit, que semblaria sorgit d'un relat de Jorge Luis Borges. Un somni que vaig posar dins el cap, precisament, d'un notari: Francesc Lentiscà, protagonista de l'obra *El inventario*:

«Francesc Lentiscà, 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 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



Comprovada la impossibilitat d'un "document absolut" que tot ho explica, cal sumar a l'aportació de documents globals, com ara el cadastre, la que fan centenars de milers de documents notariais

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.»

Aquest document somiat per Francesc Lentsclà, i que ell hagués volgut completar, era, de fet, el document inicial del Cadastre borbònic, document que descriu totes les cases i totes les famílies de la ciutat i al qual, en aquella obra, feia un homenatge que avui desvetillo. No deixa de ser paradoxal i dramàtic, per cert, que un document que ens ajuda a conèixer la Barcelona de l'inici del segle XVIII, inclosa la part de la ciutat desapareguda per causa de la construcció de la Ciutadella, sigui el document que van fer els qui van destruir una part de la capital catalana, un document que era la base per extreure de la ciutat vençuda el màxim possible d'impostos.

Comprovada la impossibilitat del «document absolut», que tot ho explica, cal sumar a l'aportació de documents globals, com ara el Cadastre, la que fan centenars de milers de documents notariais. Els primers ens acosten al bosc, d'un cop, i els segons als arbres, més pacientment. I hem après que ens cal entendre, al mateix temps i de forma inseparable, el bosc i els arbres.

RECORREGUT DE RECERCA I HOMENATGE ALS NOTARIS

Ara resseguiré, més explícitament, el modest homenatge que he pogut fer als notaris al llarg de la meva recerca.

Un siglo decisivo. Barcelona y Cataluña, 1550-1640, i centenars de notaris catalans

L'obra *Un siglo decisivo. Barcelona y Cataluña, 1550-1640* analitza la transformació essencial produïda a Catalunya i a Barcelona entre aquells anys: un canvi decisiu que va suposar l'inici de la modernitat al nostre país. No puc entrar amb detall en aquest tema. Només puc dir, en síntesi, que es va produir una descentralització de la indústria barcelonina cap a les ciutats properes, la creació d'un sistema de ciutats econòmicament i funcionalment especialitzades, l'augment del paper de Barcelona com a centre director i el pas, proporcionalment apreciable, del comerç amb la Mediterrània al comerç amb l'Atlàntic. Crec que la singularitat metodològica de l'obra és la d'estudiar la globalitat del país a partir, en grandíssima part, de la documentació notarial. Això sembla una aparent bogeria, però la documentació notarial era, en efecte, imprescindible per analitzar el conjunt de Catalunya, els canvis produïts en cada una de les ciutats, les relacions entre Barcelona i les poblacions catalanes clau i les transformacions que van tenir lloc en el comerç exterior. Això suposava treballar en una trentena d'arxius de notaris, en una trentena de ciutats i amb desenes de milers d'actes notariais.

Per descomptat, per no perdre's en la immensitat documental dels arxius de notaris, la feina havia d'estar orientada conceptualment (què buscar) i metodològicament (on i com buscar-ho). Es partia d'una hipòtesi proporcionada pels documents globals, com ara els fogatges, i el treball es basava en l'anàlisi d'elements estratègics: oficis clau en la transformació econòmica i territorial del període, com ara els paraires, els blanquers, els vidriers, els mariners i els traginers; i documents fonamentals, com ara les procures (on tenia procurador un català



Vida corporativa

El notari Francesc Lentislà és el protagonista d'*El inventario*, que se submergeix a la Barcelona dels anys 1640 a 1652

de qualsevol ciutat), que permetien trobar les relacions entre les diverses parts d'un sistema molt complex.

Un dels passos intermedis de la recerca consistia en la construcció d'unes tres mil minibiografies de persones de bona part de Catalunya, totes elles anònimes, però significatives des del punt de vista de la transformació territorial i econòmica. D'aquesta manera, es teixia una base d'informacions molt sòlida que permetia acabar passant del detall al global, de l'activitat de l'individu a un sistema de ciutats que funcionava en xarxa i amb graus molt notables de complexitat.

El inventario. Barcelona, 1640-1652, i el notari Francesc Lentislà

Com he dit abans, el notari Francesc Lentislà és el protagonista de l'obra *El inventario*, que s'endinsa en la Barcelona dels anys 1640 a 1652, els «anys francesos». Des del punt de vista de la recerca, l'obra planteja una anàlisi «per sota» en un moment històric clau; proporciona una visió de la vida quotidiana d'una ciutat en un període considerat per la historiografia quasi només com a terrible i negatiu (les tres calamitats: fam, guerra i pesta); planteja una revisió d'aquesta etapa històrica (en síntesi: la guerra quedava lluny; hi havia signes clars d'una economia a l'alça, amb una notable qualitat, per exemple, de les botigues, de les del tèxtil o de les adrogueries; funcionava una no menyspreable economia de guerra amb uns agents econòmics que se n'aprofitaven); l'obra comprova que el cop fort el van donar la pesta i el setge, en el moment final de l'etapa francesa, i, finalment, l'obra respon una pregunta clau: com funcionava l'economia en un moment en el qual la direcció atlàntica del comerç, creixent des del 1550, quedava truncada per la guerra? Comprovat primer que el període complet del 1640 al 1652 no va ser de crisi total, la resposta era lògica: l'economia va funcionar tornant la mirada cap a França. Més enllà de la comprovació de tesis concretes, *El inventario* està entre les obres, més aviat rares, que aborden els grans esdeveniments de la Història (amb majúscula) baixant des de les macroestructures fins a les persones, amb nom i cognoms, i estudiant les seves activitats, com ara la figura del mercader francès Baltasar Aymerich, un personatge clau que és, del tot, un «personatge anònim notarial».

Des del punt de vista més personal, l'obra planteja una certa contraposició entre la novel·la històrica i el treball amb documentació notarial; es tracta, per dir-ho així, d'una novel·la històrica «registrada davant de notari». Tot allò que allà apareix és cert i real, des de les persones fins al més petit objecte descrit. I a l'obra hi ha un cert tractament irònic d'aquest fet, tot fent notar que no es tracta d'una meritòria obra de creació digna d'un admirable autor de novel·les històriques, sinó d'una transcripció quasi literal de la realitat, d'una esforçada però modesta transcripció notarial.

A la introducció d'*El inventario* es diu: «Todo lo que se relata en esta obra ocurrió exactamente 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 notables 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 los documentos con atención, recogiera lo de



La documentació notarial permet d'analitzar la realitat econòmica i fer-se una idea de la complexa xarxa de relacions familiars, d'amistats i de negocis que li donaven un caire singular a l'economia

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 el seu moment, algun comentarista excessivament crèdul amb allò que deia la introducció va patir l'error, simpàtic, de confondre el resultat del treball que vaig fer amb els protocols del notari Francesc Lentsclà, però també amb els volums de molts altres notaris, amb la transcripció, quasi literal, d'una mena de suposat dietari o de suposats papers personals de Lentsclà, en els quals ell hauria descrit la societat barcelonina d'entre els anys 1640 i 1652. Per descomptat, no existeixen ni tal dietari ni tals papers.

Vull esmentar una altra cosa, també simpàtica. Em vaig permetre, en aquesta obra heterodoxa, una llicència inversemblant: presentar el notari Francesc Lentsclà com un home tan minuciós en el seu exercici professional, tan convençut de la seva feina que, poc abans de morir, va fer ell mateix l'inventari *post mortem* dels seus propis béns. Algun historiador em va preguntar si l'«autoinventari», per dir-ho així, estava classificat entre els papers de Lentsclà o entre els d'un altre notari.

Em vaig permetre també una altra petita llicència en forma de quasi l'únic i breu diàleg de l'obra, entre Francesc Lentsclà i alguns jesuïtes de Betlem. Un breu diàleg que em vaig inventar. Doncs bé, un altre historiador em va comentar que era magnífic poder trobar documents com el que jo havia utilitzat, que recullen diàlegs i permeten endinsar-se en la realitat històrica millor que cap altra font. El diàleg inventat havia semblat real. Tot això crec que mostra que, mentre treballava en aquesta obra, quasi em vaig anar transformant en el notari Francesc Lentsclà. I cal dir que no em vaig sentir a disgust.

I voldria afegir una cosa més. Mentre preparava *El inventario*, a la vista del que anava aprenent de Francesc Lentsclà, vaig imaginar que el notari era sord, una condició que em semblava que encaixava amb la seva «concentració», amb el seu «rigor» professional. Quan ja tenia redactades força pàgines en les quals Lentsclà apareixia com a sord «concentrat», vaig poder comprovar, documentalment, que era sord de veritat. Ell, en efecte, va pledejar contra el municipi, que el volia apartar d'un càrrec precisament perquè era sord. El notari es defensava assegurant que no era sord, que només era «sordaster», és a dir, no sord del tot i, per tant, hàbil per al càrrec.

Barcelona entre dues guerres, 1652-1714, i els notaris Vilana Perlas

Em toca ara parlar de l'obra *Barcelona entre dues guerres, 1652-1714*, i dels notaris Vilana Perlas. La Barcelona del període posterior a la Guerra de Secessió no havia estat estudiada en detall. No s'havia analitzat, en efecte, la recuperació postbèl·lica. I, per a l'etapa següent, la del clar creixement econòmic del 1670 al 1714, no s'havia posat de manifest que Barcelona hi va tenir un doble caràcter, alhora positiu i dramàtic: d'un costat, amb una evident prosperitat econòmica i una vida social, quotidiana i cultural rica; de l'altre, amb una pressió sovintejada de la guerra i dels desastres que produïa. En aquests dos contextos, el de la immediata postguerra després del 1652 i el del creixement econòmic intens posterior, la documentació notarial permet analitzar la realitat econòmica al nivell de la família, de l'individu, de la companyia, etc., tot obtenint una idea de la complexa xarxa de relacions familiars, d'amistat i de negocis que donaven un caràcter singular a l'economia barcelonina i catalana, la qual cosa feia avançar aquest conjunt de lligams com una unitat ben cohesionada.

En el costat positiu de la situació de la ciutat, la documentació notarial fa visibles facetes de la vida social, cultural i econòmica que eren totalment desconegudes, com ara el joc o la dansa, que mostren, entre altres coses, el dinamisme de la societat. En el costat negatiu, la documentació notarial permet analitzar amb tot detall els efectes de la guerra: les cases enderrocades per fer les obres de defensa, els habitatges bombardejats durant els diferents atacs, els costos de les reparacions dels edificis, els agents beneficiats econòmicament per la destrucció i la reconstrucció, etc.

En aquesta obra, i ja totalment a prop dels notaris no com a eina de recerca, sinó com a protagonistes, l'apartat titulat «Els Vilana Perlas i la casa del Regomir: del notariat al poder» es-



Vida corporativa

tudia els orígens i la base social i cultural d'un personatge tan important com Ramon Frederic Vilana Perlas i Camarasa, Secretari d'Estat amb Carles III, l'Arxiduc. De fet, es tracta de l'estudi d'una família de notaris, els Vilana Perlas, i del seu ascens, paral·lel al de la transformació, més que notable, de la seva casa del carrer del Regomir, i paral·lel també a la recuperació de Barcelona i de Catalunya després de la Guerra de Secessió. En aquest cas, es constata que, utilitzant massivament els documents notariais, és possible acumular una gran quantitat d'informació sobre una sola família, sobre les seves relacions socials i econòmiques i sobre una sola casa. Però aquest apartat era, també, l'homenatge al Vilana Perlas desconegut i anònim, el Vilana Perlas pare, rescatat gràcies a l'Arxiu de Protocols. Es tracta d'un altre «personatge anònim notarial» que va tenir vida pròpia més enllà de ser el pare del Vilana Perlas famós. El text mostra la importància del Vilana Perlas pare i posa de relleu, més en general, el paper de la generació que va haver de patir les conseqüències immediates de la Guerra de Secessió. Una generació que podem anomenar *generació dels pares* (com ara Narcís Feliu, pare del famós Narcís Feliu de la Penya) o que podem anomenar, també, *generació de les rodes de molí* (ja que, en bona part, va sortir de la crisi postbèl·lica venent rodes de molí).

La ciutat del Born

Passo ara a referir-me a l'obra *La ciutat del Born*, que parteix de l'estudi del jaciment del Born per intentar aproximar-se millor al país, la ciutat, els seus barris, les famílies, les cases i els objectes que s'hi trobaven. El jaciment del Born és singular, al meu parer, per la immensa quantitat d'informació que s'hi ha pogut associar. És això el que fa que hagi passat de ser un «jaciment de pedres» a ser un «jaciment de coneixement», un «jaciment de persones i d'activitats». En aquest sentit, cal dir que sense l'Arxiu Històric de Protocols no existiria el jaciment del Born tal com ara existeix, amb l'espessor extraordinària d'informació que presenta. Es tracta, en efecte, d'un cas únic de coneixement sobre un jaciment arqueològic. S'hi ha pogut fer una anàlisi interdisciplinària força insòlita: sumant l'àmbit jaciment-arqueòlegs, el dels objectes-museògrafs, el dels documents-historiadors... Però, sobretot, s'ha constatat la superioritat absoluta de la documentació sobre arqueologia, que es presenta en el cas d'un jaciment d'aquest període i gràcies a la documentació notarial.

El primer pas per aconseguir el coneixement associat al jaciment és la identificació de les cases i de les famílies que hi vivien. Això és possible gràcies als documents cadastrals, però amb la confirmació detallada posterior que proporcionen els documents notariais. El segon pas és aconseguir el màxim d'informació possible sobre cada unitat habitada: sobre la família, el seu lloc de procedència, la seva activitat econòmica, les relacions socials, les dades sobre matrimoni, testament i d'altres, la descripció de la casa i dels objectes que s'hi trobaven, les obres de manteniment o transformació fetes a l'habitatge, etc. Una informació que trobem a la documentació notarial. Convé saber, per exemple, que si hem pogut conservar uns dos mil objectes que s'exposaran al Born, són uns setanta mil els objectes descrits en inventaris notariais de cases del jaciment. Uns objectes que no podem ni veure ni tocar, però que ajuden extraordinàriament, en alguns sentits més que els objectes tangibles, a entendre la societat del període. El tercer pas és obtenir una idea de l'evolució de cada unitat, de cada casa i dels qui les van ocupar al llarg de diversos segles: la documentació notarial permet, en efecte, visions «en moviment», al llarg del temps, que fan visibles els canvis en la família, les transformacions de la casa i del mobiliari i, en el global, la millora general, al llarg del segle XVII, de les condicions de la vida material.

En definitiva, aquesta obra és del tot deutora de la documentació notarial. Però, a més, hi vaig voler destacar la importància d'alguns actes protagonitzats pels notaris que constituïen moments forts a la ciutat, des del punt de vista social, econòmic i cultural. La idea es desenvolupa en un apartat titulat «Un món d'inventaris i encants», on es posa de manifest, per exemple, la importància dels encants *post mortem*, que tenien una presència molt rellevant en els espais públics de la ciutat, suposaven moments de sociabilitat intensa i conformaven una manera de fer i, sobretot, una manera de ser.

L'historiador va exposar una aproximació al paper de la documentació notarial a la recerca històrica seguint el seu recorregut personal



Una gran quantitat de paraules catalanes que estaven en ús al segle XVII ha desaparegut fins i tot dels diccionaris etimològics

Una ciutat oblidada

Finalment, en aquest recorregut de recerca, sempre vinculada als notaris i a la documentació notarial, vull referir-me a la futura pel·lícula *Una ciutat oblidada*, que dirigirà el cineasta Claudio Zulian a partir d'un guió confeccionat pels dos.

No es tracta d'una obra de ficció, sinó, de forma similar a *El inventario*, d'una recreació fidedigna de les microhistòries de *La ciutat del Born*. Una recreació que permetrà aprofundir en els camps del llenguatge, la música, la dansa i la indumentària, elements fonamentals a tractar amb molt rigor històric quan s'entra en el mitjà comunicatiu de les imatges i del so.

Des del punt de vista de l'homenatge als notaris, cal dir que, aquí també, un notari ajuda a portar el fil narratiu de la pel·lícula. És un notari que, com és lògic, fa de notari, i al qual veiem treballant a l'espai públic, però a qui sorprenem, també, algunes vegades, amb la seva guitarra, tocant pel carrer.

Aquesta no és una invenció sense base i sense objectiu. Que un notari del segle XVII o de l'inici del XVIII toqués la guitarra pel carrer no és una possibilitat, sinó una certesa: una nit d'octubre de l'any 1677, a la llum de la celèstia, Joan Riquer, notari reial de trenta-tres anys, tocava la guitarra i cantava tot passejant pel carrer de les Egipcíiques. De la mateixa manera que, gràcies a un col·lega seu, notari, hem pogut saber d'un clergue que tocava la seva guitarra de nit, davant la taverna anomenada La Taverna de l'Infern. Cap dels dos fets és anecdòtic per entendre la societat barcelonina del període. I vull ressaltar que, en el cas del notari guitarrista que portarà una part del fil narratiu a la pel·lícula *Una ciutat oblidada*, es tracta de donar-li un protagonisme, alhora afectuós i realista, que ens apropa als notaris del període. És una manera de caracteritzar-los, a més de com a homes d'estudi, com a professionals propers al carrer, que «a peu de carrer» segueien les palpitations de la ciutat, d'una ciutat que quedava caracteritzada, també, pel tarannà dels seus notaris.

Dos epílegs

Notaris i llengua. A l'obra *Barcelona 1700* vaig escriure, referint-me una vegada més als notaris:

«Amb la mirada precisa i detallada d'aquells homes conscienciosos, ens ha quedat, també, la música de llurs paraules. Els documents llegats pels notaris no són muts, sinó plens de sonoritat. Recullen minuciosament els mots que sortien dels llavis dels barcelonins a les places, cases i botigues, un material que resulta del tot preciós per a nosaltres. Moltes d'aquestes paraules, però, sonaran en el text que segueix (o ara en aquesta sala, puc afegir) com a vocables estranys i, de vegades, indesxifrables, tot recordant-nos a cada moment que no ho sabem tot sobre l'economia, la vida quotidiana i la cultura de la Barcelona del 1700.»

Una gran quantitat de paraules que estaven en ús al segle XVII i que han desaparegut fins i tot del diccionari etimològic.

Vint-i-cinc exemples entre alguns centenars:

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 / emparada 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 trobarem explicació, sobre aquestes paraules, als diccionaris etimològics dels nostres grans savis filòlegs, perquè no han disposat de gaire treballs publicats fets a partir de documentació notarial.



Vida corporativa

Notaris i heroisme professional. Un últim homenatge. En els moments més durs del setge del 1714, a la Barcelona que vivia sota les bombes, se seguien fent actes notariaus. El 4 de setembre de 1714, una setmana abans de l'atac final, sota un intens foc enemic, el notari Josep Amat Reixach, jugant-se la vida, fa dues actes de possessió de cases. Una acta notarial al matí, a la Riera d'en Prim, davant d'un baluard de la muralla del Raval; una altra a la tarda, a Montjuïc, a prop de l'ermita de Sant Bertran. L'acte de possessió, ja prou estrany en si mateix, consistia a obrir i tancar la porta, entrar a la casa, prendre terra de l'eixida i llençar-la als quatre vents, tot dient un seguit de fórmules protocol·làries. Més estrany que els actes, però, era fer-los sota una pluja de bombes.

És evident que actes com aquests no són de mera subsistència, sinó francament prescindibles en una situació de conflicte extrem. Són, però, actes de fidelitat a unes formes de fer socials i culturals, i actes de fidelitat a una professió, la notarial, que no tan sols ajuden a explicar moments concrets de la història, sinó, més en general, a entendre quins són alguns dels trets, potser sorprenents, que caracteritzen la humanitat.

Jornada sobre Seguretat Jurídica Preventiva

El passat 7 d'abril, el Col·legi va acollir la Jornada sobre Seguretat Jurídica Preventiva en el Marc Constitucional, que va reunir molts destacats representants de l'àmbit jurídic tant de Catalunya com de Madrid, tot visualitzant la necessitat de restablir els ponts d'unió necessaris per continuar construint una Justícia al servei dels ciutadans. Entre els participants a la Jornada, i en aquest cas, amb una ponència que finalment va llegir el moderador de la Jornada, atesa la impossibilitat del ponent d'assistir a la mateixa, Enrique López, Magistrat de l'Audiència Nacional, va afirmar que «és molt important fer el sistema previsible i eficaç en la resolució de conflictes», tot destacant el fet que «el poder dels jutges és el poder del Dret» i reivindicant un Estatut jurídic diferenciat que garanteixi la seva plena independència. Pel que fa a la reforma del Poder Judicial, va afirmar que «cal abordar amb tranquil·litat mesures profundes que permetin restaurar el seu crèdit». Per fer-ho, va afirmar la necessitat de treballar des de cinc grans eixos: l'element personal (valorant la capacitat del Jutge per aplicar les normes), el material (fent palès el dèficit estructural de l'Administració de Justícia), el formal (tenint present que la protecció del Dret ha de ser correctora de la seva vulnerabilitat) i el temporal (afirmant que el fet que els processos s'allarguin en excés comporta una manca d'efectivitat patològica que haurà de resoldre's).

Quant al Degà del Col·legi, Joan Carles Ollé, va reivindicar amb fermesa la necessitat d'aprovar la Llei de Seguretat Jurídica Preventiva, un tema repetidament posposat pels successius ministres de Justícia. «És imprescindible», va afirmar, «per clarificar i resoldre definitivament qüestions com el control de legalitat o les respectives competències de notaris i registradors; en definitiva, per modernitzar i actualitzar un sistema que s'ha demostrat plenament vàlid per assolir la pau social i per al desenvolupament dels mercats, tant en l'època de bonança com en temps de crisi». A més, va recordar la necessitat que el Govern consagri legalment el control de legalitat notarial després de la Sentència de 18 d'agost de 2008.

D'altra banda, i en una línia àmpliament recolzada per tots els participants de la Jornada, es va destacar l'excessiva judicialització de la societat actual en totes aquelles matèries en les quals no hi ha pròpiament un contenciós entre les parts, àmbit en el qual es va elaborar l'any 2010 un rigorós document impulsat des del Centre d'Estudis Jurídics de la Generalitat de Catalunya i en el qual van participar tots els operadors jurídics. En



Els destacats juristes participants a la Jornada van coincidir a apostar per la desjudicialització

aquesta línia, Pascual Ortuño, Director de l'Escola Judicial del Consell General del Poder Judicial, també va afirmar que «s'ha sobrecarregat els jutges de responsabilitats, amb litigiositat impròpia. A més, el Jutge no ha de ser el braç executor del deutor o del banc, ja que l'execució pot recaure, en molts aspectes, en l'àmbit notarial, àmpliament prestigiats i preparats per assumir-ho».

Finalment, Francisco José Hernando Santiago, Magistrat del Tribunal Constitucional i expresident del Tribunal Suprem i del Consell General del Poder Judicial, va fer una lloança a la Constitució de 1978, tot assegurant que «ha estat un autèntic punt de referència per a molts altres països en procés democratitzador, tot situant Espanya en un lloc preeminent en el context internacional». Pel que fa al debat obert al voltant de la necessitat o no d'una reforma constitucional, Hernando s'hi va mostrar contrari, tot afirmant que «la Constitució encara és jove i crec injustificada qualsevol reforma en termes globals o substancials». Definint-la com «la norma suprema del nostre ordenament jurídic i autèntic pacte social de llibertat», dels seus gairebé trenta-tres anys d'història Herrando va voler destacar especialment el fet que reconeix la responsabilitat de l'Estat per danys causats pel funcionament anormal de l'Administració de Justícia o per error judicial; la creació del Tribunal del Jurat, l'any 1995, com a manifestació del caràcter democràtic de l'Estat en la Justícia, i l'acció popular, mecanisme que permet que qualsevol ciutadà espanyol pugui constituir-se com a part acusadora en un delictes penal.

Altres ponents de la Jornada van ser Tomàs Font, President de la Comissió Jurídica Assessora de la Generalitat de Catalunya, que va exposar «La funció consultiva com a garantia jurídica preventiva», i Ramon Camp, Vocal del Consell General del Poder Judicial, que va presentar la ponència «La mediació en la Justícia preventiva». La cloenda va anar a càrrec d'Eliseo Aja, President del Consell de Garanties Estatutàries de la Generalitat de Catalunya.



La Jornada va comptar amb la participació de magistrats de l'Audiència Nacional i del Tribunal Suprem, entre d'altres.



Vida corporativa



Jutges i notaris van tenir l'oportunitat d'intercanviar criteris i casos pràctics sobre Dret Concursal.

Jornada mixta notaris-jutges

El 15 de juny va ser la data escollida per celebrar una jornada mixta de jutges i notaris, eminentment pràctica, amb l'objectiu d'unificar la pràctica jurídica en matèria concursal, un àmbit en el qual la crisi ha propiciat un important augment de l'activitat. Es tracta de la segona edició d'aquesta jornada, fet que posa de manifest la voluntat de col·laboració mútua d'ambdós col·lectius, tant en la fixació de criteris comuns com en la cerca de solucions al cada vegada més manifest col·lapse judicial.

La jornada va servir per repassar, des de l'òptica d'ambdós professionals, els efectes del concurs sobre la representació voluntària, els actes de disposició i gravamen de béns mobles o immobles durant el concurs i la fase de liqui-

dació. Els ponents van ser, per part dels notaris, Ildefonso Sánchez Prat, Leopoldo Martínez de Salinas i Víctor Esquirol Jiménez, i els magistrats del Mercantil de Barcelona que van participar a la jornada foren Marta Cervera Martínez, José M. Ribelles Arellano i Luis Rodríguez Vega. Els coordinadors de la jornada van ser el jutge Ignacio Sancho Gargallo i el notari Àngel Serrano, que va destacar la «necessitat de reflexionar i consensuar idees».

Pel que fa a la qüestió dels efectes del concurs sobre la representació voluntària, es va debatre àmpliament entorn de la subsistència o extinció dels poders i, en el seu cas, la necessitat de complementar la legitimació de l'apoderat. El següent tema tractat, els actes de disposició i gravamen de béns mobles i immobles durant el concurs, va propiciar un debat entorn de qui està legitimat, una vegada la societat es troba en concurs i subhastada, quan la societat és una immobiliària i els immobles, sense deixar-ho de ser pel seu mateix objecte, són l'element habitual de compravenda. També va suscitar interès el plantejament de les diferències entre la venda d'un pis concret i la venda d'un bloc íntegre. Finalment, sobre el procés de subhasta, l'exposició es va centrar en quins ajustaments es podrien fer i quina presència podria tenir el notari amb la finalitat d'agilitar el procediment concursal.

La inauguració de la jornada va comptar amb la presència del Degà del Col·legi, Joan Carles Ollé, que va afirmar que en l'àmbit concursal «s'està posant a prova la infraestructura dels jutjats», i va apostar clarament per una futura llei de jurisdicció voluntària, en la línia de continuar treballant en la desjudicialització. El President del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya, Miguel Àngel Gimeno, va assegurar que «és important donar pautes de comportament i d'interpretació jurídica».

Normes per a la publicació de treballs a **LA NOTARIA**

1. **CORRESPONDÈNCIA.** Els originals es remetran, en qualsevol cas, a: lanotaria@catalunya.notariado.org
La primer pàgina ha d'incloure *necessàriament* el títol, el nom complet de l'autor, les dades de contacte, una direcció de correu electrònic i, lliurement, altres circumstàncies identificadores en un màxim de tres mitges línia (alineades al marge dret).
2. **REMISSIÓ I FORMAT.** Cal enviar l'original per correu electrònic i *necessàriament* en format Word (de forma excepcional i prèvia autorització, caldrà enviar-lo en format convertible).
3. **EXTENSIÓ DELS TREBALLS:** Els treballs han de ser *originals*, sense que s'hagin publicat amb anterioritat ni en paper ni en qualsevol altre format. L'acceptació s'entendrà revocada automàticament si es publiquen en l'interim, excepte de forma excepcional i prèvia autorització, en idiomes que no siguin els de treball de la revista o en formats no habituals.
 - *Els articles doctrinals* han de tenir una extensió d'unes 30 cares de foli (inclosos les notes, les conclusions, la bibliografia i els annexos), en *Times New Roman* 12, espai senzill i amb notes a peu de pàgina en *Times New Roman* 10.
 - *Els articles pràctics* no han de superar les 10/15 cares de foli.
 - *Els comentaris de sentències o resolucions*, unes 5 cares de foli, sempre amb divisió en els corresponents epígrafs i subepígrafs.
4. **ACEPTACIÓ.** La redacció de la revista acusarà recepció, mitjançant correu electrònic, dels treballs que li arribin i els passarà a *informe confidencial*. El resultat dels informes es comunicarà als interessats (en el termini de temps més breu possible, d'acord amb les normes habituals) i només podrà ser un dels següents:
 - L'acceptació del treball i el número en què es publicarà.
 - L'acceptació sempre que s'adapti l'extensió o la presentació del treball.
 - La no acceptació del treball.
5. **PUBLICACIÓ.** S'indicarà el número de la revista on es publicaran els treballs acceptats, llevat que, per circumstàncies excepcionals, s'hagi de posposar. En aquest cas, es comunicarà amb l'antelació suficient.
6. **NORMES D'EDICIÓ.** Cal remetre *necessàriament* els *articles doctrinals* en català o castellà (l'autor ha d'acceptar la traducció a l'una o altra llengua, atès el caràcter bilingüe de l'edició de *La Notaria*; en el cas d'altres llengües, serà necessària una autorització). A més, els articles han de tenir un apartat bibliogràfic, que no serà necessari en els articles pràctics o en els comentaris de sentències o resolucions.
 - *No pot utilitzar-se negreta* (excepte en el epígrafs o subepígrafs) ni subratllat en cap cas.
 - *Notes a peu de pàgina.* Les notes s'han de numerar mitjançant caràcters aràbics, en format superíndex i ordre ascendent.
 - *Cites.* Les cites estan subjectes a les regles habituals, segons es tracti d'un llibre, un article de revista, un article en una obra col·lectiva, Internet o revistes electròniques. Cal indicar els cognoms en majúscules i no és necessari el nom tret que pugui haver-hi confusió. Els possibles canvis o comentaris de la cites literals s'han d'indicar entre claudàtors.

www.colnotcat.es

Ja pots consultar la revista **La Notaria**
i el **Butlletí mensual en línia**.

Entra a www.colnotcat.es i accedeix a
la secció **Publicacions**.

Així de fàcil, així de còmode, així de ràpid.

Recorda que els notaris també poden consultar
ambdues publicacions des de la intranet col·legial.

