

www.colnotcat.es

Ya puedes consultar la revista **La Notaria** y el **Boletín mensual on line.**

Entra en [www.colnotcat.es](http://www.colnotcat.es) y accede a la sección **Publicaciones.**

Así de fácil, así de cómodo, así de rápido.

Recuerda que los notarios también pueden consultar ambas publicaciones desde la Intranet colegial.



COL·LEGI DE NOTARIS  
DE CATALUNYA

## Nueva cúpula en el Consejo General del Notariado

**País Vasco y Cataluña asumen la presidencia y vicepresidencia**

**«Promoveremos los instrumentos necesarios para facilitar la desjudicialización»**

Entrevista a GERMÀ GORDÓ, Secretario del Gobierno de la Generalitat

**«Los inversores van donde tienen un sistema jurídico fiable y seguro, y España ofrece todas las garantías»**

Entrevista a MIQUEL VALLS, Presidente de la Cámara de Comercio de Barcelona

**«La calidad democrática»**

por Antonio GARRIGUES WALKER

### TRIBUNA

Eloy Jiménez Pérez  
Eladi Crehuet Serra  
Joan Roca Sagarra

### DOCTRINA

Usufructo del Derecho  
de Propiedad Intelectual  
Colación de Donaciones  
y Sucesión en Derecho Catalán

### PRÁCTICA

Constitución de sociedades:  
¿qué ha cambiado  
y qué más va a cambiar?

Las adjudicaciones  
por disolución del régimen  
de separación de bienes



## 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](http://www.laley.es)

### Reglas para la publicación de trabajos en **LA NOTARIA**

- 1. CORRESPONDENCIA.** Los originales se remitirán, en todo caso, a: [lanotaria@catalunya.notariado.org](mailto:lanotaria@catalunya.notariado.org)  
La primera página incluirá *necesariamente* el título, nombre completo del autor, datos de contacto, una dirección de correo electrónico, y, libremente otras circunstancias identificadoras en un máximo de tres medias líneas (pegadas al margen derecho).
- 2. REMISIÓN y FORMATO.** El original deberá remitirse por correo electrónico y *necesariamente* en formato Word (excepcionalmente y previa autorización cabrá en formato convertible).
- 3. EXTENSIÓN DE LOS TRABAJOS:** Los trabajos deberán ser *originales*, sin haberse publicado con anterioridad, ni en papel, ni en cualquier otro formato, entendiéndose revocada automáticamente la aceptación si se publicase en el ínterin, salvo excepcionalmente —y previa autorización— en idiomas que no sean los de trabajo de la revista o en formatos no habituales.
  - *Los artículos doctrinales* tendrán una extensión de unas 30 caras de folio (incluidas notas, conclusiones y bibliografía, e incluso anexos), en *Times New Roman 12*, espacio sencillo y con notas a pie de página en *Times New Roman 10*.
  - *Los artículos prácticos* no deberían sobrepasar las 10/15 caras de folio; y,
  - *Los comentarios de sentencias o resoluciones* unas 5 caras de folio, siempre con división en los correspondientes epígrafes y subepígrafes.
- 4. ACEPTACIÓN.** La redacción de la revista dará acuse, vía e-mail, del recibo de los trabajos que le lleguen y los pasará a *informe confidencial*. El resultado de los informes se comunicará a los interesados (en el tiempo más breve posible, de acuerdo con las normas habituales) y sólo podrá ser uno de los siguientes:
  - La aceptación del trabajo y número en que se publicará.
  - La aceptación condicionada a que se acomode la extensión del trabajo o su presentación.
  - La no aceptación del trabajo.
- 5. PUBLICACIÓN.** De los trabajos aceptados se indicará el número de la revista en que se publicará, salvo que por circunstancias excepcionales tenga que posponerse, lo que con suficiente antelación se comunicará.
- 6. NORMAS DE EDICIÓN.** Los *artículos doctrinales* necesariamente deberán remitirse en *catalán o castellano* (aceptando el autor la traducción al uno y al otro, dada la edición bilingüe de *La Notaria*; para otros idiomas se requerirá autorización al efecto) y, también, deberán llevar aparato bibliográfico, lo que no será necesario en los prácticos o comentarios de sentencias o resoluciones.
  - *No puede utilizarse negrita* (salvo en los epígrafes o subepígrafes), ni subrayado en ningún caso.
  - *Notas a pie de página.* Las notas se numerarán en caracteres arábigos, en formato superíndice y orden creciente.
  - *Citas.* Las citas se sujetarán a las reglas habituales, según se trate de libro, artículo de revista, artículo en obra colectiva, Internet o revistas electrónicas, indicando los apellidos en mayúsculas y no siendo necesario el nombre salvo que pudiera haber confusión. Los posibles cambios o comentarios en las citas literales deberán indicarse encerrándolos entre corchetes.

**Director:**

Ángel Serrano de Nicolás

**Subdirector:**

Guzmán Clavel Jordà

**Consejo de redacción:**

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

**Consejo editorial:**

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

**Coordinación:**

Sandra Purroy Corbella

**Diseño y Producción:** LA LEY

ISSN: 0210-427X

D.L.: B. 3.461-1995

Todos los derechos reservados.

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

© 2010 Ilustre Colegio de Notarios de Catalunya

Notariado 4 - 08001 Barcelona

Edición online disponible en  
[www.colnotcat.es](http://www.colnotcat.es)

[lanotaria@catalunya.notariado.org](mailto:lanotaria@catalunya.notariado.org)

## La debatida cuestión de la subsistencia de la legítima

Es habitual y recurrente reclamar la supresión de la legítima, incluso donde su reforma legislativa ya la ha dejado en un punto equilibrado de cuantía, naturaleza y legitimarios. Ahora bien, cuando se incide sobre lo que en realidad se reclama o se contraponen ideas ya resulta que no es tan absoluta y radical la supresión que se pretende. No falta situación en que con frecuencia se reduce al cambio de su naturaleza (de *pars bonorum a pars valoris o creditorum*), de legitimarios (sólo los descendientes), de posibilidad de su renuncia o pago anticipado en vida, de donaciones imputables, etc.

Si el debate se centra en las razones que podrían justificar su supresión o substancial modificación, éstas pueden ir desde la pretendida absoluta libertad de testar o que facilitaría la transmisión de la empresa o negocio familiar a mantener la autoridad del cónyuge sobreviviente si es el progenitor común o, justo por no serlo, evitarle problemas con los descendientes, etc.

Cabe pues preguntarse qué es lo que se quiere bajo el reiterado reclamo de supresión de la legítima y qué razones habrá que ponderar para sin duda, y, desde luego, necesariamente en el Código civil español, modificarla, pero en cualquier caso no suprimirla radicalmente.

Resulta indudable que en el último cuarto de siglo XX y en el ya largo primer decenio del siglo XXI se ha alterado radicalmente el concepto de familia patriarcal, y en gran parte de la España agrícola, por el de una familia más abierta y democrática, en la que pueden convivir hijos de diversos matrimonios o uniones (no siempre estables), con igualdad de todos sus integrantes, aunque con diferente rol, y que en nada impide el debido respeto y consideración a los progenitores. Situación en la que no es baladí la influencia de la Constitución de 1978 y el cambio de costumbres. Pero, en todo caso, debe decirse que igual que la estabilidad del vínculo matrimonial es una cuestión de elección moral y personal, el problema de la transmisión del patrimonio, forjado en gran número de familias mediante el trabajo de ambos cónyuges, debe situarse en relación con el régimen económico matrimonial —singularmente para los derechos del cónyuge viudo— pero, también, como ya se ha escrito, dentro de la certeza y garantía de la identidad y continuidad de las generaciones en el tiempo. Por tanto, la sucesión debe permitir a las sucesivas generaciones de una familia reconocerse como hijas de las anteriores, mientras que la estructura y estabilidad de la familia responde a los cambios de sensibilidad colectiva en materia de libertad personal.

Aunque ya ha sentenciado el Tribunal Constitucional alemán (BV erfG) el 19 de abril de 2005 la exigencia constitucional del mantenimiento de la legítima, si bien no excluye que pueda reducirse sólo a los descendientes, ni prejuzga su cuantía o

naturaleza, lo cierto es que en nuestra Constitución de 1978 resulta difícil encontrar un asidero para su mantenimiento ni en la proclamación del derecho a la herencia, art. 33, conectado con la libre disposición postrera de la propiedad, ni tampoco fácilmente con la protección a la familia, art. 39. Pero aquí sí puede decirse que una mínima conexión de una generación con otra es lo que permitirá reconocerse a uno mismo como lo que es, es decir, reconocer la propia identidad, y en este ser no puede dejar de estar también presente lo patrimonial.

Difícilmente podrá sostenerse que el patrimonio lo ha formado exclusivamente el causante progenitor, y aun de ser así —que seguro no han de faltar casos concretos— nada debería obstar a exigirse legalmente cuando menos la necesaria mención «de que nada se deja a los posibles legitimarios» siquiera sea para excluir el derecho a la legítima del descendiente, cuya negación ya implica en sí el mismo reconocimiento de su existencia, siquiera sea formal.

Parece pues que el problema legitimario debe reducirse no a la libertad de testar, sino a concretar qué debe ser la legítima, quiénes los legitimarios y cómo puede o debe pagarse o excluirse, incluso anticipadamente.

Las opciones son múltiples y, por lo ya dicho, parece que no debe reducirse al mero hecho familiar, sino que trascendiéndolo debería imbricarse en la propia identidad de la persona, en cuanto continuadora de las diversas generaciones de personas que le han precedido en su propio grupo familiar.

Así, y aun con indudable pleno reconocimiento a sus derechos sucesorios que pueden ser incluso [*cfr.* Dutch Supreme Court, HR 30 November 1945, *NJ* 1946, 62 (*De Visser/Harms*)], según los casos y naturaleza de los mismos, preferentes a los de los hijos —al efecto, destaca el reciente Libro IV del Código holandés, del 2003— no se encuentra razón para que sea legitimario el cónyuge o pareja estable; de la misma forma que sí respeta la continuidad generacional, que es el reconocimiento de la propia identidad, un posible salto transgeneracional (como hace la reciente reforma francesa de 23 de junio de 2006 en su *Code*). Y, por otra parte, no parece justificable la exclusión absoluta de la legítima en base a una pretendida facilidad en la transmisión de la empresa o negocio familiar. Aquí el problema para su continuidad suele estar en la dificultad de transmisión de la capacidad de liderazgo, de empuje y de acomodación a los cambiantes tiempos económicos, por tanto, y más cuando se reclama la «sucesión anticipada», debería reconocerse el posible pacto de pago anticipado de la legítima sobre el valor del patrimonio del causante en dicho momento, con lo que el favorecido con la empresa familiar o parte de su capital social quedaría ya libre de que dichos bienes pudieran verse afectados al pago legitimario al tiempo de la muerte del causante.

En conclusión, el problema no es la legítima, cuya absoluta eliminación en base a la identidad generacional de la persona puede presentar serios obstáculos constitucionales, sino su cuantía y base para el cálculo; su posible forma de pago incluso anticipado; su misma naturaleza y la determinación de los legitimarios que, cuando menos, necesariamente deberán ser los descendientes. Incluso reducida a éstos, continúa presentándose problemático si pueden ser considerados colectivamente —nada debe obstar al desigual reparto entre los mismos, aunque sí a un desmesurado elenco de causas de desheredación— o si puede bastar una legítima formal, sobre todo cuando, en general, bastaría para darle un contenido material imputar lo que se ha satisfecho en educación no obligatoria, adquisición de la vivienda, establecimiento profesional u otros gastos similares.

Ángel Serrano de Nicolás  
Director  
Doctor en Derecho  
Notario de Barcelona



## Editorial

- La debatida cuestión de la subsistencia de la legítima. *Por Ángel Serrano de Nicolás*

3



## Tribuna

- La calidad democrática. *Por Antonio Garrigues Walker*
- Joaquín Costa, Notario. *Por Eloy Jiménez Pérez*
- El nuevo papel del Protectorado en las fundaciones. *Por Eladi Crehuet i Serra*
- Crisis también jurídica. *Por Joan Roca Sagarra*
- Nueva etapa y nuevas prioridades. Mirando hacia adelante. *Por Joan Carles Ollé i Favaró*

6

9

11

13

15



## Entrevistas

- «El gran objetivo será un nuevo pacto fiscal para Cataluña por la vía del concierto económico». *Por Germà Gordó, Secretario del Gobierno de la Generalitat de Cataluña.*
- «Saldremos de la crisis transformando el actual modelo económico». *Por Miquel Valls, Presidente de la Cámara de Comercio, Industria y Navegación de Barcelona.*

18

21



## Doctrina

- Usufructo del Derecho de Propiedad Intelectual. *Por Francisco Rivero Hernández*
- Colación de donaciones y sucesión en Derecho Catalán. *Por Albert Lamarca i Marquès*

27

44



## Práctica

- Sociedades: en especial, su constitución. 1 de septiembre de 2010 hasta hoy: ¿qué ha cambiado y qué más va a cambiar? *Por Javier Micó Giner*
- Las adjudicaciones por disolución del régimen de separación de bienes y el Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y actos jurídicos documentados, tras la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de abril de 2010. *Por Benjamín Górriz Gómez*

62

79



## Internacional

- Hacia un Derecho matrimonial europeo: nuevos pasos. *Por Elisabeth García Cueto*

84



## Sentencias

- Tribunal Supremo. *Por Redacción de LA LEY y bajo el suministro del CENDOJ*
- Tribunal Superior de Justicia de Cataluña: correspondientes al primer trimestre de 2011. *Por Víctor Esquirol Jiménez*

88

92



## Resoluciones

- Reseña de las resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado y de la Dirección General de Derecho y Entidades Jurídicas de la Generalitat correspondientes al primer trimestre del 2011. *Por Fernando Agustín Bonaga y Víctor Esquirol Jiménez*
- Efectos de la publicación en el BOE de las sentencias revocatorias de resoluciones de la DGRN. *Por Antonio A. Longo Martínez.*

97

111



## Bibliografía

- «Sistemas jurídicos comparados. Lecciones y materiales», Gianmaria Ajani, Miriam Anderson, Esther Arroyo i Amayuelas y Bárbara Pasa. *Por Ángel Serrano de Nicolás*

116



## Vida Corporativa

- Noticias corporativas y del mundo del Derecho

119

## La calidad democrática



ANTONIO GARRIGUES WALKER

*Licenciado en Derecho por la Universidad de Madrid. Presidente de la Firma Garrigues, de la Fundación Garrigues y de la alianza iberoamericana de abogados «Affinitas». Experto legal en inversiones extranjeras en España, ha asesorado a grandes multinacionales y al Gobierno español. Es Presidente de honor de España de ACNUR, Doctor Honoris Causa por la Universidad Ramon Llull, la Universidad Europea de Madrid y la Universidad Pontificia de Comillas; y Presidente de la Cátedra Garrigues de Derecho Global de la Universidad de Navarra, entre otros.*

El estamento jurídico español no puede desentenderse de ningún tema que afecte a la calidad democrática porque sería tanto como desentenderse del funcionamiento del propio sistema jurídico. Es, de hecho, el estamento que debería vigilar con más cuidado, y con más rigor, los problemas que están afectando seriamente al desarrollo de la vida política.

**En España hemos renunciado al diálogo.** No sólo al diálogo político, sino al diálogo **en todas sus formas**. La sociedad en su conjunto se está radicalizando de una forma inquietante. A veces se tiene la sensación de que estamos regresando a la más vieja y antigua dialéctica derecha/izquierda con toda su intensidad demagógica, expresiones de odio visceral y el componente religioso a flor de piel. Hemos olvidado, una vez más, que la democracia es un sistema cuyo objetivo básico es el de facilitar la convivencia, no en el acuerdo que sería cosa de poco mérito, sino justamente en el

desacuerdo, —que es lo que suele haber— y esa convivencia es precisamente fruto de un diálogo en el que hay que aceptar, como principio rector que no podemos tener —porque nunca se puede tener— toda la razón y que siempre se pueden buscar soluciones aceptables o, como mínimo, tolerables para todos.

Una gran mayoría de nuestros ciudadanos estaría sin duda dispuesta a crear, en esta difícil encrucijada, un clima más animoso y más esperanzado, que es el ingrediente esencial, el activo básico para afrontar cualquier problema sea del orden que sea, porque el factor psicológico es mucho más importante que los factores meramente técnicos. Una palmada en el hombro y una frase de ánimo oportuna ayudan más eficazmente a cualquier ser humano que el más elaborado consejo profesional. Pero la voz de los que piensan así ya no se escucha. **La escena pública la abarrotan y la dominan los oportunistas, los sectarios**

**y los radicales.** Aún no tenemos, para poder luchar contra esta fauna, una sociedad civil alerta, vigorosa, comprometida, capaz de ejercer, sin miedo a ningún poder, la denuncia y la crítica y dispuesta a aportar objetividad y decencia intelectual a todos los debates.

Al colocar al **estamento político** como una de sus preocupaciones más serias —la tercera preocupación después de la crisis económica y el paro— esa ciudadanía está denunciando, a voz en grito, a un estamento a quien **parece traerle sin cuidado perder su credibilidad a marchas forzadas**. Por regla general los políticos ignoran o desprecian estas encuestas y cuando se les inquiere sobre el tema suelen reaccionar con hábil sarcasmo. Pero no es éste un tema para el humor y sobre todo no es un tema menor. **El sistema democrático se perjudica y se deteriora seriamente si la imagen de los políticos y los partidos políticos guarda relación para la opinión pública** —y eso



es lo que está sucediendo— **con la corrupción, la falta de principios, el tacticismo, la ineficacia, la doble moral y otros males**. Se debe añadir de inmediato, e incluso asegurar que esta imagen **no corresponde a la realidad**, que la situación no es ni mucho menos tan desoladora, pero entonces habrá que hacer algo para que la sociedad comprenda bien y con claridad el papel necesario e insustituible que cumple el estamento político en un régimen democrático. No es una tarea imposible. Ni siquiera difícil. Pero hay que hacerla porque de vez en cuando conviene recordar los principios básicos de toda función pública para poder replantearse, con buen sentido, conductas, actitudes y soluciones. Todo menos continuar un proceso de radicalización que, ade-

más de dañino, empieza a ser incontrolable y podría llegar a ser irreversible.

Al colocar al estamento político como una de sus preocupaciones más serias —después de la crisis económica y el paro— esa ciudadanía está denunciando a un estamento a quien parece traerle sin cuidado perder su credibilidad a marchas forzadas

**Tenemos que recuperar la capacidad de diálogo.** Sin diálogo social, sin diálogo político, sin diálogo económico, sin diálogo

sobre la justicia y la educación, sin diálogo sobre la estructura del estado, sin diálogo sobre ninguno de los temas que requieren diálogo, vamos a complicarnos la vida en exceso.

Un ejemplo concreto. **Las relaciones entre España y Cataluña se han ido empobreciendo y deteriorando de forma progresiva en los últimos tiempos.** Se puede y se debe revertir ese proceso pero no va a ser tarea fácil. Se trata de unas relaciones que siempre han sido y siempre serán complejas y cambiantes. Unas relaciones que requieren esa “larga paciencia” de la que hablaba Ortega y Gasset. Es inútil, en todo caso, tratar de simplificarlas acumulando tópicos y lugares comunes; y peligroso, muy peligroso, encararlas con



© Taco Anema / Wolters Kluwer



dogmatismos o prejuicios de cualquier género. Es este uno de los debates en el que los ignorantes y los fanáticos suelen tener mucho más protagonismo del que merecen. Reducir ese protagonismo al máximo sería, por lo tanto, un primer objetivo.

**El diálogo entre España y Cataluña no puede limitarse exclusivamente a cuestiones relacionadas con el nacionalismo. La radicalización progresiva ha logrado reducir a un mínimo y a veces secar enteramente otra serie de relaciones culturales, sociales e incluso económicas y empresariales**

Un primer tema. **El diálogo** entre España y Cataluña **no puede limitarse exclusivamente a cuestiones relacionadas con el nacionalismo**. La radicalización progresiva que se ha ido desarrollando como consecuencia del estatuto y otros debates, no solo ha bloqueado el diálogo político. Ha logrado reducir a un mínimo y a veces secar enteramente otra serie de relaciones culturales, sociales e incluso económicas y empresariales, hasta crear una sensación de aislamiento y de distancia sumamente inconfortable y negativa. **Hay que recuperar todas las relaciones en su plenitud y esta tarea corresponde a las sociedades civiles respectivas**. Nuestras universidades, fundaciones y asociaciones —ya existen algunos proyectos en marcha— tienen que volver a establecer fuentes de diálogo activo que logren normalizar y enriquecer

la relación entre las dos ciudadanía y que sirvan de contrapeso natural al extremismo político y al de los medios de comunicación.

Un segundo tema. **El debate actual sobre el modelo autonómico** —a pesar de que ha comenzado con todos los excesos habituales— **debería ser la ocasión para estrenar un nuevo estilo de diálogo**. No podemos desaprovechar la oportunidad y aún menos convertir este tema en un arma electoral pura y dura porque se dañaría gravemente la convivencia en España y se retrasaría en exceso la solución de muchos problemas. Aceptemos en primer término que **no estamos en condiciones políticas ni sociológicas para afrontar cambios radicales en el modelo autonómico a corto plazo** y aceptemos también que la actual crisis económica no puede condicionar, en forma alguna, decisiones políticas que afecten a la esencia y a la evolución de ese modelo. Durante la larga época de crecimiento económico se produjeron muchos excesos en todos los ámbitos y en todos los sectores que estamos empezando a corregir con una lentitud exasperante. **Entre esos excesos** —y de manera destacable— **figura el del gasto autonómico, pero ello no justifica en modo alguno cuestionar o condicionar la viabilidad de un modelo que ha sido y será claramente positivo para España**. Necesitamos un período —por mínimo que sea— de calma y sosiego. No vamos a poder con todos los problemas al mismo tiempo.

Pero eso no implica que demos la espalda a una realidad inquietante. Existe en España —y muy especialmente en Madrid—, una ola recentralizadora profunda que no

se limita a grupos conservadores y existe en Cataluña —y muy especialmente en Barcelona— una ola independentista que ha alcanzado una magnitud desconocida hace pocos años. Si no controlamos, desde ahora, el movimiento de esas olas con prudencia y habilidad, nos encontraremos súbitamente en una mar arbolada sin líderes expertos en navegación azarosa en la que, para reducir el riesgo, la norma básica será la de poner proa a las olas sin vacilación ni contemplaciones.

Mucho más útil que abrir sin pausa capítulos de agravios y deslealtades, será **aceptar que todos los temas que se han puesto sobre la mesa son perfectamente debatibles y consensuables**. A los modelos territoriales les sucede lo mismo que a los sistemas democráticos: son y serán siempre perfectibles. Nuestro modelo autonómico —que es una de las formas de ser federal— admite desde luego crecimientos asimétricos que respondan a las distintas sensibilidades históricas; admite, también, conciertos fiscales y otras medidas que profundicen y garanticen el autogobierno; y admite finalmente normas y controles que eviten procesos de desintegración y aseguren una solidaridad eficaz que aumente y no empobrezca los niveles de exigencia. **Es una cuestión de tacto, equilibrio y sensatez política** que ya hemos demostrado en otras ocasiones y en otras materias.

**El mundo jurídico puede y debe ofrecer** en estos momentos y en estos temas **su capacidad para el análisis objetivo, el diálogo racional y civilizado y sobre todo el rigor jurídico**.

## Joaquín Costa, Notario



ELOY JIMÉNEZ PÉREZ

*Notario de Zaragoza. Decano del Colegio Notarial de Aragón*

La vida es una sucesión de momentos, que dejan recuerdos en cada uno de nosotros y en los que los comparten, directa o diferidamente, cuando, con el verbo o la pluma, alguien aviva los recuerdos del pasado y hace Historia.

Joaquín Costa Martínez, para mí, en principio, es Historia; es un compañero Notario de un siglo anterior, pues ambos nacimos el año 46, él de los 1800 y yo de los 1900.

Pero, en mi recuerdo, **Joaquín Costa es algo más que un compañero del siglo anterior, porque su nombre y su huella están reiteradamente presentes en mi ejercicio profesional.**

El 6 de julio de 1991 en las oficinas provisionales —el edificio estaba en obras— del Colegio Notarial de Zaragoza, hoy de Aragón, dieciséis Notarios de diferentes Colegios constituimos la **Primera Asociación Notarial**. Se nombró una Comisión Gestora, entre la que me encontraba, y me facultaron para gestionar su legalización,





1. **DÍ SIEMPRE LA VERDAD.** Ser fedatario es un privilegio, pero también una gran responsabilidad. Si no dices la verdad, no eres notario.
2. **DÍ NO, CUANDO NO PUEDAS DECIR SÍ.** El control de la legalidad es inherente a la función Notarial. Si tienes dudas mejor que no intervengas, perderás muchos números de protocolo, pero dormirás bien.

3. **EQUILIBRA LAS POSICIONES.** El Notario debe asesorar imparcialmente a todas las partes, pero en especial al que este más necesitado de tal protección. Sé el abogado de quien no lo tenga.
4. **DEFIENDE LA LIBRE ELECCIÓN DE NOTARIO.** O el derecho que los ciudadanos tienen a elegir al Notario más idóneo con total libertad.
5. **HUMANIZA TU TRABAJO.** La función notarial es de ejercicio individual, su límite cuantitativo máximo debe ser, en todo caso, la capacidad humana.
6. **GARANTIZA LA SEGURIDAD JURÍDICA PREVENTIVA.** Ésta, basada en la escritura pública y el Registro, garantiza las transmisiones y gravámenes de los bienes, de forma previa y prácticamente inmediata a su firma y es una maravilla; un valor económico en sí misma. Debemos mantenerla, mejorándola, hacia el

servicio de los ciudadanos, que hoy la disfrutan.

7. **DEFIENDE LA LIBERTAD DE PACTO.** Los ciudadanos tienen derecho a reflejar en el protocolo su libre y plena voluntad, sin otro límite que la legalidad de la misma.
8. **TEN ESPÍRITU DE SERVICIO.** Quienes ejercemos una función pública sólo estaremos justificados si servimos a los ciudadanos de la sociedad de la que formamos parte y nunca si perdemos ese contexto.
9. **EXPRESA TU PENSAMIENTO.** La libertad de expresión es un derecho de todo notario. Puedes tener grandes ideas, pero si no las expresas nadie puede conocerlas.
10. **PARTICIPA Y VOTA.** Asiste e intervién en las reuniones de los colegios y todas las corporativas; vota cuando puedas y defiende, a su vez, el poder votar siempre.

por ser notario de la Plaza. A dicha Asociación la denominamos **“Libre Asociación de Notarios Joaquín Costa”**.

El nombre de la Asociación Joaquín Costa, que hoy presido, no es casual, sino que, a propuesta de José Luis Mezquita del Cacho, lo elegimos por encontrar en su persona las metas que nos proponíamos al constituirla; y así en nuestro manifiesto constitucional, puede leerse:

En su obra *Reforma de la fe pública*, Joaquín Costa concibe al notario no sólo como un mero fedatario, sino como un «legista», un jurisconsulto defensor del buen ejercicio de la función notarial en su labor equilibradora

«Esta libre asociación de opinión notarial acerca de temas y problemas profesionales, pero más especialmente de cuantos se pro-

yecten en las preocupaciones de la sociedad a que servimos, será constituida invocando el nombre emblemático de Joaquín Costa (...)».

**El pensamiento de Joaquín Costa acerca del Notariado se recoge fundamentalmente en su obra *Reforma de la fe pública*, en la que, como señala Rodríguez Adrados, recalca su concepto de notario como fedatario, pero no sólo mero fedatario, sino uno que es además un «legista», un jurisconsulto; y que también defiende el buen ejercicio de la función notarial y su labor equilibradora, etc.**

Cada persona tiene una idiosincrasia derivada de ser una sustancia individual y, además, matizada por las circunstancias del tiempo y lugar en que cada uno vivimos, que nos hacen ser diferentes. Pero Joaquín Costa también destacó en otros campos —como el ser político o escritor— que hacen de él una persona especial, una fuerza de la naturaleza difícil de encasillar; en definitiva, un hombre de buena voluntad.

Joaquín Costa falleció hace ya un siglo y yo quisiera catalizar sus ideas para transmitir las actualizadas, recogiendo lo que él pensaba; aunque en esta elucubración se entremezclará indefectiblemente el sedimento que en mí ha dejado el ejercicio de la función durante casi 40 años. Y con ello, **quisiera transmitirlos**, a través de sus recuerdos y mi experiencia, **un decálogo de cómo debe ser el buen ejercicio de la función notarial**.

Pido disculpas a Don Joaquín porque seguramente él no suscribiría todo lo dicho, pero es indudable que estas líneas provienen de su inspiración e influencia y reflejan mi admiración por él.

Y concluyo, diciendo que **en el cumplimiento de estas normas, adaptadas a los nuevos tiempos, seremos buenos notarios. La sociedad así lo apreciará, nos necesitará y asegurará nuestra supervivencia, a pesar de los cambios que se produzcan.**

# El nuevo papel del Protectorado en las fundaciones



## ELADI CREHUET I SERRA

*Notario de Barcelona. Ha sido profesor de Derecho Civil en la Universidad de Girona, es colaborador en diversas revistas jurídicas y económicas, y fundador de la Fundació Àpoca. Autor de diversos libros, es miembro de la Comisión Jurídica Asesora y del Patronato de la Fundació Malalts Mentals de Catalunya.*

El denominado caso *Palau* constituye un ejemplo paradigmático de cómo la utilización partidista de un edificio y un apellido ilustres por parte de una fundación puede producir unos efectos sociales y jurídicos indeseados, dado que puede llegar a generar un sentimiento generalizado de desconfianza hacia todas las personas jurídicas de tipo fundacional, especialmente de aquellas que recibían —y reciben— dinero de instituciones públicas.

**La proposición de Ley del Protectorado respecto de las fundaciones y asociaciones de utilidad pública**, presentada en la mesa del Parlamento por el Grupo Socialista (BOPC del 14 de febrero de 2011) —norma que, cuando se publique este artículo, quizá ya habrá entrado en vigor, con sus debidas enmiendas y modificaciones— **demuestra claramente la existencia de una voluntad política de combatir la desconfianza generada por el caso *Palau***, reforzando el papel inspector del Protectorado en el ámbito de actuación de las fundaciones, tanto públicas como privadas,

**y también** (y esto es una novedad) **en el ámbito de las asociaciones de utilidad pública**, si bien con respecto a estas últimas sólo se regulan funciones de asesoramiento y apoyo, de depósito de cuentas y de seguimiento.

**La disposición transitoria cuarta del Libro III del Código Civil de Cataluña contemplaba que el Gobierno de la Generalitat debía presentar un Proyecto de Ley del Protectorado en el plazo de seis meses a partir de la entrada en vigor de aquella ley**, plazo que el Gobierno no ha cumplido. Esta misma disposición transitoria, que **quedará derogada** cuando se publique la nueva Ley del Protectorado, también establecía la posibilidad de que el Protectorado pudiera inspeccionar, cuando lo considerase necesario, los libros, los documentos y las actividades de las fundaciones y enumeraba determinados supuestos de inspección (entre otros, el de destinar recursos a gastos no relacionados con el objeto fundacional o desproporcionados con respecto al volumen de ingresos), supuestos que han sido

recogidos y ampliados por el artículo 6 de la proposición de ley.

**La proposición presentada dedica una especial atención a las funciones del Protectorado con respecto a las fundaciones, a cuya regulación destina casi la mitad del articulado.** Así pues, **en el capítulo II distingue entre las funciones de asesoramiento y de apoyo, las de registro y las de supervisión y tutela.** Entre estas últimas ocupan un lugar preeminente **las funciones de inspección, que se regulan detalladamente en el capítulo III.** En dicho capítulo se determinan las actuaciones de inspección y las potestades inspectoras y se dice que, cuando las actuaciones inspectoras lo requieran, el personal inspector podrá acceder al domicilio y a los locales de las fundaciones, así como solicitar una auditoría de cuentas de la fundación. En el mismo capítulo III se contempla, entre otras medidas, la posibilidad de que el Protectorado ejercite determinadas acciones de impugnación de acuerdos y de responsabilidad civil contra los patrones, en



caso de desvío de fondos o recursos de la fundación o respecto de las finalidades fundacionales. También se establece que, en determinados supuestos de especial gravedad, el Protectorado pueda solicitar de la autoridad judicial la intervención temporal de la fundación. Finalmente, se regulan las facultades de suplencia y nombramiento de patrones, en los términos reconocidos en el Código Civil de Cataluña.

Cabe destacar, por otro lado, que **el capítulo IV de la proposición presentada se refiere a la responsabilidad administrativa** de las fundaciones y al régimen sancionador, distinguiendo entre infracciones muy graves, graves y leves. Entre las infracciones muy graves, que pueden ser sancionadas con una multa de 3.000,00 a 9.999,00 euros, se tipifican la de ejecutar acuerdos o realizar actos que requieran la autorización del Protectorado sin haberla obtenido y la de obstruir la función de supervisión y de inspección del mismo.

El denominado caso *Palau* constituye un ejemplo paradigmático de cómo la utilización partidista de un edificio y un apellido ilustres por parte de una fundación puede producir unos efectos sociales y jurídicos indeseados

En la memoria justificativa de la iniciativa presentada, se destaca que el **Protectorado debe ser el garante del correcto desarrollo de los derechos de las fundaciones**, en especial cuando reciben dinero de colectivos indeterminados de ciudadanos y ciudadanas o de las administraciones públicas.

A la vista de los preceptos citados, parece evidente que el caso *Palau* ha influido poderosamente en la elaboración de la proposición de Ley del Protectorado presentada, hasta tal punto que, si no se hubiera producido el caso, dicha proposición de ley tendría, probablemente, un carácter menos intervencionista.

El principal reproche que puede hacerse a esta proposición normativa es precisamente éste: **el legislador ha dejado de confiar en la gestión de los patrones de las fundaciones** —al menos en la de determinados patrones de determinadas fundaciones— y no sólo endurece el régimen sancionador de las posibles infracciones cometidas, sino que también **amplía y refuerza las funciones de inspección que tiene atribuidas el Protectorado**. Así pues, el Protectorado se erige en una pieza clave de cara a la credibilidad y la transparencia de las cuentas de las fundaciones, de modo que puede decirse que, a partir de la promulgación de la ley proyectada, el Protectorado puede llegar a formar parte —como miembro virtual— del Patronato de cada fundación. Deberá comprobarse, no obstante, si esta actividad fuertemente fiscalizadora por parte de la Administración es compatible con el derecho de fundación reconocido por el artículo 34 de la Constitución y con las tendencias de la normativa europea en dicha materia, que preconizan un control *ex post* y no *ex ante*.

Sin embargo, no todos los patronatos de las fundaciones catalanas merecen esta desconfianza por parte del legislador. Hay muchos, probablemente la mayoría, que nunca han desviado ni un euro del dinero —público o privado— que han recibido y que han cumplido de forma escrupulosa con sus obligaciones contables. Tal vez la Ley del Protectorado debería hacer alguna

referencia a estas fundaciones y a estos patronatos y evitar que sus miembros puedan ser mirados con suspicacia.

Por otro lado, **la Ley del Protectorado**, ante la creciente complejidad de las obligaciones contables que han sido impuestas a todas las fundaciones —las grandes y las pequeñas—, **también podría establecer como función específica del Protectorado, al menos con respecto a las fundaciones de tamaño reducido, la de colaborar activamente** —y no sólo la de verificar o asesorar— **en la confección de esos documentos contables**, evitando los posibles errores derivados del desconocimiento de la normativa aplicable y de las técnicas contables vigentes.

Parece evidente que el caso *Palau* ha influido poderosamente en la elaboración de la proposición de Ley del Protectorado

Por último, cabe poner de relieve que **la disposición adicional cuarta de la proposición presentada se refiere a la colaboración de los notarios y notarias con el Protectorado** en estos términos: «Los notarios y notarias deben enviar de oficio al Protectorado una copia electrónica de las escrituras que eleven a público cualesquiera de los actos inscribibles en el Registro de Fundaciones. En el momento de abrir la sucesión, los notarios y notarias deben también informar de las disposiciones testamentarias a favor de las fundaciones o que manifiesten la voluntad del causante de constituir la fundación».

Por tanto, **a partir de la entrada en vigor de la Ley del Protectorado, los notarios y notarias de Cataluña tendremos que colaborar con el Protectorado**, como mínimo, **en un doble aspecto: enviándole copias electrónicas de actos inscribibles e informándolo de determinadas disposiciones testamentarias** (¿no sería mejor hablar de actos de última voluntad?) a favor de las fundaciones. En efecto, esta última obligación ya está establecida por el Reglamento Notarial en un sentido más genérico (artículo 179), pero no estaría en absoluto de más que estuviera específicamente recogida en la Ley del Protectorado de las fundaciones catalanas.

## Crisis también jurídica



JOAN ROCA SAGARRA

*Abogado en Roca y Junyent Asociados. Profesor en la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Barcelona. Miembro de la Junta del Círculo de Economía y la International Bar Association, entre otros.*

Las **explicaciones a la crisis** que se han venido ofreciendo desde una perspectiva únicamente económica o financiera no parecen suficientes. Son cada vez más los que intentan abrir espacio a otros **análisis y aproximaciones que permitan, traspasando la disciplina de la Economía, un análisis desde prismas éticos, desde la filosofía política o desde los cambios sociales que debilitan (o en todo caso afectan) a los valores colectivos**. Resulta especialmente interesante la lectura de la obra colectiva *La crisis de 2008. De la Economía a la política y más allá*, coordinada por el Profesor Antón Costas, quien subraya que, para una adecuada gestión de la crisis, tanto para la gestión a corto plazo de la recesión y la recuperación de la economía, como para la de los problemas de largo plazo, **es crucial analizar las motivaciones y causas desde una pluralidad de ámbitos**, atendiendo a variables que superen las del análisis económico tradicional. Si por algo se caracteriza esta sociedad globalizada es por su diversidad, su pluralidad, por lo que es de sentido común escapar de explicacio-

nes unidireccionales, como verdades únicas e inquebrantables, pues en el mundo hoy todo se halla interrelacionado, con lo que cualquier análisis requiere de enfoques desde distintos prismas.

Uno de los campos que no puede ser ignorado, tanto para el análisis de la crisis como para poner los cimientos para superarla, es el del Derecho. La norma es necesaria. Como decían los clásicos, de más seguridad goza un ciudadano en un Estado de Derecho, que el más poderoso y rico de los marajás. **No habrá persona más libre que la que viva en un Estado democrático de Derecho**. Siempre bajo el imperio de la Ley, que ofrezca seguridad jurídica para vivir conociendo la norma aplicable de forma previa y siempre escrita. El Derecho es crucial para conformar la vida en sociedad, para poder facilitar que los valores colectivos se traduzcan en normas que impulsen el interés general y que imponga el sentir de la mayoría de los ciudadanos. Y de ahí que el Derecho, que convierte los valores colectivos en norma, siempre vaya

por detrás de la realidad social que le da sentido y lo conforma.

**El Derecho sirve para obligar a un determinado comportamiento colectivo, de manera que si los valores no son sólidos, el Derecho se resiente;** en la medida que los valores han padecido un claro debilitamiento en las últimas décadas, también se ha visto indirectamente afectado. Cuando todo vale, cuando —como muy bien describe Josep Ramoneda en sus interesantes reflexiones sobre la «pérdida de la noción de límite»— se avanza hacia el «totalitarismo de la indiferencia», el principal perjudicado es el Derecho y todos los que a éste representan. Su debilidad es absoluta ante el «todo es posible».

Los conflictos, antes de la crisis, se solucionaban con criterios economicistas; con el auge del *Management* empresarial en el que todo y todos tienen un precio, surge en Estados Unidos el concepto del *Bargaining* para definir y regular el procedimiento de negociación previo a una causa judicial,



donde uno puede evitar años de prisión por delatar a otros, o puede finalmente alcanzar un acuerdo económico para evitar una causa penal. El Derecho sufre un desgaste, es evidente; y ello es todavía más punzante si se tiene en cuenta que la traducción de *bargain* es «ganga» o «artículo de ocasión». **El Derecho se ha sustituido por procedimientos en que las partes acaban transaccionando «gangas» en lugar de sanciones que la Ley había impuesto** por delitos que, en el propio procedimiento de mediación, se reconocen y aceptan como probados. **De ahí que podamos afirmar que la crisis es también jurídica.**

Se dice que una de las explicaciones a la crisis es la «pérdida de confianza»: **la seguridad económica (así como también la social y la convivencial) requiere de la previa seguridad jurídica. Necesitamos de un marco jurídico estable, que no sea negociable.** Si no hay límites, ¿qué papel otorgamos al Derecho? Recogía la profesora Victoria Camps que para promover la enseñanza y la educación, lo primero y fundamental es «creer en la educación». Y

lo mismo sucede **con el Derecho: hay que creer en él para que resulte instrumento eficaz para facilitar la convivencia en sociedad.** Hay que tener claro que se cree en la educación, para poder imponer los límites y las durezas que la misma exige. Pues igual sucede con el Derecho; nadie dijo que resultaría fácil imponer una sanción ni mucho menos aceptarla, pero es la base de la libertad de los demás.

---

Cuando todo vale, cuando se avanza hacia el «totalitarismo de la indiferencia», el principal perjudicado es el Derecho y todos los que a éste representan. Su debilidad es absoluta ante el «todo es posible»

---

¡Qué ingrato es, en este sentido, el Derecho! ¡Cuántas veces se concluye, en base a una concreta normativa, que tal o cual solución no es posible! **El Derecho es incómodo. La norma es limitativa y**

**frustrante. Y por ello, el Derecho sufre;** y no es que se haya visto debilitado ahora por aquella incidencia indirecta de un mundo sin límites. Sino que **el Derecho mismo se ha visto debilitado porque, en tanto que obstaculizante, es esquivado y evitado en un mundo que queremos y pretendemos totalmente libre, sin límites ni fronteras.** La debilidad del Derecho en los últimos años no se ha producido únicamente de forma indirecta por la carencia de valores claros, sino también por sí mismo, como consecuencia directa de la incredulidad de que el Derecho podía ser instrumento válido de solución de controversias. Los medios de comunicación recogen en titulares afirmaciones que, desde los más diversos ámbitos, ignoran la regulación sobre el asunto en particular y empiezan a opinar desde el «yo creo» o «no parece justo». Muchos debates podrían ser más eficaces y educativos si los líderes de la opinión publicada tuviesen en cuenta qué exige la Ley y cómo regula la norma las actuaciones que están en discusión.

Se estudiaba en las facultades de Derecho la diferencia entre el «ser» y el «deber ser»; pues bien, **el debate se ha centrado en los últimos años en intentar redefinir el «deber ser»,** con lo que las discusiones se convierten en estériles debates sobre cómo debería normarse una u otra actuación, mientras quien incumplió la norma sigue sin ser sancionado y ofreciendo una muestra más de que todo vale. Se podrá debatir mucho sobre la legitimidad de «okupar» un edificio vacío, pero lo único cierto es que hoy en día la norma sigue protegiendo la propiedad privada y, mientras el interés general no sea otro, debe hacerse respetar.

La crisis económica llegó después de que durante lustros se hablara tanto de la «politización de la justicia» como de la «judicialización de la política». Quizás **hemos llegado tarde a darnos cuenta que el problema principal** no era ni lo uno ni lo otro, sino que **la auténtica crisis estaba germinándose como consecuencia a la «ajuridicidad» con que se sirve a la política o se administra justicia o, en general, con que se vive en sociedad. La salida de la crisis pasará necesariamente por reconstruir la noción de «límites».** No todo vale. De ahí la necesidad de recuperar el valor del Derecho, como primer paso hacia el respeto a la norma y, así, asegurarse la eficacia de la misma.



## Nueva etapa y nuevas prioridades. Mirando hacia adelante



JOAN CARLES OLLÉ I FAVARÓ

*Notario de Barcelona y Decano del Colegio Notarial de Cataluña*

**En el Pleno del Consejo General del Notariado del pasado 8 de agosto se dejó atrás, esperemos que definitivamente, una etapa de fuerte inestabilidad institucional** en el notariado que estaba perjudicando gravemente a la corporación. No es ahora el momento de analizar las causas que condujeron a esta situación, bastante conocidas por otra parte, pero en todo caso sí se puede constatar que el hecho de haber sido relevados tres Presidentes en los tres últimos años pone en evidencia la necesidad de superar o mejorar determinados aspectos de la política corporativa que terminaron por llevar a los notarios a una grave crisis interna. **Hacía falta dar un golpe de timón que facilitase un cambio de rumbo y es lo que se ha producido.**

Siempre he defendido que no se trataba de cambiar las personas sin más, pues eso a nada conduciría, sino más bien de renovar equipos para introducir cambios en aquellos aspectos de la política notarial que se habían revelado inadecuados o inefica-

ces. La nueva dirección salió elegida con un programa (que en su momento fue remitido a todos los notarios) que es un punto de encuentro, de equilibrio entre sensibilidades distintas y entre Decanos que en el pasado habíamos tenidos discrepancias y puntos de vista diferentes sobre temas importantes de nuestra profesión. Creo sinceramente que si Decanos que venimos de puntos de partida distintos, hemos sido capaces de consensuar ese programa, de encontrar ese mínimo común denominador, quizás **haciendo un poco de esfuerzo entre todos podamos lograr que se convierta en el proyecto común de todos o, cuanto menos, de la gran mayoría de Colegios y notarios españoles.**

El resultado de la reciente elección es muy esperanzador: **la nueva dirección no obtuvo ningún voto en contra, lo que supone un gesto de confianza muy positivo** y un avance importante en el proceso de recuperación de la unidad interna. Entre todos, sin mirar atrás ni buscar culpables,

estoy convencido de que seremos capaces de superar la grave división que ha aquejado al notariado en los últimos tiempos. Ahora se abre una nueva etapa, en la que precisamente **lo que se propone es mirar hacia delante y concentrarnos en el futuro** y en la difícil situación en que se encuentra nuestra corporación, que tendremos que encarar y resolver. Desde luego no hay ninguna voluntad de revanchismo ni de exclusión. **Hay plena voluntad de contar con todos aquellos que quieran colaborar y participar en la gestión de la institución.**

**El cambio lo será fundamentalmente de estilo y de prioridades.** De estilo, porque existe la voluntad de introducir la máxima transparencia, información y diálogo permanente con todos los Decanos, una demanda generalizada en la anterior etapa. No habrá propuestas cerradas, se trata de que todas las decisiones se debatan y se consensuen entre los diecisiete Colegios, llegando, a ser posible, a los más amplios

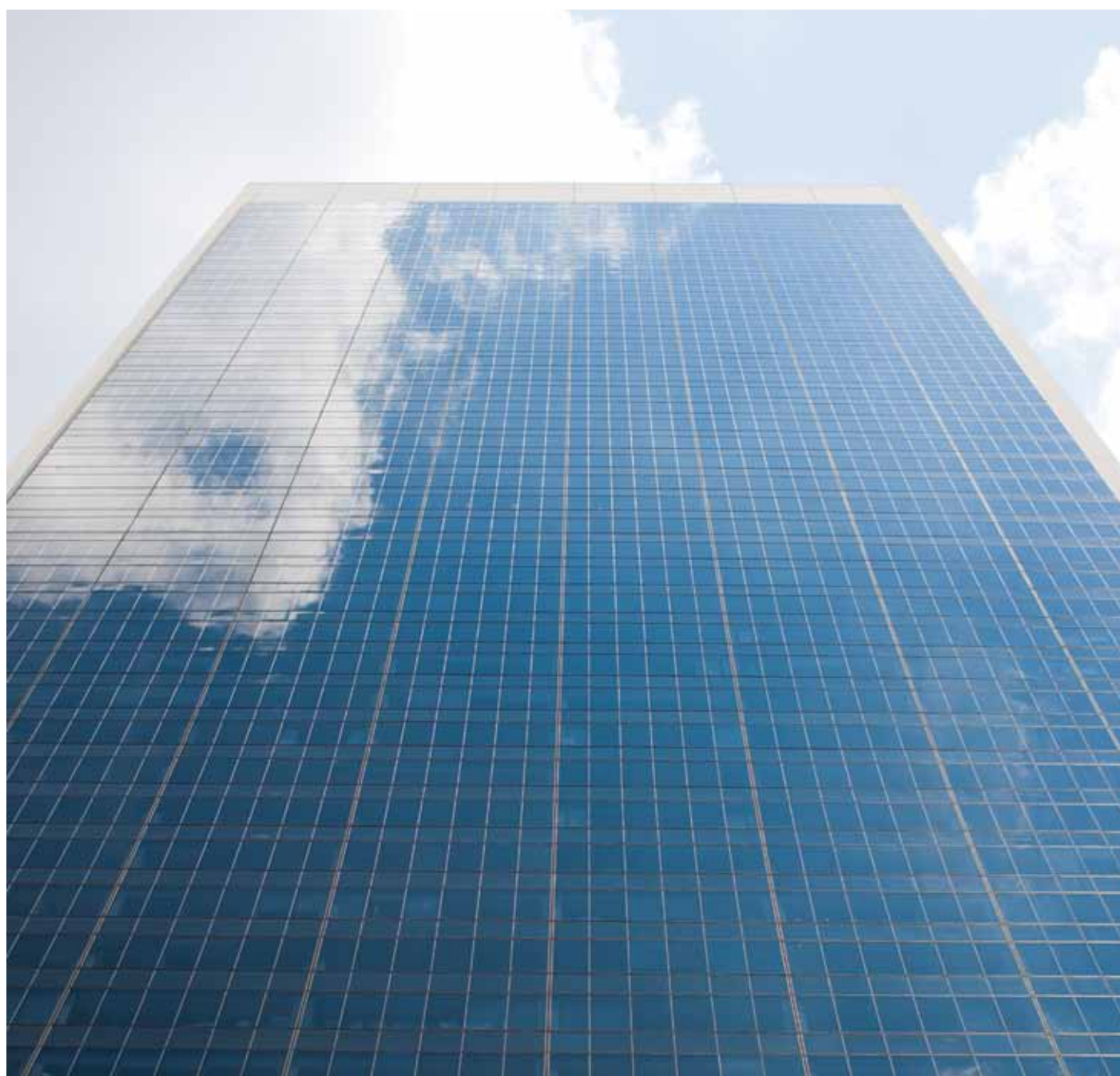


acuerdos. Lógicamente la responsabilidad del Presidente, Manuel López Pardiñas, y mía como Vicepresidente, es la de dirigir y liderar la corporación y, por tanto, de impulsar las iniciativas y presentar las propuestas. Pero **se va a hacer el máximo esfuerzo en consensuar e integrar posiciones y en huir del “rodillo” y de los “bloques”,** que han sido precisamente líneas de actuación que se han revelado

enormemente nocivas para el interés general de nuestra profesión.

En cuanto a las prioridades, se van a mantener por supuesto estrategias de largo recorrido del notariado: **fuerte defensa de la función notarial y del control de legalidad notarial, y de la unidad de cuerpo, continuidad en el impulso del proyecto tecnológico del notariado, máxima cola-**

**boración con las Administraciones y los Tribunales de Justicia en el suministro de información para combatir el fraude fiscal y el blanqueo de capitales,** entre otras directrices. Sin embargo, es preciso abrir nuevas líneas de actuación en diversos ámbitos de gobierno corporativo: se va a poner el acento en un **mayor control político del Pleno del Consejo sobre Ancert, S.L. y Serfides, S.L.** que frene y reconduz-





ca el creciente proceso de externalización de estas compañías, también **se reconsiderará el capítulo de compensaciones institucionales**, de manera que atiendan estrictamente al perjuicio objetivo que se le causa al notario que ejerce el cargo corporativo, en los términos de la ley y las sentencias de los tribunales, y **se abordará el estudio de la reforma del reglamento notarial en cuanto a la organización corporativa**. Y se va a poner fuerte énfasis en todo lo relativo a la **defensa y actualización del arancel**, así como en la **cuestión registral**. En general, es necesaria una mayor independencia de criterio frente a los poderes públicos en las distintas iniciativas legislativas y, sin perjuicio de priorizar las relaciones con el Gobierno y el partido que lo sustenta, hay que acrecentar en el futuro las relaciones con las demás formaciones políticas de las Cortes.

Y sobre todo, es imprescindible que desde el Consejo General del Notariado trabajemos fuerte para **buscar soluciones a la difícil situación económica que actualmente vive la profesión**. Una situación causada por la importante crisis que trasciende nuestras fronteras, y que nos obligará, ahora más que nunca, a diseñar y aportar propuestas y medidas que puedan ayudar a los notarios a superar las actuales dificultades. Desde luego, tendremos que dar un ejemplo de austeridad presupuestaria desde la dirección notarial, reduciendo gastos y partidas. Y es urgente que los responsables notariales seamos capaces de transmitir a la sociedad el riesgo cierto de colapso del sistema notarial si no se pone rápido remedio a la situación límite en que se encuentra: en este momento hay muchas notarías en pérdidas y algunas ya en concurso de acreedores. En este escenario, **nos sentimos obligados a proponer a la Administración la rápida**

**adopción de medidas que puedan paliar esta grave situación.**

Sobre todo, es imprescindible que desde el Consejo General del Notariado trabajemos fuerte para buscar soluciones a la difícil situación económica que actualmente vive la profesión

Ciertamente son tiempos difíciles, con algunos problemas importantes y grandes retos por delante, entre ellos el nuevo ciclo político que se avecina. Sin embargo, **con un notariado fuerte y unido, con un nuevo impulso y nuevas ideas**, hay que ser prudentemente optimistas en cuanto al futuro, pues nuestra profesión sigue siendo claramente necesaria, útil y beneficiosa para la sociedad española.

## La declaración de fallecimiento en el Derecho español



Autor:

David Rafael Guinea Fernández

El autor, tras revisar la naturaleza jurídica de la declaración de fallecimiento, considera que no constituye una presunción de muerte, porque ni responde a la misma estructura lógica, ni sus consecuencias son equiparables.

**A**demás, demuestra que el fundamento «único» del instituto de la declaración de fallecimiento reside en la incertidumbre sobre la existencia del desaparecido y no en otros factores como, por ejemplo, el transcurso del tiempo.

Por otra parte, aporta una nueva clasificación de los supuestos en que procede la declaración de

fallecimiento y propone nuevos criterios para el cómputo de los plazos y para la fijación del *momentum mortis*.

En el aspecto sustantivo, aborda de manera específica los efectos de la declaración de fallecimiento tanto en la esfera personal, como en la patrimonial y familiar.

Páginas: 472 • Encuadernación: Rústica • ISBN: 978-84-8126-922-2



## «El gran objetivo será un nuevo pacto fiscal para Cataluña por la vía del concierto económico»

**Germà Gordó**

Secretario de Gobierno de la Generalitat de Cataluña

**AUTORA:** Sandra Purroy Corbella

Nacido en La Pobla de Segur (1963), abogado y hasta hace poco gerente de Convergència Democràtica de Catalunya desde el 2004, fue fundador de la Joventut Nacionalista de Catalunya el año 1980 y es Director de la Associació Barcelona 2020. Es, asimismo, diplomado en Estudios Europeos por la Universidad de Ciencias Sociales de Grenoble, en Función Gerencial en las Administraciones Públicas por ESADE, en Control de Gestión por ESADE, en Función Directiva en las Organizaciones Públicas y Privadas por ESADE y en Liderazgo de Organizaciones por IESE.

Discreto, austero y fiel colaborador en la sombra del Presidente de la Generalitat. Observando su dilatada trayectoria, vemos que ha sido responsable de Relaciones Institucionales del Departamento de Enseñanza de la Generalitat de Catalunya (1988-1993) y coordinador de la Secretaría General de dicho departamento (1993-1996). También ha sido Secretario General del Departamento de Agricultura, Ganadería y Pesca (1999-2003) y Secretario General de la Associació Catalana de Municipis i Comarques, entre 1996 y 2000.



**P:** ¿Qué balance hace, tanto a nivel personal como desde un punto de vista estrictamente político, del primer medio año en el Gobierno?

**R:** Han sido unos meses de mucho, muchísimo trabajo. Un trabajo que, tal y como ya dijo el Presidente Mas, debe servir para equilibrar un barco que estaba —y está— escorado y que, en cualquier momento, podría volcar. Sin embargo, a pesar de que la situación no es fácil y hay que hacer sacrificios importantes, mi compromiso y mi ilusión siguen intactos —como el primer día— y, por tanto, estoy convencido de que este Gobierno y este país acabarán saliendo adelante. Hay que insistir: ¡tenemos país!

**P:** Con respecto a los objetivos conseguidos hasta el momento, ¿cuáles destacaría?

**R:** Hemos conseguido algo que hasta ahora no se había hecho nunca en democracia desde la Administración Pública: sacar adelante una política de austeridad, ahorro y control del déficit. El país lo necesita y es responsabilidad de este Gobierno transformar unas finanzas públicas a las puertas del colapso. Estamos trabajando de forma incansable para realizar un esfuerzo conjunto que supondrá una reducción no lineal del 10% del presupuesto para este año 2011; un ejercicio de credibilidad y transparencia importante que hay que valorar.

Es responsabilidad de este Gobierno transformar las finanzas públicas a las puertas del colapso

**P:** ¿Cuáles son los principales objetivos del Gobierno a corto, medio y largo plazo en el ámbito jurídico y legislativo?

**R:** Esta legislatura debe representar un antes y un después en la relación entre Cataluña y el Estado español. El gran objetivo será, por tanto, conseguir un nuevo pacto fiscal por la vía del concierto económico. Desde mi punto de vista, éste es, además, un objetivo de país, transversal, y

una clara apuesta por seguir avanzando en el autogobierno de Cataluña.

**P:** ¿Cómo valora el sistema de seguridad jurídica preventiva de nuestro país? ¿Y la figura del notario?

**R:** Creo que tenemos un sistema correcto, pero mejorable. Es en este sentido que el papel de profesionales como los que componen el Grupo de Trabajo del ámbito jurídico, que preside Joan Carles Ollé, Decano del Colegio, es esencial para generar importantes aportaciones. Con respecto a los notarios, los valoro muy positivamente. Son profesionales de alta calidad y su trabajo es, en general, conocido y reconocido.

**P:** Con respecto a la Justicia, uno de los principales problemas con el que nos encontramos es el colapso judicial. El año pasado, representantes de todos los operadores jurídicos, liderados por la propia Administración, elaboraron un documento que recoge destacadas propuestas de desjudicialización. ¿Cómo valora este documento? ¿Considera que ésta puede ser la solución a gran parte de los problemas de la Justicia actual?

**R:** Fue la propia Consejera Bozal quien dijo que la Justicia tiene «una estructura más propia del siglo XIX que del siglo XXI», poniendo en evidencia que existe un retraso importante en este ámbito. Por tanto, cualquier paso adelante, cualquier propuesta, es muy buena noticia. Este Gobierno tiene el máximo interés en seguir promoviendo los instrumentos necesarios que faciliten la desjudicialización, conforme a los principios de transparencia y simplificación de estructuras por las que nos regimos. La Justicia, en este sentido, no debe ser ninguna excepción.

**P:** En dicho documento se recogía, entre otras, la propuesta de dotar a otros profesionales del Derecho de nuevas atribuciones que ayudaran a hacer efectiva esta desjudicialización. ¿Considera que éste es el camino?

**R:** Existen muchos caminos como éste y, para encontrarlos, debemos estudiar lo que se hace fuera de nuestro país. Un claro ejemplo es el de Estados Unidos, donde, por ejemplo, en el ámbito penal no llegan a juicio ni el 10% de los procesos.

Esta legislatura debe representar un antes y un después en la relación entre Cataluña y el Estado español

**P:** El Gobierno está trabajando en una futura Ley Ómnibus, enfocada a simplificar la legislación catalana y a reducir, asimismo, los trámites administrativos para los ciudadanos y las empresas. ¿Puede destacar las principales líneas de esta ley?

**R:** Las principales líneas de esta futura ley pasan por el «adelgazamiento» de la legislación, por la facilitación de la competitividad y la productividad en el ámbito económico, por la racionalización administrativa y por la inclusión de aquellas iniciativas legislativas que contemplan limitadas modificaciones en su articulado.

**P:** ¿Cuál cree que debe ser la receta económica que nos permita superar esta etapa de crisis en unos momentos con escasos recursos económicos?

**R:** El Gobierno del Presidente Mas ha entendido algo importante: y es que la Generalitat no puede seguir, como hasta ahora, viviendo por encima de sus posibilidades. Seremos austeros, ahorraremos y controlaremos el déficit. Queremos «recetar» optimismo porque somos plenamente conocedores de que nuestro país tiene enormes capacidades para hacer frente a las dificultades. Por tanto, hemos apostado por tener una actitud *business friendly*, conscientes de que para reactivar la economía catalana deben crearse puestos de trabajo: y la actitud para hacerlo está en el ADN de los catalanes. Haremos más con menos, ésta será también nuestra actitud.



# Entrevista

**P:** Con respecto a la relación Cataluña-España, en los últimos meses muy marcada por varias cuestiones politicoeconómicas, en primer lugar, ¿cómo cree que ha afectado todo el proceso de reforma del Estatuto? Y, en segundo lugar, ¿cuáles son los objetivos del Gobierno con respecto al Estatuto en estos momentos?

**R:** Ha sido un proceso convulso que hizo que el 10 de julio del año pasado, más de un millón de catalanes salieran a la calle para mostrar su rechazo a la sentencia del Tribunal Constitucional. Nuestra responsabilidad, como Gobierno, es defender los intereses de los ciudadanos de Cataluña y éste será nuestro objetivo y nuestra hoja de ruta los próximos cuatro años. La voluntad de los catalanes no la detendrá ni el Tribunal Constitucional, ni el Gobierno español ni nadie.

La reforma financiera en el Estado español es una oportunidad para enviar un mensaje de capacidad de adaptación, seguridad y solidez del sector catalán a nivel internacional

**P:** Una de las cuestiones en las que el Gobierno ha sido más reivindicativo es en la reclamación del fondo de competitividad. Después de que el Congreso rechazara recientemente transferir dicho fondo, ¿cuáles son los pasos previstos por el Gobierno en este sentido?

**R:** Hemos presentado en el Parlamento un Proyecto de Ley de Presupuestos para este año que no incluye la partida de ingresos correspondiente al fondo de competitividad: ya hemos realizado el primer paso con el máximo rigor y transparencia; sin «maquillaje». El siguiente paso es sumar esfuerzos en la cámara catalana para aprobarlos y poder sacar adelante el país. Esto, lógicamente, no significa que nos olvidemos del fondo de competitividad ni de los demás derechos económicos de los catalanes. Pero las trabas del Estado español no paralizarán nuestra política.



**P:** Por otro lado, la aprobación de un pacto fiscal, similar al concierto vasco, sigue siendo un caballo de batalla para el Gobierno. ¿Es ésta una condición imprescindible para colaborar con el Gobierno central?

**R:** Es una condición imprescindible para levantar Cataluña. Por tanto, será habitual que el Gobierno central se encuentre el pacto fiscal encima de la mesa en una negociación importante para nuestro país.

**P:** En cuanto al proceso de reestructuración del panorama bancario y la fusión de cajas, ¿qué valoración hace desde una perspectiva catalana? (en 2008, había 15 con sede en Cataluña y, en el año 2011, hay 10). ¿Cree que todavía serán necesarios más reajustes?

**R:** Ya pusimos de manifiesto que avalaríamos nuevas fusiones en el mapa financiero catalán, siempre que mantuvieran el centro de decisión en Cataluña. Nos mantenemos en este sentido. La reforma financiera del Estado español todavía está en marcha y, seguramente, seguirá sufriendo reajustes; pero lo vemos como una oportunidad para enviar un mensaje de capacidad

de adaptación, seguridad y solidez del sector catalán a nivel internacional.

**P:** Con respecto a la relación Cataluña-Europa, y como Coordinador de la Secretaría de Asuntos Exteriores del Gobierno, ¿cómo valora el actual encaje de Cataluña en el marco europeo? ¿Qué factores cree que son claves? En el ámbito legislativo, ¿considera que estamos en la buena línea? ¿Cuáles son las prioridades?

**R:** El Presidente Mas fue muy claro: «cuanta más Cataluña tengamos y más Europa, mejor nos irán las cosas». Estamos en buena sintonía con Europa, que pide a los países miembros más esfuerzos para reducir el déficit; y una muestra de ello es el Proyecto de Presupuestos 2011 que ha presentado este Gobierno, con una reducción del gasto severa pero asumible, conforme al compromiso catalán de alcanzar los objetivos del Pacto de Estabilidad y Crecimiento de la Unión Europea. A pesar de esto, también necesitamos que Europa reconozca su diversidad, y esto pasa por el reconocimiento del catalán como lengua oficial en las instituciones europeas: haremos de esta cuestión nuestro caballo de batalla.

El Grupo de Trabajo del ámbito jurídico, presidido por Joan Carles Ollé, Decano del Colegio, es esencial para generar importantes aportaciones

**P:** ¿El Presidente de la Generalitat, Artur Mas, ha fijado como uno de sus objetivos la ley electoral? ¿Cree que finalmente en esta legislatura se conseguirá el consenso necesario para aprobarla?

**R:** La ley electoral catalana es una de las prioridades de este ejecutivo para los próximos cuatro años. Por tanto, es importante que nos dediquemos a ello en estos primeros compases de la legislatura, con el fin de trabajar para alcanzar los máximos consensos posibles. No queremos renunciar a ello.



## «Saldremos de la crisis transformando el actual modelo económico»

### Miquel Valls

Presidente de la Cámara de Comercio, Industria y Navegación de Barcelona

**AUTORA:** Sandra Purroy Corbella

Nacido en Barcelona en 1943, licenciado en Ciencias Económicas, máster en Gestión Gerencial por la Escuela de Alta Dirección y Administración (EADA) y diplomado en Dirección de Empresas por IESE, su vida está vinculada a la Cámara desde el año 1996, presidiéndola desde el 2002. Recientemente, ha renovado su mandato por tercera vez y también preside el Consejo General de Cámaras de Cataluña. Es vicepresidente del Consejo Superior de Cámaras de Comercio, Industria y Navegación de España, de la Asociación de Cámaras de Comercio del Mediterráneo (ASCAME) y miembro del comité español de la Chambre de Commerce Internationale (CCI).

Vinculado también muy directamente a otras instituciones como Fira de Barcelona, y convertido en un auténtico referente en nuestro país, expone desde su conocimiento, experiencia y sinceridad su valoración actual del contexto socioeconómico, aportando su particular visión de aquellos sectores que deben impulsar la economía y de las reconversiones necesarias para recuperar la confianza empresarial.



# Entrevista

**P:** ¿Cuáles son sus principales objetivos en su tercera legislatura al frente de la Cámara?

**R:** En esta legislatura, que comenzó en el mes de junio de 2010, las líneas básicas son: consolidar la actuación de los últimos años, como referentes en el campo de la defensa de las infraestructuras en Cataluña; promocionar la internacionalización de las empresas —que siempre ha sido uno de los objetivos básicos de la Cámara de Comercio a lo largo de sus 125 años de historia—, y promover todo lo relacionado con la innovación y la transferencia de tecnología para las empresas, sobre todo para las pequeñas y las medianas. Estos objetivos se ven, asimismo, acentuados por la situación de crisis en la que vivimos, de la que difícilmente saldremos adelante si no es con esta modernización y esta transformación del modelo económico que tenemos ahora. Se trata de un modelo que, sobre todo en los últimos quince años, se ha basado en una economía centrada en la construcción y en el mundo inmobiliario, que generó mucha riqueza, pero que, debido a la crisis sistémica actual —que es también una crisis mundial desde agosto de 2007—, nos ha llevado a una situación en la que una parte importantísima de este sector se ha visto



afectada. Se ha destruido la riqueza y ha desaparecido la capacidad de las Administraciones Públicas para generar ingresos. Por un lado, existe una situación difícil de las Administraciones Públicas, dada la falta de ingresos, para la recaudación de impuestos y, por el otro, existe la gran problemática que ha comportado el aumento del paro que estamos sufriendo en los últimos años, aunque tradicionalmente en Cataluña estamos dos o tres puntos por debajo del índice de España.

**P:** ¿Por dónde ve la salida a la crisis actual?

**R:** Nadie en el mundo podía prever una crisis como ésta, ni los grandes gurús, y se ha demostrado que, a la larga, nadie acierta. A pesar de que en 2005 y en 2006 se hablaba de la burbuja inmobiliaria, en este país era absolutamente impensable que los valores inmobiliarios bajaran de precio; eran un valor refugio para la sociedad española y se suponía que la compra de un piso era el mejor sistema para ahorrar, se compraba pensando que tendría un efecto renta al cabo de los años. Siempre se decía que los ahorros, antes que en el banco, mejor en piedra; ésta era básicamente la definición de la sociedad catalana, pero también de la española. Hemos visto, sorprendentemente, cómo en los últimos tres años estos valores han caído. Y ésta es una realidad sorprendente, por inesperada, aunque al final, si miramos hacia atrás nos damos cuenta de que esto ya ha sucedido antes y de que la historia, antes o después, se repite. La crisis inmobiliaria ha colapsado, porque no hay más demanda a unos determinados precios. Pero los mercados siempre se equilibran y la prueba de ello es que en Estados Unidos, cuando hubo la crisis de los 80 —y tal como también hizo el Gobierno sueco a finales de los 90—, se creó un mecanismo mediante el cual se fueron acumulando todos los activos inmobiliarios no realizables. Después los metieron en un organismo, conocido como «banco malo» y, al cabo de diez años en el caso de Suecia, fueron construyendo las propiedades y lograron compensar una parte importante de las pérdidas —aunque no llegaron a ganar dinero—. En el caso de Estados Unidos, hicieron lotes, los pusieron a subasta y los sacaron al mercado; así, una propiedad que quizás valía uno o dos millones de dólares, la sacaron a 50.000 o a 20.000 dó-

lares, al precio que había demanda, pero había gente que decía «yo compro y dentro de diez años ya voy a ganar dinero». Y así es como se han resuelto, a lo largo de los años, las crisis inmobiliarias y como se resolverá ésta.

**Los inversores van donde tienen un sistema jurídico fiable y seguro, y España ofrece todas las garantías**

Hoy tenemos ejemplos muy claros de empresas inmobiliarias que no estaban apalancadas, que tienen un capital invertido en piedras, y éste seguro que dentro de unos años se volverá a recuperar si no se necesita para vivir o para obtener una renta. Todo esto nos ha hecho cambiar un poco la visión sobre la economía clásica, que aquí siempre había sido la economía del trabajo, la de ir creando riqueza poco a poco. En los últimos años se había ido derivando hacia una economía muy especulativa, una economía donde la parte de la economía real era pequeña y donde la parte de la economía financiera vinculada a esta real se había multiplicado exponencialmente, con las *subprimes*, los derivados, los estructurados, etc. Y, al final, lo que sucedía era que había un valor real y un gran círculo a su alrededor con un valor basado en lo que aquello valía inicialmente; aquello tenía un valor real y todo lo demás era especulación. Esto ahora está pasando con las materias primas, como son el petróleo y algunas otras. De hecho, la economía es esto, la historia económica reproduce episodios de este tipo y cada 80 o 90 años pasan cosas así y todo se reajusta. Son las crisis sistémicas, y ahora estamos en una.

**P:** ¿De entre los objetivos logrados en estos años, cuáles destacaría especialmente?

**R:** Yo quiero destacar, sobre todo, el hecho de que hemos convertido la Cámara de Comercio en un referente de la defensa de la modernización de las infraestructuras en Cataluña. Este ha sido un tema que hemos defendido y por el que hemos luchado muchísimo, y también en su momento fue nuestro posicionamiento en cuanto a la financiación de estas infraestructuras, es decir, respecto al dinero que el Estado debía destinar a equilibrar estas



infraestructuras. Fuimos muy activos cuando se alcanzó la cláusula adicional tercera del Estatuto, que hace referencia a la inversión del Estado en Cataluña. Estas inversiones, durante el tiempo que se han podido hacer, han sido muy positivas y de las más importantes de la historia. También destacaría nuestra vocación tradicional por la internacionalización de las empresas, que a lo largo de estos años ha sido un tema muy destacado. Y, sobre todo, una de mis grandes preocupaciones desde el momento en que llegué a la presidencia, en el año 2002, ha sido la proximidad del territorio. Mi presidencia empezó cuando teníamos siete delegaciones y ahora somos trece, diez delegaciones y tres antenas (Viladecans, Mollet y Manlleu). Una de las grandes vocaciones de la Cámara de Comercio es la cercanía y la capilaridad, es decir, nuestra capacidad por atender a las pequeñas empresas, a las pymes, en el territorio; así como la de acercar los servicios de la Cámara al territorio. Esperamos consolidar todo esto en este último mandato, con una situación algo diferente, porque han cambiado los sistemas de financiación en los últimos meses.

## **P:** ¿Qué sectores cree que deben jugar un papel más destacado para salir de la actual crisis financiera y económica?

**R:** Nosotros somos grandes defensores de Cataluña como país industrial. Y en los últimos años estamos defendiendo, junto con Fomento del Trabajo, la nueva industria, que no es únicamente la industria tradicional manufacturera, sino también todos los servicios asociados a la industria. En el fondo estamos hablando de una economía de servicios, pero muchos de los servicios que se prestan y gran parte del crecimiento del sector servicios está muy relacionado con los servicios que necesitan las empresas. Por poner un ejemplo muy claro, hace 50 o 60 años las empresas de distribución tenían sus propios camiones y distribuían con su propia logística. Hoy en día, la logística es externa, muy pocas empresas la tienen incorporada y lo que hacen es contratar empresas de servicios logísticos. Otro ejemplo es la industria del automóvil: ahora, en una fábrica lo que hacen es ensamblar una serie de piezas y muchas veces los proveedores están dentro de la propia fábrica, aportando su servicio o sus piezas a la cadena de valor.

La economía de servicios, postindustrial, se ha transformado; es una economía industrial que aporta muchísimos servicios, y todos son necesarios para alcanzar el producto final, pero, en cambio, todos estos servicios o productos, o el propio diseño, no está muchas veces incorporado dentro de la industria. Pensamos que el hecho de considerar la nueva industria como todo un sector es una de las características más importantes de lo que es la nueva economía en Cataluña. Es evidente que hay sectores, dentro de esta economía industrial, que están evolucionando a una gran velocidad: muchas de las aportaciones al sector de la salud, a los servicios públicos o de prestación de servicios públicos, como pueden ser el agua, la electricidad o el gas..., son actualmente grandes empresas industriales. Esto significa que el mundo está evolucionando muy rápidamente hacia esta economía postindustrial, de servicios, que incorpora gran parte de la nueva industria dentro de ésta y supone más del 50% del PIB. Y, en este sentido, podríamos hablar de todos los subsectores: el químico, el farmacéutico, el metalúrgico, el sector del automóvil, la industria de la madera, la industria agroalimentaria, etc., y de todas aquellas que son industrias clave en la economía catalana. No olvidemos que todavía somos el 19% del PIB de España y que asumimos el 27-28% de la exportación española, y estos son datos que demuestran el gran dinamismo de la economía catalana en un entorno de crisis.

Este es uno de los aspectos que debe ayudarnos a salir de la crisis, acompañado de un sector que es puramente de servicios, el sector turístico, el cual nos ha salvado en los últimos dos o tres años y que, sobre todo en el último año, está dando un empujón impresionante a la ciudad de Barcelona, ya que ésta vuelve a ser un icono a nivel mundial. Hay dos aspectos muy característicos del turismo en Barcelona: por un lado, está salvando el gran comercio, el de primer nivel, el de calidad, ya que lo está ayudando mucho a mantenerse porque la demanda interna está muy retenida; y, por el otro, el paro está calando hondo y el miedo y la desconfianza están afectando mucho, así como el problema de la falta de crédito —hoy, desgraciadamente, se hacen pocas operaciones de crédito, pocas hipotecas y pocas cosas que se basen en la financiación—. Y la verdad es que una economía sin crédito lo tiene difícil para

crecer. Lo que interesa es que esta reestructuración bancaria y de las cajas se acabe cuanto antes mejor para que tengamos entidades que sean capaces de cumplir su función, que es dar crédito. El turismo este año irá muy bien.

## **Hemos convertido la Cámara de Comercio en un referente de la defensa de la modernización de las infraestructuras en Cataluña**

El otro sector es la industria exportadora. En estos momentos, esta industria está creciendo con cifras de dos dígitos —hace dos años cayó pero se ha recuperado bien— y esto significa que somos competitivos, porque estamos ampliando nuestra exportación hacia mercados difíciles, los mercados emergentes —China, India, Brasil y Rusia—, y estamos aumentando nuestras exportaciones a niveles muy significativos. Continuamos con nuestro mercado tradicional europeo, con un 70% que se exporta a Europa, y también tenemos buenos mercados en Latinoamérica, que está creciendo de forma sorprendente con cifras no previstas. El continente del futuro es África, como ya se decía en el siglo XX, y en las próximas décadas será muy importante el crecimiento de este continente. Y, en este sentido, España, y especialmente Cataluña, están bien posicionados con respecto a estos países desde el punto de vista geoestratégico.

## **P:** ¿Cataluña es un buen lugar para invertir? ¿Sigue siendo el motor de la economía española, a pesar de la crisis?

**R:** Cataluña es el motor de España, sin duda alguna, aunque el diferencial entre Madrid y Barcelona ha disminuido un poco: Madrid produce actualmente el 17,5% del PIB y nosotros estamos en el 18,8%. Madrid ha crecido muy rápidamente, porque el hecho de ser la capital del sector financiero, del sector de las grandes empresas relacionadas con el Gobierno, le ha proporcionado en los últimos quince años una gran capacidad de crecimiento. La Comunidad de Madrid hoy tiene unos seis millones de habitantes, y esta capacidad de atraer talento y empresas, por el hecho de ser la capital del Estado, también tiene un efecto económico muy importante y le ha



# Entrevista

aportado, desde el punto de vista de motor económico, una gran importancia y una curva muy ascendente. Pero desde el punto de vista industrial, de las exportaciones, Madrid sigue representando el 12% y nosotros el 27-28%. La economía industrial está en Cataluña y un poco en el País Vasco, ésta es la realidad del mapa industrial español. Y con una economía de competitividad en los mercados globales, al margen de lo que pueden ser los efectos financieros de la capitalidad, Cataluña hoy tiene la capacidad de competir a nivel mundial, como Madrid, en el sector servicios. Nuestra economía está orientada hacia lo que es la economía de Baviera, de los *renders* alemanes, o lo que es Baden-Württemberg, es decir *länder* que son muy industriales pero que, al mismo tiempo, tienen una gran fortaleza, una buena agricultura —y nosotros la tenemos— y son estados muy completos. Nosotros tenemos esta composición, vamos en esta línea.

**P:** ¿Cómo valora nuestro sistema de seguridad jurídica preventiva? ¿Cree que también es un factor clave para aportar la seguridad necesaria para contribuir a impulsar la economía catalana?

**R:** La seguridad jurídica es fundamental y básica en la economía moderna. Los inversores van donde tienen un sistema jurídico fiable y seguro, donde tengan garantías de seguridad jurídica. Y España tiene todas las garantías. Después podemos discutir si la Justicia podría ser más ágil, más rápida, y comentar un factor: la modernización de la Justicia y, sobre todo, la agilidad con la que se resuelven los temas. Este es uno de los grandes debates que existen en el mundo empresarial, pero no se discute nunca sobre el tema de la seguridad y la fiabilidad. Es un sistema lento, y éste es un componente competitivo y económico que hay que resolver. Me consta que es una de las grandes preocupaciones del Ministerio de Justicia y que, junto con la Oficina Judicial, se está intentando actualizar, modernizar y digitalizar la Administración de Justicia, pero está siendo muy difícil. Por lo que sé, el problema es que hasta hace poco los sistemas operativos entre los juzgados y entre las diferentes regiones o Administraciones de Justicia eran diferentes, de modo que la modernización se ha ido construyendo sin un sistema que lo amparase todo. La Administración de Justicia ha empezado, desde hace pocos años, a hacer el esfuerzo de estandarización para

tener un sistema absolutamente estandarizado, tal y como hacen las empresas o los propios notarios. Y esto no es fácil y siempre conlleva mucho tiempo y dinero. El otro día, en una conferencia, se decía que en la Administración de Justicia entran cada año diez millones de nuevos asuntos, lo cual es una locura. Y administrar todo esto es muy seguro, pero lento.

**P:** Una de las ideas que se están estudiando ahora es la desjudicialización...

**R:** Este es uno de los grandes temas, que todo esto no vaya a los juzgados. Ahora se pone en marcha la nueva Ley de Mediación, y las cámaras tenemos esta tradición de tribunales arbitrales, de intermediación de los mercados y las lonjas, y podemos ayudar en este proceso a administrar todos estos sistemas con una garantía de rigurosidad, de certeza. Las cámaras somos corporaciones de derecho público y, por tanto, estamos sujetas a todo lo que supone el derecho público y a todas las cautelas y la rigurosidad que supone este sistema; y pensamos que es absolutamente necesaria esta desjudicialización, llevada con tranquilidad. Lo que es complicado es cambiar de un día para otro, porque entonces es cuando creamos caos. Las cosas deben hacerse con orden, con tiempo, con calendario. Hay que ir estructurando sistemas que permitan que los juzgados no se colapsen. Tenemos, pues, una buena Administración de Justicia, uno de los mejores sistemas judiciales del mundo que funciona correctamente; los jueces españoles están catalogados en primera línea a nivel internacional, pero sin medios no se puede hacer nada más.

El mundo está evolucionando hacia una economía postindustrial, de servicios

**P:** ¿Qué papel cree que deben jugar los colegios profesionales en la Cámara? ¿Qué les puede aportar la Cámara y qué le pueden aportar ellos?

**R:** Este es un sistema que ahora se está modernizando y está cambiando. Nosotros entendemos que todos los orga-

nismos que procedemos de esta naturaleza pública tendremos que colaborar estrechamente para prestar servicios a esta nueva economía con la que nos encontraremos, prestarlos de forma conjunta y coordinada, al mundo empresarial. Ahora, lo que debemos definir es cómo y de qué manera. Hemos pasado de una economía, hace 30 o 40 años, en vías de desarrollo, con la que no podíamos compararnos con el resto de Europa, a situarnos, en un breve espacio de tiempo desde el punto de vista histórico, a un nivel que, en otros momentos históricos, nos hubiera llevado muchos más años alcanzar. España ha dado un gran paso y ha hecho un gran avance hacia la convergencia con otros países europeos que hicieron la revolución industrial en su día, cuando nosotros no la hicimos, y que han tenido mucho más tiempo para adaptarse al mundo moderno. Nosotros ahora nos estamos adaptando, debido a la crisis, ya que habíamos dado un salto espectacular y ahora hemos retrocedido de una forma muy importante. Esto ha supuesto, además, un crecimiento extraordinario de las estructuras de la Administración Pública y de las estructuras tradicionales desde el punto de vista asociativo, puesto que con la economía del siglo XXI, nos vemos obligados a transformarlas y adaptarlas. Ahora, debemos adaptarnos de forma inteligente a estas nuevas circunstancias, tanto los operadores privados como la Administración Pública, que no puede ser intervencionista y no ha de querer hacerlo todo. Debe distribuir y gestionar muchos de estos servicios, que tienen que ofrecerse a través de instituciones, asociaciones privadas o de los colegios profesionales.

También es importante la cuestión de cómo garantizamos a la ciudadanía que todos estos procesos se están haciendo correctamente. Si debe garantizarlo la Administración, tendrá que incorporar los funcionarios necesarios y, por tanto, esto tendremos que pagarlo los contribuyentes, no con tasas, sino con impuestos. Creo que tiene mucho más sentido delegar esta tarea y que la hagan los profesionales, mediante acuerdos y convenios, y en esta línea ya se están empezando a hacer cosas. Lo que no es lógico es que la Administración Pública pretenda hacerlo todo, porque esto lo único que causa es entorpecer el progreso económico y provoca la ralentización de las cosas. Porque el funcionario, antes de comprometerse con un tema, lo estudiará cincuenta y cinco veces y le es mucho más



fácil decir que no, porque de este modo no asume ninguna responsabilidad. Esto es lo que ahora sucede a menudo. En cambio, debe haber unas asociaciones profesionales que, gracias a convenios, acepten la responsabilidad de decir «esto está bien», asociaciones que exigen una rigurosidad y que permitirán que la Administración no tenga que hacerlo todo. Lo que no es posible es la libertad total, porque podría pasar cualquier cosa, pero sí es posible cambiar el centro de gravedad. En definitiva, la Administración debe prestar el servicio público, pero esto no significa que deba hacerlo ella, porque lo puede prestar a través de asociaciones de profesionales. Éste sería el concepto que defendemos. Por este motivo, creo que, cada vez más, se encontrarán nuevas fórmulas de colaboración entre los colegios y las Administraciones, porque las Administraciones necesitan a los colegios.

**P: ¿Cómo valora el nuevo Estatuto en cuanto al desarrollo del tejido empresarial en Cataluña?**

**R:** Como decía antes, discutimos mucho sobre el tema de la financiación, y ahora llevamos un año real de funcionamiento. Tenemos que ver los resultados numéricos de todo esto, porque hasta ahora nos movemos con sensaciones. Aquí hay una realidad: si los ingresos a través de impuestos hubieran ido bien, hubiésemos tenido una readaptación mucho más importante. Nosotros, con lo que somos muy críticos es con el hecho de que en su momento se pactaron una serie de sistemas compensatorios, entre los cuales el fondo de competitividad era uno de los más importantes; y lo que no nos parece bien es que, después de que el primer año o dos este sistema más o menos funcione y se pague, llegue un tercer año y, como no tienen dinero o tienen un problema de déficit, nos digan «ya lo pagaremos dentro de dos años». No decimos que no sea legal, pero no es leal. Tendremos que llegar a un acuerdo después de la época electoral (municipales del 22 de mayo), porque el fondo de competitividad es precisamente uno de los instrumentos compensatorios para disminuir el déficit fiscal, que es una realidad de Cataluña con respecto al resto de España. Debemos ser conscientes de que una de las razones por las que se hizo el nuevo Estatuto de Cataluña, y por la que ahora el nuevo Gobierno de Cataluña quiere llegar a un pacto fiscal, es porque en Cataluña



sigue habiendo un déficit fiscal excesivo respecto a lo que representan, por ejemplo, los *renders* alemanes. Allí, cada tres o cuatro años esto es motivo de debate, e incluso lo tienen contemplado en la Constitución alemana.

**Una economía sin crédito lo tiene difícil para crecer**

Tenemos un problema de encaje de las autonomías, y esencialmente con la relación entre Cataluña y el Gobierno central, en cuanto a los déficits fiscales. Y éste es un tema que se tendrá que resolver, esto lo tenemos muy claro. No obstante, desde la Cámara no le hemos dado ninguna connotación política porque nos parece un tema claramente económico. Nuestro argumentario es muy claro: Cataluña es absolutamente solidaria, es el motor económico de España, pero en un territorio que es absolutamente solidario, la solidaridad también tiene unos límites, y los límites son temporales. La prueba está en los fondos europeos hacia España, que han sido muy generosos, pero que a los 2013 nos dicen que ya hemos entrado en la Comunidad, hemos tenido ayudas de más de 130.000 millones de euros de fondos europeos, y ahora les toca a otros países, porque nosotros, con las inversiones que hemos tenido, deberíamos empezar a ser más productivos. En Cataluña, durante muchos años, hemos sido solidarios,

y lo seguiremos siendo, pero lo que no se puede hacer es ahogar a la propia economía catalana, que es el motor económico de España, porque al final estamos perjudicando a todo el mundo. Evidentemente, hay una cierta desmoralización en Cataluña, porque cada vez que surgen problemas, la solidaridad es mayor y, además, es una solidaridad mal entendida y no comprendida, en muchas ocasiones, por el resto de comunidades autónomas. Éste es otro de los grandes problemas: que nosotros no nos sabemos vender o comunicar bien, pero los demás tampoco nos compran el producto.

**P: En este sentido, ¿cómo afecta a las empresas el aumento de la presión fiscal?**

**R:** En el mundo de la empresa siempre decimos que, cuanto menos presión fiscal, mayor capacidad de inversión hay en un territorio, porque la presión fiscal es un factor disuasorio. Es evidente que el Estado y las Administraciones Públicas deben afrontar una serie de obligaciones y que, una vez creadas, son muy difíciles de reducir, tal y como estamos viendo ahora con los recortes de la Administración Pública catalana. Esto tiene una parte negativa, que es la parte del consumo público, ya que no ayuda para nada a la recuperación económica, y esto es procíclico: si hay poco gasto y, además, la Administración Pública gasta menos, la repercusión es que el paro no mejora y no se crea empleo. Pero la economía



# Entrevista

también tiene elementos y mecanismos de difícil apreciación y pueden suceder muchas cosas. Lo que es cierto —y lo estamos viendo en otros países— es que subiendo mucho la presión fiscal se reduce un poco el déficit, pero también se reducen los ingresos, porque las empresas trabajan menos y, al final, todo esto no es un círculo virtuoso sino más bien un círculo vicioso. A un país o un estado, lo que le interesa es que haya crecimiento, porque cuanto más crecimiento hay, más impuestos paga la gente. También existe un desequilibrio en España entre las comunidades autónomas, y sería necesario realizar un análisis fiscal para estudiarlo a fondo. La realidad es que, en general, Cataluña es uno de los lugares donde se pagan más impuestos, y no sólo cualitativamente sino también cuantitativamente.

---

Tenemos un problema de encaje de las autonomías en cuanto a los déficits fiscales

---

**P:** ¿Cómo afectará la reciente supresión de las cuotas obligatorias a las Cámaras de Comercio?

**R:** En el presupuesto de este año, las cuotas obligatorias son un 50%, y el otro 50% procede de la autofinanciación, de la venta de servicios, etc. El presupuesto, ya aprobado, es de 26 millones de euros. Lo que estamos haciendo es que, como existe un periodo transitorio —que corresponde al 2011 y a una parte de 2012, en la que sólo pagarán la cuota obligatoria las empresas de más de 10 millones de euros y sólo por el impuesto de sociedades— tenemos estos dos años para adaptar nuestra actividad a este nuevo marco. Debemos tener en cuenta, y esto muchas veces se desconoce, que la cuota obligatoria tiene una aplicación finalista: dos tercios van a la internacionalización y un tercio va destinado, obligatoriamente, a formación, innovación y desarrollo empresarial. Por tanto, no acabamos de entender por qué el Gobierno se carga la cuota obligatoria, dado que tenían que saber que iba dirigida a la internacionalización, que es uno de los objetivos fundamentales del propio Gobierno. Ahora, lo que tenemos que hacer es reducir la cofinanciación de todos estos programas y cobrar a las empresas el coste completo del servicio. Por otro lado, las que pagaban eran las grandes empresas —las pymes hace

tiempo que prácticamente no pagan—, y las que pagan más son las empresas grandes del IBEX. De modo que si estas empresas quieren que las cámaras continúen, pagarán X millones y se zanjará el tema. El problema, no obstante, sería que la independencia podría cuestionarse, al ser entidades absolutamente independientes. Pero creemos que en el futuro debe intentarse que las cámaras estén al servicio de las pymes, que es donde tienen más sentido. Ahora bien, lo que estamos haciendo es adaptarnos a esta realidad, a la nueva cartera de servicios, y estamos analizando qué convenios tenemos con las Administraciones con el fin de, a partir del 1 de enero de 2012, salir ya con un nuevo planteamiento. El 2011 es un año de transición.

**P:** ¿Cómo valora la reciente dimisión del Presidente del Consejo Superior de Cámaras de Comercio, Javier Gómez Navarro? ¿Y la elección de Manuel Teruel como nuevo Presidente?

**R:** Es un hombre de consenso, lo conozco muy bien porque he colaborado con él en los últimos años. Ha sido una acción consensuada en la que el señor Gómez Navarro, que tiene un perfil político muy marcado porque fue Ministro, deja paso a un empresario que es muy consciente de cuáles son los problemas de las cámaras. Entre todos lo ayudaremos para que esto salga bien.

**P:** En cuanto a la transformación del modelo inmobiliario, ¿qué alternativas plantea la Cámara al problema de la vivienda y al del acceso al crédito?

**R:** Esto es un problema de oferta y demanda. La banca y las cajas han intentado —y algunas lo han conseguido— aparcarse una serie de activos inmobiliarios porque por sus cuentas consideraban que no les podían dar salida o que la tendrían a medio plazo. Estos activos inmobiliarios, no realizables en estos momentos pero que pueden tener un valor dentro de un tiempo, se quedarán aparcados. Y, por otro lado, hay otros activos que son necesarios, porque cada año se necesita un número determinado de ellos, pero deben ser viviendas que el mercado pueda demandar. Pueden ser viviendas para jóvenes con un alquiler que esté bien, viviendas protegidas o viviendas libres. El gran problema de la vivienda no es el

coste de la vivienda propiamente dicha, sino el coste del suelo, del terreno. Si un terreno que antes valía 100, ahora vale 10, el coste de la vivienda, de lo que se pone encima, tendrá poca variación y tendrás un precio de mercado. Pero ha habido esta especulación del suelo terrible, provocada por todo el mundo, pero especialmente por las Administraciones Públicas. Nadie habla de ellas, todo el mundo hace referencia a la construcción inmobiliaria, pero alguien debería hablar de la especulación que han hecho los ayuntamientos con el suelo municipal, y éste es uno de los grandes problemas. No puede ser que una casa situada en la corona metropolitana de Barcelona sea más cara que una casa en Baviera, tal y como sucede en la actualidad, y todo se debe al precio del suelo.

**P:** Finalmente, ¿cómo cree que debe ser Cataluña desde el punto de vista jurídico y empresarial para poder decir que vamos por el camino de avanzar con firmeza en el siglo XXI?

**R:** En primer lugar, debemos tener conectividad y buenas infraestructuras. Tener un buen puerto y un buen aeropuerto que nos conecten con el mundo, que es el territorio donde tenemos que competir. Por lo tanto, debemos tener una buena infraestructura física y una buena infraestructura tecnológica, que también quiere decir conectividad; es decir, todo lo que son nuevos medios de comunicación, una banda ancha y una buena infraestructura de comunicación, que esté entre las mejores y las más avanzadas del mundo, porque esto es lo que nos permitirá competir. Un tercer tema básico y fundamental es el capital humano, y esto requiere formación y universidades, que las tenemos; hay que seguir trabajando en esta línea. Tener servicios públicos eficientes, modernos y sostenibles, que podamos pagar, a pesar de que tendremos que discutir cómo se pagan. Y aquí incluyo a la Administración de Justicia, la Sanidad, los Cuerpos de Seguridad... y todos los servicios públicos que requiere una sociedad moderna. Y, evidentemente, necesitamos una clase emprendedora que funcione. Finalmente, es preciso que tengamos instituciones, partidos políticos, etc., con visión de futuro, porque hay partidos políticos que tienen una visión demasiado intervencionista. Y la Administración Pública debe permitir y facilitar la vida de los ciudadanos y no coartar la libertad, ni en el ámbito de la empresa ni a nivel social.

## Usufructo del derecho de propiedad intelectual

La denominada propiedad intelectual es un derecho subjetivo semejante pero no identificable con el derecho de propiedad en razón de la especificidad de su objeto inmaterial, cuyo contenido está formado por un conjunto unitario de facultades jurídicas, unas de carácter patrimonial y otras de tipo moral, estrechamente relacionadas incluso cuando corresponden a titulares diferentes, y sometidas a la *vis atractiva* del derecho pleno y unitario a favor del autor. Partiendo de esta premisa, el autor añade además la figura del usufructo, surgiendo —como también nos aclara— más problemas que soluciones, porque —y como matiza— su estudio cumplido requeriría una consideración y revisión amplia de las dos instituciones que confluyen en ese derecho real limitado.

**FRANCISCO RIVERO  
HERNÁNDEZ**

*Profesor asociado  
del Departamento de Derecho  
Privado de ESADE*

### I. PARTICULARIDADES DEL USUFRUCTO DE PROPIEDAD INTELECTUAL EN NUESTRO ORDENAMIENTO. VIABILIDAD

#### 1. *Naturaleza y particularidad del usufructo de propiedad intelectual*

El interés aislado de cada institución, por su parte, se ve potenciado en el *usufructo de propiedad intelectual* al concurrir y cruzarse en este derecho real uno y otra en recíproca interferencia (titularidad/objeto), con ámbitos de poder (derechos subjetivos ambos) muy distintos y cuyas respectivas naturaleza y contenido (del derecho matriz y del derecho objeto del primero) dan una notable especificidad y un colorido origi-



© Taco Anema / Wolters Kluwer

nal —que no se manifiesta en ningún otro derecho real limitado— a dicho usufructo.

Es, sobre todo, la naturaleza particular del derecho de autor lo que caracteriza e inficiona este usufructo, porque la propiedad intelectual es más compleja que los derechos patrimoniales que son el objeto habitual de aquél: es un derecho subjetivo absoluto, semejante pero no identificable con el derecho de propiedad en razón de la

especificidad de su objeto inmaterial, cuyo contenido está formado por un conjunto unitario de facultades jurídicas, unas de carácter patrimonial y otras de tipo moral, estrechamente relacionadas incluso cuando corresponden a titulares diferentes, y sometidas a la *vis atractiva* del derecho pleno y unitario a favor del autor<sup>(1)</sup>. La convivencia de ese doble contenido determina una constante tensión entre el personalísimo (aspecto moral) y la patrimonialidad (de-



rechos de explotación), en equilibrio inestable, no siempre bien resuelto por la Ley de Propiedad Intelectual [LPI], aunque en caso de conflicto predomina casi siempre el primero. Todo ello condiciona no sólo la estructura sino también, y sobre todo, el funcionamiento de este usufructo, lo que trasciende a todo su régimen jurídico, desde su constitución, durante su vida y vigencia jurídica (contenido, límites) y a la hora de su extinción.

Así, la presencia y preeminencia de las facultades morales, personalísimas, condiciona la disponibilidad y ejercicio de las patrimoniales, y su propia autonomía cuando sobre éstas se constituyen derechos reales limitados (usufructo, hipoteca), de forma que los titulares de estos derechos, cesionarios de la explotación económica del derecho de autor (los llamados «derechos de explotación»), se hallan limitados en su ejercicio por la necesidad del respeto de algo tan sutil como la autoría e integridad de las obras, el derecho del autor a la modificación de su contenido o a su retirada del tráfico, y otros extremos. Limitación esa que excede jurídica y cualitativamente de lo que es propio de tales *iura in re aliena* (por ejemplo, el *salva rerum substantia* en el usufructo, que aquí interesa), a lo que se superpone<sup>(2)</sup>. El carácter inmaterial del objeto del derecho de autor añade, por su lado, sutileza a la titularidad del derecho y al disfrute, y su relevancia social (función social de la cultura, valor y protección constitucional de ésta) se traduce en nuevos y particulares límites a la hora de su explotación *inter privatos* (que en eso consiste, sustancialmente, el usufructo), lo que trasciende por este otro conducto a su régimen funcional.

**Aunque no hay ninguna referencia directa a este usufructo en la Ley de Propiedad Intelectual, sin embargo y en opinión del autor, sí existe una alusión indirecta que avala su existencia**

Del usufructo de propiedad intelectual, con las especificidades aludidas, voy a abordar aquí sólo sus aspectos fundamentales —a veces, sugiriendo problemas más que soluciones—, porque un estudio cumplido del mismo requeriría una consideración y revisión amplia de las dos insti-

tuciones que confluyen en ese derecho real limitado. Ello me obligará a hacer frecuente remisión a lugares y cuestiones concretas y a otros trabajos y comentarios de las normas afectadas (sobre usufructo y sobre propiedad intelectual), en la convicción, sin embargo, de la oportunidad y necesidad de un tratamiento completo de la materia, que dejo para otros (buena ocasión para una tesis doctoral ambiciosa, o similar).

## 2. Cuestiones relacionadas con su viabilidad en nuestro ordenamiento

Superado el debate decimonónico, con excesiva carga dogmática, relativo a los derechos sobre derechos, y admitido unánimemente el usufructo de derechos en nuestro sistema jurídico con amplio apoyo legal y múltiples casos indiscutidos, parece que no debería plantearse siquiera la cuestión de la viabilidad del usufructo del derecho de propiedad intelectual en nuestro ordenamiento. Sin embargo, tengo que aludir a algunos de sus problemas —más que respecto de su real posibilidad y efectiva realidad en el tráfico (viuda a quien su marido ha dejado en testamento el usufructo de su derecho de autor de tres óperas de éxito)—, por mor de la mencionada naturaleza y entidad jurídica del derecho de autor y el poco claro régimen de la «cesión» de derechos de explotación del artículo 43 LPI (y concordantes), que ha hecho dudar a cierto sector doctrinal de la posibilidad de constituir derechos reales limitados según los esquemas formales y títulos habituales de Derecho común. Ello ha determinado algunas particularidades y discusiones —de construcción y justificación formal, sobre todo— en relación con la transmisibilidad de los derechos de explotación a aquel efecto (constitución del usufructo)<sup>(3)</sup>.

Aunque no hay ninguna referencia directa a este usufructo en la Ley de Propiedad Intelectual de 1987, hoy Texto refundido de 1996 (Decreto Legislativo 1/1996, de 12 abril), modificado por Ley 23/2006, de 7 de julio, es indudable —en mi opinión— su posibilidad, indirectamente aludida en varios preceptos. He aquí, resumidamente, las razones que avalan esa aseveración:

a) En cuanto al *objeto* de este usufructo, la propiedad intelectual, en particular, sus facultades patrimoniales, reúnen los requisitos ordinarios para serlo: (i) pueden proporcionar un disfrute o utilidad directa

o indirecta, considerada en su más amplia acepción (social, jurídica); (ii) en cuanto a su *utilitas*, los «derechos de explotación», se trata de entidades jurídicas transmisibles (cfr. arts. 42 y 43 LPI), exigencia técnico-jurídica en vista de la naturaleza de la constitución de ese derecho real —que comporta siempre una cesión limitada del mismo o transmisión de algunas de las facultades del titular del derecho—; (iii) las facultades patrimoniales objeto de aprovechamiento tienen autonomía funcional respecto del derecho subjetivo complejo que es la propiedad intelectual.

b) *Normativamente* puede apoyarse este usufructo de un derecho en los arts. 42 (transmisión *mortis causa* de los derechos de explotación) y 43 (transmisión *inter vivos*) antes citados, más problemática en este segundo caso por su deficiente redacción, pero del que no cabe deducir que no sea posible la constitución de derechos reales limitados; y en el art. 1 del Reglamento del Registro de la Propiedad Intelectual de 2003 (RD 28/2003, de 7 marzo), que establece que pueden ser objeto de inscripción o anotación en el mismo «los actos y contratos de constitución, transmisión, modificación o extinción de *derechos reales* [...] que afecten a los derechos inscribibles»; acorde con el art. 145.1 LPI: «Podrán ser objeto de inscripción en el Registro los derechos de propiedad intelectual relativos a las obras [...] protegidas por la presente Ley».

c) Junto a los argumentos de tipo legal que acabo de apuntar, hay otros igualmente favorables: (i) explicitada la posibilidad de constitución de hipoteca sobre los derechos de explotación de una obra protegida (art. 53.1 LPI), difícilmente se puede negar idéntica posibilidad jurídica respecto del usufructo, cuya mecánica constitutiva y funcional (cesión limitada de facultades) apenas difiere de la primera; (ii) la transmisión *mortis causa* de los derechos de explotación por cualquier medio admitido en derecho (art. 42) obliga a admitir la constitución por título voluntario o legal de esa clase de usufructo sobre derechos de explotación que están en el patrimonio del causante (cfr. STS de 30 octubre 1995), y el legado de usufructo sobre los mismos; (iii) admitido legal y expresamente el usufructo de patentes (art. 74.1 de la Ley 11/1986, de 23 marzo, de Patentes) y que las marcas pueden «ser objeto de otros derechos reales» (además de darse en garantía), de



la Ley 17/2001, de 7 diciembre, de Marcas (art. 46.2), es inevitable una idéntica viabilidad del usufructo de derechos de explotación de la propiedad intelectual, tan próximos conceptual y funcionalmente a estos derechos de propiedad industrial.

En la doctrina española es mayoritaria —no obstante subrayar sus particularidades— la tesis de la posibilidad del usufructo del Derecho de propiedad intelectual<sup>(4)</sup>. En el mismo sentido la doctrina italiana, tanto la especializada en propiedad intelectual<sup>(5)</sup> como en usufructo<sup>(6)</sup>; y con menos profusión la francesa<sup>(7)</sup>.

En cuanto a los ordenamientos foráneos, a título de ejemplo, el Código de la propiedad intelectual francés (1992), art. L 123-6, reconoce el usufructo *mortis causa* del derecho de explotación del autor a favor del cónyuge viudo, y la Ley de propiedad intelectual portuguesa de 1985 (de 17 septiembre) admite expresamente este usufructo (art. 45). El art. 107 de la italiana Ley de Propiedad Intelectual de 1941 dice que los derechos de utilización que corresponden al autor «pueden ser adquiridos, enajenados o transmitidos de todos los modos y formas permitidos por la ley»; expresión de la que la doctrina italiana (PUGLIESE, ASCARELLI, GRECO-VERCELLONE) deduce la posibilidad de constitución de usufructo.

En la jurisprudencia española, aunque muy pobre en esta cuestión, no he encontrado referencia directa al usufructo de propiedad intelectual, pero sí alguna indirecta en cuanto afirma la transmisibilidad «por cualquier título» de la propiedad intelectual (SAP de Guipúzcoa de 31 julio 2001)<sup>(8)</sup>.

## II. CONSTITUCIÓN DEL USUFRUCTO DE PROPIEDAD INTELECTUAL

### 1. Títulos hábiles. Constitución por acto *inter vivos*

Dado que el usufructo de propiedad intelectual es una forma de presentación del usufructo de un derecho (es decir, derecho sobre un derecho), la explicación mejor aceptada por la doctrina moderna de la constitución de tal usufructo es la de considerarla como una cesión o transmisión limitada del (contenido del) derecho-objeto, y en este caso del goce de las facultades de tipo patrimonial del derecho de autor,

únicas transmisibles. En esa inteligencia, y con las particularidades a que me referí al inicio, son aplicables, en principio, a este usufructo las reglas generales de su constitución, en cuyo contexto se puede afirmar que ésta es posible (i) por título voluntario (oneroso o gratuito) y legal, por acto *inter vivos* (art. 43 LPI) y *mortis causa* (art. 42); (ii) por usucapión —aunque no cabe para la adquisición de la propiedad intelectual, sí, en cambio, la de su usufructo, por posesión y ejercicio continuado en esa calidad de los derechos de explotación pertinentes (todos o alguno) durante el plazo legal—; (iii) y también es posible la adquisición *a non domino* —adquirente de buena fe con título válido (de constitución del usufructo) de un transmitente de este derecho no titular o no legitimado para transmitirlo (por falta de poder de disposición *ad hoc*)—.

### Hoy predomina en nuestra doctrina la tesis de que cabe constituir por la vía del artículo 43 de la Ley de Propiedad Intelectual, derechos reales limitados sobre los derechos de explotación de la propiedad intelectual

Dos extremos interesan aquí, sin embargo, respecto de la constitución por acto *inter vivos* en consideración a la particular naturaleza de la propiedad intelectual, que también repercute en ese orden:

a) La deficiente redacción y difícil comprensión del art. 43 LPI (que no aclaran sus concordantes) suscita dudas acerca de *qué es lo transmisible* por acto *inter vivos* (si la propiedad intelectual o sus facultades de explotación: el precepto menciona «los derechos de explotación») y *por qué mecanismo jurídico* (a título de derecho real o de derecho personal)<sup>(9)</sup>. Hoy predomina en nuestra doctrina la tesis de que sí cabe constituir por la vía de ese art. 43 derechos reales limitados sobre los derechos de explotación de la propiedad intelectual —en el mismo sentido, la SAP de Guipúzcoa de 31 julio 2001, antes citada—, y entre ellos, de manera calificada, el de usufructo, si bien con notables limitaciones (sólo los derechos de explotación) y restricciones (espacio-temporales y de contenido), en atención a que el derecho de autor no es derecho real de propiedad susceptible

de normal o íntegra transmisión (no cabe para las facultades de índole moral), aunque sí un derecho absoluto con caracteres propios, también en ese orden. Todo ello sin perjuicio de idénticas posibilidades de constituir derechos personales de goce derivados de contrato (en los que parece que pensó más el legislador), lo que es perfectamente compatible con la primera explicación.

b) Con la constitución del usufructo por acto *inter vivos*, dada la naturaleza de derecho absoluto de la propiedad intelectual de que forman parte, la transmisión a tercero de las facultades patrimoniales por vía negocial no se desenvuelve al clásico modo, con el carácter relativo de los contratos sino que opera y se constituye a favor del transmisario (sic) un derecho también absoluto, de la misma clase que en la cabeza del titular inicial. La transmisión (limitada) de los «derechos de explotación» implícita en la constitución del usufructo de derecho de autor, sobre todo la que se hace *inter vivos*, no es tanto una transferencia normal de tales facultades, sino una especie de cesión o concesión de la de uso y disfrute de los mismos igualmente condicionada o limitada<sup>(10)</sup>. Esto se ve con más claridad en Derecho alemán, por ejemplo, cuyo artículo 31 de su Ley de 1965 lleva la rúbrica «concesión de derechos de uso», y toda la regulación de este mecanismo jurídico se halla separada de la transmisión o sucesión en los derechos de autor. También en Derecho español, donde, aunque la cuestión no es tan clara (la terminología es distinta), se dan algunas consecuencias de este régimen jurídico diferenciado (al modo de la Ley alemana) y, así, puede observarse que el autor cedente tiene un derecho de revisión del contrato de cesión en algunos casos (art. 47 LPI), y a una participación proporcional en los ingresos de la explotación *ex lege* (cfr. art. 46.1), bien distinto todo esto de lo que ocurre en la transmisión *inter vivos* de otros derechos patrimoniales. Todo ello no impide, sin embargo, la oponibilidad del derecho del adquirente frente a terceros.

En todo caso, con la «transmisión por actos *inter vivos*» del art. 43 hay una constitución de derechos absolutos a favor del cesionario (el usufructuario); no mera transmisión de derechos personales (como pasa en la cesión de tipo contractual: contrato de edición), sino una sucesión constitutiva de derechos<sup>(11)</sup>.



Esa transmisión por acto *inter vivos* puede ser por acto gratuito tipo donación (art. 632 C.c.) o, al modo de los derechos reales sobre cosas, «por consecuencia de ciertos contratos mediante la tradición» (art. 609 C.c.), que requerirá de tradición, que en este caso será de tipo espiritual (arts. 1.462 y 1.464)<sup>(12)</sup>.

## 2. Capacidad, legitimación y poder de disposición

**A)** En cuanto a *capacidad*, dado que la constitución de usufructo es un acto de disposición, se requerirá la capacidad propia de los actos de esa clase (mayor de edad no incapacitado). El artículo 44 LPI se ocupa sólo del menor de dieciocho años y mayor de dieciséis que viva de forma independiente con consentimiento de sus padres o tutores o de la persona que lo tenga a su cargo, al que concede «plena capacidad para ceder derechos de explotación». Ello quiere decir que ese menor —no sólo el sujeto a potestad paterna, sino el sujeto a tutela u otro tipo de guarda— no está sometido a las restricciones y asentimientos del art. 323 C.c. aun cuando su obra pueda considerarse «objeto de extraordinario valor» (tiene «plena capacidad para ceder derechos de explotación»). Pero el art. 44 LPI, especial respecto del régimen de capacidad de obrar del menor emancipado (arts. 323 y 319 C.c.), deja irresueltos no sólo los demás supuestos de emancipación, sino también otros casos.

**En todo caso, con la transmisión por actos *inter vivos* hay una constitución de derechos absolutos a favor del cesionario (el usufructuario); no mera transmisión de derechos personales (como pasa en la cesión de tipo contractual: contrato de edición), sino una sucesión constitutiva de derechos**

A los menores emancipados por otros procedimientos les serán aplicables las reglas generales, es decir, tienen capacidad para la cesión de referencia —opinión prevalente—, y si cabe considerar «objeto de extraordinario valor» la obra de cuyos derechos de explotación se va a disponer, se requerirá el asentimiento que prevé el

artículo 323. Solución que se aplicará también al menor emancipado que pretenda disponer de derechos de explotación de que sea titular por adquisición *mortis causa*, no por su autoría personal.

Tratándose de menor no emancipado, sea autor o titular derivativo de los derechos de explotación, su disposición (para constituir usufructo) quedará sometida al régimen general, del art. 166 C.c. (por los titulares de la patria potestad, con autorización judicial), y el oportuno en caso de sometimiento a tutela; también para el mayor de edad incapacitado.

**B) Legitimación.** Como la constitución de un usufructo significa disponer el titular de un derecho (sobre el bien que gravar) para crear otro más limitado objetivamente, es necesario que el constituyente sea titular de una situación jurídica subjetiva que comprenda, en su contenido institucional o en el caso concreto, la facultad susceptible de quedar constituida y en su caso transmitida como tal derecho real.

Partiendo de ese principio, están *legitimados* para constituir usufructo sobre los derechos de explotación:

**a) El autor** de la obra protegida, no sólo respecto de todos los derechos de explotación (de que es titular nato) sino de aquellos de que no haya dispuesto si ha cedido antes alguno de ellos (autonomía de los derechos de explotación, art. 23 LPI). A ese efecto habrá que atenerse a la norma interpretativa del artículo 43.2 LPI cuando en la cesión anterior no se hayan determinado específicamente las modalidades de explotación cedidas. Junto al *autor* en sentido estricto (el del art. 5.1 LPI), está legitimado para constituir usufructo cualquier otro titular originario de derechos de explotación protegidos como propiedad intelectual, es decir, los titulares de «los otros derechos de propiedad intelectual y la protección de las bases de datos», a que se refiere la rúbrica y contenido del libro II LPI: los artistas intérpretes o ejecutantes (Tít. I), que tienen derechos específicos de fijación, reproducción, comunicación pública y distribución; los productores de fonogramas (Tít. II), con derechos de explotación semejantes a los anteriores; los productores de grabaciones audiovisuales (Tít. III) y las entidades de radiodifusión (Tít. IV), etc. Para ellos el art. 132 LPI prevé la aplicación subsidiaria de los artículos 17 a 23, «en lo pertinente», a esos «otros derechos de propiedad inte-

lectual» regulados en el aludido libro II. Por ello, las referencias que haga en lo sucesivo al *autor* y disposición de sus derechos de explotación para constituir usufructo han de entenderse comprensivas de estos otros titulares (originarios) de derechos de explotación y asimilados

**b) En caso de coautoría:** (i) si se trata de *obra en colaboración*, se aplican las normas de la comunidad de bienes para la explotación conjunta (art. 7.3 LPI), y cada coautor puede explotar y disponer (constituir usufructo) separadamente de su aportación, con las salvedades del 7.2; (ii) en el supuesto de *obra colectiva*, el art. 8 reserva a la persona que la edita (coordinador) los derechos de explotación y su transmisión, salvo pacto en contrario; (iii) para la *obra compuesta*, podrá constituir usufructo el titular de la obra nueva que incorpore otra preexistente sin la colaboración del autor de ésta, sin perjuicio de los derechos que a éste correspondan y de su necesaria autorización (art. 9 LPI).

**c) Titulares derivativos de los derechos de explotación.** No ofrece duda la legitimación de los sucesores *mortis causa* en estos derechos (únicos transmisibles), ateniéndose al estado y contenido de su titularidad. En cuanto a los cesionarios por acto *inter vivos*, en vista del art. 43 y de los 48 y 49 LPI, me inclino —no obstante algunos reparos de cierta doctrina— por la posibilidad de constitución de usufructo por parte de los cesionarios en exclusiva que sean titulares, en ese concepto, del derecho absoluto (oponibilidad *erga omnes*) sobre la o las facultades de explotación pertinentes. No es tan segura esa disponibilidad de tales derechos en caso de cesión no exclusiva, y de cesión de tipo obligacional (contrato de edición, por ejemplo); parece que en todo caso se requeriría la autorización o consentimiento expreso del cedente (art. 49 LPI). Sin embargo, habrá que atenerse a cada tipo de cesión (acto, objeto) para determinar con más precisión la posibilidad, amplitud y requisitos de la cesión-constitución del usufructo, porque hay cesiones en exclusiva que no comprenden todos los derechos de explotación, ni la no exclusiva impide algunas formas de explotación y su transmisibilidad por ese cesionario.

**d) Pluralidad de titulares.** Si la pluralidad procede de la coautoría, hay que estar a las reglas de los arts. 7 a 9 LPI, ya comentados. Si se trata de titularidad plural



derivativa (*inter vivos* o *mortis causa*), la disposición de los derechos de explotación se rige por las reglas de la comunidad de bienes, siempre que la obra ya haya sido divulgada. En caso de no divulgación previa de la obra y titularidad por transmisión *mortis causa* de los derechos de explotación a persona distinta de la titular de los derechos morales (art. 15), será aquel a que corresponda el derecho de decidir si se divulga o no la obra quien decida al respecto, con imposibilidad de constitución de usufructo por el primero si decide en sentido negativo el segundo (art. 15.2 en relación con el 14.1 LPI).

C) El constituyente, además de esa legitimación, ha de tener *poder de disposición* —aptitud para realizar válidamente el acto de disposición de que se trate, referido a objeto disponible (calidad intrínseca)— suficiente sobre las facultades patrimoniales objeto del usufructo. Y como esas facultades son disponibles, por regla general, tal exigencia se traduce en otra de tipo negativo: *que no haya prohibición de disponer* referida al derecho o derechos de explotación que van a ser objeto del usufructo.

### 3. Objeto. Determinación en el acto y título constitutivo

La calificación de la constitución del usufructo como una especie cesión limitada al usufructuario de ciertas facultades correspondientes al constituyente y relativas al objeto del usufructo obliga a atenerse al régimen de transmisión de los derechos de explotación regulado en los arts. 43 y concordantes LPI, y al de los derechos de explotación (arts. 17 y ss.).

Varias reglas delimitan esta cuestión en nuestro ordenamiento:

a) como el usufructo puede comprender todas o parte de las utilidades de que es susceptible el bien gravado (art. 469 C.c.), en la inteligencia de que por tratarse de un derecho real de goce de contenido general (comprendivo de todas aquellas utilidades, salvo concreta exclusión), resulta que para que el usufructo afecte a una sola o algunas de esas utilidades —aquí, derechos de explotación, y modalidades específicas— es preciso que así conste en el título constitutivo (cfr. SAP Asturias, Sección 7.ª, de 13 octubre 2004);

b) en cuanto acto de transmisión que es el de constitución del usufructo, si referida a derechos de explotación, quedará «limitada la cesión al derecho o derechos cedidos, a las modalidades de explotación expresamente previstas y al tiempo y ámbito territorial que se determinen» (art. 43.1 LPI); luego para evitar la regla del artículo 43.2, deberá concretarse en el título constitutivo las facultades y modalidades de explotación cedidas al usufructuario, y demás, a que alude el núm. 1 de dicho precepto;

c) el principio de especialidad, que también rige en este caso y usufructo (cfr. arts. 12 a 14 del Reglamento del Registro de Propiedad Intelectual), exige idéntica concreción si ha de inscribirse en dicho Registro;

d) los «derechos de explotación» son independientes entre sí (art. 23 LPI), independencia funcional<sup>(13)</sup> que permite el goce total o parcial (unitario) de los mismos y contribuye a esa misma concreción.

Consecuencia de todo ello es la necesidad de determinar correctamente en el título constitutivo el objeto, la o las facultades patrimoniales (y, en su caso, modalidades correspondientes) incluidas en el usufructo. En otro caso, frente a la vocación de disfrute omnicomprendivo del usufructo, se impondrá la regla interpretativa del art. 43.2, y el usufructuario adquirirá las facultades de explotación que se deduzca necesariamente del título constitutivo y sea indispensable para cumplir la finalidad del mismo, con la limitación temporal y espacial que indica esa norma<sup>(14)</sup>.

### 4. Forma. Inscripción en el Registro de la Propiedad Intelectual

El art. 45 LPI exige que la cesión de que trata (apta para la constitución de usufructo) se haga por escrito; si, requerido al efecto fehacientemente el cesionario, incumpliere esa exigencia, el autor puede optar por la resolución del contrato. Aquella norma es de carácter imperativo —que se justifica en proporcionar mayor seguridad al autor—; pero su infracción no comporta nulidad del acto porque el mismo precepto prevé una consecuencia distinta (cfr. art. 6.3 C.c.): la facultad resolutoria que menciona, lo que demuestra que no había nulidad absoluta<sup>(15)</sup>.

La constitución por acto *mortis causa* si- que las reglas generales en cuanto a forma

y en el efecto jurídico (cfr. art. 42 LPI y STS de 30 octubre 1995).

**Se recomienda atenerse a cada tipo de cesión (acto, objeto) para determinar con más precisión la posibilidad, amplitud y requisitos de la cesión-constitución del usufructo**

El derecho de usufructo sobre estos derechos de explotación es inscribible en el Registro Central de Propiedad Intelectual, según anuncia el art. 145.1 LPI, inscripción que ya no es necesaria para el pleno reconocimiento de los derechos de propiedad intelectual, sino facultativa; sirve sólo como medida de especial protección del derecho inscrito. Una manifestación de esa protección deriva de la mera constancia registral: «se presumirá, salvo prueba en contrario, que los derechos inscritos existen y pertenecen a su titular en la forma determinada en el asiento respectivo» (art. 145.3 LPI). El principio de especialidad (cfr. art. 12 a 14 del Reglamento) obliga a hacer constar en la inscripción el contenido material, temporal y territorial del usufructo constituido, a cuyo efecto no es suficiente la cláusula de integración del art. 43.2 LPI<sup>(16)</sup>.

## III. ESTRUCTURA DE ESTE USUFRUCTO

### 1. Sujetos

La aludida naturaleza especial de la propiedad intelectual —sustancialmente, el carácter complejo de este derecho, integrado por facultades de índole moral y otras de tipo patrimonial, con sumisión de éstas a aquéllas y recíprocamente interrelacionadas— y su repercusión en todo el régimen jurídico del usufructo, determina, entre otras consecuencias, que junto al régimen jurídico (ordinario) de los derechos de explotación, objeto del *ius fruendi*, haya otro propio de los derechos morales que competen al autor, mientras vive, y a personas concretas (cfr. arts. 15 y 16 LPI) a su fallecimiento; regímenes y titulares respectivos que pueden no coincidir (y no coincidirán las más de las veces).

Eso se traduce funcionalmente en que, a nuestros efectos (usufructo), se deba



distinguir dos planos personales y de relaciones jurídicas bien diferenciadas: a) la relación usufructuario-nudo propietario; b) la relación entre el autor (o titular del derecho moral) y el titular de los derechos de explotación (aquí, el usufructuario).

## A) Relación usufructuario-nudo propietario

En este orden y respectivas calidades no hay ninguna particularidad relevante en lo que aquí concierne, y tanto las personas que pueden ser usufructuario y nudo propietario, y sus requisitos subjetivos, están sometidos a los criterios y reglas generales. *Usufructuarios* de propiedad intelectual pueden ser personas naturales y jurídicas, una sola o varias, y éstas de forma simultánea o sucesiva; en cada caso, con la correspondiente casuística y especificidades, según las normas pertinentes. Dígase lo mismo del *nudo propietario*, que unas veces puede ser el propio autor (constitución del usufructo por acto *inter vivos* a favor de otro) y otras el titular de los derechos de explotación causahabiente de aquél (heredero, legatario, cesionario por acto *inter vivos*) con legitimación suficiente para constituir este usufructo.

## B) Relación autor (o titular del derecho moral)-usufructuario

Relevante esta relación por comprender la propiedad intelectual facultades que exceden de las propias del usufructo, acusa otra vez la típica tensión personalismo-patrimonialidad que caracteriza al derecho de autor, subyacente a todo el régimen de este derecho real. Interesa a este respecto sobre todo la relación entre el autor y el usufructuario, porque el primero es titular más amplio del derecho moral (las siete facultades que señala el art. 14 LPI), ya que los otros titulares tras su fallecimiento sólo pueden ejercer la primera, la tercera y la cuarta de las del art. 14 en los términos que indican los arts. 15 y 16. Por ello, y para simplificar, me referiré a la relación usufructuario-autor —como prototipo—, en esa inteligencia, siendo aplicable cuanto diga ahora a la relación usufructuario-titular del derecho moral (distinto del autor), con las oportunas salvedades.

Pues bien: en esta relación y contexto el autor puede ejercitar el derecho moral con independencia de quién sea el titular

de los derechos de explotación (usufructuario u otro) y, dada la (relativa) sumisión de estos últimos al primero, el autor conserva siempre cierto señorío sobre la obra y las facultades que la ley incluye como «derecho moral», de manera que puede controlar e interferir el ejercicio de algunas facultades o modalidades de explotación que corresponden al usufructuario en tanto que subordinadas a ese derecho moral y al autor. Por ejemplo, este último puede modificar la obra (dentro de los límites del art. 14-5º LPI), retirarla del comercio por cambio de sus convicciones intelectuales o morales (art. 14-6º), prohibir (por ilícita) la exposición pública de la obra de arte sujeta a usufructo si con ella se lesiona alguno de los derechos morales —tal, si se omite el nombre e identidad del autor, exhibiéndose sin su nombre, o con el de otro (art. 14-3º), o si no se respeta su integridad, se la deforma o altera (art. 14-4.º), etc.—.

**El usufructuario adquirirá las facultades de explotación que se deduzcan necesariamente del título constitutivo y sean indispensables para cumplir la finalidad del mismo, con la limitación temporal y espacial que indica el artículo 43.2**

Ocasión señalada de conflicto en lo que aquí concierne se presenta en el caso de transformación, adaptación y otras formas de modificación de la obra original, que consiente el art. 21 LPI, ejercitables por el usufructuario. A ese respecto hay que subrayar la necesidad del respeto por este último, sobre todo, del derecho moral de integridad de la obra (art. 14-4.º LPI) que compete al autor, derecho que puede entrar en conflicto con la «alteración» o modificación que comporta la transformación<sup>(17)</sup>. Así, dejan de ser lícitas aquella transformación o adaptación, por un lado, si abusa de su derecho el autorizado a hacerla, perjudicando al autor en su honor o en su derecho moral o de cualquier otro modo; otras veces, modificando la esencia de la obra original utilizada para la transformación o alterando elementos esenciales de la misma, sin olvidar los supuestos de ilícita apropiación de unos u otros en provecho del autor de la transformación en la obra derivada<sup>(18)</sup>.

Esas facultades concretas del autor, e interferencia aludida en el ejercicio de los derechos de explotación que competen al usufructuario, se da con independencia de que aquél sea o no nudo propietario —este último, por su parte, puede tener idénticas o parecidas facultades de control en interés del objeto del usufructo, los derechos de explotación de que es nudo propietario y que podrían verse afectados por la actuación del usufructuario—; son facultades que le competen exclusivamente en su calidad de autor, *ex art. 14 LPI*; y fallecido él, corresponden a las personas que mencionan los arts. 15 y 16, como titulares del derecho moral y en aras de éste.

Mas los derechos morales del autor en ese terreno no son absolutos, y aparecen modalizados en algunos casos (modificación de la obra, retirada del comercio) en interés de terceros afectados —aquí, el usufructuario— en términos que diré más adelante.

## 2. Objeto

Dos cuestiones surgen a este respecto: (i) una eminentemente dogmática, cuál sea el objeto de este usufructo, si la propiedad intelectual como entidad jurídica compleja o los derechos o facultades de explotación; (ii) otra más importante y práctica, y ceñida a nuestro ordenamiento, que es la de qué facultades, entre las que comprende la propiedad intelectual, pueden ser objeto efectivo del *ius fruendi* propio del derecho real que me ocupa.

### 2.1. Propiedad intelectual o derechos de explotación, como objeto del usufructo

Discutida esta cuestión, como próxima y paralela, respecto de la hipoteca de propiedad intelectual<sup>(19)</sup>, y aún demasiado teórica, no puedo soslayarla por cuanto el objeto y título de este trabajo es el de «usufructo del derecho de propiedad intelectual» (habitual en la doctrina). Sin embargo, esta expresión no deja de ser excesiva e inapropiada, y requiere inmediata aclaración.

Si la constitución del usufructo comporta una cesión limitada de facultades jurídicas, es requisito primero del objeto de cualquier usufructo la transmisibilidad del mismo (principio general en esta materia). Es evidente, por tanto, que no cabe



esa transmisión de la propiedad intelectual *in complexu*, ya que de las facultades que comprende hay algunas (las morales, el derecho de participación del artículo 24 LPI) que son intransmisibles por acto entre vivos, por lo que no podrían ser objeto de aquella cesión ni de usufructo; y la transmisibilidad *mortis causa* de algunos «derechos morales» es inocua en la mayor parte de los casos porque, además de regirse por reglas distintas (cfr. art. 15 LPI), su ejercicio y funcionalidad difieren del propio de los derechos patrimoniales y del usufructo.

En consecuencia, objeto efectivo del usufructo son sólo las *facultades patrimoniales* de la propiedad intelectual —mejor que «derechos de explotación», lo precisaré inmediatamente—, y, más exactamente, aquellos que sean transmisibles por el título jurídico por el que se constituya usufructo; no, en cambio, ella misma, en puridad, por más que sea expresión habitual y un tanto simplista.

## 2.2. Facultades propias de la propiedad intelectual susceptibles de ser objeto de usufructo

He aludido en más de una ocasión a los derechos de explotación como objeto típico de este usufructo, con cierta imprecisión; era, sobre todo, para excluir del usufructo el derecho moral por inalienable (art. 14 LPI) y cuya transmisión *mortis causa* se rige por otros criterios y atiende a otros fines muy distintos de los propios de aquel derecho real limitado. Con más propiedad hay que decir —lo he sugerido ya— que el objeto del usufructo del derecho de propiedad intelectual se limita a los derechos o *facultades patrimoniales* del derecho de autor, porque junto a los derechos de explotación (típicos del usufructo) hay otros derechos económicos (llamados «de simple remuneración»), distintos de los «de explotación» ordinarios, vinculados a la propiedad intelectual que también pueden ser, por patrimoniales y en tanto que transmisibles (aunque sea limitadamente), objeto de usufructo. Veámoslos separadamente.

A) De los *derechos de explotación* como objeto del usufructo —que comprenderán, en general, no sólo los que corresponden al autor *stricto sensu* (art. 5.1 LPI) sino a los titulares de «los otros derechos de propiedad intelectual y la protección *sui generis* de las bases de datos», a que se refiere la rúbrica y con-

tenido del libro II LPI—, hago por ahora estas observaciones nada más:

**El autor siempre conservará cierto señorío sobre la obra y las facultades que la ley incluye como «derecho moral», de manera que puede controlar e interferir el ejercicio de algunas facultades o modalidades de explotación que corresponden al usufructuario**

Pueden ser objeto de usufructo todos ellos (típicos y atípicos), o sólo uno o varios pero no todos, y alguna, varias o todas las modalidades de ejercicio: deberán quedar perfectamente enumerados y definidos en el título constitutivo, por los motivos y en los términos a que me referí (apartado II.3), y sólo a los así concretados alcanzará el *ius fruendi*.

En función del requisito de la transmisibilidad de las facultades objeto del usufructo, aun incluido entre los derechos de explotación, tengo serias dudas de que corresponda al usufructuario el derecho del autor de publicar sus obras reunidas en colección escogida o completa, del art. 22 LPI, pues pienso —frente otros a autores, que ven en él un derecho estrictamente patrimonial y transmisible *inter vivos* y *mortis causa*<sup>(20)</sup>— que se trata de una atribución al autor *intuitu personae*<sup>(21)</sup>, y una concesión a los valores morales y personales de la producción intelectual y artística, al prestigio del autor, que gracias a ese derecho excepcional puede ver juntas todas o sus mejores obras, con independencia de otras reproducciones de las mismas<sup>(22)</sup>. Mas, no obstante mi convicción y esas razones, mi posición no es irreductible —es tan arriesgado hacer afirmaciones absolutas, en uno u otro sentido—, y no desestimo radicalmente la contraria. Si hubiera de considerarse también patrimonial y transmisible el derecho de colección ex art. 22 LPI, y quedara expresamente incluido por el autor en el título constitutivo (sobre todo, en este caso), podría ser objeto del goce usufructuario como otros derechos de explotación.

Por otro lado, hay formas de explotación que, por su propia naturaleza, sólo competen al autor, no a un tercero (aquí, el usufructuario): así, señaladamente, la facultad de realizar una réplica de la obra original propiedad de tercero. La *réplica* de la obra original es una «reproducción» (quizá algo más) de esta última hecha por el mismo autor con pequeñas (a veces, imperceptibles) alteraciones —quizá por la imposibilidad de hacerla exactamente igual por segunda vez— o modificaciones debidas al intento del autor de realizar una obra que, aunque nueva, conserve la idea, la inspiración y los caracteres de aquélla. Algunas veces, podrá ser una copia verdadera y propiamente dicha realizada por el autor con fines meramente repetitivos de la obra original<sup>(23)</sup>. La realización de la réplica, cuya motivación puede ser muy variada —desde la intención de volver a vender otro ejemplar, la réplica, por el éxito y alto precio del original, hasta razones puramente sentimentales o estéticas— compete exclusivamente al autor, ya que él es el único que por definición puede llevarla a cabo; no, en cambio, el usufructuario<sup>(24)</sup>. Tiene, así, la réplica un régimen distinto del de la mera reproducción de obra de artes plásticas, porque al tratarse ésta de una reproducción *stricto sensu* y no ser personalísima del autor, no hay inconveniente en que pueda ser objeto de usufructo.

B) En cuanto a los *otros derechos económicos*, me refiero, sustancialmente, a dos: la «compensación equitativa por copia privada», ex art. 25 LPI, y el «derecho de participación» (*droit de suite*) del art. 24.

a) La «compensación equitativa por copia privada»

Situada esta «compensación» entre los «otros derechos», distintos y a renglón seguido de los de explotación en el Capítulo III del Título II del Libro I LPI, y bajo la idea general de que sólo respecto de estos últimos era posible el usufructo —prejuicio ya aludido, y opinión de la doctrina mayoritaria—, había la tentación de excluir aquélla del ámbito y objeto del usufructo<sup>(25)</sup>. Sin embargo, una lectura detenida del art. 25 LPI, interpretado en el contexto general en que se produce, obliga a reconsiderar dicha exclusión precipitada



y concluir que alcanza el *ius fruendi* a esta «compensación» —también, creo, para su caso, a la «remuneración equitativa» del art. 108.3 LPI (artistas intérpretes y ejecutantes), y, verosímilmente, la «remuneración» del art. 90 (autores de obra audiovisual)—, como objeto de usufructo de propiedad intelectual.

**Se ha de partir de una premisa básica y es que el objeto efectivo del usufructo son sólo las «facultades patrimoniales» de la propiedad intelectual —mejor que «derechos de explotación»—**

En efecto: como bien dice el núm. 1 de ese artículo, la compensación de referencia va «dirigida a compensar los derechos de propiedad intelectual que se dejaran de percibir por razón de la expresada reproducción» [para uso privado, por «copia privada»]: es compensación de un legítimo derecho —de retribución por reproducción de la obra: derecho exclusivo del autor (art. 17 LPI)— por aquello que cede en aras de una limitación legal (copia privada). Se trata —ha dicho acertadamente CASAS VALLÉS<sup>(26)</sup>— de compensar al autor por ese medio un daño injustamente sufrido, pero no injustamente causado, ya que deriva de una actividad lícita de reproducción para uso privado. Es un procedimiento y mecanismo jurídico de compensar adecuadamente al titular del derecho de reproducción (autor o causahabiente) por las reproducciones de la obra protegida que se hagan para uso privado (art. 31.2 LPI), para lo que no se requiere el consentimiento ni retribución de aquél —por tanto, en detrimento suyo (económico)—, buscando con ello un equilibrio equitativo entre el respeto del derecho de propiedad intelectual y el mencionado límite legal (cfr. arts. 33 CE y 17 LPI) del art. 31.2<sup>(27)</sup>.

Una duda acerca de la inclusión de esta «compensación equitativa» como objeto de usufructo podría

provenir del carácter de irrenunciable que le asigna el art. 25.1 LPI, lo que equivaldría, para algunos, a indisponibilidad. Mas, frente a esa asimilación y tesis de exclusión del objeto del usufructo, cabe aducir: a) Irrenunciabilidad es un concepto más estricto y limitado que indisponibilidad (de la que es una forma concreta de presentación), lo que permite pensar en actos de disposición que no consistan en renuncia abdicativa (lo único expresamente prohibido); obsérvese que la LPI distingue ambos conceptos para un derecho próximo, el de «participación» (art. 24.3 LPI), irrenunciable e intransmisible *inter vivos* (pero transmisible *mortis causa*). b) La irrenunciabilidad aludida tiene como finalidad el reforzar la protección de ese derecho frente a las exigencias y posible coacción (sobre el acreedor) de los deudores para no pagar la compensación; en el mismo sentido y con idéntico propósito iría la previsión legal de su ejercicio colectivo. c) El carácter objetivo, equitativo, de esta «compensación» (fundamento legal dicho), más que subjetivo o personalísimo del autor; prueba de esto es que acreedores de ella son no sólo los autores de la obra protegida, sino también «los editores, los productores de fonogramas y videogramas y los artistas intérpretes o ejecutantes» (art. 25.4-b LPI); es decir, los perjudicados por la «copia privada» más que el autor *intuitu personae*.

Pero, incluso en el caso de indisponibilidad de este derecho (vinculada a la irrenunciabilidad) —no lo creo, pero mi posición no es irreductible—, pienso que afectaría sólo a los actos voluntarios *inter vivos* del titular del derecho, pero no es tan seguro que alcanzara a los supuestos de sucesión *mortis causa* —recuerdo de nuevo el art. 24.3 LPI— y menos a esa sucesión *ex lege* en forma de usufructo (sucesión intestada en algunos ordenamientos autonómicos, legítima del cónyuge viudo), en los que no se comprende bien que no pueda disfrutarla el cónyuge viudo sucesor *mortis causa* del autor al ser un

derecho patrimonial no personalísimo (irrenunciable no quiere decir personalísimo) incorporado, como tal, a la masa hereditaria.

Sujeto acreedor de dicha compensación es el autor de la obra protegida y titular nato del derecho de reproducción (cfr. art. 25.4-b); autor en sentido general, como titular, es decir, comprensivo de los causahabientes por título legítimo<sup>(28)</sup> —en este sentido, en los arts. 17 y ss. LPI, y concordantes—. Y en el usufructo de propiedad intelectual el titular del derecho de reproducción es el usufructuario: es él quien ve disminuidos los rendimientos de la explotación (goce usufructuario) por mor del ejercicio del derecho de copia privada, del art. 31; luego a él hay que compensar por ese mecanismo previsto por la ley en el art. 25 LPI. Porque en otro caso ocurriría: bien que se atribuyera dicha compensación al nudo propietario, lo que es claramente improcedente —a él no corresponde, por regla general (salvo pacto), ninguna manifestación del aprovechamiento o disfrute del objeto del usufructo—; o bien que no se pagara esa legal compensación (al usufructuario ni a ningún otro), lo que beneficiaría al deudor sin causa justificada, lo que es absurdo y contrario a Derecho (enriquecimiento sin causa).

En conclusión: la «compensación equitativa por copia privada» queda incluida en el objeto del usufructo de propiedad intelectual, y acreedor de la misma es el usufructuario como titular actual de la facultad de reproducción: crédito, exacción y forma de pago que se regirán por lo que dispone el extenso (y demasiado reglamentista) art. 25 LPI, a que me remito, sin más.

**b)** El «derecho de participación» del art. 24 LPI

Este derecho de los autores de obras plásticas «a percibir del vendedor una participación en el precio de toda reventa que de las mismas se realice en pública subasta» —en las condiciones y con las excepciones que expresa esa norma— ha planteado menos dudas: queda



incluido, en efecto, como posible objeto de usufructo (el derecho de participación es un derecho patrimonial y debe tratarse como tal, dice CASAS VALLÉS<sup>(29)</sup>), pero en casos muy limitados: sólo en el de transmisión por sucesión *mortis causa*, y se extingue transcurridos setenta años desde la muerte o declaración de fallecimiento del autor (con el cómputo que indica el art. 24.3 LPI); porque es un derecho intransmisible *inter vivos*, e irrenunciable para el autor (también para los herederos, tesis preponderante entre especialistas). Ello quiere decir que sólo quedará incluido como objeto de usufructo cuando éste se haya constituido directamente por el autor y por acto y título *mortis causa* (herencia o legado); no, en cambio, si hay una constitución del usufructo por el heredero o legatario (del derecho de propiedad intelectual) del autor, ya que éstos —titulares, sí, del «derecho de participación»— no podrán disponer de él en forma de usufructo a favor de tercero en consideración a la aludida intransmisibilidad (que para los herederos sería *inter vivos*).

#### IV. CONTENIDO DEL USUFRUCTO DE PROPIEDAD INTELECTUAL

##### 1. Idea primaria y general

En tanto que derecho real (limitado), el contenido y ejercicio del usufructo está formado, sustancialmente, por el conjunto de facultades que competen al usufructuario, su titular, con los límites institucionales, en particular su temporalidad y la conservación de la forma y la sustancia del bien gravado (que incluirá hoy el respeto de su destino económico). Por otro lado, como derecho en cosa ajena, requiere el preservar el derecho actual del propietario (y potencial a recuperar en su día el derecho gravado); y acompañan a aquellas facultades ciertas obligaciones (en sentido amplio, pues no todas lo son en su acepción técnico-jurídica) a cargo del usufructuario; las cuales significan, a su vez, posibilidades de exigencia para el nudo propietario. Este último, por su parte, junto a su derecho esencial de propiedad, aunque desprovista actualmente del *usus*

*et fructus*, conserva todas las facultades del dominio que sean compatibles con el goce ajeno (cfr., muy expresivo, el art. 541-1.2 CCC); y, al propio tiempo, queda afectado por ciertos deberes jurídicos en relación con el bien.

**Tengo serias dudas de que corresponda al usufructuario el derecho del autor de publicar sus obras reunidas en colección escogida o completa, pues pienso —frente a otros autores, que ven en él un derecho estrictamente patrimonial y transmisible *inter vivos* y *mortis causa*— que se trata de una atribución al autor *intuitu personae***

Ante la imposibilidad de hacer aquí una descripción cumplida de ese contenido, y pensando en la especificidad de este usufructo en razón de su objeto, abordaré esa cuestión desde la perspectiva, eminentemente, del usufructuario, y me referiré a las *facultades* que como tal tiene —el aspecto más interesante—, a las *limitaciones* —las institucionales *ex usufructo* y las específicas derivadas de la propiedad intelectual—, y a las *obligaciones* que le competen. La consideración del derecho de autor como un bien deteriorable por su específica temporalidad —progresiva disminución del valor económico del derecho usufructuado hasta su extinción por el paso al dominio público—, y aplicación del régimen del usufructo de esa clase (art. 481 C.c.) —como sugiere cierta doctrina italiana (TENCA: cfr. nota 5)—, no tiene, en mi opinión, apenas transcendencia, tanto por la escasa incidencia en el disfrute del bien de aquella temporalidad *ex art.* 41 LPI como por la poca repercusión en este usufructo del régimen especial del art. 481 C.c. (que no difiere mucho del ordinario).

La posición jurídica del nudo propietario quedará definida como la de la «otra parte» en la relación usufructuaria, reverso de las facultades y los deberes u obligaciones del usufructuario.

##### 2. Facultades del usufructuario

Son dos las fundamentales: la de *disfrute* y la de *disposición*, porque, dado el

carácter inmaterial del objeto, el usufructo (la propiedad intelectual, no el soporte de la obra protegida), no ha lugar a posesión o uso del bien usufructuado como facultad diferenciada del ejercicio del derecho.

##### 2.1. Facultad de disfrute del usufructuario

A) *En general.* El disfrute usufructuario de los derechos de explotación de propiedad intelectual es prácticamente idéntico al que correspondía el constituyente del usufructo (salvo limitaciones concretas en el acto constitutivo), de acuerdo con las notas típicas de los derechos de explotación; es posible, incluso, un contenido parcial del disfrute usufructuario (por ejemplo, algunos, que no todos, los derechos de explotación: art. 469 C.c.). El ejercicio de este usufructo exige —como para el autor u otro titular— que los derechos que disfruten sean susceptibles ya de posible explotación, y con los requisitos propios de ésta. Es preciso, pues, que la obra haya quedado exteriorizada o fijada en un soporte material de cualquier clase (art. 10.1 LPI), y, en términos generales, divulgada. Los actos de explotación se caracterizan por tratarse de actividades dirigidas tendencial o potencialmente a obtener una ganancia (la «significación económica» de que habla el art. 31.1), lo que excluye de esa consideración las utilidades de una obra protegida sin finalidad lucrativa (aunque la gratuidad o utilización no patrimonial de la obra no es criterio suficiente); y ser de utilización colectiva, actual o potencial, es decir, que desborden el ámbito privado (uso personal, del art. 31.2; comunicación en un ámbito estrictamente doméstico, del art. 20.1-2.º LPI).

Los derechos de explotación tienen una *doble manifestación jurídica*, que se proyecta en su disfrute: a) *de orden negativo*, en el sentido de oposición del titular (el usufructuario) a su ejercicio por otras personas sin su autorización, salvo las excepciones legales, y poder accionar contra cualquier intromisión ilegítima; y b) *de orden positivo*, consistente en el efectivo ejercicio y explotación de las facultades usufructuadas (todas o algunas), si quiere y cuando quiera, por él mismo, directa o indi-



rectamente (contrato de edición o de representación, entre los más conocidos y sencillos). La exclusividad en el ejercicio de tales derechos se halla hoy muy afectada por las excepciones y limitaciones legales a que alude el art. 17 LPI (cfr. arts. 31 a 40 bis LPI), no sólo en su previsión normativa y de un correcto uso, sino por el fácil ejercicio abusivo de tales excepciones y limitaciones, propiciado últimamente por las modernas técnicas de reproducción privada y en masa o de comunicación pública<sup>(30)</sup>.

**La «compensación equitativa por copia privada» queda incluida en el objeto del usufructo de propiedad intelectual y acreedor de la misma es el usufructuario como titular actual de la facultad de reproducción: crédito, exacción y forma de pago que se registrarán por lo que dispone el artículo 25 LPI**

La alusión del art. 17 LPI a la explotación por el autor (o por el usufructuario, su causahabiente) de su obra *en cualquier forma* es expresión de un tipo abierto de ejercicio que caracteriza en este orden a nuestra Ley de Propiedad Intelectual; la mención posterior en el mismo precepto de unas cuantas formas (reproducción, distribución, etc.), «en especial», indica que el sistema legal es de *numerus apertus*; lo que se traduce en la posibilidad de facultades, modalidades y formas atípicas de explotación (sobre todo, en el ámbito de la comunicación pública), cuyo aprovechamiento y disfrute corresponderá en su caso (según el título constitutivo y su interpretación) al usufructuario<sup>(31)</sup>. Sin embargo, no pueden ser objeto de usufructo las modalidades de utilización o medios de difusión (que es comunicación pública) inexistentes o desconocidos al tiempo de la constitución de aquel derecho real, por prohibida su transmisión (art. 43.5 LPI); la infracción de esa prohibición comportará la nulidad absoluta del pacto.

El usufructuario, como causahabiente, tiene legitimación para el ejercicio de estos derechos (*rectius*, facultades), reservado en exclusiva, *prima facie* y en

abstracto, al autor de la obra protegida (cfr. artículo 17). La exigencia del «consentimiento del autor» para la explotación de la obra que la Ley reconoce al titular del derecho de explotación (art. 17) compete en este caso al usufructuario: él es el legitimado para dar los consentimientos o autorizaciones que cada facultad de explotación (reproducción, distribución, comunicación pública, transformación; y las atípicas) y modalidad (véase las muchas del art. 20), en su caso, requieran. Ese consentimiento no consiste en un simple y aséptico acto volitivo, sino que va referido a una forma o modalidad de explotación, a un objeto (el que lo es de derecho de autor usufructuado) y a unas condiciones de particular relevancia: precio del original o de los ejemplares, participación económica del titular de esta facultad, ámbito temporal o territorial de difusión de la obra, subordinación de la comercialización a tal o cual evento, etc. El incumplimiento por la otra parte contractual de ciertas cláusulas sobre las que se proyecta tal consentimiento —conviene destacarlo— va a tener particular trascendencia en orden a ciertos efectos, por ejemplo, de la facultad de distribución (su extinción o agotamiento).

En la práctica, el ejercicio por el usufructuario de los derechos de explotación de la obra dada en usufructo no difiere sustancial y funcionalmente de lo que puede hacer el propio autor: a) Lo primero y más sencillo consistirá en explotar directamente la obra de creación sin mediación alguna de tercero: sea exponiendo las obras de arte (cuadros, esculturas), fotografiándolas y filmándolas (y luego, comercializando tales reproducciones); ya cantando el autor o ejecutando al piano el músico su obra, o bien utilizando en exclusiva su creador un programa de ordenador; sería ésta la forma más simple, aunque menos frecuente también, del ejercicio exclusivo de estas facultades de explotación. b) Pero puede el usufructuario optar por disfrutar los rendimientos económicos de su obra cediendo a otra persona alguna de las facultades o formas de explotación que la Ley prevé, por medio de un contrato *ad hoc*.

Lo habitual, sin embargo, será la explotación de la obra de esta última forma,

indirecta, por medio de la transmisión *inter vivos* (cesión cualitativamente parcial del ejercicio) del derecho o derechos de explotación de que se trate, para lo que el usufructuario, titular de los mismos en ese concepto, tiene legitimación suficiente (art. 43 LPI): se tratará de alguno de los múltiples contratos típicos y atípicos posibles, desde los clásicos de edición y representación a los nuevos y complejos relacionados con la facultad o derecho de comunicación pública ex art. 20 LPI (radiodifusión por cable o vía satélite, transmisión o retransmisión de programas radiofónicos o televisados, acceso público a obras incorporadas a bases de datos, entre otros). Esa transmisión por negocio *inter vivos* queda sometida al régimen y limitaciones de la cesión de los arts. 43 y ss. LPI. El contrato de cesión de derechos que lleve a cabo el usufructuario se resolverá a la extinción de su propio derecho (art. 480 C.c.).

**B) Facultades concretas. Casos especiales.** Ante la imposibilidad de examinar con cierto detenimiento el juego funcional de cada facultad de explotación, permítaseme hacer alguna observación sobre aspectos de las mismas de relevancia con ocasión del usufructo.

**a)** Corresponde al usufructuario —como al autor, su causante— el *derecho de reproducción*, con la facultad exclusiva de promover y efectuar, o autorizar, la multiplicación de la obra de creación en copias o ejemplares fieles a su original: sólo él (como antes el autor) puede ejercerla (*ius prohibendi*). La autorización a terceros (cesionarios por contrato) surte sus efectos siempre que la reproducción se haga dentro del ámbito autorizado, tanto objetivo como territorial y demás a que haya lugar. Todo lo que no se produzca así (salvo las excepciones y limitaciones pertinentes) hace que la reproducción por el autorizado deje de ser ajustada a Derecho, tiene el carácter de ilícita y prohibida, con sus consecuencias. La prohibición antes aludida alcanza a la reproducción (ilícita) cualquiera que sea el número de copias reproducidas, ya que lo antijurídico no radica tanto en el perjuicio económico al usufructuario (lo que se reflejará en la



cuantía de la indemnización, en su caso), sino en haberse realizado algo que jurídicamente le está reservado en exclusiva (o al cesionario de su derecho); y ello incluso con la reproducción de un solo ejemplar o copia, o de pocos de ellos. Es indiferente también, a efectos de prohibición e ilicitud de la reproducción, la finalidad de la efectuada sin aquel consentimiento, o el destino que piense darse, o se haya dado, a las copias o ejemplares obtenidos; y aun las ventajas económicas alcanzadas con ella. Como también es indistinto el procedimiento técnico o la forma de la reproducción no autorizada (obsérvese que todo ello ocurre aquí como respecto del autor, en lo que vengo insistiendo).

- b) En cuanto al derecho o *facultad de distribución*, compete al usufructuario tanto la introducción en el tráfico económico-jurídico y ulterior comercialización de la obra o sus ejemplares —la «puesta a disposición del público del original o de las copias de la obra...», del art. 19.1 TRLPI—, como el control de ese proceso, más allá de la comercialización que acompaña a la noción jurídica de distribución, implícita en el límite que establece el número 2 del propio artículo: la mención legal del *agotamiento* de ese derecho (de distribución) con la venta u otro acto de transmisión de la propiedad de los ejemplares de la obra, y sólo con ella, muestra que el control sobre los mismos (consentimiento, retribución) termina con esa enajenación, y no con otros actos propios de la distribución. Alcanza, pues, al usufructuario el «agotamiento» del derecho de distribución: vendida por primera vez la obra original o sus ejemplares en el ámbito de la Unión Europea («agotamiento comunitario»), su comprador, propietario ya de la cosa material a que está incorporada la obra intelectual o artística puede disponer de ella sin interferencias del autor o causahabiente, cuyo derecho de comercialización y de distribución se ha agotado o extinguido con esa primera venta (cfr. art. 19.2 LPI). Se extingue en tal caso el *ius prohibendi* o control pa-

ra actos de enajenación posteriores que realice el adquirente de la obra. Pero no hay tal agotamiento en caso de venta por el titular del original o de sus copias fuera de la Unión Europea (Directiva 2001/29). Sólo ha lugar, pues, al agotamiento del derecho de distribución si la enajenación del original o copias de la obra protegida se hizo correctamente y con el consentimiento del autor o causahabiente (es decir, dentro del ámbito y condiciones por él autorizadas)<sup>(32)</sup>. La distribución o comercialización de la obra, como cualquier otra forma de explotación, sin el consentimiento del autor ha de estimarse ilícita (regla general), con las sanciones y consecuencias pertinentes en cada caso, según el tipo de infracción (cfr. arts. 138 ss. LPI, y 270 CP). De ello deriva que los actos que realice el usufructuario, como cesionario de derechos de explotación, al margen de la modalidad de explotación cedida en usufructo, o más allá del tiempo y del espacio para el que se autorizó, habrán de considerarse ilícitos, y el nudo propietario (autor u otro) puede oponerse a ellos y perseguirlos a tenor de los arts. 138 y ss. LPI.

**Son dos las facultades fundamentales del usufructuario: la de *disfrute* y la de *disposición*, porque, dado el carácter inmaterial del objeto, el usufructo (no el soporte de la obra protegida) no ha lugar a posesión o uso del bien usufructuado como facultad diferenciada del ejercicio del derecho**

- c) Por lo que respecta a la *comunicación pública* (art. 20 LPI), es hoy, con el espectacular desarrollo tecnológico y social de la telecomunicación y los *mass media*, en muchos casos la principal forma de explotación, no sólo social y jurídica, sino también económica. En este aspecto, y con aplicación particular para los actos de teledifusión, se habla del «sistema de grados» (de

retribución), en el sentido de que el acto por el que se debe retribución al titular del derecho de autor no es ya aquel por el que efectivamente se disfruta la obra difundida (lo cual es muy difícil de controlar), sino el acto que puede permitir al público acceder a ella y disfrutarla. Habida cuenta de la autonomía que tienen las distintas formas de comunicación pública entre sí, requiere cada una de ellas la correspondiente autorización, ahora del usufructuario, y devenga para éste remuneración independiente. El derecho de comunicación pública puede ser objeto de transmisión o cesión *inter vivos* a otra persona (cfr. art. 43.1 LPI), frecuente en la práctica. La LPI regula uno de los contratos de cesión onerosa, la de representar o ejecutar públicamente una obra literaria y demás (arts. 74 a 85); no otras, y son muchas las que menciona el art. 20.2; mas esa tipificación legal permite aplicar algunas de sus soluciones a los contratos atípicos (cfr. art. 84.1 LPI para la cesión del derecho de comunicación a través de la radiodifusión).

De entre las varias modalidades de comunicación pública que competen al usufructuario, tiene una particularidad interesante la *exposición pública de obras de artes plásticas* o de obras fotográficas: permítese al propietario del soporte exponerlo, salvo que el autor hubiera excluido expresamente este derecho en el acto de enajenación del original (art. 56.2 LPI) —pero no reproducir la obra, ni siquiera en catálogos, publicidad o guías de exposición sin autorización del usufructuario (titular del goce de ese derecho concreto)—. De haberse hecho la aludida exclusión, si el derecho de exposición lo conserva el autor, puede pasar al usufructuario, que traerá causa del título (*inter vivos* o *mortis causa*) constitutivo. Por otro lado, en el caso de que un museo adquiera la obra a un propietario distinto del autor, si se excluyó expresamente el derecho de exposición en el contrato inicial de venta (primera), esa exclusión seguirá operando para el museo, porque el primer comprador no puede trans-



mitir lo que él no adquirió ni tiene (el derecho de exposición). Por tanto, el museo deberá negociar directamente con el usufructuario este derecho reservado con la primera venta: forma de explotación sometida a las reglas generales.

- d) De la doble proyección de la *transformación* (art. 21 LPI) —facultad del titular de ese derecho de autorizarla (respecto de la obra original) y acto de explotación para él, y, al propio tiempo, una actividad de otra persona (traducción, adaptación u otra modificación), de la que deriva una obra distinta de aquella y también protegida—, compete al usufructuario la primera: sólo él puede efectuar o autorizar a otra persona la transformación de la obra originaria, y este acto producirá la plenitud de sus efectos si se acomoda en la técnica, forma y alcance a lo legalmente dispuesto. El consentimiento para la transformación de la obra preexistente es para obtener una (determinada) obra derivada, pero no para la transformación de esta última (también posible: obra derivada de una obra derivada, como traducción de una obra inicial anotada y actualizada), que requerirá la autorización del usufructuario y del autor de la derivada. El instrumento jurídico más común para autorizar la transformación de una obra original es el llamado «contrato de transformación». Por otro lado, dado que en la obra derivada concurren derechos de los dos autores —la obra derivada es del autor de la transformación, y a él le corresponden los derechos «de propiedad intelectual» (art. 21.2), entre ellos, los de explotación—, puede ser problemática la coordinación con los derechos que correspondan al autor de la obra preexistente (ahora disfrutados por el usufructuario). Si no fue previsto en el contrato de transformación, las normas generales aplicables parecen ser las de la transmisión de derechos *inter vivos*, de los arts. 43 y ss. LPI. El hecho base (y problemático) es la existencia de una obra a cuyo nacimiento han contribuido el autor de la preexistente y el de la derivada: hay, pues, cierta colabo-

ración (aunque no es la de la obra «en colaboración» del art. 7). Hay, por otro lado, intereses comunes y derechos de cada uno de ellos en la misma obra resultante, compatibles jurídicamente y que conjugar.

## En la práctica, el ejercicio por el usufructuario de los derechos de explotación de la obra dada en usufructo no difiere sustancial y funcionalmente de lo que puede hacer el propio autor

- e) Consecuencia de la tensión personalismo-patrimonialidad a que me referí, y la relativa sumisión de los derechos de explotación a los morales que corresponden al autor, puede verse afectado el disfrute usufructuario por los límites que le imponen estos últimos derechos o su ejercicio. Así, el disfrute por el usufructuario de las facultades y modalidades de explotación de ciertas obras puede quedar afectado por la modificación de éstas por el autor, con el límite del respeto de los derechos adquiridos (art. 14-5.º LPI) —que se puede traducir en la asunción de gastos por el autor e indemnización de perjuicios, entre otras consecuencias—; o por la retirada de la obra del comercio por cambio de sus convicciones intelectuales o morales, que dará lugar a indemnización de daños y perjuicios al usufructuario, y otras consecuencias si el autor reemprende la explotación de la obra (art. 14-6.º); y, en cuanto al ejercicio de la facultad de exposición pública de obras de artes plásticas o de obra fotográfica, el autor puede controlarla y prohibirla si estima que lesiona alguno de sus derechos morales o se realiza en condiciones que perjudiquen su honor o reputación (art. 56.2 LPI).
- C) *Protección del usufructo y del usufructuario*. Como titular del usufructo y «de los derechos reconocidos» en la LPI, puede ejercitar el usufructuario: (i) *las acciones (reales) que protegen el derecho de usufructo* —una *vindicatio usufructus*,

la confesoria, la acción declarativa, y demás—; (ii) *las acciones derivadas del acto y título constitutivo del derecho real, sea inter vivos o mortis causa*; (iii) *las acciones y protección de los derechos derivados de la propiedad intelectual* de los arts. 138 y ss., incluidas las medidas cautelares del art. 141 LPI. Las dos primeras se rigen por las reglas generales. En cuanto a estas últimas, recientes reformas legales han venido a dispensar una nueva protección de los derechos de explotación, muy vulnerables, que alcanza al usufructuario como titular de un derecho real limitado. Se manifiesta no sólo en el orden procesal civil (arts. 138 a 141 LPI) y penal (modificación del art. 270 CP por LO 15/2003, de 25 noviembre), sino con la nueva «protección de las medidas tecnológicas y de la información para la gestión de derechos» (arts. 160 a 162, redacción de 2006), que con medidas tecnológicas (art. 160.3) y dispositivos informáticos (tales como encriptación, antipiratería, mecanismos que impiden la copia privada en DVD) permiten en el entorno digital a los titulares controlar el acceso y el uso de sus obras.

## 2.2. Facultad de disposición

Opera la facultad de disposición en el usufructo, en general, de la misma forma que en otros ámbitos y para otros derechos y titularidades. También los requisitos (sobre todo, legitimación y disponibilidad del objeto) y los mecanismos jurídicos de disposición-transmisión. En nuestro ordenamiento hay una indeterminación inicial de las formas de ejercicio de esta facultad: así, con gran generalidad se produce el art. 480 C.c. Sin embargo, el ámbito de esta facultad de disposición es más limitado en este ámbito, dada la naturaleza del objeto de este usufructo y, además, porque con el del usufructuario confluye el derecho del nudo propietario sobre el mismo bien.

La *facultad de disposición* tiene aquí, como en otros casos, tres formas fundamentales de manifestarse: a) *la transmisión actual o potencial* (gravamen) del derecho de usufructo a otra persona, o de las propias facultades por medio de contrato típico o atípico (de edición, de representación, cesiones obligacionales de explotación de ciertas modalidades de explotación), al amparo del art. 480 C.c.; b) *la constitución a*



favor de un tercero de un derecho menor de goce (cualitativa, cuantitativa o temporalmente); y c) la *renuncia abdicativa*. A su vez, la disposición de este derecho puede hacerse por los títulos materiales y formales ordinarios de Derecho común. Son de aplicación, pues, las reglas generales (incluidas las relativas a la propiedad intelectual: arts. 43 y ss. LPI), con pocas excepciones, aunque sí algunas particularidades derivadas, otra vez, de la interferencia del derecho moral en la dinámica de las facultades patrimoniales, objeto del usufructo: piénsese en el caso del traductor o adaptador de una obra, transformación consentida y cedida por el usufructuario, y la obligación de respeto del derecho moral de autor de integridad (art. 14-4.º LPI), lo que puede entrar en conflicto con la modificación autorizada.

### 3. Limitaciones

Como todo usufructo, su ejercicio tiene, junto a los límites y limitaciones propias de éste, las que lo son de la propiedad intelectual. Distinguiré, pues, las institucionales del usufructo, de las específicas, derivadas de la particular naturaleza de la propiedad intelectual y de la sumisión de las facultades patrimoniales a los derechos morales del autor (u otro titular: arts. 15 y 16 LPI). Aludiré luego a las obligaciones del usufructuario. Bien se comprenderá que apenas puedo traer aquí una idea general mínima, y referencia breve de lo que es particular en razón del objeto del usufructo.

#### 3.1. Limitaciones institucionales «ex usufructo»

Por aplicación de las reglas ordinarias de este derecho real —del Código civil, de la Compilación navarra y del Código civil de Cataluña, que contienen un régimen legal general del instituto—, el usufructuario tiene en el ejercicio y disfrute de su derecho el límite típico del *salva rerum substantia* de la concreta propiedad intelectual objeto del disfrute (obra protegida, facultades concedidas), así como los deberes habituales de conservación del derecho usufructuado (con la diligencia del art. 497 C.c.; cfr. también art. 561-8 CCC) y preservar su entidad y sustancia, y el destino económico (en algunos casos, de notable importancia: piénsese en la explotación bajo múltiples formas de comunicación). Como concreción y caso particular de la diligencia exigible al usufructuario (art. 497

C.c.), el que enajene o dé en arrendamiento su derecho de usufructo será responsable del menoscabo que sufran los derechos de explotación usufructuados por culpa o negligencia de la persona que le sustituya (art. 498 C.c.); a esos contratos es asimilable la cesión a tercero de alguna facultad o forma de explotación (contrato de edición o de representación, u otros atípicos). En el caso de arrendamiento se trata de una responsabilidad por hecho ajeno, y en el de enajenación, de tipo legal; en uno y otro caso se requiere culpa o negligencia en el sustituto, pero la responsabilidad del usufructuario es independiente de su propia diligencia o negligencia (responsabilidad de tipo objetivo)<sup>(33)</sup>.

**En exposición pública de obras de artes plásticas o de obras fotográficas se permite al propietario del soporte exponerlo (salvo que el autor hubiera excluido expresamente este derecho en el acto de enajenación del original) pero no reproducir la obra, ni siquiera en catálogos, publicidad o guías de exposición sin autorización del usufructuario (titular del goce de ese derecho concreto)**

En ese aspecto e inteligencia, dado lo sutil de la propiedad intelectual, compete al usufructuario el ejercicio puntual de las facultades usufructuadas (contenido, alcance) y el exquisito respeto de los derechos morales del autor conexos a los de explotación y que afectan más directamente a la obra: por ejemplo, exigir a quien proceda (según la forma de explotación) el reconocimiento de la autoría, el respeto de la integridad de la obra y que no sea modificada o alterada ni se atente contra ella (art. 14-3.º y 4.º LPI); cuidar que no desaparezca del mercado o ámbito cultural pertinente, etc.

#### 3.2. Limitaciones vinculadas a la naturaleza de la propiedad intelectual

Son variados los límites y limitaciones (no es fácil separar unos y otros aquí) de esta clase, que afectan también al usufructuario. Cabría distinguir:

- A) Los *límites legales* descritos en el Capítulo II del Tít. III (arts. 31 a 40 bis LPI), de muy amplio espectro, como se deduce de su lectura (baste esta remisión), afectan al usufructuario, titular del ejercicio de los derechos de explotación, en los mismos términos que al autor. Quiero subrayar sólo, como realidad social y jurídica cambiante, la ampliación reciente —modificaciones varias del Texto Refundido de la LPI de 1996— de los «límites» (*sic*) a los derechos de explotación como respuesta a la paralela ampliación de estos últimos: así, en cuanto a la copia privada (cfr. arts. 25 y 31.1 LPI), en actuaciones administrativas y respecto de personas con discapacidad (art. 31 bis), cita e ilustraciones en la enseñanza (art. 32) o para fines de investigación (art. 37), etc. —compárese la actual redacción de los arts 31 a 40 LPI con la original de 1987—. También en cuanto al control y ciertos límites a las medidas tecnológicas de protección (cfr. art. 161), que pretenden dejar a salvo la libre utilización (copia privada) y que no se impida el legal acceso a obras de acuerdo con lo previsto en los arts. 31 a 38.
- B) Los *derivados de la relación de las facultades patrimoniales con los derechos morales*. Tienen aquí, en efecto, especial relevancia estos últimos, ya que el goce de los patrimoniales está atribuido a persona distinta del autor, y por mor de la subordinación de éstos a aquéllos. Me he referido ya, con alusión a casos concretos, a cómo afectan al usufructuario, como límites en el ejercicio de las facultades correspondientes, los derechos que el art. 14 LPI reserva al autor (en especial, los de los apartados 4.º, 5.º y 6.º)<sup>(34)</sup>. Por otra parte, el interés social en la obra y la cultura, que permite hablar de una función social de la propiedad intelectual (derecho a la cultura como forma y medio de perfeccionamiento y de desarrollo de la personalidad), determina otras limitaciones para el usufructuario (como para el autor) en el ejercicio de su derecho (cfr. arts. 31 a 40 bis LPI). Estas razones precisamente están en la base de los límites y limitaciones de los derechos del autor, en general, y de los de explotación, que repercuten en el usufructuario en los mismos términos.



C) Hay, luego, las *restricciones legales* del art. 43 (constitución por acto *inter vivos*): limitación de la cesión de derechos a las modalidades de explotación previstas en el título constitutivo, y al tiempo y ámbito territorial que se determinen; la falta de mención del tiempo limita la transmisión a cinco años y la del ámbito territorial al país en que se realice la cesión; en el caso de no especificación de las modalidades de explotación de la obra, quedan limitadas a aquella que se deduzca necesariamente del acto y sea indispensable para cumplir la finalidad del mismo, quedando excluidas siempre las modalidades de utilización o medios de difusión inexistentes o desconocidos al tiempo de la constitución del usufructo. En ese mismo contexto no cabe la cesión de derechos de explotación respecto del conjunto de las obras que pueda crear el autor en el futuro, y son nulas las estipulaciones por las que el autor se comprometa a no crear alguna obra en el futuro.

**La facultad de disposición tiene aquí tres formas fundamentales de manifestarse: la transmisión actual o potencial; la constitución a favor de un tercero de un derecho menor de goce y la renuncia abdicativa**

### 3.3. Obligaciones que competen al usufructuario

También en este punto queda atenido el usufructuario a las reglas ordinarias del usufructo: le concierne la obligación de prestar fianza (el inventario puede quedar sustituido por la descripción del objeto del usufructo en el título constitutivo y los límites legales), con el régimen de los arts. 492 y ss. C.c.. Por la naturaleza del objeto (propiedad intelectual) es difícil pensar en reparaciones ordinarias ni extraordinarias, pero sí en cuanto a mejoras en el aprovechamiento de algunas facultades y modalidades de explotación, sobre todo en el campo, cada día más amplio, de la de comunicación pública, abierta a nuevas tecnologías; a esas eventuales mejoras se aplicarán las reglas ordinarias (arts. 487 y 488 C.c.). En caso de «mal uso» o abuso

del usufructuario que perjudique a la obra usufructuada y al nudo propietario (autor o sus causahabientes), podrá ese perjudicado solicitar la aplicación del art. 520 C.c. (cfr. también el art. 561-8 CCC) y medidas correspondientes (adaptadas aquí a la especificidad del objeto).

## V. EXTINCIÓN DE ESTE USUFRUCTO

### 1. Causas. Efecto general

El de propiedad intelectual *se extingue*, como otros usufructos de derechos, por las causas propias y ordinarias del usufructo (art. 513 y ss. C.c.; art. 561-16 y ss. CCC; Ley 421 Comp. nav.), algunas de difícil o imposible presentación en este caso (pérdida de la cosa, expropiación, apenas pensable ésta); y por las específicas de la propiedad intelectual, su objeto. Es importante y típica de ésta la caducidad de los derechos de explotación por el transcurso del tiempo (art. 26 y ss. y concord. LPI), y el paso de aquélla al dominio público (art. 41 LPI). A esos casos y aspectos se aplican las reglas generales (citadas, y las concordantes), con las particularidades, otra vez, vinculadas en ese orden al objeto de este derecho real.

El efecto general de la extinción del usufructo es la desaparición del mismo como entidad jurídica, y el *ius fruendi* queda reabsorbido por la nuda propiedad para formar la propiedad plena; el nudo propietario deviene propietario, sin más. La extinción del usufructo no supone una transmisión al nudo propietario del *ius fruendi*, sino que hay una expansión ex lege de la nuda propiedad por la desaparición del gravamen sobre el bien usufructuado (en que consistía el derecho extinguido).

La extinción del usufructo supone el agotamiento de ciertas relaciones jurídicas entre usufructuario y nudo propietario (y, a veces, con terceros) y el nacimiento de otras, de las que aquélla constituye un presupuesto: así, las que derivan de la restitución de la cosa al nudo propietario, la liquidación de relaciones obligacionales entre aquellos titulares (indemnización por daños, liquidación de mejoras, etc.). Las consecuencias, pues, de la extinción del usufructo son amplias y complejas, con proyecciones múltiples personales y objetivas, que varían según cuál sea la causa

extintiva y situación colateral afectada o del objeto (aquí, muy particular).

Son otras *consecuencias de la extinción* del usufructo: a) la restitución al nudo propietario del derecho gravado, en la forma específica que el derecho de autor requiera; b) liquidación de cuentas pendientes entre usufructuario y nudo propietario; c) retención del bien usufructuado por el usufructuario en los supuestos que autoriza la ley; d) cancelación registral de la inscripción del usufructo, si afecta a bienes inmuebles.

Además de esas consecuencias típicas *inter partes* hay otras que alcanzan a terceros, que paso a examinar brevemente.

### 2. Efectos de la extinción de ese usufructo respecto de terceros

Tiene esta cuestión particular importancia en este caso y usufructo porque para la explotación de las facultades patrimoniales de la propiedad intelectual va a necesitar el usufructuario casi siempre la celebración de contratos con terceros (edición, representación, distribución, difusión...). Extinguido el usufructo, ¿en qué términos alcanza su terminación a esos terceros, causahabientes obligacionales del usufructuario?

Los efectos de la extinción del usufructo alcanzan a terceros según la relación que éstos hayan tenido con el derecho usufructuado, y con el nudo propietario y el usufructuario, dado que el no personalismo actual del usufructo permite a su titular disponer del mismo como un bien autónomo (art. 480 C.c.); también el nudo propietario puede disponer de su derecho (art. 489 C.c.), lo que afecta a la relación usufructuaria y a los terceros causahabientes.

La regla general en este punto es el principio de accesoriedad: decaído o extinguido el derecho base (aquí, el usufructo) del que deriva o sobre el que se constituyó otro derecho (el del editor, o de la empresa de televisión), se extingue éste como accesorio respecto de aquél. En consecuencia, los derechos y relaciones jurídicas constituidos sobre el usufructo o por el usufructuario sobre los derechos patrimoniales (cesión de tipo real u obligacional), se extinguen, desaparecido que sea el derecho matriz. En ese principio se basan los arts. 480 y demás aplicables. Hay, sin embargo, excepciones: unas apoyadas en esas pro-



pías normas, otras en función de quién sea el disponente, y de la causa de extinción.

**Respecto de los causahabientes del usufructuario opera aquí con más rigor la regla general, esto es, que extinguido el usufructo decaen con él todos los derechos constituidos a su amparo, las relaciones jurídicas constituidas por el usufructuario, en cuya titularidad se fundaba su nacimiento**

Respecto de los *causahabientes del usufructuario* opera con más rigor la regla general: extinguido el usufructo decaen con él todos los derechos constituidos a su amparo, las relaciones jurídicas constituidas por el usufructuario, en cuya titularidad se fundaba su nacimiento. Siguen esa regla el art. 480 C.c. y la Ley 408 FN; cfr. también el 107-1.º LH, de aplicación analógica en nuestro caso. Pero en esas normas hay excepciones y matices: por ejemplo, para los derechos reales constituidos en relación con las causas voluntarias de extinción: así, el mismo art. 107-1.º LH para la hipoteca, cuya regla podría generalizarse para otros derechos reales e idéntica causa voluntaria. Respecto de los derechos personales constituidos por el usufructuario, opera también, en principio, la regla general: extinguido el usufructo se extinguen los derechos de esa clase que transmiten facultad de uso y disfrute a un tercero (cfr. de nuevo arts. 480 C.c., 561-9.3 CCC y ley 408 FN).

En cuanto a los *terceros causahabientes del nudo propietario* más afectados por la extinción del usufructo —titulares de derechos reales y de crédito constituidos por él atinentes a una facultad de goce que puede interferir (o verse interferida por) el usufructo, al que, sin embargo, no deben perjudicar (art. 489 C.c.)—, extinguido el usufructo, los derechos y relaciones jurídicas mencionadas recuperan su plena virtualidad una vez desaparecido el gravamen que los comprimía o limitaba.

(1) La STS de 3 de junio de 1991 (y la de 9 de junio de 1998, que lo reitera) dijo que «el derecho de autor, que es inescindible y ha de ser contemplado en unicidad,

tiene un contenido plural de facultades propias y proyecciones [...] que pueden encuadrarse en dos grupos: a) uno de contenido patrimonial, derivados de la explotación económica de la obra, y nos lleva a la configuración de derechos previstos y protegidos en el ordenamiento jurídico y en la consideración de propiedad especial; b) otro, de carácter personal, que son las facultades o derechos morales de los autores, como consecuencia de la paternidad de las obras, que por su talento, arte, inspiración e ingenio, ha logrado realizar». Y la SAP de Castellón de 29 marzo 1997 calificó la propiedad intelectual como un derecho subjetivo de carácter absoluto, que concede al autor el derecho de explotar y disponer a su voluntad de la obra creada; le atribuye el carácter de derecho real, en cuanto no tiene como sujeto pasivo una persona individualmente determinada, sino un sujeto colectivo e indeterminado.

- (2) Dijo LACRUZ BERDEJO que «de la propiedad intelectual pueden destacarse, como del poder sobre la cosa, facultades singulares de aprovechamiento, pero sometidas asimismo a la *vis atractiva* del derecho pleno, doblada aquí por la presencia del aspecto moral o personal que condiciona en notable medida la autonomía de los *iura in re aliena* constituidos sobre derecho del autor. Muestra de ese condicionamiento es el que, de una parte, el concesionario por título real u obligacional de la explotación pecuniaria de la producción intelectual, se halle mucho más limitado que un arrendatario o usufructuario en el ejercicio de tales derechos por un deber de respeto a la integridad y autoría que excede ampliamente de la regla *salva rerum substantia*; en tanto que conserva el creador (hay excepciones) el derecho a recuperar la facultad de multiplicar y difundir la obra que había cedido, mediante el ejercicio del “derecho de arrepentimiento”, y también que, de otra parte, la creación de *iura in re aliena* sobre el derecho de autor se halle más limitada que sobre las cosas: tanto en cuanto a la naturaleza de tales derechos (prácticamente, sólo el usufructo y la hipoteca mobiliaria) y su contenido, como a los modos de adquirirlos, [...]» (Coment. art. 2 LPI, en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual* (coord. R. BERCOVITZ), 2.ª ed., 1997, pág. 34; pág. 31 de la 3.ª ed., 2007).
- (3) GETE-ALONSO CALERA, C., aun reconociendo la admisibilidad de derechos reales limitados sobre la propiedad intelectual, dice que «no debe dejar de resaltarse la perplejidad que ello produce. Efectivamente, caracterizado el derecho de propiedad

intelectual como el poder jurídico exclusivo atribuido al autor, en régimen de monopolio y con eficacia *erga omnes*, sobre la obra, cuya vertiente económica se traduce en la obtención de rendimientos de la misma a través del ejercicio de las facultades de explotación, éste es contradictorio con la coexistencia de dos (o más) poderes plenos (derechos reales) diferentes de distintas personas, en régimen de concurrencia, sobre la misma. Sobre todo si se tiene en cuenta que la cesión-tipo prevista está pensada en el ámbito contractual, que es el idóneo para proporcionar al autor los rendimientos económicos de su obra sin desprenderse de los mismos de manera definitiva y que no son compatibles las decisiones obligatorias con los poderes reales menores» [Coment. art. 43 LPI, *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual* (coord. R. BERCOVITZ), 3.ª ed., 2007, pág. 761]. A su vez, RAMS ALBESA y FERNÁNDEZ-TRESGUERRAS GARCÍA dicen al mismo respecto: «Es claro que la LPI no cualifica en ningún momento que la “cesión” de derechos de explotación pueda hacerse bajo el esquema formal y material que es propio de los derechos reales limitados. Del dato aceptado de que en el esquema general de la ley no cabe un derecho de dominio pleno sobre obra ajena (con el problema añadido de la sucesión *mortis causa*) no puede deducir la doctrina, a partir del silencio equívoco de la ley, la imposibilidad de creación de derechos reales limitados, la propia admisión de la hipoteca pone en cuestión el argumento; además, históricamente encontramos múltiples manifestaciones de creación de derechos reales limitados sobre bienes intransmisibles entre vivos, es más, esta situación es la fuente principal y primera del nacimiento histórico de estos específicos derechos limitados de indudable naturaleza real» («La hipoteca y el embargo sobre los derechos de explotación en la Ley de 11 de noviembre de 1987», *Revista Jurídica del Notariado*, abril-junio 1994, págs. 186 y 187).

- (4) Cfr. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales* (dir. ALBALADEJO y DÍAZ ALABART), Madrid (EDERSA), t. V-2, pág. 828; LACRUZ, *ad* art. 2 LPI, *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual* (coord. R. BERCOVITZ), 1.ª ed., pág. 38; y LACRUZ-RIVERO, *Elementos*, t. III-2.º, ed. 1991, pág. 82; RAMS ALBESA, coment. art. 43 LPI, en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales* (dir. ALBALADEJO y DÍAZ ALABART), t. V, vol. 4-A, Madrid (EDERSA), 1985, pág. 692; GETE-ALONSO CALERA, *op. loc. cit.*, págs. 760 y 761; BERCOVITZ, Germán, *Obra plástica y derechos patrimoniales de su autor*, Madrid (Tecnos), 1997, pág. 200.

- (5) ASCARELLI, *Teoria della concorrenza e dei beni immateriali*, Milano, 1960, pág. 319 y ss., y 895; DE SANCTIS, V., *Contratto di Edizione*, Milano, 1965, pág. 38; GRECO-VERCELLONE, *I diritti sulle opere dell'ingegno*, Torino, 1974, t. II, pág. 317 y ss.; JARASCH, G., *Manuale del Diritto d'Autore*, Milano, 1991, pág. 182; MARCHETTI-OBERTAZI, *Commentario breve alle legislazioni sulle proprietà industriale e intellettuale*, Padova (Cedam), 1987, pág. 538; TENCATI, A., «Il diritto di utilizzazione economica delle opere dell'ingegno dopo la morte dell'autore», *Il diritto di autore*, 1989, pág. 27 y ss. —quien estima aplicable a este usufructo el régimen del de cosas deteriorables por cuanto el transcurso del tiempo disminuye el valor económico en uso y en cambio del derecho usufructuado hasta su extinción por su paso al dominio público (págs. 33 y 34)—.
- (6) VENEZIAN, *Dell'usufrutto, dell'uso e dell'abitazione*, 2.ª ed., Napoli-Torino, 1931-1936, t. II, pág. 461 y s.; PUGLIESE, *Usufrutto, uso e abitazione*, 2.ª ed., Torino (UTET), 1972, pág. 720 y ss.; BARBERO, *L'usufrutto e i diritti affini*, Milano (Giuffrè), 1954, pág. 120.
- (7) Cfr. COLOMBET, C., *Propriété littéraire et artistique et droits voisins*, París (Daloz), 1994 (7.ª ed.), pág. 200; BERGEL J. L.,-BRUSCHI, M.-CIMAMONTI, S., *Traité de Droit civil* (dir. J. Ghestin), *Les biens*, París (LGDJ), 1999, pág. 263; CORNU, G., *Droit civil. Introduction. Les personnes. Les biens*, París (Montchrestien), 2003, 11.ª ed., pág. 709 (alude a su disposición, como bien *in commercium*).
- (8) Puede verse esa sentencia en *Actualidad Civil*, Audiencias, n.º 4 (21-27 enero 2002, @ 32; y referencia suficiente en rev. *Pe.i., Revista de Propiedad Intelectual*, núm. 10 (enero-abril 2002, págs. 129 y 130. A su vez, la SAP Alicante (Sección 8.ª) de 5 noviembre 2007 resolvió en un caso de cesión de derechos por la vía del art. 43 LPI: «[...] en el caso -que se trata de una aportación social- la genérica referencia de transmisión por aportación societaria de la nuda propiedad y el usufructo de los derechos de autor por los promotores de la sociedad, herederos de la obra de SAINT EXUPERY, en relación al propio objeto social (desempeñar en el mundo entero la gestión del conjunto de la obra de Antoine DE SAINT EXUPERY)».
- (9) Cfr. RAMS ALBESA, *op. loc. cit.*, pág. 688 y ss.; y GETE-ALONSO CALERA, coment. art. 43 LPI, en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual* (coord. R. BERCOVITZ), 3.ª ed., Madrid (Tecnos), 2007, pág. 757 y ss.
- (10) En consideración a la compleja naturaleza del derecho de propiedad intelectual

y su contenido, y por la sumisión de lo patrimonial a lo personal y moral en esta institución, aun transmitidos algunos derechos o facultades de explotación, el autor conserva siempre cierto señorío sobre la obra y facultades que la ley incluye como «derecho moral»: modificar la obra (dentro de los límites del art. 14-5.º), retirarla del comercio en ciertas condiciones, acceder al ejemplar único o raro de la obra cuando se halle en poder de otro, para ejercitar el derecho de divulgación u otros (véase art. 14.6.º y 7.º). Otras limitaciones, en arts. 43.5 y 49 LPI.

- (11) Cfr. MARCO MOLINA, coment. art. 145 LPI, *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual* (coord. R. BERCOVITZ), 3.ª ed., cit., pág. 1.734; CARRASCO, coment. art. *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual* (coord. R. BERCOVITZ), 2.ª ed., Madrid (Tecnos), 1997, pág. 1.755; Germán BERCOVITZ, *op. cit.*, pág. 191, n.º 44. Sobre esta cuestión, la SAP Asturias (Sección 7.ª) de 13 octubre 2004 dijo que «[...] en relación con la explotación *inter vivos* de la reproducción de la obra y de los derechos de explotación en general regulada en los arts. 42 y ss. del TRLPI, la doctrina ha manifestado que no se trata de una verdadera y auténtica transmisión o cesión sino más bien de una constitución a favor del *accipiens* o cesionario de ciertos derechos de explotación que expiran y retornan al cedente de forma similar a lo que sucede en el usufructo».
- (12) PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., *Derechos reales. Derecho Hipotecario*, Madrid (Centro de Estudios Registrales), 1999, t. I, pág. 410.
- (13) «La independencia de los derechos de explotación entre sí, de que habla el artículo 23 —decía yo en mi comentario del mismo, en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual* (coord. R. BERCOVITZ), 3.ª ed., 2007, pág. 405—, no tendría apenas trascendencia, ni necesitaría de un pronunciamiento legal de esa clase, si se limitara a una autonomía de tipo estático simplemente, ser derechos distintos, que no se confunden entre sí porque la reproducción es diferente de la comunicación pública, y ambas lo son de la traducción, de la adaptación, etc. Esa autonomía deriva ya de su enunciado separado y su distinta definición, de los requisitos diferentes exigidos para cada uno de ellos, de su respectiva delimitación diferencial..., todo lo cual se deduce de su tipificación legal. El art. 23, precedido de todos los otros, resultaría así innecesario, inútil. Este último precepto se justifica mejor, en cambio, si pensamos en una independencia funcional de aquellos derechos y actos

de explotación, cuya trascendencia y consecuencias son mucho mayores [...]. Hay, en efecto, en nuestra LPI (y en casi todas las otras) una autonomía funcional entre todos los derechos de explotación y, dentro de ellos, entre los diferentes actos en que pueden manifestarse. Autonomía funcional que se refleja en dos aspectos: a) en el régimen jurídico de cada uno de ellos, y en cuanto al tiempo, al espacio y a la protección que se les dispensa; b) en lo que se refiere a los actos de transmisión de esas facultades de explotación por separado, y su interpretación».

- (14) Cfr. GETE-ALONSO CALERA, *op. loc. cit.*, pág. 764 y ss.
- (15) En el mismo sentido, TORRES LANA, J. A., Coment. art. 45 LPI, *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual* (coord. R. BERCOVITZ), 3.ª ed., 2007, pág. 793.
- (16) MARCO MOLINA, *op. loc. cit.*, pág. 1.371 y ss.; MORALEJO IMBERNON, N., «El Registro de la Propiedad Intelectual», *Pe.i., Revista de Propiedad Intelectual*, núm. 26 (mayo-agosto 2007), pág. 31 y ss., con amplias referencias a la legitimación para pedir la inscripción, el juego de otros principios (rogación, prioridad...) que gobiernan dicho Registro, procedimiento y demás.
- (17) En relación, por ejemplo, con la adaptación de una obra literaria como guión de obra cinematográfica, donde puede haber lugar a un particular desvío respecto de la obra originaria, dice BERCOVITZ ÁLVAREZ que, salvo que sea objetivamente lesiva para esta última o para sus legítimos intereses, el derecho moral de integridad deberá interpretarse de forma conjunta con el de paternidad (art. 14.3: que se vincule al autor con su obra), de forma que el público no perciba como deformada o alterada la obra originaria (Cfr. RIVERO HERNÁNDEZ, coment. art. 17 LPI, *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual* (coord. R. BERCOVITZ), 3.ª ed., cit., pág. 387 y s. con las citas pertinentes).
- (18) La SAP Alicante (Sección 8.ª) de 5 noviembre 2007 consideró infracción del derecho moral por deformación de la obra gráfica de Antoine DE SAINT EXUPERY, en *Le petit prince*, «ya que se aprecia en la "alegoría", reproducción u obra publicitaria de Panamá Jack, (que desde luego es una transformación no autorizada de una obra protegida) un evidente perjuicio en los legítimos intereses de los herederos, los relativos a la integridad misma de la obra de cuyos derechos disfrutaban, aunque no se haya producido menoscabo a su reputación, ni por la forma dada al dibujo, que en absoluto resulta degradante, bochornoso, indecoroso o caricaturesco respecto de la representación de la obra de Saint



Exupery". A propio tiempo encontró también infracción del derecho de autor por la infracción de derechos de explotación de la propiedad intelectual por no haberse obtenido la autorización de la explotación de la obra derivada: "es evidente [...] que el dibujo utilizado en la campaña publicitaria de Panamá Jack constituye una derivación, modificación o transformación del que es titularidad de la actora en tanto llena con plenitud las características más propias de la obra gráfica del citado autor en una de su láminas más universales [la figura de *El Principito*]

- (19) Véase, por ejemplo, en PAU PEDRÓN, «La hipoteca de propiedad intelectual», *RCDI*, núm. 641 (julio-agosto 1997), pág. 1.749 y ss.; RAMS ALBESA y FERNÁNDEZ-TRESGUERRES GARCÍA, *op. loc. cit.*, pág. 196 y ss.; DOMÍNGUEZ LUELMO, A., *La hipoteca de propiedad intelectual*, Madrid, 2006, págs. 39 y ss. y 96 y ss.
- (20) Entienden que el de colección es un derecho patrimonial —y, como tal, transmisible *inter vivos* y *m.c.*, hipotecable, embargables sus rendimientos y renunciable— RODRÍGUEZ TAPIA y BONDÍA ROMÁN, *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Madrid (Civitas), 1997, págs. 126 y 127, basándose, sustancialmente, en la ubicación del art. 22, en sus antecedentes legales y desarrollo reglamentario (art. 32 Regl. LPI'1880). Antes de ellos era de la misma opinión (carácter patrimonial) y justificación RAMS ALBESA, en *Comentarios EDESA*, cit., t. V, vol. 4-A, Madrid, 1994, pág. 423.
- (21) De forma bien distinta a lo que preveía el Reglamento de 1880 (y entendió a su amparo la S. 24 de junio de 1965), el actual artículo 22 LPI dice que «la cesión [...] no impedirá al autor publicarlas [...]». Este cambio de expresión, la no mención de la facultad de vender expresamente a otra persona el derecho de colección del artículo 20 del Reglamento 1880 y la omisión de los «herederos», que mencionaba explícitamente el artículo 21 de dicho Reglamento —omisiones ambas que hay que entender deliberadas y no mero olvido, en principio—, permite pensar que el legislador de 1987 ha querido limitar al creador de las obras dicho beneficio, y no a otra persona.
- (22) Lo estrictamente patrimonial —decía yo al comentar el art. 22 LPI en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, cit., pág. 398— lo ha dejado nuestra Ley sometido a la autonomía de la voluntad de los que participan en los contratos de explotación o en los mecanismos de cesión de los derechos de esa clase. En algunos casos concede ciertas ventajas o derechos económicos, como los pre-

vistos en los artículos 24, 25, 47 y algún otro, con clara definición patrimonial. En el supuesto que contemplamos ahora creo que se trata de otra cosa distinta. Aun incluido el *derecho de colección* en la sección 2.<sup>a</sup> («derechos de explotación») del Capítulo III, no se halla mencionado entre los cuatro que cita *expressis verbis* el artículo 17; y considerado como mero acto de explotación, difícilmente puede tratarse el ejercicio del derecho de colección de algo distinto de aquellos cuatro; ni puede quedar incluido en las palabras «explotación de su obra en cualquier forma», porque la publicación en colección es una forma de reproducción. Luego si ello es así, el derecho de colección del artículo 22, no obstante su situación, no es un simple y nuevo derecho (patrimonial) de explotación, como los del artículo 17, sino facultad diferente y autónoma reconocida al autor.

- (23) No se confunda con la réplica aquellos casos en que se hacen varios *ejemplares de originales* (los «múltiples») de una misma obra de creación, inicialmente, siguiendo ciertas técnicas: así, el grabado (litografía, aguafuerte, etc.), el moldeado (se funden varias esculturas), con lo que se obtienen varios ejemplares y cada uno de ellos es original, aunque no único.
- (24) Cfr. mi comentario al art. 18 LPI, *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, cit., págs. 295 y 302 y s.
- (25) En ese sentido me pronuncié, apresuradamente, en mi libro *El usufructo*, Pamplona (Thomson-Civitas), 2010, pág. 816.
- (26) «La fotocopia y su régimen jurídico», *Aranzadi civil*, 1993, pág. 20.
- (27) En el mismo sentido, respecto de la hipoteca de propiedad intelectual (su objeto), PAU PEDRÓN, *op. loc. cit.*, pág. 1.753.
- (28) Así, también, GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, coment. art. 25 LPI, *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual* (coord. R. BERCOVITZ), 3.<sup>a</sup> ed., Madrid (Tecnos), 2007, pág. 471; y VALLÉS RODRÍGUEZ, *ad art.* 25 LPI, *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual* (coord. R. BERCOVITZ), 2.<sup>a</sup> ed., Madrid (Tecnos), 1997, págs. 533 y 538 (alude aquí a los «titulares de un derecho de reproducción»).
- (29) Comentario del art. 24 LPI, en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual* (coord. R. BERCOVITZ), 3.<sup>a</sup> ed., cit., pág. 423. En pág. 421 dice que puede catalogarse como uno de los derechos de simple remuneración (con interesantes observaciones a ese respecto, y citas pertinentes).
- (30) RIVERO HERNÁNDEZ, coment. art. 17 LPI, *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual* (coord. R. BERCOVITZ), 3.<sup>a</sup> ed., cit., pág. 271.

- (31) Ese disfrute (por cualquier titular), y su amplitud cualitativa, ha cambiado notablemente con los avances tecnológicos recientes (que siguen aumentando). En el entorno digital la reproducción amplía notablemente su concepto y formas de presentación, y deviene en algunos casos el inicio, la fase intermedia y el final de algunos procesos de comunicación pública: la digitalización de la obra que transmitir y su *carga* en un ordenador conectado a la red (ambas cosas son actos de reproducción), las copias intermedias a que ha lugar en el proceso de transmisión digital, y las que se obtengan al final del mismo, provisionales o permanentes, ante o por medio del ordenador del usuario. La presencia de la reproducción en todos los actos de acceso directo o indirecto al público deviene elemento insustituible y omnipresente entre los actos de explotación y hace que la diferencia institucional entre reproducción y comunicación pública vaya desapareciendo (aunque no cabe confundirlas) en el entorno digital por solaparse unas veces o por la contribución de la primera a la realización de la segunda. De ahí también que la separación entre reproducción, distribución y comunicación pública se difumina notablemente; su distinción ahora es más difícil y matizada. El concepto de «público» y comunicación pública han cambiado, a su vez, se han ensanchado notablemente en la sociedad de la información y con los avances tecnológicos (emisión vía satélite y demás).
- (32) Sobre esta cuestión véase cuanto digo (con las citas pertinentes) en mi comentario del art. 19 LPI, en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, cit., pág. 319 y ss., de donde traigo las ideas fundamentales y algún párrafo.
- (33) Cfr. RIVERO HERNÁNDEZ, *El usufructo*, Pamplona (Thomson-Civitas), 2010, pág. 385 y ss.
- (34) Dicen ese artículo y apartados: «Corresponden al autor los siguientes derechos irrenunciables e inalienables: [...] 4. Exigir el respeto a la integridad de la obra e impedir cualquier deformación, modificación, alteración o atentado contra ella que suponga perjuicio a sus legítimos intereses o menoscabo a su reputación.- 5. Modificar la obra respetando los derechos adquiridos por terceros y las exigencias de protección de bienes de interés cultural.- 6. Retirar la obra del comercio, por cambio de sus convicciones intelectuales o morales, previa indemnización de daños y perjuicios a los titulares de derechos de explotación. [...]».

# Colación de donaciones y sucesión en Derecho Catalán

De forma crítica, y con recurso a la tradición jurídica catalana, se ponen de relieve los importantes equívocos existentes sobre el sentido del instituto de la colación, que abarca indirectamente la propia naturaleza de las donaciones en Derecho Privado. Dichos equívocos han dado lugar a graves contradicciones y a una falta de coherencia en la normativa vigente.

**ALBERT LAMARCA I MARQUÈS**  
*Profesor Titular de Derecho Civil*  
*Universitat Pompeu Fabra<sup>(\*)</sup>*

## I. INTRODUCCIÓN

El Libro IV del Código Civil de Cataluña regula en los arts. 464-17 a 464-20, junto con la partición de la herencia<sup>(1)</sup>, el instituto de la colación entre descendientes que son herederos del causante, en su Título VI dedicado a la adquisición de la herencia<sup>(2)</sup>. Los cuatro nuevos preceptos del CCCat que tratan de la colación han introducido sustanciales mejoras técnicas en relación con los arts. 43 y 44 del Código de Sucesiones que se ocupaban de la misma. En efecto, si bien el contenido de los preceptos men-



cionados no ha supuesto ninguna modificación de fondo en relación con lo previsto en el derecho precedente, la división de las disposiciones legales en varios artículos, así como una redacción más cuidada, facilita su comprensión en un ámbito normativo complejo de por sí.

En el nuevo Libro IV del CCCat, en materia de colación se mantienen inalteradas

las reglas que hasta su entrada en vigor habían regido en Cataluña, de acuerdo con la normativa del CS. Éstas eran las relativas a colación de las donaciones imputables a legítima o con atribución expresa del carácter de colacionables, la colación por parte de los nietos del causante o en lugar de ascendientes, la restricción de los efectos de la colación a los coherederos que son descendientes del causante, así como

(\*) El presente trabajo está dedicado a la *Miscel·lània en homenatge a Josep M. Puig Salellas*, que publicará la Sociedad Catalana de Estudios Jurídicos, filial del Institut d'Estudis Catalans.



el momento de valoración de los bienes colacionables a la apertura de la sucesión. No obstante, la nueva legislación incluye expresamente una regla sobre dispensa de la colación, una mención a la posibilidad de renuncia, y explicita la regla de la colación por imputación, con el destino del exceso. A pesar de todo, estas reglas ya se podían considerar vigentes y de aplicación bajo la vigencia del CS.

En Cataluña, el régimen jurídico de la colación se presenta en concordancia con el de la imputación legitimaria. Se refiere, no obstante, a las cuotas hereditarias, en aquello que exceden de la legítima, y se inserta en la partición que pone fin a la comunidad hereditaria, surgida entre los coherederos a la apertura de la sucesión. Aunque aparentemente sólo se han introducido mejoras técnicas, y como tal la colación no ha sido objeto de reforma en el nuevo Libro IV CCCat, sí ha habido importantes cambios en materia de imputación de donaciones a la legítima (art. 451-8.2.a) y dichos cambios también han incidido en el régimen jurídico de la colación<sup>(3)</sup>.

En el presente trabajo se analiza el régimen jurídico de la colación de donaciones en el derecho de sucesiones catalán, teniendo en cuenta su relación con la imputación legitimaria<sup>(4)</sup>. De forma crítica, y con recurso a la tradición jurídica catalana, se pondrán de relieve los importantes equívocos existentes sobre el sentido del instituto de la colación, que abarca indirectamente la propia naturaleza de las donaciones en Derecho Privado. Dichos equívocos han dado lugar a graves contradicciones y a una falta de coherencia en la normativa vigente, que resulta de los cambios introducidos por el Libro IV del CCCat, alejándola del principio de libertad civil que secularmente ha informado el Derecho Civil catalán en materia de relaciones de familia y de sucesiones<sup>(5)</sup>.

## II. COLACIÓN HEREDITARIA E IMPUTACIÓN LEGITIMARIA

Colación hereditaria e imputación legitimaria son dos ámbitos estrechamente relacionados y, junto con el de la computación, hacen referencia al impacto que pueden tener en la sucesión por causa de muerte las donaciones otorgadas en vida por el causante. En función de si dichos institutos se superponen con coincidencia en el ámbito de las donaciones a las que se aplican, existirá más tendencia a

la confusión, por la irrelevancia práctica de la distinción. Sus respectivos ámbitos de aplicación se presentan, no obstante, normativamente bien diferenciados en los arts. 451-5, 451-8 y 464-17 CCCat, sin riesgo de confusión. Ahora bien, a pesar de que esta distinción a nivel conceptual es indudable, en su traslación a la práctica estará en función del régimen jurídico concreto que tengan dichos institutos. Si, en términos generales, en un determinado ordenamiento es poco relevante indagar el carácter de las donaciones, porque todas son a la vez computables, imputables y colacionables, sin distinción, el riesgo de confusión conceptual será mayor<sup>(6)</sup>. En cambio, si el ámbito de las donaciones computables es distinto al de las imputables y, en último término, al de las colacionables, como sucede en el Derecho Civil de Cataluña, la distinción conceptual se traslada también a la práctica y es de gran utilidad para los operadores jurídicos.

En la computación se trata de añadir idealmente el valor de las donaciones otorgadas por el causante a los efectos de calcular la cuantía de la legítima, obteniendo la cuarta, que consiste en la suma de los llamados *relictum* y *donatum*, es decir, el caudal relicto o herencia, más las donaciones realizadas en vida (art. 451-5)<sup>(7)</sup>. En cuanto a la imputación, las donaciones otorgadas se toman en consideración para disminuir aquello a lo que tiene derecho cada legitimario en la sucesión, en términos de reclamación al heredero. En función de si el legitimario ha recibido en vida donaciones que son imputables a la legítima, su valor se restará del que le corresponde percibir en la herencia por este concepto (art. 451-8). Según los ordenamientos, puede suceder que todas las donaciones sean computables (con o sin límites temporales), mientras que sólo algunas de ellas sean imputables, como rige en Cataluña; en otros ordenamientos sucede que todas las donaciones computables son a la vez imputables, salvo excepciones, o bien que sólo las donaciones imputables sean las computables, como regía tradicionalmente en Cataluña antes de la CDCC<sup>(8)</sup>. Con respecto a la colación, implica tener en cuenta las donaciones recibidas por los coherederos descendientes del causante para considerar si deben agregarse idealmente a la masa hereditaria sometida a partición, a los efectos de la formación de los lotes que corresponden a las respectivas cuotas<sup>(9)</sup>. En los distintos ordenamientos jurídicos,

podrá existir coincidencia entre colación e imputación y, por tanto, también con la computación, de acuerdo con los modelos mencionados.

**La colación es una institución bastante extraña en la práctica jurídica catalana más tradicional y que no se aviene mucho con la forma en que se han venido entendiendo las relaciones familiares y sucesorias, al menos hasta hace poco, de acuerdo con el principio de libertad imperante, con prevalencia al de igualdad**

Aparte de estas posibles confusiones conceptuales, motivadas por la superfluidad práctica de la distinción en algunos ordenamientos, cabe decir, en primer lugar, que la colación es una institución bastante extraña en la práctica jurídica catalana más tradicional y que no se aviene mucho con la forma en que se han venido entendiendo las relaciones familiares y sucesorias, al menos hasta hace poco, de acuerdo con el principio de libertad imperante, con prevalencia al de igualdad. En primer lugar, debido a la vigencia mayoritaria de la institución de heredero único, contractual o testamentario, con la consiguiente inexistencia de comunidad hereditaria sometida a partición y, por tanto, de colación posible. En segundo lugar, y de forma principal, porque en Derecho Catalán la imputación de donaciones a la legítima era la excepción, lo cual implicaba que también lo fueran las donaciones colacionables, restringidas a la dote y a las donaciones por razón de matrimonio, conocidas como donaciones *ob causam* en contraposición con las demás, calificadas como donaciones *simplices*. Esta ausencia de práctica vivida —que pueden acreditar los notarios que han ejercido en Cataluña y que refleja la escasa jurisprudencia existente—, junto con la influencia teórica de la regulación singular del Código Civil español, han hecho que la colación se presente como una institución con unos contornos no suficientemente bien definidos. Con el Libro IV del CCCat se ha ampliado claramente su ámbito de aplicación, por efecto de la remisión a la normativa sobre imputación de donaciones a la legítima (art. 451-8.2.a), de una forma que hay que criticar abiertamente en términos de bien-



estar social y familiar, dado que puede generar conflictividad e incertidumbre en la aplicación de las normas jurídicas y se basa en asunciones antropológicas erróneas, como a continuación se podrá comprobar.

### III. LA COLACIÓN ENTRE DESCENDIENTES

La colación regulada en los arts. 464-17 a 464-20 del CCCat es la denominada colación de descendientes del causante que son a la vez coherederos. Este es el primer presupuesto o requisito para la aplicación del instituto en la regulación que nuestro derecho de sucesiones codificado hace de la misma. Únicamente si el causante ha instituido como herederos a dos o más de sus hijos o nietos existirá posibilidad de colación, la cual se produce sólo entre ellos y deja de lado el resto de coherederos y beneficiarios en la sucesión (art. 464-19). Entre los coherederos descendientes, la colación se da tanto en la sucesión intestada como en la testada, y con independencia de si las cuotas establecidas por el causante son desiguales, en la primera, y si se han ordenado prelegados a favor de los coherederos. En cuanto a la sucesión contractual, tradicionalmente la colación se consideraba excluida, dado que aquella presupone el heredero único. Sin embargo, con la nueva regulación, se puede plantear si también le es aplicable, y entiendo que no hay nada que se oponga a ello, si pensamos en la vigencia común del régimen de imputación de donaciones a la legítima en esta sucesión (art. 451-8)<sup>(11)</sup>.

En la colación, por tanto, se trata de un instituto que tiene en cuenta los vínculos familiares del causante con los coherederos instituidos, lo que resulta de la aplicación que se hace de la regla de imputación de donaciones a la legítima. Dado que la legítima sólo se da a favor de parientes en línea directa, la colación también está restringida a los mismos, pero sólo respecto a los descendientes, y no incluye a los ascendientes del causante. En Derecho Catalán, y de acuerdo con el art. 464-17.1, la colación extiende a la comunidad hereditaria y, por tanto, a las cuotas que sirven de base a la partición, la regla de la imputación de donaciones a la legítima. En esta última, la imputación revierte en beneficio de la libertad de testar del causante, que se incrementa, mientras que en la colación el efecto se produce sobre las cuotas de

los demás coherederos descendientes del causante, que resultan incrementadas en la partición de los bienes que integran el caudal relicto. En la práctica, en la colación se trata de tener en cuenta, sólo a los efectos de la partición, las atribuciones realizadas por el causante a los descendientes con la voluntad de anticipar la herencia, y como tales son consideradas<sup>(12)</sup>.

### IV. TRADICIÓN ROMANISTA Y FUNDAMENTO DE LA COLACIÓN

Los orígenes históricos de la institución en el Derecho Romano están vinculados al régimen jurídico diferenciado de adquisición de bienes por parte de los hijos del causante durante la vida de éste, en función de si estuvieran o no emancipados. Esta situación dio lugar a la *collatio emancipati*, para ponerle remedio en la sucesión, en el Derecho Romano clásico. Al cambiar este estado de cosas, y como final de una larga evolución y sucesión de normativas diferentes, la colación se orientó a considerar en la sucesión el impacto de la dote, las donaciones por razón de matrimonio y las donaciones *ad emendam militiam* recibidas en vida por los descendientes coherederos, conocida de forma conjunta como *collatio descendentium*<sup>(13)</sup>.

Los orígenes históricos de la institución en el Derecho Romano están vinculados al régimen jurídico diferenciado de adquisición de bienes por parte de los hijos del causante durante la vida de éste, en función de si estuvieran o no emancipados

El Derecho Romano Justiniano era el que la doctrina consideraba que regía como recibido en Cataluña, con anterioridad a la Compilación de 1960, de acuerdo con la Constitución de las Cortes de Monzón de 1547 (CIADC 1,6,5,1)<sup>(14)</sup>, que extendió para el derecho general de Cataluña la Pragmática concedida por Pedro III el año 1343 a instancias de los consejeros de Barcelona (CIADC 2,6,3,2)<sup>(15)</sup>, la cual constituye el precedente de la regla que recoge en la actualidad el art. 464-18 como colación en lugar de ascendientes<sup>(16)</sup>. Dicho Derecho Romano recibido se combinó con la

práctica catalana mencionada del heredero único, generalmente contractual, y la del pacto de *accontentament*, de modo que la colación es una institución prácticamente no tratada por la doctrina clásica de la tradición jurídica catalana<sup>(17)</sup>, como tampoco es objeto de demasiada atención el estudio de la partición de la herencia en la operativa en la que se insiere la colación<sup>(18)</sup>.

Para entender el sentido originario de la colación que ha regido en Cataluña, hay que tener bien presente que, por efecto de la codificación moderna, la fisonomía de este instituto ha quedado profundamente modificada, provocando una presión uniformizadora a favor del nuevo modelo a la que el Derecho Catalán resistió —paradójicamente— hasta el cambio de criterio en materia de imputación en el nuevo Libro IV del CCCat. En efecto, el Código Civil francés de 1804, de acuerdo con el espíritu igualitario que lo informa en la sucesión con respecto a los hijos, generalizó la colación a todas las donaciones otorgadas en vida por el causante, y esta regulación, reactiva hacia la anterior de Antiguo Régimen y al componente de libertad y discriminación subyacente en las donaciones, se recibió y se reprodujo en los códigos civiles decimonónicos que la tomaron de modelo<sup>(19)</sup>. Ello explica que la regulación de la colación que se recoge en los códigos civiles de influencia francesa tenga poco que ver con la que regía con anterioridad y que ha pervivido en ordenamientos como el catalán<sup>(20)</sup>.

Como fundamento de la colación entre descendientes, y de acuerdo con la modificación del instituto producida por el modelo francés, se apunta la idea de igualdad que debe lograrse, por voluntad presunta, en la herencia del causante que es ascendiente común. Si la parte recibida en vida debe tenerse en cuenta a la hora de repartir el caudal relicto, significa que la ley presupone en los causantes la voluntad de que todos los hijos sean tratados por igual, en el conjunto que forman la vida y la muerte representadas por donaciones y herencia. Esta idea, no obstante, es extraña al sentido tradicional y al fundamento histórico del instituto de la colación, claramente en Derecho Catalán, y presupone, de entrada, una legítima larga y que los legitimarios sean herederos o tengan derecho a una cuota de la herencia, además de que todas las donaciones por defecto sean colacionables y, por tanto, imputables a la legítima. En Derecho Catalán, en cambio, y tal como



se verá a continuación, la ley, reflejando la voluntad de los particulares, no ha querido la igualdad de los hijos en la sucesión y las donaciones no se han considerado como una anticipación de la herencia<sup>(21)</sup>.

Propiamente, en Derecho Catalán, las donaciones se han visto siempre como una forma de tratar a los hijos de forma desigual, de acuerdo con lo que libremente los padres consideran que corresponde hacer con cada uno de ellos, y, por supuesto, los padres nunca han estado vinculados por una obligación de donar en los mismos términos a todos los hijos o de compensar estas donaciones por vía hereditaria.

La idea de la igualdad en la sucesión y en la partición es extraña a los principios sucesorios catalanes, donde prevalece la libertad del causante, así como a la forma en la que ha operado tradicionalmente la colación, que debería reflejar en la partición el exceso que se hubiera podido dar en la imputación a la legítima de la dote y las donaciones por razón de matrimonio, nada más. Por contra, las donaciones no eran por regla general parte anticipada de la herencia, a compensar en un futuro en la sucesión. Esta idea falsamente extendida tiene mucho que ver con la recepción doctrinal de la regulación que de la colación hace el CC español de acuerdo con el modelo del CC francés, y poco con la concepción tradicional en Cataluña, donde no cumplía esta función, al haber quedado al margen de la influencia de las primeras codificaciones<sup>(22)</sup>.

El principio de la igualdad de los hijos parte del apriorismo del punto de vista de los descendientes, en función de si pueden resultar afectados negativamente, pero no del punto de vista del causante ascendiente, que no se ha pronunciado al respecto. La sucesión de normas en el Derecho Romano, con regulaciones claramente divergentes a las que de forma anacrónica y descontextualizada se ha podido recurrir, también ha contribuido a la asunción de estas falsas premisas y equívocos existentes. Las relaciones familiares en Cataluña, entre padres e hijos, han estado presididas por el principio de libertad, siéndoles ajeno el de igualdad o uniformidad, excepto en lo mínimo que la ley prevé en vida en forma de alimentos y lo que resulta de la potestad, así como de la legítima con ocasión de la muerte. Otros posturas son defendibles, y rigen para otros ordenamientos, hasta

puntos de asfixiante uniformidad, pero no hay nada que nos lleve a afirmar para Cataluña la existencia de una voluntad presunta de los padres de tratar a todos los hijos por igual, de modo que deban diseñarse las instituciones jurídicas con el fin de que se cumpla este principio de igualdad en las relaciones familiares<sup>(23)</sup>.

**En Derecho Catalán, las donaciones se han visto siempre como una forma de tratar a los hijos de forma desigual, de acuerdo con lo que libremente los padres consideran que corresponde hacer con cada uno de ellos, y, por supuesto, los padres nunca han estado vinculados por una obligación de donar en los mismos términos a todos los hijos o de compensar estas donaciones por vía hereditaria**

En efecto, en la apertura de la sucesión, hay que pensar que el causante ha dispuesto en el testamento su libre voluntad, teniendo en cuenta todas las circunstancias necesarias para formar su decisión, y lo mismo debe decirse de las donaciones otorgadas en vida, en las que no se ha hecho ninguna referencia al hecho de que constituyan una anticipación de la herencia. Por lo que la igualdad que resultaría de aplicar a la sucesión de dicho testador una errónea concepción de la colación, como instrumento para conseguir una presunta igualdad deseada, sería contradictorio con lo que se tiene como asumido en la práctica catalana, y sólo debería procederse a colacionar donaciones si el causante así lo ha querido y manifestado expresamente.

De la institución de los hijos del causante por partes iguales no debería deducirse que el testamento sirva para compensar las donaciones hechas en vida, mediante su artificiosa colación *ex lege*, sino todo lo contrario. Sería de la institución en cuotas desiguales de los hijos o de la ordenación de prelegados, o bien el apartamiento de la herencia de alguno de ellos, restringiendo su participación a la legítima, y la ordenación de legados a favor de alguno de los hijos o descendientes, que debería deducirse la voluntad del causante de compensar mediante la sucesión lo dispuesto en vida, si es que así lo desea. Si el testamento

por ley se limita a ordenar la sucesión, la institución de hijos coherederos en partes iguales no debería llevar a ninguna otra conclusión más que a ésta. El derecho de sucesiones ofrece al causante multitud de instrumentos para conseguir la participación igual o desigual en su patrimonio de los descendientes, técnicamente superiores a la compleja colación de donaciones. Siendo el testamento la ley de la sucesión, por imperativo legal no debería permitirse su corrección con una colación de las donaciones hechas libremente en vida por el causante, sobre las cuales éste no se manifestó en términos de anticipación de la herencia ni de igualdad con los demás descendientes. Sucede algo distinto cuando esto último ha sido expresamente querido y declarado por el causante. Como en muchos otros órdenes, esta concepción tradicional vivida entre nosotros va difuminándose por la concurrencia de circunstancias e influencias diversas de los tiempos presentes.

## V. LAS DONACIONES COLACIONABLES

La colación implica que determinadas atribuciones realizadas en vida a favor del coheredero se consideren como si idealmente formaran parte de la herencia, vuelven a ella a los efectos de la partición y se imputan a la parte que corresponde adjudicar al beneficiario, con el correspondiente incremento de participación efectiva de los demás coherederos. Se habla, en la práctica, de donaciones colacionables, si bien el apartado 1 del art. 464-17, y para comprender todos los supuestos posibles, se refiere de forma más abierta a atribuciones hechas por el causante por actos *entre vivos* a favor de los descendientes<sup>(24)</sup>. La noción de estas atribuciones colacionables la da el art. 451-8, en sede de imputación de donaciones y atribuciones a la legítima, por la remisión que hace el art. 464-17, pero sólo para las otorgadas por actos *inter vivos*. Esto nos lleva a considerar únicamente las donaciones a las que el causante ha atribuido expresamente el carácter de imputables, así como las que lo son por defecto o *ex lege*, de acuerdo con la letra a) del apartado 2 del art. 451-8.

En Derecho Catalán existe una simetría entre colación e imputación legitimaria de actos otorgados *entre vivos*, por lo que, salvo disposición en otro sentido del cau-



sante, todo aquello que es colacionable en la cuota hereditaria lo es porque también es imputable a la legítima individual. En cambio, no todo aquello que es imputable a la legítima en sentido amplio, como resulta del art. 451-7.1, es colacionable. Los prelegados ordenados a favor de los coherederos no están sometidos a colación, y tampoco lo están las donaciones por causa de muerte, ni las atribuciones particulares en pacto sucesorio ni las asignaciones de bienes al pago de legítimas si no se han hecho efectivas en vida del causante<sup>(25)</sup>. De acuerdo con el art. 464-17, la colación se limita estrictamente a las donaciones o atribuciones gratuitas imputables otorgadas *inter vivos*.

**La colación implica que determinadas atribuciones hechas en vida a favor del coheredero se consideren como si idealmente formaran parte de la herencia, vuelven a ella a los efectos de la partición y se imputan a la parte que corresponde adjudicar al beneficiario, con el correspondiente incremento de participación efectiva de los demás coherederos**

Tal y como ya se ha apuntado, en el derecho tradicional la colación ha sido una institución poco vivida en la práctica, como tampoco lo ha sido la partición de la herencia hasta hace poco. En nuestra tradición jurídica, se trataba de la imputación de donaciones a la legítima, con la estricta limitación a las conocidas como donaciones *ob causam*, las cuales eran también las únicas que podían estar sujetas a colación. En el Derecho Romano Justiniano *dos, donatio propter nuptias* y *donatio ad emendam militiam* eran las atribuciones colacionables, y éste fue el derecho recibido en Cataluña, con el mismo fundamento material que en el Derecho Romano. Así es como se refleja en la Pragmática de 1343, de vigencia general en Cataluña desde 1547, que hace referencia sólo a la dote y a las donaciones por razón de matrimonio: «donationem Patri propter nuptias, seu dotem Matri donatam», que eran las únicas a imputar a la legítima o a colacionar en la partición<sup>(26)</sup>.

En la colación se trataba de añadir a la masa hereditaria los bienes que habían

salido del patrimonio del causante en vida en cumplimiento de un deber, y para anticipar la legítima. Puesto que con la dote o las donaciones por razón de matrimonio se consideraba que el causante estaba cumpliendo con una obligación familiar o natural, en el caso de que esta obligación no se hubiera cumplido en vida a favor de los demás descendientes legitimarios debería igualarse en la sucesión mediante la colación<sup>(27)</sup>. Así pues, en la colación no existe, tal y como se ha entendido desde siempre en Cataluña, un fundamento de igualdad de los descendientes en cuanto a las donaciones o liberalidades otorgadas por el causante, sino todo lo contrario. En la colación sólo se iguala o se compensa el mínimo al que todos los descendientes tienen derecho en concepto de legítima, que si se ha anticipado por medio de dote o donación por razón de matrimonio deberá compensarse en la sucesión, en caso de que los demás descendientes no lo hayan recibido en vida. Vuelven idealmente al patrimonio del causante convertido en herencia los bienes que igualmente habrían salido de la misma para pagar la legítima, pero no las demás donaciones que llevan causa de la libertad de disposición que tiene el causante en vida.

Supone una grave preterición del propio sentido de las donaciones en Derecho Catalán pensar que el instituto de la colación persigue la igualdad de los hijos del causante sobre la totalidad de las mismas. En nuestra tradición se distinguía entre donaciones *ob causam* y donaciones *simplices*. Las primeras eran las únicas imputables a la legítima y, por tanto, colacionables si excepcionalmente se daba la situación de comunidad hereditaria. En las donaciones *ob causam* se consideraba que se otorgaban por necesidad u obligación y que estaba excluido el ánimo liberal propio de las donaciones, de modo que tal y como afirmaba FONTANELLA en «*ob causam necessariam, liberalitatem excludentem, nec a liberalitate procedit, nec non jure cogente*»<sup>(28)</sup>, y por este motivo implicaban una anticipación de la legítima tal y como apuntaba CÀNCER: «*donatum filio ob causam matrimonii contrahendi censeatur pro legitima datum*»<sup>(29)</sup>. Dichas donaciones, que eran la dote y la donación por razón de matrimonio, se otorgaban en cumplimiento de lo que se consideraba un deber natural con los hijos (en la dote con las hijas y en las donaciones *propter nuptias* con los hijos), y no se podían considerar partícipes del

ánimo liberal, pues se hacían por necesidad u obligación<sup>(30)</sup>. En efecto, en palabras de PEGUERA, «*donatio ob causam non est proprie donatio nec liberalitas*», más bien se entendía como unas permutas<sup>(31)</sup>. Como un anticipo del deber legitimario y como tales debían ser imputadas y colacionadas, con la simetría mencionada entre ambos institutos<sup>(32)</sup>. La doctrina catalana las limitaba a estas dos atribuciones, y así estaba previsto en la mencionada Pragmática de 1343, generalizada para toda Cataluña con la Constitución de 1547.

En los términos tradicionales mencionados se recogió el instituto de la colación en la CDCC de 1960, en el art. 273, con una pequeña ampliación de supuestos por la influencia doctrinal de la romanística, al trasladar pues al Derecho Civil vigente en Cataluña el Derecho Romano Justiniano, donde eran colacionables las donaciones de los padres para facilitar el establecimiento de los hijos (la denominada *donatio ad emendam militiam*)<sup>(33)</sup> y que provocó en el texto compilado una asimetría con el régimen de la imputación a la legítima en el art. 132 CDCC, corregida ya en el CS.

En la práctica catalana, por tanto, se entendía que sólo en las donaciones hechas en vida en cumplimiento de una obligación de los ascendientes con los descendientes existía deber de colacionar, pues se afirmaba que dichos bienes habían salido forzosamente del patrimonio del causante y debían considerarse incluidos en el momento de la apertura de la sucesión. Se trataba de supuestos claramente tipificados y sobre los que en la práctica no había duda del carácter de anticipación de la legítima, con frecuente renuncia a su suplemento. Es ilustrativo de esta práctica que FALGUERA incluya, junto con los formularios de la dote, la cláusula de renuncia a la legítima, de acuerdo con el tradicional *pacto de contentament*<sup>(34)</sup>, y que también BROCA se refiera a ella al tratar de las donaciones por razón de matrimonio, que incorporaban la renuncia a la legítima futura y al suplemento<sup>(35)</sup>.

## VI. LA REGLA GENERAL EN MATERIA DE IMPUTACIÓN

La remisión que el art. 464-17 CCCat hace a la imputación de las donaciones a la legítima, como supuesto en el que opera la colación de bienes en la cuota hereditaria, lleva a examinar el régimen de la materia en Derecho Catalán, puesto que la colaciona-



bilidad resultará en la mayoría de casos de la imputación a la legítima de la donación. Como ya se ha indicado, el régimen de colación e imputación es coincidente respecto a las atribuciones para actos *inter vivos* y ambas participan de las consideraciones que se han hecho anteriormente.

La imputación legitimaria está regulada en el art. 451-8, como forma extrahereditaria con la que la legítima puede percibirse, complementando el art. 451-7, que regula las formas hereditarias de atribución de la legítima. El art. 451-8.1 formula con nitidez la regla general tradicional en lo relativo a las donaciones, y que sólo la desafortunada redacción del art. 359 CS impidió que fuera asumida sin dudas en la práctica de forma generalizada. Partiendo de que el derecho a la legítima se adquiere con la muerte del causante, que la legítima es de reducida extensión y que las relaciones patrimoniales familiares están presididas por el principio de libertad civil, en Cataluña las donaciones otorgadas por el causante en vida a favor de los legitimarios no son un adelanto o anticipo de su legítima futura y, como tales, no se imputan por defecto a la legítima en la sucesión del donante. En consecuencia, lo mismo debe decirse en materia de colación de donaciones en las cuotas hereditarias. Ésta ha sido la regla inmemorial en Derecho Catalán, vivida por los particulares, asumida así por generaciones de nuestros prácticos y afirmada reiteradamente por los autores de la mejor doctrina<sup>(36)</sup>.

Al anterior argumento legal se añade otro de carácter negocial que también es clásico en Derecho Catalán: para que una donación pueda ser considerada como anticipo o adelanto de la legítima, es necesario que el donatario conozca expresamente el carácter anticipatorio de la legítima que implica la donación y lo apruebe al aceptar la misma. Sin la aprobación del donatario a la voluntad revelada por el causante, no habrá imputación posible. Así resulta del art. 451-8.1, que se refiere al «pacto expreso de imputación». El causante podrá dispensar posteriormente dicho carácter de forma libre, en caso de haberlo aceptado el donatario, pero no podrá añadirlo después sin el consentimiento del donatario. La ley exige la constancia expresa del carácter imputable en el momento de otorgar la donación, es decir, que el causante afirme de forma técnica que es imputable o bien colacionable o, de forma más abierta, que se realiza en pago o a cuenta de la

legítima<sup>(37)</sup>. Dicha regla plantea problemas con las donaciones verbales, en las que la constancia por escrito no se da. La validez de estas donaciones (art. 531-12.2) no debería ser incompatible con la posibilidad de atribuir el carácter de imputable, que deberá probarse posteriormente. En la jurisprudencia se ha considerado que es posible la imputación «de forma expresa, aunque no escrita», que a veces se «reitera» con posterioridad en testamento o en documento notarial<sup>(38)</sup>. Por supuesto que la manifestación realizada por el testador en el sentido de que los legitimarios ya han recibido en vida lo que les correspondía, incluso en exceso, no tiene ningún efecto en términos de imputación legitimaria y la prueba de la existencia de la donación y el carácter de imputable corresponderá al heredero<sup>(39)</sup>.

## VII. LAS EXCEPCIONES A LA REGLA GENERAL SOBRE IMPUTACIÓN

El derecho de la Compilación y el Código de Sucesiones recogía los supuestos tipificados social y jurídicamente en los que se producía una imputación de atribuciones a la legítima por defecto, que eran los de la dote, el *aixovar*, las donaciones matrimoniales y las capitulares, además de las cantidades señaladas o asignadas por el causante en capítulos en concepto de legítima (arts. 132 y 134 CDCC y art. 359 1.º y 2.º CS). En dichos casos, existía la conciencia social de cumplir con un deber y, por tanto, de estar satisfaciendo ya en vida a favor de todos los hijos aquello que la ley reservaba como legítima a los descendientes en la herencia futura. En ocasiones, las anteriores atribuciones iban acompañadas de un pacto denominado de *accontentament*, en el que el descendiente renunciaba al suplemento sobre la legítima futura, y que ahora recoge el art. 451-26.2.c<sup>(40)</sup>.

Sin embargo, el Libro IV, con gran desacierto en mi opinión, ha introducido de forma radicalmente nueva en Derecho Catalán unos supuestos de imputación por defecto o *ex lege* de determinadas donaciones, calificadas por su finalidad. La medida es criticable por varios motivos. En primer lugar, porque la regla es contraria a los fundamentos seculares del Derecho Catalán de sucesiones, que se basa en la libertad de testar y no presupone la igualdad de los hijos. En segundo lugar, y como

se verá, porque los supuestos de hecho son claramente indeterminados y no hay una tipificación clara de las donaciones que deben entenderse comprendidas. En cada caso deberá procederse a calificar *ex post* la donación realizada para ver si recae entre las que la ley prevé como imputables. En tercer lugar, porque no tiene ningún sentido distinguir entre tipos de donaciones por la finalidad a qué responden, dado el contexto actual de libertad en las relaciones familiares, de inexistencia de una obligación de dotar a los hijos y de atipicidad negocial en Derecho Patrimonial. Las donaciones se califican por ser una disposición a título gratuito del donante, y no por la finalidad a qué responden<sup>(41)</sup>. La categoría de las donaciones *ob causam* no tiene aquí ningún sentido, a los efectos de desigualar sucesoriamente a los hijos en la legítima e, indirectamente, en las cuotas hereditarias por efecto de la colación. Como es obvio, la riqueza adquirida por el donatario puede transformarse y emplearse de formas muy diversas a lo largo del tiempo, sin respetar la finalidad inicial de la donación. La que en un momento constituyó primera vivienda, puede ser vendida y adquirir con posterioridad el donatario con su producto cualquier bien. En último término, la medida es criticable de acuerdo con los fundamentos negociales de la imputación de donaciones en Derecho Catalán, porque presuponen que en cada caso existirá una información esencial al donatario sobre el carácter de la donación, para que se pronuncie fundadamente, algo que la ley no exige.

**Supone una grave preterición del propio sentido de las donaciones en Derecho Catalán pensar que el instituto de la colación persigue la igualdad de los hijos del causante sobre la totalidad de las mismas**

Estos supuestos están previstos en la letra a) del art. 451-8.2 y, de un modo que puede considerarse caprichoso, establecen una excepción a la regla general de no imputación de donaciones cuando éstas estén destinadas a una determinada finalidad, que consiste en la adquisición de la primera vivienda del donatario o que éste emprenda una actividad profesional, industrial o mercantil que le proporcione



independencia personal o económica. Los supuestos legales son de interpretación estricta. Es decir, no debería admitirse una interpretación extensiva, de modo que todas las donaciones destinadas a vivienda fueran imputables. Sí lo serían tanto la propia donación de la vivienda como del dinero para adquirirla<sup>(42)</sup>, pero no lo son la donación para adquirir una segunda residencia, ni tampoco la destinada a adquirir una segunda o ulterior vivienda, y todavía lo es menos la destinada a la rehabilitación de vivienda, como tampoco encaja la cesión gratuita del uso de una vivienda. Tampoco se incluyen en el segundo supuesto las donaciones, muy frecuentes, de acciones o participaciones de la empresa familiar cuando el donatario ya tiene independencia personal o económica, que son la mayoría de casos, y que suelen producirse cuando el donante se jubila, dados los beneficios fiscales existentes. Por descontado que la inclusión o exclusión de estos supuestos, en términos de calificación *ex post*, dará lugar a conflictividad judicial en la práctica y a resoluciones *ad hoc*<sup>(43)</sup>, además de una incomprensible sensación de injusticia entre los afectados, todo lo contrario de lo que la ley debería perseguir. Más aún si tenemos en cuenta que el donante puede haber hecho donaciones de cantidad igual o similar a todos los hijos, con fines u objeto muy diferentes, donde lo único que cuenta es su valor, y en estos casos, salvo previsión expresa, la ley procederá sin sentido a desigualar los hijos cuando han recibido donaciones de importe igual. Al desconcierto creado, debe añadirse el problema de derecho transitorio sobre este tipo de donaciones con respecto a las anteriores al 1 de enero de 2009, otorgadas bajo la vigencia de los arts. 43, 44 y 359 CS, además del conflicto móvil que pueda darse en el derecho aplicable<sup>(44)</sup>.

**Para que una donación pueda ser considerada como anticipo o adelanto de la legítima, es necesario que el donatario conozca expresamente el carácter anticipatorio de la legítima que implica la donación y la apruebe al aceptar la misma**

La excepción introducida se restringe a estos supuestos concretos, y se mantiene la

regla general para el resto de donaciones, aunque la distorsión en el sistema, muy importante, puede provocar un desequilibrio que en el futuro lleve el Derecho Catalán a ceder inevitablemente en su criterio y a incorporar la regla de imputación y colación general vigente en el CC español. En el fondo, la nueva regla presupone un cierto paternalismo social y una voluntad dirigista sobre las relaciones económicas de los padres con los hijos. En Cataluña ha regido la libertad en este ámbito y los padres tienen derecho a decidir si hacen donaciones a los hijos y si quieren compensarlos en vida o bien en su sucesión. No es responsabilidad del legislador presuponer una conducta igualitaria de los progenitores con los hijos en función de la finalidad de las donaciones que les hacen<sup>(45)</sup>. En esta materia debía haberse mantenido la regla tradicional o bien cambiarla radicalmente y aceptar resignadamente el cambio de mentalidad, con la victoria de la influencia del CC español, que representa la concepción contraria y que presupone una legítima larga, que iguala los hijos y que da lugar a conflictividad sobre la prueba de las donaciones<sup>(46)</sup>.

## VIII. LAS DONACIONES NO COLACIONABLES

No serán colacionables las donaciones que no sean imputables, es decir, las conocidas tradicionalmente como simples: aquellas en las que el donante no ha advertido al donatario de este carácter ni la ley lo presupone como supuesto que excepciona la regla general. Antes que nada es preciso afirmar que no hay nada más alejado y contrario al principio de igualdad o uniformidad entre los hijos que el otorgamiento de donaciones a su favor. Tal y como ya se ha insistido suficientemente, el Derecho Catalán no ha perseguido la igualdad entre los hijos, mientras que este principio a menudo informa otros ordenamientos en los que la legítima es igual o superior a la mitad de la herencia. Para los juristas catalanes de la tradición clásica, las donaciones servían propiamente para desigualar a los hijos, para mostrar las preferencias del progenitor donante hacia ellos, para hacer lo que se creía que debía hacerse con cada uno de ellos, incluso para atraer su favor y atención durante la vejez, y en ningún caso se consideraban sometidas a colación. Así pues, CÀNCER afirmaba que sólo debía existir igualdad y, por tanto, colación, en aquellas donaciones que se hicieran por necesidad

u obligación —las *ob causam*—, mientras que para las donaciones simples, que se hacen para distinguir a los hijos, imponer la colación desnaturalizaría su sentido<sup>(47)</sup>. Siglos más tarde se pronunciaría en términos parecidos de continuidad catalana PELLA I FORGAS, considerando que si determinados bienes han salido libremente del patrimonio del causante en vida en forma de donaciones, no deben volver idealmente a la muerte para añadirlos a la herencia, dado que las donaciones simples se hacen para mostrar la preferencia hacia un hijo<sup>(48)</sup>.

Éste es el sentido que se ha venido dando en Cataluña a las donaciones entre padres e hijos y que el Libro IV ha modificado con la inclusión de unos supuestos en el art. 451-8.2.a), que, si bien pueden reflejar lo que antiguamente eran las donaciones *ob causam*, como dotación o para el establecimiento de los hijos, en la actualidad no tienen ningún sentido y se alejan de la realidad social a la que deben aplicarse. Sin perjuicio de la indeterminación de los supuestos de hecho en el art. 451-8.2, cuestión ya apuntada, y de lo desafortunado que puede llegar a ser que, a la muerte de los padres, los hijos puedan reprocharse o hacerse cuestión de las donaciones que les hicieron libremente en vida, en dichos nuevos supuestos falla el requisito tradicional que se daba en la dote y la donación *ob causam matrimonii*, que era el sentido de obligatoriedad y de igualdad en la relación entre los hijos, como anticipo de la legítima. En la actualidad, no hay nada que obligue a un progenitor a donar a un hijo con el fin de ayudarlo a establecerse, ya sea en forma de vivienda o para emprender una actividad profesional o empresarial.

La dotación de los progenitores a favor de los hijos no forma parte de los deberes que resultan de la relación de filiación. Ello significa que un progenitor podrá perfectamente otorgar una donación de las mencionadas en la letra a) del art. 451-8.2 a favor de un descendiente y no querer hacerlo para otro, o bien otorgar una donación *simple* a favor del mismo, en igualación voluntaria de la otra donación, de una cantidad de dinero para que haga lo que quiera con ella. A día de hoy, no tiene ningún sentido hablar de donaciones finalistas a favor de los hijos —*ob causam*— y menos aún sostener que la ley debe procurar la igualdad entre los hijos con respecto a las donaciones. En el derecho tradicional lo que calificaba a una donación como *ob causam* era el contexto o la razón



por la que se otorgaba, el matrimonio, y no el destino material que se diera a los bienes recibidos. No tiene ninguna base real, pues, establecer como presunción *ex lege*, e invertir la vigencia general del principio de libertad, que *todos* los catalanes tienen la intención de tratar *igual* patrimonialmente a *todos* los hijos, ni siquiera para determinados tipos de donaciones como serían las del art. 451-8.2.a). Afirmar que la herencia sirve para compensar por causa de muerte la libre conducta de los padres con los hijos en vida en lo relativo a donaciones, supone alejarse de la práctica real catalana y de los principios que informan nuestro derecho de sucesiones. Para confirmarlo bastaría con consultar a los notarios de Cataluña sobre las colaciones en las que han intervenido en su ejercicio profesional, incluso para las herencias no sometidas al Derecho Catalán.

La falta de sentido de la regla introducida con el Libro IV se puede percibir fácilmente de las disfunciones que en la práctica puede comportar, asumiendo que el donatario-testador no tiene una información perfecta sobre el régimen jurídico vigente, como suele ocurrir en la gran mayoría de casos, además del derecho transitorio y de la ley aplicable. En primer lugar, porque a falta de información sobre el carácter de colacionable de una donación ya otorgada, el hecho de otorgar otra posterior no colacionable a favor de otro hijo supondrá claramente una desigualdad no deseada por él, con efectos perplejos, puesto que precisamente el causante podía perseguir la igualdad. En segundo lugar, porque el otorgamiento de prelegados o el establecimiento de cuotas desiguales en la sucesión para compensar las donaciones hechas en vida, puede llevar igualmente a resultados no deseados, si se ignora el carácter colacionable *ex lege* de la donación realizada. En tercer lugar, porque el donante ha podido querer otorgar donaciones, que la ley considera colacionables, con la voluntad clara de desigualar los hijos donatarios de los hijos que no han recibido ninguna donación. En todos los casos, la disfunción que introduce la ley en la práctica es notable, por efecto de una falsa presunción de voluntad de igualdad sólo para un tipo de donaciones. Con la nueva regulación se impone, pues, el consejo jurídico detallado a los donatarios-testadores catalanes sobre el régimen jurídico de la imputación legitimaria y la colación hereditaria, lo que no siempre sucede en la práctica, y se le añade la imprecisión para calificar los

supuestos de hecho del art. 451-8.2.a). Con todo, aunque la información del donante-testador fuera perfecta sobre el régimen jurídico de la imputación y la colación de las donaciones otorgadas, la complicación que la regla legal de defecto impone en el sistema es criticable, porque es mucho más sencillo permitir al donante ordenar la colación voluntaria en todos los casos que alterar la presunción de libertad que debería resultar de la ley.

En mi opinión, en Cataluña todas las donaciones deberían ser consideradas por defecto como libres, es decir, ni colacionables ni imputables. Dicho efecto anticipatorio de la sucesión sólo debería resultar de una declaración expresa del donante en el momento de hacer la donación. Las donaciones en vida, como las disposiciones por causa de muerte, deben reflejar la libre voluntad del causante, de modo que si no ha habido pronunciamiento del mismo sobre la colación, la ley no debe imponerla. Tal y como recogía la máxima de la Novela 18 de Justiniano: «si testamento facto nihil de illis dixerint collationibus locus non esset». Sólo si el causante lo desea debe haber colación, de lo contrario, la voluntad expresada libremente en el testamento, y al otorgar la donación, es la que debe regir la sucesión sin que tenga sentido hablar de una presunta voluntad igualitaria hacia los descendientes que no aparece en el mismo<sup>(49)</sup>. Esta idea se refleja en el Derecho Alemán, hasta el punto de que la colación sólo se da en caso de sucesión legal o intestada, es decir, supuestos en que el causante no haya ejercido su derecho de repartir libremente la herencia en testamento (§ 2050 BGB), o excepcionalmente en caso de sucesión testada si del testamento resultan las mismas cuotas que de la sucesión legal (§ 2052 BGB).

## IX. LA DISPENSA DE COLACIÓN

De forma concordante con el régimen de la imputación de donaciones del art. 451-8.5, en materia de colación, el art. 464-17.2 establece que el carácter colacionable de la donación no puede añadirse tras su otorgamiento, pero sí se puede dispensar con posterioridad. Al igual que para la imputación, el donante podrá invertir la regla de la colación *ex lege* para determinados supuestos (art. 451-8.2.a)) y declarar expresamente que la donación no es colacionable. También podrá atribuir carácter de im-

putable o colacionable a la donación que la ley considera como libre, y en cualquier caso manifestar que la donación no es colacionable o que sí lo es, a pesar de lo que pueda deducirse del derecho vigente en el momento de otorgarla. Dichas decisiones deberán manifestarse expresamente en el otorgamiento de la donación y ser aceptadas por el donatario, aunque no es preciso utilizar el término técnico de colación y podrá resultar de otra forma<sup>(50)</sup>.

**El Libro IV, con gran desacuerdo en mi opinión, ha introducido de forma radicalmente nueva en Derecho Catalán unos supuestos de imputación por defecto o *ex lege* de determinadas donaciones, calificadas por su finalidad**

Con posterioridad, lo único que se admite es la dispensa de la colación, que podrá ser realizada de forma singular para una o varias donaciones, incluso parcialmente, o bien de forma general para todas las otorgadas en vida a favor de los descendientes, entendida como dispensa general, prohibición o exclusión de la colación en la sucesión del causante. Dicha dispensa posterior se podrá realizar en acto de última voluntad, revocable hasta la muerte del causante, o bien por acto *inter vivos*, que ya no se podrá revocar, ya sea en pacto sucesorio, con las limitaciones del art. 451-8.5 *in fine*, o en escritura pública al efecto<sup>(51)</sup>. El apartado 2 del art. 464-17 en sede de colación no lo prevé así expresamente, de modo que para estos últimos supuestos se aplica lo que de forma más detallada prevé el art. 451-8.5<sup>(52)</sup>.

En cuanto a la dispensa, pero también para la imposición de la colación, y dada la comunicación de efectos, en la práctica se plantea el sentido que debe darse al uso indistinto de los términos *imputación* y *colación*, por parte del donante-testador, al otorgar una donación o bien en testamento. Por efecto de los clausulados de formularios de donaciones y de testamentos, y por influencia indebida, en la práctica catalana se utiliza con frecuencia de forma imprecisa el término genérico de *colación* —imponiéndola o dispensándola— para englobar tanto la imputación en la legítima como la propia colación hereditaria. Hay



que considerar, sin duda, que cuando uno se refiere a la imputación de la donación también está hablando de la colación, y no hay más remedio que admitir que cuando se refiere a la segunda también se entiende comprendida la primera. Ahora bien, la cuestión a plantear es si el causante puede discriminar ambos efectos y considerar que una donación no es imputable pero sí colacionable y viceversa. Entiendo que no hay ningún obstáculo a este régimen jurídico diferenciado de las donaciones en la sucesión, que resultará de la voluntad del donante-testador, y debe constar expresamente tanto en el otorgamiento de la donación como con posterioridad en forma de dispensa. Si no se ha hecho distinción, en la práctica hay que asumir los efectos indistintos del uso de ambos términos.

## X. LA RENUNCIA A LA COLACIÓN

A diferencia de la imputación legítima, que revierte en ampliación del ámbito de libertad de testar del causante y que, de forma indirecta, puede hacerlo sobre la cuota disponible para el heredero, la colación produce un incremento de la cuota hereditaria de los coherederos beneficiarios. La imputación de donaciones a la legítima individual no incrementa la cuota legítima a percibir por los demás descendientes del causante, como tampoco lo hace su renuncia o la desheredación (art. 451-6), mientras que la colación sí resulta en incremento de la cuota atribuida a los coherederos beneficiarios. Por este motivo, la ley contempla la renuncia al efecto positivo que resulta de la colación por parte de los coherederos, que no tendría ningún sentido en la imputación, a la que los demás legitimarios son ajenos.

Dado que el efecto de la colación se manifiesta en sede de partición, esta renuncia no puede considerarse como renuncia parcial al título hereditario y no entra en contradicción con los arts. 461-1 y 461-2, sobre el ejercicio de la delación. La posibilidad de renuncia a la colación es individual de cada coheredero<sup>(53)</sup>, que sí podrá ser realizada parcialmente, es decir, sólo en relación con determinadas donaciones o para determinados coherederos, y no revierte en beneficio de los no renunciantes sino sólo del coheredero obligado a colacionar. El sentido de la renuncia a la colación resulta también del fundamento de la norma, que descansa en una presunción

de anticipación de la herencia para determinadas donaciones y que puede declararse contrario a la realidad por los propios coherederos. Entiendo que dicha renuncia se produce por manifestación expresa, pero también resulta una vez se ha aceptado la partición por parte de los coherederos (art. 464-10), y ésta también debería producirse en el supuesto frecuente en la práctica de conversión de la comunidad hereditaria en comunidad ordinaria sobre cada uno de los bienes de la herencia<sup>(54)</sup>.

**No serán colacionables las donaciones que no sean imputables, es decir, las conocidas tradicionalmente como simples: aquellas en las que el donante no ha advertido al donatario de este carácter ni la ley lo presupone como supuesto que excepciona la regla general**

Distinto a la renuncia a la colación es el efecto que la repudiación de la herencia tiene sobre la colación, que la impide y la evita para el coheredero repudiante, dado que sólo están sujetos a colación los coherederos que han aceptado la herencia y no los que la han repudiado<sup>(55)</sup>. Por supuesto que la repudiación de la herencia por uno o alguno de los coherederos beneficiarios de la colación no obsta el deber de colacionar por el total del coheredero obligado en beneficio del resto de coherederos o de los que lleguen a serlo, ya sea como sustitutos vulgares o por derecho de acrecer.

## XI. LA COLACIÓN EN LUGAR DE ASCENDIENTES

La regla tradicional de la Constitución de las Cortes de Monzón de 1547, que extendió a toda Cataluña la Pragmática de Pedro III de 1343 referida a Barcelona, constituye el precedente del art. 464-18 en materia de colación en lugar de ascendientes<sup>(56)</sup>. En la Pragmática se declaraba la obligación de los nietos de someter a imputación legítima, en la herencia de los abuelos, las atribuciones recibidas por los progenitores, es decir, la dote y las donaciones por razón de matrimonio. La Pragmática de 1343 se dictó como reacción a las alegaciones contrarias a la imputación por

parte de los nietos que llegaban a ser legitimarios por derecho de representación, con el argumento de que la atribución no había sido realizada directamente a ellos, y se consideró que debía regir igualmente en toda Cataluña en forma de Constitución el año 1547. Dicha regla se recoge en términos parecidos en el art. 451-8.3 para la legítima, pero el art. 464-18 la adapta a la colación, dado que en la legítima el nieto lo es por derecho de representación en una atribución legal que es forzosa para el causante y, por tanto, es indiferente que se haya beneficiado o no directamente de los bienes donados a los hijos representados, mientras que en la colación el nieto es coheredero por institución voluntaria o llamamiento intestado, y aquí sí es relevante el beneficio directo de las atribuciones realizadas al progenitor porque el efecto de la colación es a favor de los coherederos.

En la colación en lugar de ascendientes, que es el supuesto de hecho previsto en el art. 464-18, se trata de la obligación de colacionar las atribuciones recibidas por el progenitor, por parte de un nieto que llega a ser coheredero en la sucesión del abuelo, junto con otros descendientes. No es una colación de atribuciones recibidas directamente, sino de las adquiridas de forma indirecta mediante la sucesión del progenitor. A diferencia de lo que sucede para la legítima, en que el nieto debe imputar las donaciones recibidas por el progenitor, con independencia de si han llegado de alguna manera a su poder o no, en la colación en lugar de ascendientes sólo se da la obligación si efectivamente el nieto se ha beneficiado de las donaciones realizadas por el abuelo al progenitor. En la legítima la imputación afecta a la pretensión del legitimario sobre la atribución legal, lo cual no sucede en la colación que beneficia a los herederos.

Los requisitos son estrictamente los que se establecen en el art. 464-18 y los demás supuestos de hecho quedan excluidos. Así, si el progenitor ha fallecido antes que el abuelo causante sin instituir heredero el nieto que es llamado en la sucesión de aquél, directamente o por sustitución vulgar, no hay colación en lugar de ascendiente. En cambio, si el nieto ha recibido donaciones por parte del abuelo directamente, y siempre que tengan dicho carácter según el art. 464-17.1, sí deberá colacionarlas en concurrencia en la herencia con otros descendientes, aunque sean de diferente



grado. Igualmente, si el progenitor del nieto sobrevive al abuelo, no hay obligación de colacionar de ningún tipo por parte del nieto que haya sido instituido heredero. En términos similares, si el heredero del descendiente obligado a colacionar —por ejemplo su cónyuge— llega a ser heredero también del causante sin ser descendiente, tampoco existe obligación de colacionar.

Por tanto, la obligación del nieto heredero de colacionar donaciones en la herencia del abuelo lo será tanto por las recibidas directamente de éste, como por las que ha recibido indirectamente en la herencia del padre o de la madre. Es preciso que el nieto sea heredero del progenitor premuerto; en caso de que haya sido instituido legatario en esta sucesión, recibiendo el bien donado por el abuelo o la abuela, y heredero en la sucesión de este último, la obligación de colacionar teóricamente no concurre. En cambio, si el nieto es heredero en la sucesión del padre o de la madre, y en la del abuelo o abuela, pero el bien donado al primero ha sido objeto de donación en vida a otra persona o de legado en la herencia o de atribución a otro coheredero, tampoco concurre estrictamente la obligación de colacionar. En caso de que opere el derecho de transmisión (art. 461-13), no existen dudas con respecto a la obligación de colacionar, que es la que correspondía al heredero llamado, aunque el transmisor no sea el nieto, dado que aquí ocupa el puesto del transmitente en la sucesión del causante, y como tal estará obligado a colacionar<sup>(57)</sup>. En cuanto al llamamiento en la sucesión intestada por derecho de representación (art. 442-1), será preciso, asimismo, que concorra en el nieto la condición de heredero del representado, para que rija la colación en lugar de ascendiente, lo cual no siempre sucederá<sup>(58)</sup>. En estos términos, y dado el principio de subrogación real o de enriquecimiento que resulta de la donación, puede plantear problemas de difícil solución en la práctica la apreciación del cumplimiento del requisito de identidad que el bien donado haya llegado a poder del nieto coheredero<sup>(59)</sup>.

## XII. LOS BENEFICIARIOS DE LA COLACIÓN

La colación se produce sólo entre los coherederos que son descendientes del causante. Tiene el mismo efecto que si se produjera un acrecimiento entre los insti-

tuidos dentro de una misma cuota o porción de herencia (art. 462-1.2). Es preciso que concurren a la vez los dos requisitos: descendiente del causante y heredero en la sucesión. Si concurre en la sucesión otro descendiente del causante pero lo hace con un título que no es el de coheredero, éste no tendrá derecho a beneficiarse de la colación, pero tampoco estará obligado a ella. Ello sucederá claramente en caso de ser favorecido con un legado. No es preciso que los coherederos lo sean en una misma cuota o parte de herencia para que les aproveche la colación, que lo es en proporción a su participación individual en la sucesión como heredero, que puede ser desigual, con independencia de lo que pueda percibir por otros títulos. Tampoco es preciso que los descendientes lo sean en el mismo grado y podrán concurrir a la vez hermanos, primos, tíos y sobrinos. Así pues, la colación no se producirá con preferencia dentro de un mismo grupo de descendientes o con respecto a una cuota o porción de herencia, sino en relación con la participación global en la herencia de los descendientes<sup>(60)</sup>.

Los coherederos que no son descendientes del causante no participan de los efectos de la colación, aunque de forma refleja les pueda afectar, por el incremento de participación que puede suponer para los llamados, al llevar a cabo la partición y formar los lotes que deben ser adjudicados, o para la división o adjudicación de bienes concretos, aunque parece que el incremento de cuota no debería afectarles en lo relativo a la regla del art. 464-8.2 (que remite al art. 552-11). La cuota que corresponde a cada coheredero se mantiene teóricamente inalterada, por mucho que, a efectos sólo de la colación, la de algunos coherederos descendientes del causante pueda concretarse en la partición en lotes superiores a los que, por efecto del testamento, les corresponderían.

En cuanto a los acreedores de la herencia, el efecto que pudiera tener la colación debería concretarse una vez que se hubiera llevado a cabo la partición; hasta entonces el régimen de división de las deudas hereditarias entre los coherederos, en proporción a sus cuotas, se habrá producido a la apertura de la sucesión, tal y como establece el art. 463.1, sin solidaridad entre ellos. Pero la colación no altera este régimen de responsabilidad hacia los acreedores, que mantienen sus pretensiones hacia cada

uno de los coherederos en proporción a las cuotas hereditarias, como tampoco lo modifica la partición (art. 464-16). El incremento de los bienes adjudicados en la partición en proporción a la cuota hereditaria resultante del testamento y la incrementada con la colación no tiene ningún reflejo en la vertiente pasiva de la sucesión, que se mantiene en la estricta proporción del testamento<sup>(61)</sup>. La ausencia de beneficio para los acreedores derivado de la colación, que prescribe el art. 464-19, como efecto externo de la misma, tampoco se traduce en una modificación de las relaciones internas entre los coherederos afectados por la colación. Es decir, si bien la proporción de deuda atribuida inicialmente se mantiene a efectos de responsabilidad, la variación en la partición que supone la colación no provoca ningún incremento o disminución de la deuda asumida a efectos internos entre los coherederos, sin que dé lugar a ninguna acción de repetición entre ellos por el exceso, del tipo previsto en el art. 464-16.2. Entre los acreedores de la herencia deben distinguirse los acreedores del heredero, que sí pueden beneficiarse de la colación en caso de repudiación de la herencia en perjuicio suyo (art. 461-7).

**En mi opinión, en Cataluña todas las donaciones deberían ser consideradas por defecto como libres, es decir, ni colacionables ni imputables**

En relación con los legatarios, la ley también prohíbe cualquier cambio de régimen jurídico de las pretensiones que puedan tener contra los coherederos por efecto de la colación. En la medida en que el legado puede gravar a varios coherederos a la vez (art. 427-8), en la colación, al afectar a las cuotas hereditarias a los efectos de incrementarlas o disminuirlas para la adjudicación de bienes en la partición, podría extenderse dicho efecto a la responsabilidad por el cumplimiento de los legados, que lo es en proporción a la respectiva cuota hereditaria. La ley considera, de nuevo, que el efecto de la colación se limita sólo al de la adjudicación de bienes en la partición, sin incidir en los demás aspectos de la ejecución de la sucesión, como sería el del cumplimiento de los legados. En los mismos términos, la adjudicación de bienes



resultante de la colación tampoco puede tener ninguna consecuencia en cuanto a las pretensiones de los coherederos hacia los legatarios relativas a la reducción de los legados por cuarta falcidia, que debe considerarse al margen de los efectos de la colación. En dichos términos se percibe claramente el sentido de incardinar la colación en sede de partición hereditaria<sup>(62)</sup>.

### XIII. LA VALORACIÓN DE LAS ATRIBUCIONES COLACIONABLES

La regla del segundo inciso del art. 44 CS, con respecto a la valoración de las atribuciones colacionables, ha sido recogida en el último precepto en sede de colación, el art. 464-20, y se ha añadido una nueva disposición relativa a la práctica de la colación. Sobre el valor de las donaciones o atribuciones a colacionar, el criterio vigente es el mismo que resulta de la computación de donaciones de las letras c) y d) del art. 451-5, al que también hace remisión el art. 451-8.4 en sede de imputación. Por tanto, ni de forma teórica ni en la práctica existen diferencias entre la valoración de las atribuciones computables, las imputables y las colacionables, que participan de unos mismos criterios dada la interrelación existente entre dichos institutos<sup>(63)</sup>.

El criterio de la valoración de las atribuciones colacionables al momento de la apertura de la sucesión ya se estableció en el art. 273.5 CDCC. El art. 518 PCDDC 1955, que remitía a varios artículos del CC español en la materia (art. 1.045 y arts. 1.047 a 1.050), especialmente excepcionaba esta regla por ser la propia del Derecho Romano recibido en Cataluña (C. 6,20,6), distinto al de otras codificaciones, y disponía que «no obstante, el valor de los bienes colacionable será el que tuvieren al fallecer el causante»<sup>(64)</sup>. Con respecto al momento de valoración en la imputación de donaciones, es coherente con el cálculo de la legítima, que se realiza a la apertura de la sucesión y con el devengo de intereses, que las atribuciones imputables se valoren también en aquel momento. En cambio, los bienes de la herencia objeto de la partición se valoran en el momento en que ésta se lleva a cabo en correspondencia con las cuotas hereditarias. Ningún precepto del Capítulo IV, Título VI del Libro IV lo dispone expresamente, pero de la regla del art. 464-8 es lo que debe entenderse, así como del art.

464-13, que relaciona el valor de los bienes en el momento en que se adjudican con la cuota hereditaria.

El valor de las atribuciones a colacionar se calcula, pues, en un momento distinto al de los bienes objeto de partición, como también sucede en la legítima para los bienes con los que se efectúa el pago (art. 451-13). Dicho valor se añadirá idealmente al valor de los bienes a partir y conformará la participación efectiva de los coherederos descendientes del causante en la parte de la herencia que les corresponde. Las diferencias de valor, en positivo o en negativo, incidirán en el resultado al que, para cada coheredero, lleva la colación, en más o en menos. La regla es coherente con la de la imputación a la legítima, y difícilmente se podría establecer otra distinta que fuera operativa, dada la interrelación existente entre ambas instituciones.

### XIV. LA COLACIÓN POR IMPUTACIÓN

El modo en que la colación debe llevarse a cabo en la práctica es objeto de regulación en el apartado 2 del art. 464-20. En Cataluña rige la denominada colación por imputación, en contraposición a la colación *in natura*<sup>(65)</sup>. En la colación se trata sólo de aportar o agregar idealmente al conjunto de bienes a partir entre los coherederos descendientes del causante el valor de las atribuciones colacionables, pero no los propios bienes. El efecto de la colación por imputación es que la masa hereditaria a partir entre los coherederos se habrá incrementado con este valor que se imputará a la parte correspondiente al coheredero beneficiario de las atribuciones, el cual no recibirá bienes correspondientes, dado que ya ha recibido los colacionados. Se trata, pues, de una operación meramente contable<sup>(66)</sup>. Tal y como sucede para la imputación legítima (art. 451-10.1), la colación nunca se concretará en una obligación de restitución del exceso por el coheredero afectado en relación con las cuotas que resultan de la herencia<sup>(67)</sup>. Dicha regla, por supuesto, no excluye las posibles consecuencias en términos de reducción o de supresión de las donaciones por inoficiosa legitimaria (arts. 451-22 y ss.).

En términos prácticos, la operativa de la colación sería como en el siguiente ejemplo: en caso de que el causante haya instituido por partes iguales en su sucesión

al cónyuge en una mitad y a sus cuatro hijos en la otra, la colación sólo operaría en esta segunda. Suponiendo que la herencia tenga un valor de 2.000 y existan donaciones colacionables por importe de 600, la cuota a partir entre los hijos coherederos se habría incrementado hasta un valor de 1.600, de modo que las cuotas iguales de los cuatro hijos tendrían un valor de 400. En función de si han recibido donaciones colacionables, su cuota de 400 deberá o no concretarse en bienes de la herencia por el valor correspondiente. Si uno de los hijos ha recibido una donación de 500, no tendrá derecho a que le sea adjudicado ningún bien de la herencia, pero tampoco deberá restituir el exceso de 100, que habría percibido vía donación en vida. Si otro de los coherederos hubiera recibido una donación de 100, su cuota hereditaria se concretaría en la adjudicación de bienes por valor de 300, mientras que los dos restantes tendrían derecho a un lote cada uno de 400, en relación con los 200 a los que originariamente en virtud del testamento tenían derecho. Dado que es evidente que dichos valores superan en 100 el total de los bienes a partir (1.000-1.100), habrá que reducir dicha cantidad. La ley no prevé nada para este caso, así pues, se podría reducir dicho exceso en proporción a las respectivas cuotas o bien, conforme al modelo del § 2056 BGB, prescindir al mismo tiempo de la colación y de la cuota que corresponde al coheredero donatario.

**La ley contempla la renuncia al efecto positivo que resulta de la colación por parte de los coherederos, que no tendría ningún sentido en la imputación, a la que los demás legitimarios son ajenos**

Una cuestión que ha suscitado alguna duda en el derecho tradicional es la de los frutos de los bienes que son objeto de colación. En la medida en que puede transcurrir un periodo de tiempo largo entre la apertura de la sucesión y la práctica de la partición, se plantea si es necesario colacionar también los frutos de los bienes donados, considerando que la ley prevé la partición proporcional entre los coherederos de los frutos y los rendimientos percibidos de los bienes que componen la herencia (art. 464-9). El derecho vigente no hace referencia a



ello y se limita a imponer la colación por el valor de los bienes a la apertura de la sucesión. La conclusión que puede extraerse de dicho silencio es que las cuotas resultantes de la colación son las que rigen también para frutos y rendimientos entre los coherederos afectados, por lo que los frutos de los bienes a colacionar quedan en beneficio exclusivo de su titular<sup>(68)</sup>.

## XV. DONACIONES DISIMULADAS Y COLACIÓN

Sin donaciones del causante en vida a favor de sus descendientes no existe colación posible. Por este motivo, debe hacerse referencia a los supuestos frecuentes en la práctica donde la donación ha sido disimulada mediante un contrato de compraventa. Por motivaciones varias puede suceder que el causante celebre en apariencia una compraventa con uno de sus hijos, en la que no hay entrega de una cuantía en contraprestación, como medio para conseguir encubrir o disimular una donación. La compraventa no es deseada, no hay precio, y lo que realmente se desea es otorgar una donación pero sin que aparezca externamente y se conozca su existencia. Se trataría de un caso calificado como de simulación relativa, en el que se simula o se finge la celebración de un determinado negocio —la compraventa— cuando se desea otro —la donación—, que es el que se celebra realmente. Si se admite la validez de dicha simulación, entonces deberá declararse que no existe la compraventa pero sí la donación a todos los efectos, entre ellos la computación para el cálculo de la legítima y, eventualmente, su imputación y colación. En cambio, si la simulación no se admite, entonces habrá que declarar nulos ambos negocios, tanto la compraventa como la donación, y reintegrar los bienes donados al patrimonio del causante<sup>(69)</sup>.

Los supuestos de simulación que pueden darse en la práctica son muy variados y pueden responder a motivaciones diversas, que incluyen la simulación absoluta dirigida al fraude de acreedores, pero también las donaciones remuneratorias. A los efectos específicos del tema que nos ocupa, el caso recurrente ha sido el del progenitor que simula la compraventa de un inmueble con un hijo encubriendo una donación, así como a favor del cónyuge, del conviviente o de otras personas de su círculo más cercano. En principio, la simulación relativa

conduce a la calificación correcta y real del negocio y a declarar la inexistencia de la compraventa simulada y la existencia de la donación disimulada, pero presuponiendo el cumplimiento de los requisitos legales para la validez de esta última<sup>(70)</sup>. Nada que decir, pues, para la donación de bienes muebles, pero se plantea ciertamente el cumplimiento del requisito de forma en escritura pública para el otorgamiento de una donación disimulada de un inmueble, tal y como prevé expresamente el art. 531-12<sup>(71)</sup>. En función de la decisión tomada sobre la validez de esta simulación negocial, el resultado puede llegar a ser muy diferente en la sucesión por causa de muerte del donante, tanto en lo relativo a la planificación y distribución de bienes que éste haya podido hacer, asumiendo la existencia de la donación, como con respecto a su auténtica voluntad.

En cuanto a la específica práctica catalana en esta cuestión, antes que nada debe tenerse en cuenta la reducida cuantía de la legítima, su naturaleza de derecho de crédito y la ausencia de participación o de derechos del legitimario sobre los bienes de la herencia. Asimismo, tanto la computación como la imputación y la colación se consideran operaciones meramente contables, en las que no hay aportación en naturaleza de los bienes que se valoran a la apertura de la sucesión, y la regla tradicional de defecto ha sido la de no imputación ni colación de las donaciones realizadas por el causante. De este modo, y a los efectos que nos ocupan aquí, es poco relevante que los bienes se consideren donados o bien propiedad del causante en el momento de la muerte, a resultas de una declaración de nulidad de la donación disimulada<sup>(72)</sup>. La computación de los bienes se producirá de la misma manera<sup>(73)</sup>, no habrá ningún impacto en materia de imputación o colación<sup>(74)</sup>, dado que nada se habrá dicho en la escritura de compraventa, y el legitimario —en la gran mayoría de casos— no tendrá ninguna garantía adicional para su derecho. El principio favorable a la libertad civil en Derecho Catalán proclamado en el art. 111-6 también debe tomarse en consideración, y más aún el de vinculación del heredero a los actos propios del causante<sup>(75)</sup>.

De la jurisprudencia de los tribunales catalanes se pone de manifiesto que si la herencia ha dado lugar a litigio entre herederos y legitimarios, normalmente hermanas, y ha existido simulación negocial

en caso de donaciones, mayoritariamente los tribunales han procedido a declarar la existencia y validez de la donación y a computar su valor para calcular la cuantía de la legítima<sup>(76)</sup>. No exige nada más el sistema sucesorio catalán para mitigar los efectos que la simulación negocial —con una donación que podría escapar de la computación— haya podido tener sobre los derechos de los legitimarios<sup>(77)</sup>. Con toda seguridad los principios que informan el Derecho Catalán y la dinámica propia del sistema sucesorio aconsejan optar por esta solución. Si el progenitor en vida voluntariamente ha decidido dar un inmueble a un hijo, a pesar de la simulación, esta donación hecha en escritura pública de compraventa ante notario debería respetarse y mantenerse, ya que poco añadiría su nulidad en relación con los otros hijos legitimarios, siempre que se considere que era cierta la voluntad del donante y que ésta debe prevalecer.

**Distinto a la renuncia a la colación es el efecto que la repudiación de la herencia tiene sobre la colación, que la impide y la evita por el coheredero repudiante, dado que sólo están sujetos a colación los coherederos que han aceptado la herencia y no los que la han repudiado**

La nulidad de la donación disimulada, en cambio, debería producirse por entender que no se ha cumplido el específico requisito de forma en escritura pública que prescribe el art. 531-12, y que con anterioridad resultaba para el Derecho Catalán de la aplicación del art. 633 del CC español. Ambos preceptos exigen la escritura pública para la validez de una donación de inmuebles, como forma *ad solemnitatem*, si bien el último hace referencia en su segundo apartado a una «escritura de donación», mientras que el art. 531-12 sólo dispone que la donación debe otorgarse en «una escritura pública» e incluso ante la posibilidad de aceptación de la donación mediante una diligencia de adhesión. Sin perjuicio del argumento literal que añade el Derecho Catalán a la exégesis de la norma<sup>(78)</sup>, puede interpretarse estrictamente dicho requisito, exigiendo que la escritura pública sea específica de donación, lo que implica la exclusión radical de la simulación relativa



para las donaciones de inmuebles, o bien entender que lo importante no es tanto la calificación autónoma del documento sino el hecho de que la transmisión del inmueble se haya instrumentado en una escritura pública<sup>(79)</sup>. La cuestión ha dado lugar a un largo debate doctrinal, con opciones contrapuestas, a menudo radicales o maximalistas de principio, por parte de los que niegan la validez de la donación, con motivaciones varias, y a una jurisprudencia oscilante del Tribunal Supremo, pero que parece haber tomado un rumbo rígido excluyente de la validez de la simulación relativa a partir de la sentencia del Pleno de la Sala 1.ª de 11 de enero de 2007 (RJ 1502), y que, a pesar de los votos particulares formulados, se ha mantenido y confirmado en sentencias posteriores del propio TS<sup>(80)</sup>.

**Los coherederos que no son descendientes del causante no participan de los efectos de la colación, aunque de forma refleja los pueda afectar, por el incremento de participación que puede suponer para los llamados, al llevar a cabo la partición y formar los lotes que deben ser adjudicados, o para la división o adjudicación de bienes concretos**

El Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, como tribunal de casación para el Derecho Civil catalán, se había pronunciado a favor de la opción de admitir la validez de la simulación negocial en la donación de inmuebles en escritura pública de compraventa, asumiendo que «este Tribunal Superior se inclina por la solución más flexible y menos formalista»<sup>(81)</sup>. La nueva jurisprudencia del TS, con voluntad excluyente de la simulación, basada en el derecho del CC y que no admite excepciones, plantea su aplicación para el Derecho Catalán, en modificación de la propia doctrina casacional suficientemente reiterada del TSJC y de la aplicación y observancia en apelación que habían hecho de la misma las audiencias catalanas. Así ha sucedido por primera vez en la sentencia del TSJC de 19 de mayo de 2008 (RJ 2010/1615), en la que recogiendo expresamente la última doctrina del TS, extendió que debía privarse al heredero del derecho a la cuarta falcidia por no haber incluido en el inventario realizado al

efecto todos los bienes del causante, en concreto los que habían sido objeto de una donación al propio heredero mediante una compraventa simulada. Por este motivo, la transmisión debía considerarse nula por defecto de forma y entender que los bienes habían sido omitidos para formar parte del caudal relicto, pero todo ello, sorprendentemente, sin que en el momento de hacer el inventario se hubiera declarado judicialmente su nulidad<sup>(82)</sup>.

Tal y como se ha apuntado, y salvo casos excepcionales, nada añade en interés de un legitimario catalán la declaración de nulidad de una donación y la reintegración del bien a la masa hereditaria. En cambio, la actual doctrina rigurosa del TS puede llevar a actuaciones claramente oportunistas en el seno del proceso sucesorio y que pueden contribuir a una revisión de lo realizado libremente y de forma consciente por los progenitores en vida. El caso paradigmático sería el de un progenitor con dos hijos que en vida ha hecho donación de un inmueble a uno de ellos mediante una compraventa simulada. Por este motivo lo ha excluido de la herencia y ha instituido heredero a otro hijo que no ha recibido nada en vida. Sería claramente contrario a la voluntad del causante permitir que el hijo heredero instase la declaración de nulidad de la mencionada donación por defecto de forma, con la consiguiente reintegración del inmueble donado a la masa hereditaria en beneficio exclusivo suyo, salvo la participación que como legítima correspondería a su hermano.

Hay que tener en cuenta que el nuevo criterio jurisprudencial del TS sobre nulidad de donaciones disimuladas por defecto de forma puede aplicarse a todos los casos que deban resolverse en el futuro por los tribunales, con independencia de cuando se hayan otorgado los negocios simulados, por tanto, no sólo a los venideros sino más bien al contrario<sup>(83)</sup>. Con la reforma de la tributación de las donaciones en Cataluña a partir del año 2008, es probable que la problemática sobre estas donaciones disimuladas disminuya en el futuro, pero no en cuanto a los casos que se planteen ante los tribunales en relación con donaciones anteriores para sucesiones abiertas en los años que vendrán<sup>(84)</sup>. La problemática, en aquello que nos ocupa, se limita a las donaciones de inmuebles, pero también puede plantearse su extensión —con efectos socialmente devastadores— a la

transmisión de participaciones sociales en las sociedades de responsabilidad limitada, que deben constar en documento público según el art. 106 del RD Legislativo 1/2010, de 2 de julio, «por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital»<sup>(85)</sup>. En mi opinión, el TSJC, con respecto a los pleitos sucesorios, y especialmente cuando se trata de la computación de una donación para obtener la cuantía de la legítima, debería mantenerse en su reiterada doctrina jurisprudencial referida al Derecho Catalán, y que ha sido aplicada de forma mayoritaria en apelación, que admite la simulación relativa con respecto a las donaciones de inmuebles disimuladas mediante contratos de compraventa<sup>(86)</sup>.

- (1) Ley 10/2008, de 10 de julio, del Libro Cuarto del Código Civil de Cataluña, relativo a las sucesiones (DOGC núm. 5175, de 17 julio de 2008). Para una exposición de conjunto sobre el Libro IV CCCat, Josep FERRER RIBA, «Tradició heretada i innovació en el nou llibre quart del Codi Civil de Catalunya», en ÀREA DE DRET CIVIL - UNIVERSITAT DE GIRONA (COORD.), *El nou dret successor del Codi civil de Catalunya (Materials de les Quinzenes Jornades de Dret Català a Tossa. 25 i 26 de setembre de 2008)*, Ed. Documenta Universitària, Girona, 2009, págs. 15 y ss.; Albert LAMARCA I MARQUES, «El llibre IV del Codi civil de Catalunya, relatiu a les successions», *Activitat Parlamentària* 16/2008, págs. 54 y ss.; véase también sobre el conjunto del Libro IV, Joan EGEA FERNÁNDEZ; Josep FERRER RIBA (DIRS.); Laura ALASCIO CARRASCO (COORD.), *Comentaris al llibre quart del Codi civil de Catalunya, relatiu a les successions*, II vols., Ed. Atelier, Barcelona, 2009; Pedro DEL POZO CARRASCOSA; Antoni VAQUER ALOY; Esteve BOSCH CAPDEVILA, *Derecho Civil de Cataluña. Derecho de sucesiones*, Ed. Marcial Pons, Madrid; Barcelona; Buenos Aires, 2009; Lluís PUIG I FERRIOL; Encarna ROCA I TRIAS, *Institucions del Dret Civil de Catalunya. Volum III. Dret de Successions*, Ed. Tirant lo Blanch, 7.ª ed., Valencia, 2009.
- (2) Ley 40/1991, de 30 de diciembre, del Código de sucesiones por causa de muerte en el Derecho Civil de Cataluña (DOGC núm. 1544, de 21 de enero de 1992). En relación con el CS, el Libro IV del CCCat ha procedido a una reordenación sistemática de la materia regulada, de modo que la colación ha pasado a ubicarse en el Título VI del nuevo texto, al final de todo el Libro, en lugar de en el Título I donde se integraba en el CS, y de forma subsiguiente a la partición, mientras que en el CS la precedía. Según el Preámbulo de la Ley 10/2008, «esta reordenación sistemática, que tiene un precedente en el Proyecto de compilación del 1955, se ajusta



- al orden temporal de las fases en las que se desarrolla el fenómeno sucesorio.
- (3) Así se reconoce en el Preámbulo de la Ley 10/2008: «La naturaleza de la operación de colación, así como la definición de los supuestos en que es procedente y de sus efectos, se mantiene inalterada respecto del derecho anterior, si bien, lógicamente se ve afectada por las modificaciones introducidas en el régimen de imputación legitimaria».
- (4) Cfr. Lluís ROCA-SASTRE MUNCUNILL, *Derecho de Sucesiones, Tomo II*, Ed. Bosch, Barcelona, 1991, pág. 45. La materia relativa a la imputación de donaciones a la legítima, esencial para el estudio de la colación, fue magistralmente tratada por nuestro homenajeado en un trabajo publicado en el año 1975: Josep M. PUIG SALELLAS, «Sobre preterición no errónea y desheredación injusta (Sentencia de 30 de enero de 1973)», *Revista Jurídica de Catalunya*, 1975, págs. 119 y ss.
- (5) A los cambios en el derecho civil debe añadirse la importante modificación de la tributación de las donaciones en Cataluña desde el año 2008, que ha tenido un fuerte impacto en la práctica, alterando lo que venía siendo habitual y razonable. La incentivación de las donaciones, por razón de las ventajas en relación con otros tributos, tendrá consecuencias graves en el ámbito que nos ocupa en forma de pleitos entre hermanos en el futuro. Según la memoria del Impuesto de Donaciones del ejercicio 2009, publicada por la Dirección General de Tributos de la Generalitat de Catalunya ([www.e-tributs.cat](http://www.e-tributs.cat)), el año 2009 hubo 18.653 donaciones, por un importe total de 2.087 millones de euros, equivalente al 1% del PIB catalán. Un 84% de estas donaciones lo fueron a favor de cónyuges o parientes en línea directa. El año 2008 las donaciones fueron 16.063 por un importe total de 1.721 millones de euros. En el mismo ejercicio 2009 las sucesiones en Cataluña presentadas a liquidar por el Impuesto de Sucesiones lo fueron por un importe de 6.384 millones de euros, en un total de 36.539 herencias (para más de 60.000 defunciones). Los valores consignados suelen serlo según criterios fiscales, distintos del precio real de mercado.
- (6) Cfr. Lluís ROCA-SASTRE MUNCUNILL, *Derecho de Sucesiones, Tomo II*, Ed. Bosch, Barcelona, 1991, pág. 45.
- (7) Sobre la computación en Derecho Catalán, sigue siendo de referencia el trabajo de Lluís PUIG I FERRIOL, «Cómputo de la legítima», en *Revista Jurídica de Catalunya*, 1971, págs. 475 y ss.; más recientemente *id.*, «Cuestiones sobre computación legitimaria en el Código de Sucesiones por causa de muerte en el Derecho Civil de Catalunya», en J. M. GONZÁLEZ PORRAS; F. P. MÉNDEZ GONZÁLEZ (coords.), *Libro Homenaje al Profesor Manuel Albaladejo García. Tomo II*, Ed. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España - Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, Madrid; Murcia, 2004, págs. 3.987 y ss.; también, ROCA-SASTRE MUNCUNILL, *Derecho de Sucesiones. Tomo II*, cit., págs. 43 y ss.; Albert LAMARCA I MARQUÉS, «Relacions familiars i atribucions successòries legals. Llegítima i quarta vidual al Llibre IV del Codi Civil de Catalunya», en ÀREA DE DRET CIVIL - UNIVERSITAT DE GIRONA (coord.), *El nou dret successori del Codi civil de Catalunya (Materials de les Quinzenes Jornades de Dret Català a Tossa. 25 i 26 de setembre de 2008)*, Ed. Documenta Universitària, Girona, 2009, págs. 263 y ss., pág. 273; Encarna ROCA TRIAS, «Comentari als arts. 451-1 a 451-6», en EGEA FERNÁNDEZ; FERRER RIBA, *Comentaris al llibre quart del Codi civil de Catalunya. II*, cit., págs. 1.315 y ss.
- (8) Cfr. Encarna ROCA TRIAS, *Natura i contingut de la llegítima en el Dret Civil Català*, Ed. Càtedra Duran i Bas, Barcelona, 1975, págs. 174 y ss.; *id.*, «Comentario a los arts. 122 a 146», en Manuel ALBALADEJO, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales. Tomo XXVIII. Vol. 2. Artículos 122 a 161. Compilación de Cataluña*, Ed. Edersa, Madrid, 1982, págs. 1 a 275, pág. 120; véase también sobre imputación legitimaria, PUIG SALELLAS, *Sobre preterición no errónea y desheredación injusta*, cit., págs. 138 y ss.; PUIG I FERRIOL, *Cómputo de la legítima*, cit., pág. 528; Joan Manuel ABRIL CAMPOY, «Determinación de la legítima. La protección del título de legitimario y de su contenido económico», en *La Llei de Catalunya i Balears*, 1991/2, págs. 742 y ss.; Lluís JOU I MIRABENT, «Comentario a los arts. 350 a 378», en *id.* (coord.), *Comentarios al Código de Sucesiones de Cataluña. Ley 40/1991, de 30 de diciembre. Tomo II*, Ed. Bosch, Barcelona, 1994, págs. 1.190 y ss., pág. 1.216; LAMARCA I MARQUÉS, *Relacions familiars i atribucions successòries legals*, cit., pág. 286; *id.*, «Comentari als arts. 451-7 a 451-16», en EGEA FERNÁNDEZ; FERRER RIBA, *Comentaris al llibre quart del Codi civil de Catalunya. II*, cit., págs. 1.335 y ss.
- (9) En materia de colación en nuestro derecho, Carlos J. MALQUER DE MOTES, «Comentari als arts. 273 i 274», en Manuel ALBALADEJO, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales. Tomo XXIX. Vol. 3.º. Artículos 248 a 276. Compilación de Cataluña*, Ed. Edersa, Madrid, 1986, págs. 498 y ss.; José Luis MEZQUITA DEL CACHO, «Comentario a los arts. 43 y 44», en Lluís JOU I MIRABENT (coord.), *Comentarios al Código de Sucesiones de Cataluña. Ley 40/1991, de 30 de diciembre. Tomo I*, Ed. Bosch, Barcelona, 1994, págs. 154 y ss.; Agustí M. BASSOLS I PARÉS, *La col·lació en el dret civil de Catalunya*, Ed. Generalitat de Catalunya, Barcelona, 1997; Martín GARRIDO MELERO, *Derecho de Sucesiones. Un estudio de los problemas sucesorios a través del Código Civil y del Código de Sucesiones por causa de muerte en Cataluña. Tomo II. La ejecución sucesoria*, Ed. Marcial Pons, 2.ª ed., Barcelona; Madrid, 2009, págs. 821 y ss.; Lluís PUIG I FERRIOL; Encarna ROCA I TRIAS, *Institucions del Dret Civil de Catalunya. Volum III. Dret de Successions*, Ed. Tirant lo Blanch, 7.ª ed., Valencia, 2009, pág. 659; Isabel VIOLA DEMESTRE, «La col·lació al Llibre quart del Codi civil de Catalunya (breus notes i aproximació crítica als articles 464-17 a 464-20)», en ÀREA DE DRET CIVIL - UNIVERSITAT DE GIRONA (coord.), *El nou dret successori del Codi civil de Catalunya (Materials de les Quinzenes Jornades de Dret Català a Tossa. 25 i 26 de setembre de 2008)*, Ed. Documenta Universitària, Girona, 2009, págs. 601 y ss.; Albert LAMARCA I MARQUÉS, «Comentari als arts. 464-17 a 464-20», en EGEA FERNÁNDEZ; FERRER RIBA, *Comentaris al llibre quart del Codi civil de Catalunya. II*, cit., págs. 1.655 y ss.; DEL POZO CARRASCOSA; VAQUER ALOY; BOSCH CAPDEVILA, *Derecho Civil de Cataluña. Derecho de sucesiones*, cit., págs. 591 y ss.
- (10) Cfr. MEZQUITA DEL CACHO, *Comentario a los arts. 43 y 44*, cit., pág. 162.
- (11) Así, en el caso resuelto por la sentencia de la AP de Barcelona de 27.11.2006 (JUR 2007/194672), en la que se distingue claramente entre computación y colación, igualmente en la sentencia de la AP de Girona de 12.7.2004 (AC 1614) y en las de la AP de Barcelona de 26.11.2009 (JUR 2010/43635) y de 29.10.2009 (JUR 2010/45809).
- (12) Sobre la diacronía del instituto, por todos, Pasquale VOCI, *Diritto ereditario romano. I. Introduzione. Parte generale*, Ed. Guiffre, 2.ª ed., Milán, 1967, pág. 756; también, Felipe CLEMENTE DE DIEGO; José M. NAVARRO DE PALENCIA, «Fuentes legales de la colación en Derecho catalán común», *Revista de Derecho Privado*, 1914, págs. 283 y ss., pág. 286; BASSOLS I PARÉS, *La col·lació en el dret civil de Catalunya*, cit., pág. 21.
- (13) El texto de la Constitución de 1547 es el siguiente: «Així mateix, per quant lo Rey en Pere, en lo Any M.CCC.XXXXIII. a supplicatio dels Consellers de Barcelona atorgà una Pragmàtica, que los Néts prengan en compte de Legítima de lurs Avis, lo que hauran dat a lurs Pares, o Mares: e perquè convé que dita Pragmàtica sie observada en lo Principat de Cathalunya, y Comtats de Rosselló, y Cerdanya, perquè statuium, e ordenam, que la dita Pragmàtica sie haguda per Constitutió, y sie de ací avant Generalment observada en lo Principat de Cathalunya, y Comtats de Rosselló, y Cerdanya, sense perjudici dels plets pendants».
- (14) El texto en latín de la Pragmática de 1343 es el siguiente: «Considerantes qualiter pro parte Consiliariorum, & Proborum Hominum Universitatis Civitatis Barchinonae fuit noviter propositum coram nobis, quod in Civitate ipsa a modico tempore citra accidit, quod quidam Nepotes, sive Nets, mortuo eorum Patre, vel Matre, & subsequenter mortuo Avo, seu Avia eorundem, petunt legitimam, aut supplementum ejus in bonis dicti Avii, seu Aviae, allegando quod donationes propter nuptias datas patri, vel dotem Matri donatam in computum

LA NOTARIA |  | 1/2011



- (38) Así en las sentencias del TSJC de 24.4.2003 (RJ 5394), 31.3.1999 (RJ 2000/4122), 23.11.1998 (RJ 1999/1340), 21.3.1991 (RJ 1992/3902) y de la AP de Barcelona de 23.11.2006 (JUR 2007/194814).
- (39) Sobre este pacto en el nuevo Libro IV, Paloma de BARRÓN ARNICHES, «Comentari als arts. 451-25 a 451-27», en EGEA FERNÁNDEZ; FERRER RIBA, *Comentaris al llibre quart del Codi civil de Catalunya. II*, cit., págs. 1.432 y ss.; en el Código de Sucesiones, JOU I MIRABENT, «Comentari als arts. 350 a 378», cit., pág. 1.268; Paloma de BARRÓN ARNICHES, «El pacto de renuncia a la legítima futura en el Derecho civil de Cataluña», *Revista Jurídica de Catalunya*, 1993, págs. 325 y ss.; en el marco del derecho tradicional y bajo la Compilación, Ferran BADOSA COLL, «Comentari a los arts. 26 a 37», en Manuel ALBALADEJO, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales. Tomo XXVII. Vol. 1.º. Artículos 1 a 51. Compilación de Cataluña*, Ed. Edersa, Madrid, 1981, págs. 484 y ss., pág. 495; ROCA TRIAS, *Comentario a los arts. 122 a 146*, cit., pág. 247; Pablo SALVADOR CODERCH, «Comentario al Título IV. De la sucesión intestada», en Manuel ALBALADEJO, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales. Tomo XXIX. Vol. 3.º. Artículos 248 a 276. Compilación de Cataluña*, Ed. Edersa, Madrid, 1986, págs. 1 y ss., pág. 16.
- (40) Sobre la cuestión, con los antecedentes de la tradición jurídica, ROCA TRIAS, *Comentario a los arts. 122 a 146*, cit., págs. 112 y ss.
- (41) A pesar de los problemas de computación a los que ello pueda dar lugar en la práctica, cfr. sentencia del TSJC de 6.3.2008 (JUR 284859).
- (42) Así lo reconoce, a pesar de la valoración favorable de la norma, FERRER RIBA, *Tradició heretada i innovació en el nou llibre quart del Codi civil de Catalunya*, cit., pág. 25.
- (43) Sobre las cuestiones de derecho transitorio en el derecho de sucesiones catalán, Ferran BADOSA COLL, «Comentari a les disposicions transitòries», en EGEA FERNÁNDEZ; FERRER RIBA, *Comentaris al llibre quart del Codi civil de Catalunya. II*, cit., págs. 1.684 y ss.
- (44) Hay que tener en cuenta, asimismo, que a este estado de cosas debe añadirse la Ley 19/2010, de 7 de junio, de Regulación del Impuesto de Sucesiones y Donaciones, con la introducción, en los arts. 47 y ss., de una «Reducción por la donación de dinero para constituir o adquirir una empresa individual o un negocio profesional o por adquirir participaciones en entidades.» a favor de descendientes que no tengan más de cuarenta años, así como en los arts. 54 y ss., de una «Reducción por la donación de una vivienda que debe constituir la primera vivienda habitual o por la donación de dinero destinado a la adquisición de dicha primera vivienda habitual.» a favor de descendientes que no tengan más de treinta y seis años. En ambos casos parece que exista un cierto paralelismo con los nuevos supuestos de

- donaciones imputables y, por tanto, colacionables de la letra a) de l'art. 451-8.2.
- (45) Se pronuncia favorable al cambio de criterio, GARRIDO MELERO, *Derecho de Sucesiones*, cit., pág. 826.
- (46) CÁNDEZ, *Variae resolutiones*, cit., parte I, cap. II, núm. 7 y 8. En estos términos, y aunque se pueda entender que la imputación por defecto amplía indirectamente el ámbito de libertad de testar, tal y como afirma FERRER RIBA, *Tradició heretada i innovació en el nou llibre quart del Codi civil de Catalunya*, cit., pág. 24, ello supone incidir en contra de la naturaleza y el sentido de las donaciones, las cuales quedan distorsionadas y se entienden éstas como una mera anticipación de la herencia y no como un acto de liberalidad entre vivos que son las donaciones.
- (47) PELLA FORGAS, *Código civil de Cataluña*, cit., pág. 113, quien explica cómo las *simplices donationes* consisten en «un mero acto de liberalidad del padre por sólo su preferencia o afecto al hijo».
- (48) CLEMENTE DE DIEGO; NAVARRO DE PALENCIA, *Fuentes legales de la colación en Derecho catalán común*, cit., pág. 296.
- (49) Cfr. sentencias del TSJC de 30.5.2007 (RJ 4857), de la AP de Barcelona de 31.10.2006 (JUR 2007/227564), aunque si no consta de ninguna manera no podrá ser colacionable, sentencia de la AP de Barcelona de 15.3.2005 (JUR 115759) y de la AP de Girona de 12.7.2004 (AC 1614).
- (50) GARRIDO MELERO, *Derecho de Sucesiones*, cit., pág. 878.
- (51) Así también, VIOLA DEMESTRE, *La col·lació al llibre quart del Codi civil de Catalunya*, cit., pág. 610.
- (52) PUIG I FERRIOL, *Institucions del Dret Civil de Catalunya*, cit., pág. 668.
- (53) La renuncia a la colación del coheredero plantea la posibilidad de su ejercicio en vía subrogatoria por los acreedores afectados, PUIG I FERRIOL, *Institucions del Dret Civil de Catalunya*, cit., pág. 662.
- (54) MALQUER DE MOTES, *Comentario a los arts. 273 y 274*, cit., pág. 502.
- (55) Cfr. PUIG SALELLAS, *Sobre preterición no errónea y desheredación injusta*, cit., pág. 140.
- (56) JOSÉ LUIS VALLE MUÑOZ, «Comunidad hereditaria y partición», en ÀREA DE DRET CIVIL - UNIVERSITAT DE GIRONA (coord.), *El nou dret successori del Codi Civil de Catalunya (Materials de les Quinzenes Jornades de Dret Català a Tossa. 25 i 26 de setembre de 2008)*, Ed. Documenta Universitària, Girona, 2009, págs. 325 y ss., pág. 341.
- (57) PUIG I FERRIOL, *Institucions del Dret Civil de Catalunya*, cit., pág. 660.
- (58) PUIG I FERRIOL, *Institucions del Dret Civil de Catalunya*, cit., pág. 661; JOSÉ GASSIOT MAGRET, *Comentarios a la Compilación del Derecho Civil Especial de Cataluña*, Ed. Bosch, Barcelona, 1962, pág. 307.
- (59) Si se trata de un heredero en cosa cierta o de un heredero en usufructo, la colación

- sólo le beneficiará u obligará en caso de que llegue a ser considerado heredero y no mero legatario (arts. 426-3 y 5), cfr. PUIG I FERRIOL, *Institucions del Dret Civil de Catalunya*, cit., pág. 662.
- (60) DEL POZO CARRASCOSA; VAQUER ALOY; BOSCH CAPDEVILA, *Derecho Civil de Cataluña. Derecho de sucesiones*, cit., pág. 596.
- (61) De incidente en la partición la califica la sentencia del TSJC de 10.7.2000 (RJ 2001/8166): «la colación hereditaria, según el art. 273 del texto compilado catalán, no es otra cosa que un incidente que se puede presentar en el proceso de partición de la herencia, en el supuesto de que concurren una pluralidad de descendientes coherederos en la sucesión.»
- (62) Sobre el tema, Joan Manuel ABRIL CAMPOY, «La valoración de los bienes y derechos del relicto y la aplicación del principio nominalista al pago en dinero de la legítima», en *La Llei de Catalunya i Balears*, 1995/1, págs. 825 y ss. La valoración de los bienes se realizará conforme al principio de valor real o de mercado, sobre el cual existe una consolidada jurisprudencia en materia de legítima; con respecto a la de casación, entre otras, las sentencias del TSJC de 6.3.2008 (JUR 284859) y 16.12.1993 RJ 10200; para una relación más extensa de jurisprudencia sobre la cuestión, LAMARCA I MARQUÉS, *Relacions familiars i atribucions successòries legals*, cit., pág. 275 núm. 25.
- (63) Cfr. Ramon FAUS ESTEVE; Francisco de A. CONDOMINES VALLS, *Derecho civil especial de Catalunya. Ley de 21 de julio de 1960 anotada*, Ed. Bosch, Barcelona, 1960, pág. 314; GASSIOT MAGRET, *Comentarios a la Compilación del Derecho Civil Especial de Cataluña*, cit., pág. 308.
- (64) Cfr. Carles E. FLORENSA TOMÁS, «El régimen sucesorio de la Comunidad Autónoma de Cataluña», en Juan Luis GIMENO Y GÓMEZ-LAFUENTE; Enrique RAJOY BREY (coords.), *Regímenes económico-matrimoniales y sucesiones. Derecho común, foral y especial. Tom II*, Ed. Civitas, Madrid, 2008, págs. 1.025 y ss., pág. 1.168; DEL POZO CARRASCOSA; VAQUER ALOY; BOSCH CAPDEVILA, *Derecho Civil de Cataluña. Derecho de sucesiones*, cit., pág. 591.
- (65) Así, Anna CASANOVAS MUSSONS, «La comunitat hereditària. La partició i la col·lació», en Ferran BADOSA COLL (dir.), *Manual de Dret civil Català*, Ed. Marcial Pons, Barcelona; Madrid, 2003, pág. 648, y de forma similar a lo que PUIG FERRIOL, *Cuestiones sobre computación legitimaria en el Código de Sucesiones*, cit., pág. 3.989, afirma para la computación, entendida como «una agregación ideal o contable de determinadas liberalidades hechas en vida por el causante de la sucesión a los bienes y derechos que integran su patrimonio en el momento de la muerte».
- (66) BROCA I MONTAGUT, *Historia del Derecho de Cataluña*, cit., pág. 691.



- (67) PUIG I FERRIOL, *Institucions del Dret Civil de Catalunya*, cit., pág. 666; BASSOLS I PARÉS, *La col·lació en el dret civil de Catalunya*, cit., pág. 269.
- (68) Se ocupó de la simulación en Derecho Catalán, Antoni M. BORRELL I SOLER, *Derecho civil vigente en Cataluña. I. Preliminares*, Ed. Bosch, 2.ª ed., Barcelona, 1944, págs. 141 y ss.; sobre la simulación negocial ha tenido gran influencia la exposición de Federico DE CASTRO Y BRAVO, *El negocio jurídico*, Ed. Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1971, págs. 334 y ss.; para una exposición crítica reciente, Pablo SALVADOR CODERCH, «Simulación negocial, deberes de veracidad y autonomía privada», en Pablo SALVADOR CODERCH; Jesús María SILVA SÁNCHEZ, *Simulación y deberes de veracidad. Derecho civil y derecho penal: dos estudios de dogmática jurídica*, Ed. Civitas, Madrid, 1999, págs. 14 y ss.
- (69) Paradigmático de esta doctrina es el art. 1414 del Código Civil italiano: «Art. 1414. *Effetti della simulazione tra le parti*. Il contratto simulato non produce effetto tra le parti. Se le parti hanno voluto concludere un contratto diverso da quello apparente, ha effetto tra esse il contratto dissimulato, purché ne sussistano i requisiti di sostanza e di forma. Le precedenti disposizioni si applicano anche agli atti unilaterali destinati a una persona determinata, che siano simulati per accordo tra il dichiarante e il destinatario.»
- (70) Cfr. Antoni VAQUER ALOY, «Comentario a los arts. 531-7 a 531-15», en Antonio GINER GARGALLO (dir.), *Derechos reales. Comentarios al libro V del Código civil de Cataluña. Tomo I. Arts. 511-1 a 552-12*, Ed. Bosch; Decanato Autonómico de los Registradores de Cataluña, Barcelona, 2008, págs. 275 y ss., pág. 302.
- (71) Así en la SAP de Barcelona de 1.4.2004 (JUR 154268): «Buena muestra, en definitiva, de la contundencia de los argumentos que sirven para proclamar la simulación absoluta de aquella venta es que el apelante dice ahora que en realidad se trataría de una donación y que, por tanto, sólo nos hallaríamos ante una simulación relativa. Admitiendo a título estrictamente hipotético esta nueva tesis, lo cierto es que no produce ninguna consecuencia favorable a la heredera demandada, toda vez que los bienes donados por el causante también deben incluirse en la determinación del cálculo de la legítima (art. 355.2 CS); y en la SAP de Barcelona de 12.4.2005 (JUR 123530): «Llegados a este punto, la disyuntiva que se plantea es si mantener el negocio real de donación que se esconde bajo el manto simulatorio de la compraventa o destruir toda apariencia contractual, dejando la situación al estado anterior al negocio, de forma que el bien vuelva a reintegrar el haber hereditario de la causante, como se hace en la sentencia de primera instancia. Obtenida la protección de la actora legiti-

maria por la calificación del negocio como donación, nos inclinamos por la primera solución. Como dijimos en la sentencia de 5 de marzo de 2004, recaída en un caso similar, la protección de los legitimarios ya está prevista en la ley cuando dice que se traerán al cómputo de la legítima los bienes que el causante hubiera donado, con el valor que tenían a la fecha de la muerte del causante —artículo 355.2 CS—, dándose acción a los legitimarios para percibir lo que les corresponda —artículo 373—».

- (72) Ahora bien, para el caso de que la donación sea anterior a los diez años del fallecimiento del causante (art. 451-5.b), entonces sí puede tener mucha importancia, porque si es válida no debería computarse como donación, mientras que si se declara nula, el bien debería reintegrarse a la masa hereditaria, cfr. Miriam ANDERSON, «Conseqüències successòries de la nul·litat de donacions dissimulades sota escriptura de compravenda», en *Indret* 4/2009, pág. 13.
- (73) Salvo los nuevos supuestos de imputación —y colación— por defecto del art. 451-8.2.a).
- (74) Sobre cuestiones de forma y actos propios, aunque referidas a acciones de filiación, son de interés las sentencias del TSJC de 22.12.2008 (JUR 2009/295671) y 27.9.2007 (RJ 8520), en la primera de las cuales se afirmó que: «En Derecho Civil de Cataluña, que debe ser interpretado conforme a su tradición jurídica (art. 111-2.1 de la Ley primera del CC de Cataluña) todavía es más acentuado el criterio espiritualista por la doble influencia del Derecho Romano y canónico, que estaban inspirados en la libertad de forma de los actos o negocios jurídicos.»
- (75) Cfr. STSJC de 3.4.2000 (RJ 7441), 18.6.1998 (RJ 10057), 29.9.1997 (RJ 6763), 29.7.1996 (RJ 6814), 10.4.1995 (RJ 7988), 3.9.1994 (RJ 1977), 21.3.1994 (RJ 10648), 16.12.1993 (RJ 10200), 30.12.1992 (RJ 1993/2245), 21.3.1991 (RJ 1992/3902); sentencias de la AP de Barcelona de 2.3.2010 (JUR 166024), 1.10.2009 (JUR 491072), 3.4.2009 (JUR 394850), 30.7.2007 (JUR 2008/34874), 3.2.2006 (JUR 113612), 26.10.2005 (JUR 2006/32748), 10.6.2005 (JUR 181391), 12.4.2005 (123530), 1.4.2004 (JUR 154268), de la AP de Girona de 31.7.2009 (JUR 463851), 14.7.2008 (JUR 2009/43376), 8.9.2005 (JUR 2006/51662), 17.2.2003 (AC 329), 20.1.2003 (AC 17), de la AP de Lleida de 14.7.2008 (JUR 321200), 13.2.2008 (JUR 136810) y de la AP de Tarragona de 3.6.2004 (JUR 209010), para más referencias jurisprudenciales, LAMARCA I MARQUÉS, *Relacions familiars i atribucions successòries legals*, cit., pág. 277.
- (76) Cfr. STSJC de 3.9.1994 (RJ 1977): «No se trata de hacer declaración alguna de rescisión o nulidad por simulación, ni menos todavía con alcance de cosa juzgada para terceros, sino simplemente de determi-

nar qué caudales, bienes y derechos integran realmente la herencia a fin de ser computados para la determinación de la legítima y con efectos exclusivos para el proceso de que se trata.»

- (77) A la que recurre expresamente el TS en la sentencia de 11.1.2007 (RJ 1502): «El art. 633 CC, cuando hace forma sustancial de la donación de inmuebles la escritura pública no se refiere a cualquier escritura, sino a una específica en la que deben expresarse aquellos consentimientos, y ello es totalmente diferente de que se extraigan de los restos de una nulidad de la escritura de compraventa como resultado de una valoración de la prueba efectuada por el órgano judicial. En consecuencia, una escritura pública de compraventa totalmente simulada no cumple los requisitos del art. 633, pues el negocio disimulado de donación que se descubra no reúne para su validez y eficacia aquéllos.»
- (78) Así, de forma bastante razonable, Juan VALLET DE GORTISOLÓ, «Las donaciones de bienes inmuebles disimuladas según la Jurisprudencia del Tribunal Supremo», en *Anuario de Derecho Civil*, 1972, págs. 669 y ss., pág. 713, argumentaba a favor de la validez de la donaciones disimuladas en el sentido que «la forma de la donación no es, pues, la forma de un contrato típico, sino la forma traditoria que en ella es necesaria formalmente para consumar el acto de liberalidad, y sin la cual no pasa de ser un simple proyecto. El requisito formal no se refiere al *animus donandi* y al *accipiendi* ni a la causa liberal, sino a la realidad de la transmisión».
- (79) Cfr., a pesar de que resuelven supuestos bastante diferentes, STS 18.1.2010 (RJ 1274), 27.5.2009 (RJ 3045), 4.5.2009 (RJ 2905), 5.5.2008 (RJ 4130), 18.3.2008 (RJ 3054), 20.11.2007 (RJ 8118), 10.9.2007 (RJ 4980), 20.6.2007 (RJ 5574) y 26.2.2007 (RJ 1769). Sobre la cuestión ha tenido una gran influencia la posición negadora de la validez de la donación simulada de Federico DE CASTRO, «La simulación y el requisito de la donación de cosa inmueble», en *Anuario de Derecho Civil*, 1953, págs. 1003 y ss.; id., *El negocio jurídico*, cit., pág. 353; a raíz de esta jurisprudencia reciente del TS, entre otras, y con la crónica jurisprudencial y referencias a la doctrina precedente, María Ángeles PARRA LUCÁN, «Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de enero de 2007 (RJ 2007, 1502)», en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil* 75/2007, págs. 1293 y ss.; María José SANTOS MORÓN, «De nuevo sobre la Jurisprudencia en materia de donaciones disimuladas. El retorno a la "tesis clásica" en la STS de 11 de enero de 2007 (JUR 2007, 73800)», en *Revista de Derecho Patrimonial* 19/2007, págs. 173 y ss.; Miriam ANDERSON, «Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 26 de febrero de 2007 (RJ 2007, 1769)», en *Cuadernos Civitas de*



*Jurisprudencia Civil* 76/2008, págs. 65 y ss.; Ángel CARRASCO PERERA, «El retorno del problema de la forma de la donación disimulada», en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 755/2008; Carlos J. MALUQUER DE MOTES BERNET, «Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de enero de 2007. Exigencias formales en la donación disimulada», en Mariano YZQUIERDO TOLSADA, *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina (Civil y Mercantil)*. Vol. 1.º (2005-2007), Ed. Dykinson, Madrid, 2008, págs. 223 y ss.; Ramón DURÁN RIVACOBIA, *Donaciones encubiertas*, Ed. Col·legi de Notaris de Catalunya, Bosch, Barcelona, 2009; Jacinto GIL RODRÍGUEZ, «Sentencia de 27 de mayo de 2009: Donación encubierta. Nulidad por simulación de la compraventa de la nuda propiedad y del usufructo vitalicio. Nulidad por falta de forma de las donaciones disimuladas. La escritura de compraventa no sirve como forma ad solemnitatem requerida para la donación», en Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil 84/2010, págs. 1263 y ss.; véase también, Manuel ALBALADEJO GARCÍA; Silvia DÍAZ ALABART, *La donación*, Ed. Centro de Estudios Registrales, Madrid, 2006, págs. 237 y ss.

(80) Cfr. STSJ de 6.2.1995 (RJ 4463) y las sentencias de 28.10.2004 (RJ 7462), 22.5.2003 (RJ 5396), 6.3.1997 (RJ 2129), 15.12.1994 (RJ 1995/489) y 16.7.1992 (RJ 10278), además de las mencionadas en la nota 75. En este ámbito, el Derecho Catalán plantea problemáticas específicas derivadas de la vigencia del régimen de separación de bienes como régimen legal, lo que puede dar lugar a transmisiones de bienes entre los cónyuges que en otros regímenes son menos habituales o necesarias.

(81) El TSJC reconoce que «la Sala Primera del Tribunal Supremo en pleno —competente para fijar la doctrina relativa al art. 1276 del CC— ha establecido últimamente doctrina legal en relación con este punto, tan largamente discutido tanto por la doctrina como por la propia jurisprudencia», admitiendo el TSJC, en modificación sin más fundamento de su propia doctrina, que «una compraventa simulada no podría convertirse en una donación válida porque faltarían los requisitos legales exigidos en el art. 633 del Código Civil»; sobre este caso y las consecuencias de orden sucesorio de la mencionada doctrina, ANDERSON, *Conseqüències successòries de la nul·litat de donacions dissimulades sota escriptura de compravenda*, cit., pág. 12.

(82) Así lo ponía de relieve de forma crítica el magistrado Jesús Corbal Fernández —ponente de las capitales STSJ mencionadas de 6.2.1995 (RJ 4463) y 3.9.1994 (RJ 1977)— en su voto particular en la STS de 11.1.2007 (RJ 1502), señalando que «el cambio va a producir una importante afectación social, porque puede dar lugar a la inestabilidad de situaciones jurídicas

creadas al amparo de nuestra jurisprudencia»; sobre esta cuestión, ANDERSON, *Comentari a la sentència del Tribunal Suprem de 26 de febrer de 2007*, cit., pág. 81.

(83) En Cataluña, los tipos impositivos para donaciones entre padres e hijos iban del 7,42% al 32,98%, en función del valor del bien donado, con posibilidad de revisión al alza, mediante unos coeficientes multiplicadores, en función del patrimonio preexistente del donatario. A partir del 1 de enero de 2008, con la Ley 17/2007, de 21 de diciembre, de Medidas Fiscales y Financieras, los tipos pasaron a ser del 5%, 7% y 9%, en función del valor del bien donado, pero siempre que la donación se formalizara en escritura pública. Dichos tipos se han mantenido —con importantes reducciones en supuestos singulares— por la Ley 19/2010, de 7 de junio, de Regulación del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones. Hay que tener en cuenta, asimismo, las obligaciones formales derivadas de la normativa sobre fraude fiscal, como es la Ley 36/2006, de 29 de noviembre, de Medidas para la Prevención del Fraude Fiscal, que limitan las posibilidades de la simulación relativa en el caso de la transmisión de inmuebles.

(84) Así lo ha afirmado ya el TS en sentencia de 3.2.2010 (RJ 421) de una forma bastante discutible, dado que no parecen predicables de la simulación relativa en las transmisiones de participaciones sociales los mismos fundamentos jurídicos que justifican su nulidad en el caso de donación de inmuebles, no obstante, el TS es categórico y afirma: «El artículo 26.1 de la Ley reguladora de las Sociedades de Responsabilidad Limitada de 23 de marzo de 1995 exige que la transmisión de las participaciones sociales conste en documento público, formalidad que se ha cumplido en el caso presente si bien mediante la expresión de una causa falsa del contrato aparentando la celebración de un negocio de compraventa, sin que conste en tal documento la aceptación del donatario como exige el artículo 632 del Código Civil. En tal caso, resulta de aplicación la doctrina sentada por el Pleno de esta Sala en sentencia de 11 enero 2007, seguida por las posteriores de 20 junio, de 10 septiembre, de 18 marzo, de 5 mayo, de 4 mayo y de 27 mayo. Se dice en dicha sentencia [...]. Aun cuando dicha sentencia, como las posteriores que se han citado, se refieren a supuestos de donación encubierta de bienes inmuebles —cuyos requisitos de forma se contienen en el artículo 633 del Código Civil— la doctrina ha de ser extendida necesariamente a supuestos como el presente en que se exige el otorgamiento de un documento público debiendo constar también por escrito la aceptación del donatario —artículo 632 del Código

Civil— sin que dicha aceptación pueda ser suplida por la suscripción de un contrato de compraventa simulado». Con la doctrina de esta sentencia, las actuaciones oportunistas tendentes a declarar la nulidad de las donaciones disimuladas de participaciones sociales, a los efectos de reintegración de los bienes en la masa hereditaria en interés propio tal y como se ha expuesto, pueden multiplicarse en los próximos tiempos en este ámbito. Ahora bien, parece que el TS ha rectificado esta jurisprudencia en la reciente Sentencia de 17.4.2011 (JUR 184069), en que entiende que es válida la donación disimulada de participaciones sociales en escritura pública de compraventa simulada, puesto que el requisito legal de forma no lo es «ad solemnitatem» y «cabe, como se expuso, que la donación de bien mueble se perfeccione de palabra, con entrega simultánea de la cosa», ya que «las participaciones sociales no tienen el carácter de valores ni están representadas por medio de títulos o de anotaciones en cuenta —artículos 5, apartado 2, de la Ley 2/1995, y 92, apartado 2, de Real Decreto Legislativo 1/2010—, razón por la que su transmisión tiene lugar según el régimen común de la de los créditos y demás derechos incorpóreos —artículo 1526 del Código Civil—, como expresamente se establece para las acciones representativas del capital de las sociedades anónimas antes de que se hayan impreso y entregado los títulos —artículos 56, apartado 1, del Real Decreto Legislativo 1.564/1.989, de 22 de diciembre, y 120, apartado 1, del Real Decreto Legislativo 1/2010—. La entrega de bienes de tal clase, necesaria para que quepa entender cumplida la forma real propia de la donación manual, ofrece particularidades tratándose de bienes sin expresión material. Pero no puede haber inconveniente en entenderla probada cuando el donante, o quien lo hiciera por él, dejara de poseer los derechos de los que aquellos son expresión y pasara a hacerlo el donatario. Pues bien, ese cambio subjetivo en la condición de socio se considera producido en la sentencia recurrida, al derivar de las actuaciones el nítido reflejo de que, desde la aparente venta y disimulada donación, fue el hijo del demandante quien ejerció sin oposición conocida los derechos de socio».

(85) Han tratado la cuestión: Lluís PUIG I FERRIOL; Encarna ROCA I TRIAS, *Institucions del Dret Civil de Catalunya. Volum IV. Drets reals*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, pág. 188; VAQUER ALOY, *Comentari als arts. 531-7 a 531-15*, cit., pág. 304; Pedro DEL POZO CARRASCOSA; Antoni VAQUER ALOY; Esteve BOSCH CAPDEVILA, *Derecho Civil de Cataluña. Derechos reales*, Ed. Marcial Pons, Madrid; Barcelona; Buenos Aires, 2008, pág. 84.

## Sociedades: en especial, su constitución. 1 de septiembre de 2010 hasta hoy: ¿qué ha cambiado y qué más va a cambiar?

(Refundición de diversas aportaciones doctrinales)

Las previsiones normativas contenidas en el Real Decreto-Ley 13/2010 relativas al procedimiento de constitución de sociedades y a la publicidad de convocatoria de la junta general, así como en cuanto a los estatutos-tipo aprobados por la Orden JUS/3185/2010, han sido objeto de interpretaciones divergentes en su aplicación práctica, por lo que la Dirección General de los Registros y del Notariado ha emitido diversas Instrucciones aclaratorias.



JAVIER MICÓ GINER  
*Notario de Sabadell*

En diciembre de 2010 me solicitaron una Conferencia para el Colegio de Abogados donde explicase los cambios que suponía la Ley de Sociedades de Capital y el Real Decreto-Ley 13/2010, de 3 de diciembre. Para LA NOTARIA fue necesario pasar de un trabajo divulgativo para Abogados a uno para Notarías, introduciendo elementos prácticos (modelos notariales) básicos para una unificación de las formas y costes y consideraciones de alcance corporativo. También recogí todo lo publicado en la materia por notarios y registradores, trabajos que en su mayoría están en Internet, de autores como Víctor GARRIDO PALMA, Miguel Ángel ROBLES PEREA, Jorge LÓPEZ NAVARRO, José Ángel



GARCÍA-VALDECASAS, Manuel MARTÍNEZ, Vicente MARTORELL, Eduardo AMAT, Marta FLORIANO o Luis LORENZO SERRA, entre otros.

Este hecho, junto a las constantes vicisitudes de las normas nuevas dando lugar a Resoluciones e Instrucciones varias, generó que el trabajo se extendiera hasta superar las 100 páginas.

La imposibilidad de publicar un trabajo de tal extensión en esta revista ha hecho necesaria la supresión de gran parte del mismo. Así, de cada seis páginas iniciales sólo se salvará una. De ahí el uso constante de los puntos suspensivos. La única opción es introducir la tijera sin piedad, remitir a autores diversos y dejar un trabajo que amenaza ser un resumen «sincopado». Pierde brillantez y explicación, pero seguro que con los conocimientos previos y lecturas pueden rellenar los huecos.

El trabajo queda reducido a 34 hojas que más parecen un conjunto de titulares que un trabajo sistemático. Dada su actualidad, el artículo se inicia con las más recientes Instrucciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado (a 15 de junio de 2011). En todo caso, me reservo el derecho a publicarlo íntegro en la web o en alguna editorial, para que se pueda usar en su integridad o remitirlo a quien lo solicite.

## 1. Las Instrucciones de la DGRN

### 1.a. Instrucción de 18 de mayo de 2011

Cuando una norma hay que reescribirla y reinterpretarla una y otra vez, no es una buena señal.

Al margen de las Resoluciones sobre la materia, se ha dictado la Instrucción de 18 de mayo de 2011.

Es una auténtica lástima que las revistas jurídicas tarden en publicar los artículos doctrinales. Si se hubiera publicado el mío cuando lo remití, enero de 2011, ahora podría atribuirme facultades proféticas. Los que me conocen o asistieron a la Conferencia sabrán las razones. Lo cierto es que mis críticas (junto con las de otros muchos) han motivado que la propia DGRN reconozca las sombras prácticas de las normas dictadas. Así, la Instrucción dice:

«Las previsiones normativas contenidas en el mencionado Real Decreto-Ley 13/2010

*relativas al procedimiento de constitución de sociedades y a la publicidad de convocatoria de la junta general, así como en cuanto a los estatutos-tipo aprobados por la Orden JUS/3185/2010 han sido objeto de interpretaciones divergentes en su aplicación práctica.*

**Era y es mucho más sencillo imponer en todas las escrituras la remisión telemática a los Registros y no limitarlo a un tipo de escrituras o de sociedades**

*Además, el control previo sobre el cumplimiento de las obligaciones fiscales como requisito para que pueda practicarse la inscripción de la sociedad, en aplicación de lo dispuesto en los artículos 86.1 del Reglamento del Registro Mercantil y 54 del Texto refundido de la Ley sobre el Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, ha planteado dudas sobre si debe o no acreditarse documentalmente la exención.*

*Por todo ello, habida cuenta de los problemas surgidos sobre la aplicación de las referidas normas del Real Decreto-Ley 13/2010 así como de la Orden JUS/3185/2010, de 9 de diciembre, y en ejercicio de las competencias atribuidas a este Centro Directivo por los artículos 260 y siguientes de la Ley Hipotecaria en materia de organización y funcionamiento de los Registros de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles, los artículos 309 y 312, apartados 1 y 4, del Reglamento Notarial, así como por el Real Decreto 1203/2010, de 24 de septiembre, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Justicia, dispongo:...*

Veamos cada artículo:

### Primero

*«Las sociedades de capital se constituirán preferentemente por medios telemáticos. En especial, las sociedades de responsabilidad limitada cuyo capital social no supere los 30.000 euros, que tengan entre sus socios sólo personas físicas y la estructura del órgano de administración sea un administrador único, dos con facultades mancomunadas o varios solidarios, se constituirán preferentemente por vía telemática, según el procedimiento previsto en los apartados uno y dos del artículo 5 del Real Decreto-Ley 13/2010, de 3 de diciembre».*

¿A quién se dirige? La verdad es que seguimos estando en presencia de un brindis al sol. «Preferentemente» no excluye otros sistemas. Insisto, era y es mucho más sencillo imponer en todas las escrituras la remisión telemática a los Registros y no limitarlo a un tipo de escrituras o de sociedades.

Por tanto, no podemos obligar a nadie a usar la vía telemática; podemos aconsejarlo, pero poco más.

### Segundo

*«Los notarios deberán informar a sus clientes sobre el procedimiento de constitución telemática cuando se pretenda la constitución de una sociedad de responsabilidad limitada con las características descritas en los apartados uno y dos del artículo 5 del Real Decreto-Ley 13/2010, de 3 de diciembre. Dicha información contendrá todos los elementos caracterizadores del proceso constitutivo, con indicación expresa de los plazos y la reducción de costes previstos en el mencionado precepto».*

Como sólo podemos aconsejarlo, lo único que nos cabe es informar. La violencia de esta información en el acto de la firma, cuando el Asesor puede haber optado por el sistema presencial porque parte de sus honorarios van vinculados a la obtención del CIF, pago de impuestos, redacción de estatutos, etc., parece innegable. No sería improbable que tengamos demandas de responsabilidad civil por no haber informado debidamente. Propongo pues que conste en todas las escrituras una advertencia (lo cual complica mucho si nos tenemos que detener en todas a verificar antes si cumplen el tipo legal del 5. Uno y Dos, por lo que lo más sencillo es hacerlo constar en todas como información).

Así pues, la primera cláusula que no debe faltar en toda escritura es la de cumplimiento de la obligación de información.

### Tercero

*«Salvo indicación expresa en contrario del otorgante u otorgantes, que deberá figurar en la escritura de constitución, los notarios deberán seguir el procedimiento telemático previsto en el mencionado Real Decreto-Ley, con especial observancia de los plazos previstos para la autorización de la escritura pública de constitución, el cumplimiento de las*



obligaciones adicionales y la aplicación de los aranceles reducidos.

*El incumplimiento de estas obligaciones podrá desencadenar para el notario responsabilidad disciplinaria, siempre que dicho incumplimiento le fuera imputable, conforme a las normas legales que rigen su régimen disciplinario».*

El «preferentemente» se anuda ahora a que si no se sigue el procedimiento telemático, debe ser por indicación expresa en contrario de los otorgantes. De nuevo, para evitar reclamaciones, será necesario consignar en las escrituras tal indicación expresa.

La segunda cláusula que no debe faltar en la escritura es la indicación de los otorgantes contraria a la tramitación telemática y para evitar tal omisión, nada mejor que incorporar un párrafo donde opten por esta vía o no.

## Cuarto

*«Cuando la copia autorizada de la escritura pública que remita el notario autorizante al Registro mercantil por vía telemática, documento la constitución de una sociedad de responsabilidad limitada con las características descritas en los apartados uno y dos del artículo 5 del Real Decreto-Ley 13/2010, el registrador mercantil deberá cumplir los plazos de calificación e inscripción y las obligaciones adicionales previstos en el mencionado precepto, con aplicación de los aranceles reducidos establecidos en el mismo. En todo caso, el acto de constitución quedará exento de las tasas de publicación en el Boletín Oficial del Registro mercantil.*

*El incumplimiento por el notario de las obligaciones previstas en el artículo 5 del mencionado Real Decreto-Ley 13/2010, no podrá ser causa de denegación de inscripción por el registrador mercantil ni, en general, impedirá la continuación del proceso constitutivo. En ningún caso, dicho incumplimiento del notario eximirá al registrador mercantil del cumplimiento de las obligaciones relativas a dicho proceso de constitución, ni de la aplicación de los aranceles reducidos previstos en el mismo.*

*El incumplimiento de estas obligaciones podrá desencadenar para el registrador mercantil responsabilidad disciplinaria, siempre que dicho incumplimiento le fuera imputable,*

*conforme a las normas legales que rigen su régimen disciplinario.*

*Con independencia de la función de calificación, el Registrador mercantil sólo entenderá que la constitución de la sociedad no se somete al régimen previsto en los apartados uno y dos del artículo 5 del Real Decreto-Ley 13/2010, cuando la sociedad que se pretende constituir no reúna las características tipológicas descritas en la norma (tipo social, capital social, socios personas físicas, estructura del órgano de administración y, en su caso, incorporación de estatutos-tipo) o cuando, ajustándose a las mismas, se hubiera hecho constar expresamente en la escritura pública la voluntad de los otorgantes de no someter dicho proceso constitutivo a lo establecido en el precepto mencionado».*

Aclara la norma que los incumplimientos del notario que determinan su responsabilidad disciplinaria no impiden que el procedimiento siga (en especial, los de plazos).

La cuestión es curiosa. Lo primero que tendrá que hacer un Registrador es plantearse dos preguntas:

- 1) ¿Me han remitido una sociedad de las que reúne las características tipológicas del RDL 13/2010?
  - Si no las reúne, se aplican plazos ordinarios de calificación;
  - Si las reúne, pasará a la segunda pregunta.
- 2) ¿Se ha excluido el proceso de tramitación telemática del RDL 13/2010?
  - Si se ha excluido, se aplican plazos ordinarios de calificación;
  - Si no se ha excluido, debe calificar en los plazos del RDL.

**La primera cláusula que no debe faltar en toda escritura es la de cumplimiento de la obligación de información**

Es decir, tendrá que calificar la sociedad para calificar el plazo que tiene para calificar (permítasenos el retruécano para llamar la atención). ¿No sería más sencillo unificar todos los plazos de calificación? La inmensa

mayoría de sociedades usan unos Estatutos que la notaría ha empleado una y mil veces y que el Registrador ha calificado una y mil veces. Tan sencillo o más es calificar esas escrituras como las del RDL 13/2010 y creo que complicamos la vida al Registrador con dos o tres sistemas.

¿Tendremos la deferencia de avisarle en la calificación notarial de la escritura a efectos de ayudarle a no tener que leer toda para saber el plazo en el que debe calificar?

Sería educado o conveniente, aunque nunca imperativo, que en la calificación que el notario realiza del instrumento indique si se cumplen las características tipológicas del RD. La opción o no por la tramitación telemática irá en cláusula separada.

Recordemos que los notarios calificamos los documentos y por ello el Reglamento Notarial dispone en su artículo 156,9 que debemos consignar:

*«La calificación de dicho acto o contrato con el nombre conocido que en derecho tenga, salvo que no lo tuviere especial».*

La referencia a «En todo caso, el acto de constitución quedará exento de las tasas de publicación en el Boletín Oficial del Registro mercantil» debe entenderse referida únicamente a las sociedades que cumplan los requisitos tipológicos del art. 5 Uno y Dos.

## Quinto

*«El mismo procedimiento, con los beneficios previstos, será aplicable aun cuando se presente por el interesado la certificación negativa de denominación expedida en formato papel por el Registro Mercantil Central. En tal caso, el plazo establecido para la autorización por el notario de la escritura de constitución de la sociedad comenzará a contar desde que le sea aportado dicho certificado (como uno de los antecedentes necesarios para la autorización de dicha escritura) y no desde la recepción por el solicitante. El notario dejará constancia en la escritura de la fecha en que le sea entregada la certificación y los demás antecedentes».*

En este artículo se sale al paso de la problemática sobre si el procedimiento es aplicable o no cuando la certificación de denominación se ha expedido en formato papel, cuestión resuelta en diversas Resoluciones.



La cláusula a incluir en la escritura es la de la fecha en que se entregan al notario la certificación y demás antecedentes.

Lo cierto es que la dura realidad es que casi nunca tenemos todos los antecedentes hasta cinco minutos antes de firmar. La norma no exige discernir entre la fecha en que se recibe la denominación y la de los antecedentes. Por ello, creemos que estamos abocados a una cláusula de estilo. La norma tiene un diagnóstico erróneo de la situación: sencillamente nunca hay demora en autorizar una escritura de constitución de sociedad desde que se dispone de los datos.

## Sexto

*«La escritura de constitución de sociedades de responsabilidad limitada cuyos estatutos se adapten a los aprobados por la Orden JUS/3185/2010, de 9 de diciembre deberá contener el texto íntegro de las disposiciones estatutarias, indicando la opción elegida en los casos así previstos (objeto social, estructura del órgano de administración, número de administradores cuando sea preceptivo, carácter retribuido y forma de retribución, etc.). En ningún caso será suficiente la mera remisión, total o parcial, a los Estatutos aprobados por dicha Orden».*

Con este inciso se intentan aclarar distintos aspectos en línea con lo que habíamos defendido.

- Sí es posible optar en sede de objeto social no siendo necesario enumerar todos los posibles objetos de los Estatutos Tipo.
- También cabría optar por la estructura del órgano de administración (en rigor, en SL la opción no es materia estatutaria sino del acuerdo concreto de los socios que debe constar en escritura e inscribirse en el Registro, pero sin que su modificación ulterior exija modificación alguna de los Estatutos).
- Como siempre defendimos, en caso de administradores solidarios, deberá indicarse su número o su máximo o mínimo.
- Y como siempre se hacía se indicará el carácter retribuido o no, sin tener que usar el triste sistema de marcar con una X.

Bastante razonable.

Adicionalmente, se rechaza el sistema de remisión a la Orden sin transcripción de Estatutos, contra el cual nosotros también nos habíamos manifestado aunque compañeros de prestigio lo defendieran.

Lo que me preocupa es el «etc.» ¿Qué más opciones cabe elegir? En concreto nos cuestionamos si sería posible introducir un sistema de convocatoria distinto del previsto en los estatutos tipo y si pese a ello estaríamos todavía gozando de las limitaciones arancelarias... No olvidemos cuanto hemos expuesto sobre cambios en el sistema de convocatoria.

## Séptimo

*«La delimitación estatutaria del objeto social podrá realizarse mediante la transcripción total o parcial de la enumeración de actividades contenidas en el artículo 2 de los Estatutos-tipo aprobados por la Orden JUS/3185/2010, de 9 de diciembre.*

*Elegida una, varias o todas las actividades previstas en el artículo 2 de los Estatutos-tipo, a efectos de determinación del objeto social, la disposición estatutaria podrá contener una referencia concreta a un tipo de productos o servicios que delimiten más específicamente la actividad de que se trate, conforme a los artículos 23.b de la Ley de Sociedades de Capital y 178 del Reglamento del Registro Mercantil, sin que, por su carácter complementario, dicha mención estatutaria permita denegar la calificación e inscripción en la forma prevenida en el Real Decreto-Ley 13/2010.*

*La referencia a actividades profesionales admitida en el artículo 2.4 de los estatutos-tipo debe entenderse atinente a las actividades profesionales que no pueden considerarse incluidas en el ámbito de aplicación de la Ley 2/2007, de 15 de marzo, de sociedades profesionales».*

El tema del objeto colea. Al indicar el objeto se puede:

- Transcribir todas las opciones previstas en los Estatutos Tipo (lo cual mucho no nos convence porque da lugar a sociedades de objeto indeterminado),
- O seleccionar algunas,
- O, seleccionadas algunas, determinarlas restringiéndolas a un servicio o producto concreto.

Hasta aquí nos parece muy razonable y coincide con cuanto llevábamos defendido.

**La segunda cláusula que no debe faltar en la escritura es la indicación de los otorgantes contraria a la tramitación telemática**

Finalmente, la norma intenta aclarar que «las actividades profesionales de estas sociedades son las no incluidas en la LSP». La verdad es que esto parece muy forzado. Es rizar el rizo. A partir de ahora hay:

1. Actividades profesionales-profesionales sujetas a la LSP.
2. Actividades profesionales-no-profesionales no sujetas a la LSP.

Los informáticos tienen un dicho: «KISS» (*keep it simple, stupid*). ¿No hemos complicado esto mucho? ¿Nos vamos a entender?

Regresemos a la Ley de Sociedades Profesionales, cuyo artículo 1 dice: «Definición de las sociedades profesionales.

*1. Las sociedades que tengan por objeto social el ejercicio en común de una actividad profesional deberán constituirse como sociedades profesionales en los términos de la presente Ley.*

*A los efectos de esta Ley, es actividad profesional aquella para cuyo desempeño se requiere titulación universitaria oficial, o titulación profesional para cuyo ejercicio sea necesario acreditar una titulación universitaria oficial, e inscripción en el correspondiente Colegio Profesional.*

*A los efectos de esta Ley se entiende que hay ejercicio en común de una actividad profesional cuando los actos propios de la misma sean ejecutados directamente bajo la razón o denominación social y le sean atribuidos a la sociedad los derechos y obligaciones inherentes al ejercicio de la actividad profesional como titular de la relación jurídica establecida con el cliente».*

Por tanto:

- Actividades profesionales sujetas a la LSP son aquellas «para cuyo desempeño se requiere titulación universitaria oficial, o titulación profesional para cuyo ejercicio sea necesario acreditar una titulación



universitaria oficial, e inscripción en el correspondiente Colegio Profesional».

- Las demás serán actividades profesionales no sujetas a la LSP.

## Octavo

En caso de que la estructura del órgano de administración incluya varios administradores solidarios, deberá completarse la mención estatutaria con un número concreto de ellos o, al menos, con un número mínimo y máximo, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 23.e de la Ley de Sociedades de Capital.

Muy razonable. Ya habíamos defendido que no podía ser de otro modo.

## Noveno

«En los casos en los que se optara por la publicación de la convocatoria de la junta general en la página web de la sociedad, en aplicación de lo previsto en el artículo 173.1 de la Ley de Sociedades de Capital, tras la reforma introducida por el Real Decreto-Ley 13/2010, la sociedad deberá o bien determinar la página web en los estatutos de la sociedad o bien notificar a todos los socios la existencia y dirección electrónica de dicha página web y el sistema de acceso a la misma.

El anuncio de convocatoria deberá estar publicado en la página web de la sociedad desde la fecha de aquella hasta la efectiva celebración de la Junta General. El contenido de la convocatoria se ajustará a lo dispuesto en el artículo 174 de la Ley de Sociedades de Capital».

En este artículo noveno no nos detenemos porque queda alterado por la Instrucción de 27 de mayo.

Sí precisa que el anuncio se «cuelga» y debe mantenerse publicado en la web hasta la celebración de la Junta. Era una de las cuestiones que la doctrina se planteaba. Nada dice sobre la manera de acreditar tal publicación. La duda sobre si bastará una manifestación del administrador o será necesaria un acta notarial de comprobación aleatoria subsiste.

## Décimo

«En atención a la exención aplicable a la constitución de sociedades mercantiles según

lo dispuesto en el artículo 45, apartado I, párrafo B, inciso 11 del Texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos jurídicos documentados, aprobada por Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre, tras la modificación introducida por el artículo 3 del Real Decreto-Ley 13/2010, siguiendo la doctrina ya consolidada en otros ámbitos y en consonancia con los fines de agilización y reducción de cargas administrativas de este último, para la calificación e inscripción de sociedades de capital en el Registro mercantil, no será necesaria la presentación del documento de autoliquidación con alegación de la exención.

En estos casos, una vez practicada la inscripción, el registrador mercantil, de forma inmediata, remitirá de oficio por vía telemática a la administración tributaria de la Comunidad Autónoma correspondiente, la notificación de que se ha practicado la inscripción, sin perjuicio de las comunicaciones que, en su caso, realicen los notarios al amparo de las normas legales o los convenios que les sean de aplicación».

Es importante destacar que la norma sólo regula lo que puede regular, es decir, la innecesidad de acreditar la presentación con alegación de exención a efectos de la inscripción en el Registro Mercantil; pero no regula lo que no puede regular, es decir, que a efectos fiscales los actos sujetos pero exentos deben presentarse alegando la exención.

**Nos cuestionamos si sería posible introducir un sistema de convocatoria distinto del previsto en los estatutos tipo y si pese a ello estaríamos todavía gozando de las limitaciones arancelarias**

Por otro lado, tras años de declararse exentas las cancelaciones, lo cierto es que hay muchísimos Registros de la Propiedad que mantienen un criterio dispar al de la DGRN y exigen la acreditación de la presentación del documento de autoliquidación con alegación de la exención.

Conviene recordar que las CCAA tienen competencias en materia tributaria. Así, determinadas cancelaciones sí pagan impuestos en el País Vasco.

Nos parece arriesgado no informar a los clientes de la necesidad de cumplir los trámites fiscales, sean o no necesarios a efectos de inscripción.

Resumamos: ¿qué supone la Instrucción en la redacción de las escrituras públicas?

- 1) La primera cláusula que no debe faltar en toda escritura es la de cumplimiento de la obligación de información.
- 2) La segunda cláusula que no debe faltar en la escritura es la indicación de los otorgantes contraria a la tramitación telemática y, para evitar tal omisión, nada mejor que incorporar un párrafo donde opten por esta vía o no.
- 3) Sería educado o conveniente, aunque nunca imperativo, que en la calificación que el notario realiza del instrumento indique si se cumplen las características tipológicas del RD. La opción o no por la tramitación telemática irá en cláusula separada.
- 4) La cláusula a incluir en la escritura es la de la fecha en que se entregan al notario la certificación y demás antecedentes.
- 5) Los estatutos deben elegir las opciones sobre objeto, número de administradores solidarios y carácter retribuido o no. No queda claro qué otras opciones cabe elegir al amparo del «etc.». En concreto la duda es si podría alterarse todo el artículo 5 de los estatutos tipo al amparo del 173 de la LSC.
- 6) Al indicar el objeto se puede:
  - Transcribir todas las opciones previstas en los Estatutos Tipo (lo cual mucho no nos convence porque da lugar a sociedades de objeto indeterminado),
  - O seleccionar algunas,
  - O, seleccionadas algunas, determinarlas restringiéndolas a un servicio o producto concreto.
- 7) Las actividades profesionales son las no incluidas en la LSP. Este inciso no acaba de quedar claro. La clave parece que radicará en si es preceptiva o no la titulación universitaria (aunque sea profesional) y la inscripción en el Colegio.



- 8) Con respecto a los administradores solidarios, se indicará su número o al menos el máximo y mínimo.
- 9) No queda claro si es posible modificar el art. 5 de los Estatutos tipo para acogerse (como una opción más, comprendida dentro del «etc.» de la instrucción sexta) al sistema de la instrucción novena a su vez modificada por la Instrucción de 27 de mayo. Parece más sólida la negativa.
- 10) No será necesario, a los meros efectos de la inscripción, la tramitación telemática del impuesto; de realizarse, será un acto de gestión que sigue siendo necesario a efectos fiscales; convenirá no olvidar que la práctica no se ha consolidado ni siquiera en el caso de las cancelaciones (donde, por cierto, hay CCAA donde tributan —p. ej. País Vasco— en ciertos casos); lo más prudente será siempre realizar la presentación a efectos fiscales como acto de gestión extra-arancelario.

#### 1.b. Instrucción de 27 de mayo de 2011 por la que se corrige la de 18 de mayo

Ya lo hemos dicho con anterioridad en dos ocasiones: cambia la norma o instrucción novena.

«En el párrafo primero del artículo noveno, donde dice:

*En los casos en los que se optara por la publicación de la convocatoria de la junta general en la página web de la sociedad, en aplicación de lo previsto en el artículo 173.1 de la Ley de Sociedades de Capital, tras la reforma introducida por el Real Decreto-Ley 13/2010, la sociedad deberá o bien determinar la página web en los estatutos de la sociedad o bien notificar a todos los socios la existencia y dirección electrónica de dicha página web y el sistema de acceso a la misma, debe decir:*

*En los casos en los que se optara por la publicación de la convocatoria de la junta general en la página web de la sociedad, en aplicación de lo previsto en el artículo 173 de la Ley de Sociedades de Capital, tras la reforma introducida por el Real Decreto-Ley 13/2010, la sociedad deberá o bien determinar la página web en los estatutos de la sociedad o bien notificar dicha página web al Registro Mercantil, mediante declaración de los administradores, para su constancia por nota al margen».*

A nosotros nos surge una duda. Es cierto que parece haberse enfrentado a ella la Resolución de 21 de marzo de 2011. Pero en dicha resolución la cuestión parece que no se daba en los términos que nos preocupan.

En la Resolución acaba diciendo que sí estaba previsto en los Estatutos el doble sistema... Recomendando la lectura de la Resolución...

Insistimos, o el Registrador decía algo absurdo (pues la DGRN dice que el art. 12 recoge el sistema alternativo) o quería decir algo que no se ha entendido. Quizá le preocupe lo mismo que a mí.

¿Qué dice el art. 173 LSC?

«Artículo 173. Forma de la convocatoria.

*1. La junta general será convocada mediante anuncio publicado en el Boletín Oficial del Registro Mercantil y en la página web de la sociedad o, en el caso de que no exista, en uno de los diarios de mayor circulación en la provincia en que esté situado el domicilio social.*

*2. Los estatutos de las sociedades de responsabilidad limitada podrán establecer, en sustitución del sistema anterior, que la convocatoria se realice mediante anuncio publicado en la página web de la sociedad o, en el caso de que no exista, en un determinado diario de circulación en el término municipal en que esté situado el domicilio social, o por cualquier procedimiento de comunicación, individual y escrita, que asegure la recepción del anuncio por todos los socios en el domicilio designado al efecto o en el que conste en el Libro-registro de socios. En caso de socios que residan en el extranjero, los estatutos podrán prever que sólo serán individualmente convocados si hubieran designado un lugar del territorio nacional para notificaciones».*

Tal y como dijimos antes, el art. 173 plantea este esquema:

- Régimen general: BORME y anuncio en la web.
- Si no existe la web (¿sólo si no existe o en cualquier caso?): BORME y anuncio en un diario de mayor circulación (nótese la expresión «en el caso de que no exista» la web).
- Sólo para las SL los Estatutos pueden sustituir ese sistema por:
  - sólo la web

- caso de que no exista (¿sólo si no existe o en cualquier caso?)

- en un diario
- o por procedimiento de comunicación individual y escrita que asegure la recepción

**La Instrucción de la DGRN precisa que el anuncio se «cuelga» y debe mantenerse publicado en la web hasta la celebración de la Junta, pero nada dice sobre la manera de acreditar tal publicación**

La cuestión nos retrotrae a una problemática antigua sobre si en caso de sistemas alternativos basta decir que son posibles o se debe seleccionar uno de ellos.

Es decir, las interpretaciones posibles en sede de SL dependen de si los Estatutos dicen algo o nada dicen.

1) Si los Estatutos nada dicen:

- Debe publicarse en el BORME y en la web.
- De no haber web, en BORME y en diario.

Ahora bien, la duda es si cabe dejar en el articulado estos dos sistemas como alternativos pero sólo para el caso de no existir web o si no sería necesario dejar claro si la web existe o no. Puesto que la Instrucción de 27 de mayo de 2011 plantea que la web pueda constar por nota al margen a solicitud de los administradores, parece que los Estatutos no necesariamente tienen que indicar la web. ¿Pueden ni siquiera indicar si va a existir o no? Con las Resoluciones de la DGRN parece que así es.

2) Si los Estatutos sí dicen que sustituyen ese sistema pueden optar:

- por publicar sólo la web
- caso de que no exista (¿sólo si no existe o en cualquier caso?)
- publicar en un diario
- o por procedimiento de comunicación individual y escrita que asegure la recepción



¿Cabe dejar el sistema de web y sólo para el caso de que no exista uno de los otros dos? ¿O incluso cabría dejar los dos como alternativos? ¿Cumple el art. 5 de los Estatutos del Ministerio de Justicia con el art. 173 LSC?

A mi juicio, lo que ha querido decir el Registrador es que:

- La web existe (en cuyo caso no cabe sistema supletorio)
- O la web no existe (en cuyo caso los sistemas alternativos son el diario o la comunicación individual).

La DGRN parece decirnos que en el momento de constituir la SL, los Estatutos pueden no aclarar al socio si los anuncios van a ser a través de web o por burofax. Parece mantener que si hay web, prevalece el sistema de comunicación vía web.

No habiendo web, ¿podrían no aclarar tampoco los estatutos si se convocará mediante burofax o diario?

Llegando al extremo: ¿pueden los Estatutos limitarse a transcribir todas las opciones del art. 173,2 sin elegir ninguna?

**Nos parece arriesgado no informar a los clientes de la necesidad de cumplir los trámites fiscales, sean o no necesarios a efectos de inscripción**

Tenemos dudas de que sea un sistema óptimo. Sobre todo, porque pasar del burofax o la carta certificada a la web va a depender sólo de la voluntad de los administradores haciendo constar por nota al margen una dirección web y sin preavisar a los socios. Esto puede dar lugar a picarescas y a Juntas fantasma.

Bien me parece, por simplificar, que los sistemas queden en estatutos como alternativos (lo mismo sucede con el sistema de administración); pero que una vez conste la web, los administradores den un preaviso o al menos la primera Junta posterior a la existencia de la web la convoquen por los dos sistemas para evitar a los socios sorpresas desagradables. Finalmente, queda la duda de si los Estatutos pueden limitarse a su vez, en ausencia de web, a indicar dos posibles sistemas (diario o comunicación). Y queda

la duda de si debe indicarse un diario concreto (lo que da más garantías pero obliga a cambiar estatutos si desaparece el diario). Y para rematar las dudas, queda la duda de si las sociedades sujetas a los Estatutos del Ministerio de Justicia cumplen correctamente este artículo 173 LSC. A mi juicio, no. A no ser que interpretemos que ninguna de estas sociedades va a tener página web, pues el sistema de comunicación individual sólo es admisible en defecto de web.

Porque el art. 5 dice:

*«La convocatoria se comunicará a los socios a través de procedimientos telemáticos, mediante el uso de firma electrónica. En caso de no ser posible se hará mediante cualquier otro procedimiento de comunicación, individual y escrito que asegure la recepción por todos los socios».*

Es decir, descarta la web (lo cual sólo es posible si no existe).

Indica un procedimiento de firma electrónica, y sólo si no es posible, con comunicaciones por escrito. Por tanto, no sigue el esquema del 173 LSC.

Finalmente, ¿mantendremos en los Estatutos las referencias especiales a las convocatorias para los casos de fusión, escisión, cesión global del activo y pasivo y traslado de domicilio al extranjero? La Ley de Modificaciones Estructurales exige que la Junta sea convocada mediante anuncio publicado en el *Boletín Oficial del Registro Mercantil* y en uno de los diarios de mayor circulación en el término municipal en que esté situado el domicilio social; y esa misma norma impone plazos especiales:

- En general, entre la convocatoria y la fecha prevista para la celebración de la Junta, deberá mediar un plazo de, al menos, quince días;
- Pero es de un mes al menos en los casos de fusión, escisión y cesión global del activo y pasivo;
- y de dos meses al menos en el caso de traslado de domicilio al extranjero.

¿Se ha alterado este esquema al modificar otra vez el art. 173 LSC? ¿Es aplicable a las sociedades regidas por los Estatutos tipo del Ministerio?

A mi juicio, no cabe duda de que la LSC no ha alterado las normas específicas de modificaciones estructurales.

A la vista de todo ello, ¿por qué no realizamos un modelo de estatutos tipo para los distintos tipos de sociedades y de constitución consensuado entre notarios y registradores de manera similar a lo que hicimos cuando se modificó la LSA y la LSL con motivo de la trasposición de las Directivas al Derecho nacional? Habríamos acabado antes.

Basta con entenderse técnicamente.

## 2. Algunas conclusiones críticas no estrictamente jurídicas. Addenda para notarios

*“Es necesario exagerar para que a uno se le entienda. Un problema que es técnico en un nivel, si se eleva a instancias superiores, corre el riesgo de convertirse en un problema político, de consecuencias difíciles de prever”.*

El Real Decreto-Ley 13/2010, de 3 de diciembre, de actuaciones en el ámbito fiscal, laboral y liberalizadoras para fomentar la inversión y la creación de empleo, que entró en vigor el 3 de diciembre, pretende introducir en nuestro ordenamiento jurídico la posibilidad de constituir Sociedades Limitadas con notoria celeridad.

Si ustedes me preguntan mi conclusión como notario, les diré que la norma plasma un propósito loable en las actuales circunstancias y aunque puede proponerse la mejora de algunos aspectos, toda ayuda al emprendedor es poca; el notario, como no podía ser menos, asume su cuota de esfuerzo para la salida de la crisis.

Sin embargo, suele decirse que «el diablo está en los detalles»; pero en ocasiones conviene recordar la frase de Charles BAUDALARIE, «la mayor victoria del diablo es convencernos de que no existe».

Si, como se presupone por el público al que esta publicación se dirige, es usted jurista con un poco de suerte habré conseguido que usted esté perplejo porque el comentario a una norma legal se mezcle con advocaciones al diablo. Esa perplejidad es, efectivamente, lo que pretendo. Por dos motivos.

El primero es que sea consciente (a su propio riesgo y ventura) del carácter atípico de mis conclusiones. «Luego no digas que



no te lo advertí» como reza el Libro del emprendedor de TRIAS BES.

El segundo es que sea consciente de la extraordinaria tendencia de los juristas a analizar y desmenuzar las normas, a destacar aspectos hasta triviales de su redacción, a fijarnos en sus detalles y a perder de vista el conjunto, la idea general que las anima. Los detalles pueden ser malos, pero la idea general puede ser... peor.

Como ya he realizado el clásico análisis notarial de la norma, creo que procede ahora una conclusión general para lo cual debe uno despojarse de la condición de notario. ¿Por qué? Porque el notario no está hoy en condiciones de emitir juicios críticos sobre la legislación por tres causas.

- La primera es la teoría del «mal menor». Ante todo cambio legislativo que afecta a la función pública siempre, desde una instancia u otra, interna o ajena, el notario escucha la coletilla «podría ser peor». Naturalmente: siempre es cierto.
- La segunda es el miedo. El notariado viene regido por un Arancel vigente desde 17 de noviembre de 1989. Desde entonces y pese a que el Arancel debe servir para la cobertura de los gastos y que éstos se han multiplicado en 21 años, sólo ha sido revisado para su reducción, pese a que incluso a los taxistas les han subido su arancel en 2011. Mejor no llamar la atención.
- La tercera es una especie de complejo de culpa por creerse ingenuamente el único beneficiario de la burbuja inmobiliaria que llegó hasta fines de 2007, olvidando que toda la sociedad se benefició en esos tiempos no siendo él el más importante (tasas por Licencias, recaudación de IVA, impuestos, especulación que practicaron muchísimas personas, etc.).

Por ello, prefiero elaborar mis conclusiones como lo haría un librepensador. Necesito enjuiciar la norma desde mis otras formaciones académicas o experiencias personales. Aunque sea por acumulación de fracasos creo disponer de galones para ello.

¿Cuál es el problema al que se enfrenta el Real Decreto? Según todas las fuentes, España comenzó a salir malparada en los informes «Doing Business» indicando la ex-

traordinaria demora que el emprendedor tenía que asumir para iniciar sus proyectos. La falta de competitividad y la falta de agilidad —se supone— en la constitución de sociedades.

La Exposición de Motivos dice: «*El Real Decreto-Ley recoge, asimismo, reformas contenidas en el Proyecto de Ley de Economía Sostenible que tienen la finalidad de incidir directamente en la mejora de la competitividad del tejido económico español, permitiendo la agilización de la constitución de sociedades y de la adopción de actos societarios.*».

¿Cuál es el problema real? Jorge LÓPEZ NAVARRO aporta con buen criterio el siguiente comentario (*El Economista*, de 14 de diciembre de 2011), que indica:

«La reducción de plazos, desde la entrega de certificación bancaria acreditativa del capital de sociedad al Notario hasta la comunicación ya sin provisión de fondos, al Registro Central por el Registrador Mercantil es notable y responde a la resolución de un problema puesto de manifiesto en la totalidad de los informes *doing business* que situaban a España en mal lugar en el orden a los plazos, aunque no para la Notaría (1 día). Una buena medida legislativa que es complementada por la publicación de estatutos tipos por Orden de 9 de diciembre de 2010, publicados en el *BOE* el sábado 11 y que requerirán un comentario separado. Pero tras estas normas, ¿es más fácil crear empresas en España? ¡La respuesta es no! La constitución de sociedades mercantiles crea un empresario y desde su creación se iguala en personalidad a un autónomo (en España, pese a la crisis continuada, hay más de 3.500.000 de personas físicas empresarias. Una vez igualadas en su personalidad deben, aún, crear la empresa, es decir organizar una serie de elementos personales, materiales e inmateriales dirigidos a la creación de riqueza y por tanto de empleo, o al menos autoempleo. Y ambos: sociedades y autónomos, tienen las mismas dificultades regulatorias. En España existe una auténtica maraña de autorizaciones municipales y autonómicas (que, añadido yo, son intocables y a las que el Decreto no ha puesto plazo); altas en diversos organismos, habilitaciones, seguros, avales; registros de productos, solicitud de licencias, etc. En ellas deberían incidir con rotundidad las leyes del Estado, regulando un mercado único, para toda España, sobre la base de la liberalización. Crear una empresa debería ser

más fácil para un emprendedor con una idea viable y para ello, se necesita invertir la actuación de las Administraciones: es decir, la empresa, comenzaría a trabajar sin requerir autorización alguna, sólo, y en su caso, comunicación, con lo que se invertiría la carga de la prueba. Su actividad se presumiría lícita y adecuada, salvo comprobación a posteriori, tasada. Si se devengaran tasas e impuestos (multitud) deberían suprimirse como hace el *BORME* y en todo caso se girarían por debajo del coste del muy inflado servicio administrativo periférico. Mientras no sea así, hacer negocios en España no será atractivo».

**Pasar del burofax o la carta certificada a la web va a depender sólo de la voluntad de los administradores haciendo constar por nota al margen una dirección web y sin preavisar a los socios. Esto puede dar lugar a picarescas y a Juntas fantasma**

En suma, nunca, jamás, el problema estuvo en las notarías donde prácticamente una sociedad queda autorizada por el notario a lo sumo a los quince minutos de tener todos los datos. Los trámites ulteriores, la inscripción o la necesidad de Licencias no eran la competencia del notario, ni por tanto su responsabilidad.

### Primera conclusión

La primera conclusión es evidente: si usted se equivoca de problema, necesariamente equivocará la solución. El problema nunca estuvo, ni está, en las notarías.

El hecho de que anteriores reformas hayan fracasado (¿quién se acuerda de las Sociedades Limitadas Nueva Empresa?) deberían provocar una reflexión. Aceptado el fracaso de la SLNE, si convenimos en que el problema no es ni puede ser el notario que autoriza el mismo día que se le dan los datos, puede intentar desplazarse el problema de la demora al plazo que necesita el registrador mercantil para calificar e inscribir. Pensamos que si ese fuese el problema la solución era más sencilla: acortar algo tal plazo; parece excesivo llegar al extremo de las siete horas hábiles o de condicionar el contenido de los Estatutos. A mí no me compete la defensa de los registradores,



pero no acabo de creer que —en esa materia— fuesen tampoco el problema.

Aunque sea una falacia, suponiendo que el problema fuese la lentitud de notarios y registradores, ¿debía dictarse una nueva norma legal?

**Nunca, jamás, el problema estuvo en las notarías donde prácticamente una sociedad queda autorizada por el notario a lo sumo a los quince minutos de tener todos los datos**

Ya existía una norma adecuada. El Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, aprobó el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital, cuya entrada en vigor se produjo el 1 de septiembre de 2010. En su Disposición Final Primera ya solucionaba el problema de los plazos del Registro Mercantil estableciendo un plazo máximo de cuarenta y ocho horas. El único problema que quedaba por solucionar era el de la liquidación de impuestos. Lo más sencillo sería permitir la inscripción al margen del pago de impuestos (como sucede con el IIVTNU o el IRPF) dado que hoy los documentos están perfectamente localizados por la Administración Tributaria gracias a los índices notariales. Y, si no, declarar que los actos exentos pueden inscribirse sin previa liquidación.

## Segunda conclusión

La segunda conclusión es que en la materia que nos afecta el Real Decreto parece perfectamente redundante, superfluo o contradictorio frente al Texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, vigente desde apenas tres meses antes. Parece inconcebible que una solución adecuada en septiembre se juzgue inadecuada en diciembre.

Podría defenderse, no obstante, que las distorsiones que provoca la repetición de lo mismo de manera fragmentaria e incluso contradictoria en distintas normas que no llegan a cuajar, se compensa con el efecto de ir modelando la conciencia social. No es así.

Cito: «Hay que dar seguridad jurídica. Cuanto antes mejor». «España tiene demasiadas leyes». «Este exceso de legislación

trae mareados a los empresarios y profesionales del derecho. No me atrevería a afirmar que con este gobierno haya más inseguridad jurídica en todo, pero sí la ha provocado en algunos sectores». Dicho esto por un jurista práctico como el notario o el registrador, nadie prestará atención. ¿Imagina el autor de la cita? El político catalán Josep Antoni Duran i Lleida (*Expansión*, 29 de enero de 2011).

Dispongo de citas similares de José Oliu (en una conferencia en China), Salvador Alemany o Juan María Nin. Este último en «Economía y empresa después de la tormenta» decía: «En efecto, la seguridad jurídica es básica para que exista la confianza que requiere un funcionamiento económico eficiente».

## Tercera conclusión

La tercera conclusión es que la seguridad jurídica es un «prius», un elemento previo para que la actividad económica pueda desarrollarse. El emprendedor necesita seguridad jurídica porque debe anticipar decisiones de inversión y sus consecuencias previsibles. La inseguridad jurídica se percibe como un elemento perjudicial, en España y en China. El cambio constante penaliza la inversión.

Este tipo de cambios generan desconfianza. Desde las obras del gurú empresarial Tom PETERS todos sabemos que en el mundo actual «la formulación de la estrategia ya no es una actividad que genere valor si no puede ser trasladada a la acción». Es decir, la capacidad de definir una estrategia carece de importancia si no se tiene la aptitud de implementarla.

En consecuencia, definir una estrategia con efectos a 1 de septiembre; no implementarla; plantear otra el 3 de diciembre... no es que no sea positivo, es que resulta negativo para la imagen del dirigente. No es serio. Es contraproducente.

## Cuarta conclusión

La cuarta conclusión es que dejar sin implementar una estrategia (la solución normativa) pasando sin solución de continuidad a definir otra estrategia (otra norma) transmite la imagen de improvisación y falta de rigor en el desarrollo de las ideas y las estrategias que aleja al inversor o empen-

dor de las economías o sociedades que así se comportan.

Pese a todo, dando por correcto que la publicación de una nueva norma fuese conveniente, lo cierto es que no nos gusta. No nos gusta porque proyecta una triple imagen espectral. En efecto, en la norma, el emprendedor es un ser compulsivo; el asesor, es un fantasma que ni está, ni se le espera; el notario es un coste transaccional que nada aporta. No estamos en la Caverna de las Ideas del filósofo PLATÓN; más parece que estamos ante el Esperpento de Ramón María DEL VALLE-INCLÁN, reflejando en un espejo cóncavo a estos tres personajes.

Absurdos son el emprendedor, el asesor y el notario que reflejan la norma. Empecemos con el emprendedor.

Emprender es un negocio arriesgado. Exige un mínimo de reflexión. El emprendedor debe confeccionar, como mínimo: un plan de viabilidad, la definición estratégica de la empresa, su diseño organizativo; los planes operativos y de marketing... Adicionalmente, recomendaría disponer de un Cuadro de Mando Integral contemplando los aspectos recomendados por Norton y Kaplan.

Ese emprendedor tiene alguna oportunidad de éxito. Frente a ese emprendedor, el advenedizo, el que cree que «todo el monte es orégano», el que no se prepara, está condenado al fracaso.

Sun Tzu, en *El arte de la guerra*, ya destacaba la necesidad de conocer al enemigo y a uno mismo. Un emprendedor, cuando menos, debe dedicar un instante a conocerse a sí mismo. Es la versión empresarial del aforismo «Conócete a ti mismo» que aparece en el templo de Apolo en Delfos.

Frente a ello, ¿qué imagen de emprendedor proyecta la norma? La de un ser compulsivo que con notoria urgencia necesita que la Sociedad quede constituida en el mismo día o como mucho en las siete horas hábiles posteriores. Los únicos que compulsivamente han necesitado sociedades han sido los protagonistas de la burbuja inmobiliaria. ¿Son esas las Sociedades que se quieren volver a fomentar?

## Quinta conclusión

La quinta conclusión es que la norma proyecta una visión esperpéntica del em-



prendedor como un ser compulsivo, incapaz de elaborar un plan de creación de su negocio y sometido a una urgencia de apenas unas horas para poder desarrollar su empresa. Antes al contrario, creemos que el gran problema de este país es la ausencia de conocimientos empresariales o de gestión empresarial. Emprender no es, no debe ser, suicidarse. Si de verdad tropezásemos con un emprendedor cuya empresa dependiera de disponer de la sociedad en siete horas, le resolveríamos el problema, pero por humanidad le deberíamos recomendar que abandone el mundo empresarial. Incluso si tuviera éxito en la primera ocasión, se arruinará. Me atrevería a decir que, al contrario, debería existir una norma que impida al notario autorizar escrituras de constitución de sociedad si el emprendedor no protocoliza en acta anterior como mínimo el Plan de Viabilidad.

El emprendedor medianamente sensato sabe lo que sabe y lo que no sabe. Sabe de lo suyo, pero no tiene que saber de todo. Se centrará en su *core business* y delegará el resto. Aquí surge la figura del Asesor en una modalidad de *outsourcing*. Ninguna empresa, por pequeña que sea, carece de al menos uno.

Ese Asesor cumple las veces de prescriptor respecto del tipo o forma social. Muchas veces, sobre todo los pequeños, obtienen parte de sus ingresos de cumplimentar los Estatutos (cuyo modelo, sometido a revisiones frecuentes y que ha pasado múltiples veces los «tests de estrés» del registro mercantil, suele facilitar el notario). Otra parte de sus ingresos procede de la tramitación posterior, la cual cobran. ¿Cómo va a justificar sus honorarios iniciales por estos conceptos cuando tiene que decir que nada ha hecho y que el notario cobra sólo 60 euros y el registrador 40 euros? Es normal (quizá no es ético, aunque veremos que hay argumentos éticos después) que se niegue a fomentar estas sociedades tan fungibles.

### Sexta conclusión

La sexta conclusión es que la norma ignora el proceso normal de constitución de sociedades, donde la figura del asesor o prescriptor está presente; éste tiene un incentivo negativo en fomentar una figura que minusvalora tanto la función de notarios y registradores, que cualquier factura que él presente parecerá un abuso exorbitante. Éticamente podrá parecer repro-

bable, pero en economía todos conocen la función de utilidad del gerente (cuyo interés no siempre es coincidente con el de su empresa). Es un caso parecido. Además aquí, como veremos, dispondrá de argumentos sobrados para aseverar la inadecuación del tipo legal de la sociedad telemática expres con estatutos preconfigurados.

Finalmente, la imagen del notario en la norma es absolutamente demencial. Parece que el notario no hace nada de enjundia jurídica o económica y desarrolla unas meras labores administrativas.

La realidad es muy diferente. Me limito a citar la última consulta sobre constitución de sociedad que he atendido. ¿Qué temas preocuparon al emprendedor? 1. Posibilidad o no de otorgar derechos desiguales a las participaciones sociales, en especial, en cuanto al derecho de voto. 2. Posibilidad o no de introducir un derecho de separación del socio y necesidad o no de que esté fundado en alguna causa. 3. Posibilidad o no de establecer un sistema de representación proporcional en el órgano de administración de la Sociedad. 4. Condición o no de socio de los administradores. 5. Régimen de transmisión de la condición de socio y posibilidades de regularlo conforme a la autonomía de la voluntad. 6. Régimen de mayorías en ciertos acuerdos. 7. Posibilidad de turnos rotatorios en el Consejo. 8. Posibilidad de regular *ab initio* las reuniones del Consejo. 9. Duda sobre si cabe y era o no necesario introducir Disposiciones Transitorias en unos Estatutos sociales.

Una buena redacción de la escritura de constitución de la sociedad y de los Estatutos es esencial. El notario sabe bastante más que poner cruces en una plantilla o rellenar una quiniela. La simple posibilidad de consultarle, de pedir su asesoramiento, quita incertidumbres al emprendedor.

### Séptima conclusión

La séptima conclusión es que la norma ignora totalmente la labor real que los notarios desarrollan en sus despachos, donde se han constituido millones de sociedades. El asesoramiento y la experiencia que el notario aporta son omitidos por la norma. La constitución de una sociedad (como casi la autorización de cualquier documento notarial) va precedida o acompañada de dudas, consultas y peticiones de aclaración que el cliente formula al notario y éste re-

suelve. Por el contrario, en la norma parece que constituir una sociedad sea rellenar un cuestionario del censo.

Pese a todo, dejemos al margen el desconocimiento del mundo real que la norma proyecta y limitémonos a preguntarnos si es una buena norma en abstracto.

No, a ese precio. No es una buena norma al precio que paga el emprendedor por usar esta vía. ¿Cuál es ese precio? El máspreciado. La libertad.

El emprendedor compulsivo, pero avaro y tacaño (extraña combinación), si opta por la Sociedad a 60 euros y 40 de registro... perderá el bien máspreciado del Derecho: la autonomía de la voluntad; la libertad de pacto... quedará sometido a unos Estatutos (por cierto y que me perdonen, pésimos) donde no podrá plasmar nada de su especificidad.

**La inseguridad jurídica se percibe como un elemento perjudicial, en España y en China. El cambio constante penaliza la inversión**

En una sociedad que ha destacado la importancia del Protocolo Familiar, nos encontramos con la paradoja de la absoluta minusvaloración del documento societario más importante: los Estatutos Sociales. Usará un modelo pésimo que no podrá alterar y que es contrario en diversos preceptos a la propia Ley de Sociedades de Capital. La Ley de Sociedades de Capital y toda la doctrina destacan como principio esencial de la Sociedad Limitada el ámbito que en ella puede desarrollar la autonomía de la voluntad, el acuerdo de los socios, la libertad de pactos en todo lo no prohibido.

El Real Decreto se complementa con una Orden Ministerial (Orden JUS/3185/2010) que sólo ha aprobado un Modelo Obligatorio. El modelo es obligatorio. Y malo. Malo de solemnidad. A quien quiera saber las razones por las que jurídicamente se puede afirmar tan rotunda conclusión les remito a lo antes expuesto (en especial, sobre el objeto) y a los trabajos de José Ángel García Valdecasas, Miguel Ángel Robles Perea, Manuel Martínez, Jorge López Navarro y tantos otros.



Las restricciones a la libertad del emprendedor no tienen fundamento: no podrá constituir una SL del art. 5. Dos si desea que una persona jurídica sea socio; no podrá constituirla si desea que una persona jurídica sea administrador; no podrá fijar término inicial de la sociedad si p. ej. desea que comience el 1 de enero; no señalará el número máximo y mínimo de administradores pese a que es exigencia legal de la LSC; no podrá fijar un plazo al administrador; no podrá nombrar más de dos administradores mancomunados pese a que la ley lo admite; no podrá optar por el Consejo de Administración...

## Octava conclusión

La octava conclusión es sencilla. La peor reforma es la que restringe la libertad de pactos, la autonomía de la voluntad. El rasgo diferenciador de la Sociedad Limitada es precisamente esa libertad. La solución del Real Decreto castra la libertad imponiendo unos Estatutos. Sólo por este motivo la sociedad civil debería rechazar contra la norma. Los Estatutos obligatorios de la Orden Ministerial son técnicamente muy deficientes.

**En la norma, el emprendedor es un ser compulsivo; el asesor, es un fantasma que ni está ni se le espera; el notario es un coste transaccional que nada aporta**

Pero sobre todo, lo que no se entiende es que la forma de constitución presencial o telemática de una sociedad condicione los elementos esenciales del tipo social. No se entiende que el emprendedor no pueda decidir que el administrador deba ser reelegido cada cinco años (medida harto prudente) porque pierde la posibilidad de acogerse al sistema, es un absurdo.

## Novena conclusión

La novena conclusión es que se tergiversa el proceso de asesoramiento pues los elementos configuradores del tipo social pueden ser imposibles por las restricciones del Real Decreto y por los Estatutos obligatorios de la Orden Ministerial, que establecen limitaciones arbitrarias sin soporte legal (contrarias a la LSC). Por esta razón puede

afirmarse sin duda que era mucho mejor la solución de la DF 1.<sup>a</sup> de la LSC: la manera de tramitar una escritura nunca, jamás, debe condicionar su contenido. Es absurdo.

Es el momento de cuestionarse si el sistema triunfará o será un nuevo fracaso similar a los de la SLNE, el CIRCE, la DF 1.<sup>a</sup> de la LSC (ésta sencillamente porque nadie se ha preocupado de implementarla)...

El fracaso parece rondar al proyecto. Hemos solicitado información oficial de cuántas sociedades se han constituido por la vía del RD, pero sólo está disponible el dato de las incidencias. Repetimos: «recibido 93 calificaciones negativas correspondientes a distintos Registros (se justifican todas ellas por no acreditarse la presentación en la oficina liquidadora del impuesto o por defecto de los estatutos aprobados por Orden Ministerial). En concreto, de esas calificaciones, 21 se refieren a los Estatutos predeterminados aprobados por el Ministerio de Justicia mediante Orden del Ministro».

Pero, ¿qué porcentaje representan del total de sociedades constituidas desde su entrada en vigor?

Entrando en el fondo del asunto, ¿por qué una vez más estamos donde estábamos? La respuesta puede deducirse del axioma siguiente. Con una capacidad de síntesis que a quienes le conocen no le maravillarán el Notario de Sagunto, Vicente Micó, siempre ha defendido que: «Para que un proyecto triunfe en el Notariado debe cumplir al menos dos de tres requisitos:

- a) Ser fácil
- b) Ser obligatorio
- c) Ser rentable.

Con uno, no basta.

Por tanto, debe ser, al menos:

Fácil + Obligatorio, o

Rentable + Obligatorio, o

Fácil + Rentable».

Reconfigurado el axioma para este supuesto concreto podemos decir que «Toda novedad tecnológica que afecte al notariado sólo triunfará si cumple al menos dos de tres requisitos: a) Ser obligatoria (y universal); b) Ser sencilla; c) Ser sostenible».

Y todo ello supuesto que estemos ante una novedad porque nosotros hemos constituido con anterioridad al Real Decreto numerosas sociedades por vía telemática e inscrito numerosos documentos mercantiles por esta vía y sin problema alguno. En realidad, ¿aporta algo que no existiera ya el Real Decreto?

## Décima conclusión

Como veremos a continuación, la décima conclusión es que la novedad —supuesto que constituya una novedad lo que es discutible— no respeta el axioma de éxito de las novedades tecnológicas que afectan al notariado. Quizá no cumpla ni uno solo de los tres requisitos. Probablemente no es obligatoria y desde luego no es universal. Es muy dudoso que sea sencilla. Pero, sobre todo, es innegable que no es sostenible.

Veamos por separado cada requisito.

En primer lugar, el nuevo sistema de presentación telemático no es ni obligatorio ni universal. Todos los autores coinciden en que pese a reunir los requisitos para aplicarlo, las sociedades pueden renunciar a su utilización y optar por la presentación física. Además, no es universal porque nos encontramos sólo en el Real Decreto con tres sistemas y plazos diferentes. Añadan a ello la SLNE, la DF 1.<sup>a</sup> de la LSC...

Esta complicación absurda en lo que no es más que un proceso de tramitación nada aporta. No hay valor añadido en crear hasta mil procedimientos; contrariamente a lo deseado se encarecen los costes internos de los agentes jurídicos.

Para conseguir un sistema ágil y sencillo, basta reducir siempre y en todo supuesto los plazos desde que el notario autoriza, hasta que remitida por él la escritura al registro, éste inscribe. Solución que serviría para la escritura de constitución y para cualquier otra, mercantil o no.

En segundo lugar, el sistema dista de ser sencillo. Contaré mi experiencia personal. Intento relatar los hitos desde el inicio.

Recibo una primera llamada y e-mail solicitando información del tipo social del Real Decreto. Lo contesto personalmente. Vuelven a decirme que constituirán la sociedad. Recibo casi todos los datos... no todos.



Debemos confeccionar el modelo de escritura y el de estatutos. En ambos, debemos tomar decisiones jurídicas (sobre el objeto, sobre si cabe hacer referencia al número de administradores, sobre la retribución de administradores). Previamente hemos realizado dos calificaciones jurídicas:

1. Si entra dentro de los supuestos del Real Decreto.

2. Si ha cumplido los requisitos.

La duda siempre queda pues hay autores y registros que no aceptan estas sociedades si la certificación de denominación social no es telemática (en nuestro caso no lo era). Ni siquiera nos detenemos en que sería imposible cumplir el RD toda vez que exige que quepa solicitar 5 denominaciones sociales cuando el sistema sólo permite tres.

Redactamos la escritura. Y los Estatutos. Una de las dudas que surgen es que nadie sabe si la redacción de Estatutos queda o no incluida en el importe de 60 euros. El emprendedor llega tarde. Tiempo perdido. Como es bastante frecuente, los certificados de ingreso que trae no se ajustan al importe de capital que nos había informado. Debemos volver a redactar la escritura. Esto es el pan nuestro de cada día. El arancel dice que cuando se desiste de un documento puede cobrarse el 50%; nunca lo hemos hecho; pero ¿no se debería penalizar la continua modificación de datos que obliga a realizar varias veces el mismo trabajo?

Terminada la escritura, su lectura, firma y autorización, comienza la tramitación.

- 1) Por exigencias de la normativa de Blanqueo tenemos que escanear los DNI.
- 2) Confeccionamos la copia simple porque las aplicaciones nos la exigen.
- 3) Es necesario introducir todos los datos en el programa de gestión de la notaría. El Arancel exige incorporar a la escritura el importe resultante. Complicación absurda respecto de documentos que se minutan con cuantía fija.
- 4) A continuación tenemos que traspasarlos al SIGNO y verificar los errores que arroja.
- 5) Acto seguido, desde Signo debe quedar completado el índice unificado (al menos en Cataluña). Generado el NIU

tenemos que usar dos aplicaciones. La relativa al CIF y a la Ficha Fiscal.

- 6) Obtención del CIF. Se plantean dos problemas:

- La aplicación exige las fechas de nacimiento de los socios, requisito que en el modelo no sería infrecuente olvidar pues ninguna norma sustantiva lo exige. Si no se ha tenido la prudencia de hacerlos constar en la escritura, habrá que acudir al escaneo de los DNI para averiguarlos.
- La aplicación no admite (de momento) el nuevo Certificado Electrónico del notario, quien se ve obligado a utilizar el antiguo. Dado que esta circunstancia no ha sido avisada por nadie, la pérdida de tiempo es innegable.

**La imagen del notario en la norma es absolutamente demencial, parece que no hace nada de enjundia jurídica o económica y desarrolla unas meras labores administrativas**

El CIF debe ser impreso. No podremos cumplir el requisito de unir la comunicación del CIF definitivo porque diga lo que diga la norma, la AEAT no lo envía.

- 7) En Cataluña tenemos que generar la Ficha Fiscal (sin ella no es posible cumplir el 600).
- 8) Podemos realizar el modelo 600 telemáticamente. Como tampoco nadie se ha preocupado de implementar la norma, no hay exención específica, por eso debe acudirse a la genérica. Circunstancia que tampoco nadie ha explicado.
- Todos estos trámites generan distintos justificantes, los cuales deben ser impresos e incorporados a la matriz.
- 9) La incorporación a la matriz del CIF provisional y del justificante de la presentación y pago del impuesto genera dos diligencias a redactar.
- 10) Procede generar la copia electrónica. En la matriz debe dejarse constancia de la copia expedida.
- 11) Se recibe:

— Acuse instantáneo de recibo. Necesidad de diligencia, incorporando el justificante.

— Acuse con firma electrónica del servidor del registro. Nueva diligencia similar.

— Acuse con firma electrónica del registrador. Nueva diligencia similar.

Tres acuses para decirnos lo mismo.

12) Si todo va bien, al día siguiente se recibe la calificación. Nueva diligencia con nuevo justificante.

13) Si se es prudente, se debe incorporar los dos listados históricos accesibles en Signo de la tramitación para poder justificar ante cualquier cliente todo lo realizado. Nueva diligencia.

14) Expedición de copia en papel.

15) Entrega del documento y cobro.

16) En el intervalo hemos anticipado de nuestro propio dinero la factura del Señor Registrador con el riesgo del impago de nuestros honorarios y asunción de los suyos. ¿Esto no es una gestión que debe cobrarse?

17) Adicionalmente hay que saber que nunca se recibirá la confirmación del carácter definitivo del CIF... con lo que estaremos donde estábamos hace unos meses.

Una cosa es que lo hagamos parecer sencillo; otra es que realmente lo sea. No lo es.

### Decimoprimer conclusión

La decimoprimer conclusión es que en el proceso el notario ha asumido funciones propias de gestión (obtención del CIF, liquidación del impuestos, anticipo de la factura del registrador). Tales funciones nunca, jamás, han estado incluidas en el Arancel. No se puede pretender que ahora lo estén. Es inviable.

### Decimosegunda conclusión

Y la decimosegunda conclusión es que no se ataca el centro del problema. El centro del problema es que en la conexión notarios-registradores, la liquidación de impuestos chirría e imposibilita generalizar el sistema. Lo más lógico sería separar totalmente el proceso de remisión al re-



gistro e inscripción del pago del impuesto. Así sí se agilizaría totalmente el proceso notarial-registral. Basta modificar el art. 254 LH y los similares aplicables al registro mercantil (para colmo en muchos impuestos lo exigido no es que se haya pagado, sino presentado y bastaría entender como presentado por el mero hecho de que el notario incluirá el acto en el NIU al que tiene acceso la Administración tributaria). Las CCAA han dispuesto de varios años para que sus plataformas tecnológicas funcionasen adecuadamente. Algunas lo han hecho aunque cada una haya implementado un sistema distinto (Cataluña, Andalucía, Aragón, Vizcaya...). El futuro no puede estar siempre esperando a quien se niega a subir al tren de las nuevas tecnologías.

Pero no nos olvidamos, queda el último requisito. ¿Es sostenible?

## El rasgo diferenciador de la Sociedad Limitada es la libertad, que castra el Real Decreto imponiendo unos Estatutos

Desde la firma hasta que concluyó la primera fase de tramitación (es decir, una vez obtenido el CIF, liquidado el impuesto y presentada la copia electrónica en el Registro) el personal necesario fue la empleada de gestión, la empleada de copias y el notario en persona. No olviden que el certificado digital del notario (su firma electrónica reconocida) es necesario para las remisiones y es personal e intransferible (a diferencia p. ej. del acuse de recibo registral o de la firma del servidor registral).

He realizado un estudio detallado de los costes. Siendo esta revista jurídica y no económica, atiendo a la petición de abreviarlos. He seguido los criterios aprendidos en la Licenciatura de Administración y Dirección de Empresas que estudia estas materias bajo el concepto Contabilidad Analítica o de Costes.

Existen los denominados «costes hundidos». El tiempo que el notario dedica no ya al estudio de la carrera de Derecho, sino a la oposición es un coste hundido. Su vida laboral es menor. Otro coste hundido (oculto) corresponde al estudio de la nueva legislación y al aprendizaje de las novedades prácticas. Cuando más se utilice una norma

nueva o un sistema nuevo, menor repercusión por operación tendrá este coste. Si (como es el caso del Real Decreto) en un mes y medio sólo se autoriza una operación de constitución de sociedad de ese tipo, el tiempo dedicado a la misma es inasumible. La propia confección de un modelo adecuado a la notaría es otro coste hundido.

Por tanto, en el cálculo de costes habría que imputar los del notario en cuanto profesional del Derecho, junto con los del estudio específico de la operación. Sólo con ellos, cualquier documento por 60 euros generaría pérdidas. Pero vamos, a efectos dialécticos, a despreciarlos.

Vamos pues con costes no hundidos sino aparentes. En rigor debería distinguirse entre costes variables (imputables directamente al documento, p. ej. sus folios o carpetas o el tiempo específicamente dedicado por el personal al mismo) y costes fijos (que necesitan un módulo de reparto para aplicarlos al documento p. ej. el seguro de responsabilidad civil, las fianzas, el alquiler, la luz, etc.).

La redacción del documento (si el modelo es óptimo) la puedes hacer rápidamente. Pero no olviden que hay que concretar: denominación, objeto, domicilio, capital, administradores, retribución o no de los administradores. Las consultas telefónicas y los emails a responder son otros costes. Es frecuente, como nos sucedió, que los datos enviados no se correspondan con los certificados bancarios, lo que obliga a rehacer todo (estatutos y escritura). Deben computarse por operación las incidencias junto con la lectura, la explicación, la firma y la autorización del documento.

Estos gastos los computé teniendo en cuenta el Coste empresa de los empleados necesarios y computando el tiempo del notario sólo al coste de un oficial (lo cual es ficticio y sesga a la baja el resultado, pero caso de tener que presentarlos en público permite una defensa cómoda del resultado). El coste empresa del empleado es el Coste Bruto más es el de la Seguridad Social a cargo de la empresa (normalmente pueden estimarlo en 1,33 veces el bruto aproximadamente).

Si el emprendedor llega tarde —como fue el caso— y los trámites (como deben cumplirse el mismo día) hay que hacerlos fuera del horario ordinario, el coste se con-

vierte en el coste de la hora extra (normalmente 1,5 veces el de la ordinaria).

El notario debe estar presente durante todo el tiempo dedicado a la tramitación. Por un lado, debe velar por que no haya incidencias y resolver las dudas (resuelve incidencias jurídicas y no jurídicas: cambio del Certificado Digital si el nuevo da error, como fue el caso, o solucionar el problema de dónde imputar la exención en el modelo 600 al carecer de campo específico, entre otros). Por otro lado, la firma electrónica del notario es imprescindible en todo el proceso.

Al día siguiente, se procede a la obtención de los justificantes de inscripción; finalmente la última fase del documento es elaboración y autorización de la copia física.

Deben añadirse los costes de llamada, cobro, ingreso, contabilización. Otros costes no considerados suelen ser la impresión, carpeta, etiquetas, papel, etc.

Al margen de los recursos humanos, necesitamos unos medios materiales. Un estudio que realicé en mi despacho me conduce a afirmar que podemos pensar que se aproxima a una cifra similar al coste de recursos humanos sin contar la seguridad social a cargo de la empresa (admito que puede variar según despachos, pero es una buena aproximación y desde luego bastante sesgada a la baja). En mi caso, el local es en propiedad, pero lo lógico es imputar el alquiler anual por documento. Luego hay que foliar y encuadernar (más mano de obra y coste), y custodiar indefinidamente el protocolo.

Finalmente, cualquier estudio sobre viabilidad de las empresas las compara con los activos libres de riesgo más el diferencial por asunción de riesgo. Deberían seguirse los estudios más habituales sobre lo exigido en los últimos quince años, pero para no complicar despreciaremos este concepto (en rigor no debería despreciarse: una cifra es lo que debe retribuirse al profesional por serlo; otra, lo que se le debería retribuir por tener unos activos invertidos y una organización que supone un coste y un riesgo frente a lo que le reportaría esa inversión en renta fija más la prima de riesgo).

¿Qué tendríamos que haber cobrado a coste y supuesto que el notario no cobre más de lo que cobraría un oficial de notarías meramente Licenciado en Derecho?



Unos 360 euros para exclusivamente cubrir costes. Adicionalmente, en los costes no hemos computado el problema de la regla de prorrata que arroja un IVA no deducible por el notario y que debe llevarse a costes. Sólo con una cifra algo superior a la indicada estarán cubiertos los costes; lo que exceda quedará sujeto al IRPF. Insisto en que es una aproximación, pero toda contabilidad de costes lo es. Pero una aproximación donde el tiempo del notario se computa al precio del tiempo de oficial de notaría, siendo el propio notario quien redacta todo para no imputar costes de oficialidad y donde no se utiliza a ningún oficial, sino a Auxiliares para abaratar los trámites, es mucho más probable que esté sesgada a la baja que al alza.

Finalmente, queda un aspecto. La subvención cruzada entre documentos. Todos sabemos que los poderes, las actas, los testamentos, en general, todos los documentos que se minutan conforme al número 1, son sencillamente deficitarios y sobreviven porque se subvencionan por el resto de documentos. Convertir la constitución de sociedades en un documento también a subvencionar es peligrosísimo, porque no sólo es que deja de sumar para atender al resto de documentos deficitarios, sino que resta porque hay que atender su coste.

Ahora procede analizar comparativamente los 60 euros englobando todas las actividades con las actuaciones que normalmente haría un Gestor o un Abogado. Se necesita información. ¿Qué cobra un Gestor por confeccionar el modelo 600? ¿Por obtener la solicitud de denominación? ¿Por tramitar la escritura? ¿Por obtener el CIF? ¿Y un Abogado por redacción de estatutos?

Aunque dispongo de los Baremos del Colegio de Barcelona, he preferido acceder vía Internet a otros. Si no les importa no diré la web, pero enlaza con la del Colegio donde da los honorarios (que además no necesariamente son máximos). Uso el Baremo al que he accedido en Internet de un Colegio que podemos suponer que no asume tantos costes de instalación como Madrid o Barcelona (son de una provincia de Castilla).

En los honorarios de gestores sólo la confección del modelo 600 (en caso de exención) ya asciende a 50 euros y si, además de confeccionarlo, se tramita, son 70 euros. Es decir, una sola de las múltiples gestiones que se le ha hecho asumir al notario ya tiene un precio superior al total. Com-

prenderán que no es sostenible el sistema. La obtención del mero certificado de denominación la cifran en 26 euros. La mera presentación de escrituras al registro mercantil la cobran a 35 euros. La tramitación de la escritura más barata posible ante el Registro Mercantil, si éste no cobra más de 70 euros, conlleva que el gestor cobre 40 euros. Pero si el registro no está en la localidad (lo que es regla general en los mercantiles) se aplica la letra siguiente, luego cobrarían... 47 euros. (Personalmente dudo que sólo cobren eso, pero no puedo aportar una web donde expresamente se diga.) Pero nótese que, p. ej., la inscripción en el registro de una SAL (Sociedad anónima laboral) pone en las últimas páginas que se cobra a 100 euros. No he encontrado específicamente la obtención del CIF, pero imagino que es similar al epígrafe de alta en el IAE, 70 euros.

Recapitemos, las actuaciones no jurisdicas sería: obtención de la denominación, 26 euros; liquidación del 600,70 euros (en este caso porque es exento, pueden llegar a más de 300 euros); la inscripción en el registro, entre 70 y 100 euros; y el CIF, otros 70.

Es decir, estamos entre 246 euros y 276 euros (y creemos que aunque eso corresponda a la teoría de los baremos a los que hemos accedido, las tarifas de las empresas de servicios a entidades financieras suelen ser claramente más altas según consta en la anterior nota al pie). Si cobran esas cifras, será porque entienden que es lo correcto (el mercado respeta esos precios y la Administración nunca ha dicho nada en contra); al respecto nos limitamos a respetarlo y nada tenemos que decir porque no es nuestro campo. Lo que sí tenemos que decir es que carece de sentido que el notario haga todo eso, además de la escritura y los estatutos por 60 euros.

Ahora veamos el aspecto jurídico: la redacción de una escritura y de los Estatutos.

Aquí parto de los honorarios del Colegio de Abogados de Madrid. La consulta sencilla, inferior a la media hora y sin examen de documentos (así en el texto de los honorarios recomendados, «sencilla»), se estipula en 120 euros (aproximadamente ocho veces el importe en que hemos estimado la hora de notario para nuestra contabilización, dado que hemos computado a 31,38 euros la hora y aquí se habla de media hora). Cualquier otra consulta, se fija en 180 euros. La asistencia al otorgamiento (ante notario) se cobra a 150 euros.

Las meras notas para que sea el notario el que redacte el documento se cobran a 120 euros. La redacción de un documento sencillo se cobra a 150 euros. Pero la clave es el Criterio 17 donde además de todo lo anterior, por la redacción de Estatutos estipulan 750 euros.

Para conseguir un sistema ágil y sencillo, basta reducir siempre y en todo supuesto los plazos desde que el notario autoriza, hasta que remitida por él la escritura al registro, éste inscribe

Podemos estimar en unos 1.000 euros la redacción de estatutos más la nota para redactar la escritura y la asistencia al otorgamiento. De nuevo, si los Colegios de Abogados han llegado a la conclusión de que dados los costes, éstos deben ser los precios, nosotros sólo podemos respetarlos y tomarlos como referencia.

Juntando ambos costes, la suma son unos 1.250 euros... y notario aparte. La reforma parece conducir a que —con notario incluido— todo cueste sólo 60 euros.

### Decimotercera conclusión

La decimotercera conclusión es que el sistema no ya no es sostenible, sino que parece contrario a las leyes económicas. Dado el profundo respeto que tenemos a todos los profesionales, si los Colegios de Abogados y Gestores estiman unos precios razonables en función de unos costes, nosotros no podemos sino tomarlos como referencia razonable. Si ellos, sin asumir nuestro trabajo, estiman en 1.250 euros el importe necesario, ¿cómo vamos nosotros a asumir nuestro trabajo y el suyo por 60 euros? Es imposible. Y si es posible, apunta a competencia desleal o a *dumping*. No nos deberían dejar trabajar por debajo de los honorarios de los Colegios de Gestores, de Abogados, etc.

Por otro lado, el Consejo General del Notariado y los Colegios Notariales suelen negarse a dar instrucciones sobre la manera de minutar el documento público por entender que atenta a normas de competencia. Sin embargo, en la Guía Práctica se pretende decir qué incluyen los 60 euros. ¿En qué quedamos? ¿Pueden o no pueden? Siempre he pensado que si no estamos en



libertad de precios, sino regidos por Arancel, el Consejo y los Colegios no sólo pueden, sino que deben dar instrucciones y unificar la práctica.

Recuerden ustedes que si yo, en lugar de actuar como notario, utilizo mi título de Gestor o el de Economista o el de Licenciado en Derecho (que los tengo) estaría legitimado para exigirles, como cualquier Gestor o Abogado, que bajo ningún concepto ofrezcan una escritura de constitución con todos sus trámites por debajo de 300 euros o más... —sus honorarios como notarios aparte—, porque otra cosa es perseguible como *dumping*.

El *dumping* es la fijación de precios predatorios. ¿De qué se trata? De ofrecer un servicio o producto por debajo de su coste para conseguir monopolizar el mercado. El *dumping* es una práctica desleal de competencia. Se vende por debajo de coste, se genera una pérdida, pero se excluye la competencia, con lo que se espera a largo plazo compensar la pérdida inicial. No es admisible.

Los Colegios de Gestores y Abogados harán bien en defender que los trámites de la escritura deben costar como mínimo los 250 euros de gestor más los 120 mínimos del Abogado (ya hemos visto que es más); más los 60 euros. Cualquier cifra inferior que se aplique podría ser atacada como *dumping*.

Incluso, rizando el rizo. Si el notario se limita a cobrar los 60 euros de la estricta función de notario y dado que todos son Licenciados en Derecho y algunos además en Administración y Dirección de Empresas, aplica las tarifas de estos Colegios para cualquiera de las actuaciones complementarias que no pueden ser arancelarias pues no son exclusivamente notariales ¿dónde estaríamos?

Convertir la constitución de sociedades en un documento también a subvencionar es peligrosísimo, porque no sólo es que deja de sumar para atender al resto de documentos deficitarios, sino es que resta porque hay que atender su coste

Pero el problema del Real Decreto es que es la punta del «iceberg» de una estrategia errónea o de un error de comunica-

ción o de un incumplimiento de lo que se entendía era el pacto existente, el contrato social. Perdonen si este estilo de redacción les parece provocador. Se trata de mover a la reflexión.

El notariado en un momento determinado parte de una reflexión.

Por un lado, el Arancel permanece congelado. El Arancel se publicó el 17 de noviembre de 1989 mediante el Real Decreto 1426/89 que dice: «*En cumplimiento de tales disposiciones se ha elaborado el presente arancel de los notarios. Su confección ha estado presidida por los siguientes criterios:*

1. *Cobertura de gastos. De conformidad con lo dispuesto en el apartado 2 de la disposición adicional tercera de la Ley de Tasas y Precios Públicos, según el cual, los aranceles se determinarán a un nivel que permita la cobertura de los gastos de funcionamiento y conservación de las oficinas en que se realicen las actividades o servicios de los funcionarios, incluida su retribución profesional, se han adaptado los derechos arancelarios a los incrementos experimentados por los costes de personal y material desde la fecha de entrada en vigor del anterior arancel.*

Se preveía una Comisión de seguimiento en su artículo 2 que anualmente debía elevar a los Ministros de Justicia y de Economía una Memoria sobre las modificaciones a introducir.

Prácticamente, nosotros sólo tenemos noticia de rebajas del Arancel, nunca de actualizaciones. El principio recogido en el Arancel ex Ley 8/1989, de 13 de abril de Tasas y Precios Públicos sigue vigente. Luego esta Comisión nonata cada año debería plantear cambios. Sin embargo, en veintidós años de vigencia de los Aranceles, los costes han subido, pero los Aranceles no; es más, han bajado. En ese intervalo no creo que exista ninguna empresa que no haya actualizado sus tarifas.

La situación era y es insostenible. La burbuja inmobiliaria la enmascaró. Por la vía del volumen y de la eficiencia pudo ocultarse la situación totalmente descabellada que suponía la ausencia de actualizaciones durante tantos años.

Por otro lado, junto a un Arancel congelado, la reforma del Reglamento Notarial contempla la doble faceta del notario, su aspecto funcional y su aspecto profesional.

La solución estratégica parecía muy razonable. Las nuevas tecnologías ofrecían posibilidades. Desde esta óptica, permitían cumplir varios objetivos:

a) Desde el aspecto funcional, el notariado creaba el NIU; permitía una información exhaustiva a las Administraciones Públicas. La información es el elemento más valioso en la sociedad actual (evidentemente alguien debe implementar políticas para aprovecharla y sacarle rendimiento). El índice, el Blanqueo de Capitales, el Catastro, las Estadísticas, el índice fiscal para las CCAA, los datos para los Ayuntamientos para el IIVTNU, etc. No cabe duda. El notariado deviene el eje sobre el que se asienta toda la estructura impositiva y legal relativa a los documentos, las transacciones, los actos societarios, etc. La idea era, sencillamente, ser imprescindibles. Sólo por esta razón, podríamos justificar las inversiones multimillonarias que hubo que acometer.

b) Desde el aspecto profesional, el notariado conseguía estar a la vanguardia de las Nuevas Tecnologías, prestando servicios inimaginables años o meses antes, acelerando todos los trámites, pudiendo acometer funciones residuales a menor coste y beneficiar con ello a los ciudadanos. Esas funciones eran extra-arancelarias.

Podemos entender que existía un acuerdo tácito sobre la dirección a seguir; si se admite la expresión, un contrato social. El criterio era sencillo: las nuevas tecnologías debían suponer mejor servicio (para los particulares y la Administración) y menor coste conjunto de las actuaciones arancelarias y las extra-arancelarias, desarrollase éstas el notario o cualquier otro agente (para los particulares). La apuesta decidida por las nuevas tecnologías modernizaba el notariado y permitía atender todos los requerimientos estratégicos. Quizá se cometieron errores de comunicación (que impidió la alineación de todos en busca del mismo objetivo) y externa (que generó reacciones injustificadas y alianzas contra natura). Los mayores beneficiados de estas medidas han sido los Gestores que han disminuido costes en las tramitaciones sin bajar sus honorarios. Extrañamente se ha conseguido que algunos vean el sistema como una amenaza. Sin embargo, lo cierto es que hay Gestorías que operan para entidades financieras o son filiales de ellas diseñadas bajo el principio de que es el notario el que debe tra-



mitar absolutamente todo y ellas limitarse a esperar el instrumento inscrito. Siendo ello así, la existencia de otros críticos con el sistema sólo cabe achacarlo a algún error de comunicación.

Sin embargo, ¿habríamos acometido esas enormes inversiones tecnológicas si el resultado fuese el que se nos transmite?

a) Desde el punto de vista funcional, con motivo del Real Decreto se volvió a eschuchar la hipotética amenaza del famoso impreso de constitución de sociedad que por lo visto podría venderse en un estanco... Es lógica la perplejidad. Al margen del valor intrínseco de la función notarial, de la fe pública y del documento auténtico... ¿Carece de valor la información estadística? ¿Tiene o no algún valor el NIU? ¿Se valora o no la implementación del alta telemática del CIF? ¿Y la posibilidad que brindamos a cualquiera de poder pagar sus impuestos en línea, pues somos nosotros quienes comunicamos todos los datos mediante la Ficha a la Comunidad Autónoma, no es acaso una gran ventaja para ésta y para las Gestorías? ¿Y la seguridad que proporciona la transmisión inmediata de datos al registro? ¿Y los controles del Blanqueo? ¿O la disminución de la litigiosidad que la intervención notarial conlleva tiene un valor? Otra vez el cuento del Lobo (que al final puede venir, claro) de que el documento privado es lo mismo que el público, lo que además de cansino resulta de una ignorancia manifiesta.

b) Desde el punto de vista profesional, el acuerdo tampoco se respeta. Si las funciones que no son exclusivas del notario, en lugar de voluntarias devienen obligatorias, pero sin derecho a cobrar por ellas porque se encuadran dentro del Arancel, entramos en conflicto con cualquier profesional y rompemos el mercado, además de sencillamente acumular pérdidas.

#### Decimocuarta conclusión

La decimocuarta conclusión es evidente: el notariado debe revisar

- su Plan Estratégico y
- su Plan de Comunicación (en especial, relaciones con las Administraciones y los gestores).

En Valencia, durante años, las obras impedían el tráfico rodado ordinario, lo que llevó a los taxistas a sumirse en la desesperación. Por ello pusieron una pegatina que

decía: «Si no hay Concejal de Urbanismo, que lo nombren; si lo hay, que lo tiren».

Parafraseando: «Si tenemos un Plan Estratégico y de Comunicación, que se revise; si no los tenemos, que se haga».

Es peligroso asumir planteamientos carentes de ética sólo para no contrariar al poder. Es necesario un compromiso ético. O lo que se cobra es éticamente aceptable o no; si no lo es, debemos aceptar su reforma; si lo es, debemos defenderlo con corrección. Todos recordamos el poema del pastor luterano Martin Niemöller respecto al error de aceptar situaciones poco éticas cuando no nos afectan. ¡Guárdeme Dios de decir que nadie se acerca a los sujetos a que el poema se refiere! Pero el miedo es siempre igual. O los aranceles son correctos o no lo son. Si no lo son, sin rubor, sin prejuicios, los comparemos y decidimos. Pero si lo son no sirve decir «como yo hago pocas cancelaciones...», porque luego estamos en «como yo hago pocas pólizas...» y seguimos con «como yo hago pocas sociedades...». Un camino sin fin, porque un interlocutor acomplejado y desarmado éticamente es el enemigo ideal. Lo que se discute no es el huevo, sino el fuero.

Ninguna protesta sin propuesta. Tengo por máxima no criticar sin ofrecer propuestas o alternativas. Las he redactado. Las omito de este escrito porque son 37 y existen unos límites de lo que el lector soporta. Pero al menos que quede claro que sólo se equivocan los que intentan hacer algo. Por ello, mi crítica siempre va revestida del mayor de los respetos.

Adicionalmente, transcribía unas frases del poema «If» de Rudyard Kipling preparándome para lo peor y otras de QUEVEDO en su Epístola al Conde-Duque. Agotaría al lector.

Pero si concluyo sin propuestas el lector saldrá desanimado. Quiero transmitir el optimismo porque una crisis es, sencillamente, una oportunidad.

La Fundación Everis en el Informe «Transforma España» dice: «En efecto, esta crisis se puede convertir en un excelente acicate a la hora de abordar cambios profundos y múltiples con mayor consenso, corresponsabilidad, humildad y capacidad de sacrificio. Como dijo John. F. McDonnell, entonces patrón de McDonnell Douglas Corporation, “si ya es difícil que un colectivo en dificultad cambie, es prácticamente imposible que lo haga cuando exhibe todos

los signos externos del éxito; sin el acicate de una crisis o un periodo de gran tensión, la mayor parte de los colectivos —al igual que la mayor parte de las personas— es incapaz de cambiar los hábitos y actitudes de toda una vida”...

El denominado “golpe de estado de los Mercados”, sencillamente es que los Mercados ya se han cansado de gente cortoplacista tomando decisiones para el largo plazo...

**Siempre he pensado que si no estamos en libertad de precios, sino regidos por Arancel, el Consejo General del Notariado y los Colegios Notariales no sólo pueden, sino que deben dar instrucciones y unificar la práctica**

Y considera que el Pilar II de las reformas a desarrollar en lo que afecta a empresas y a Administraciones consiste en la instauración, para cada agente, de un nuevo patrón de excelencia individual que combine todas y cada una de las tres capacidades clave siguientes:

- Capacidad de medir de forma transparente y objetiva el desempeño del agente...
- Capacidad para el agente de adaptarse a cambios internos y externos...
- Capacidad para el agente de conectarse con el resto de agentes...

Impera aquí la ley del eslabón más débil, esto es, a un agente no le vale con tener sólo una o dos de las tres capacidades: las tres son condiciones necesarias y ninguna es suficiente».

Sirve para las empresas. Serviría para nosotros.

Es necesario, ante todo identificar correctamente los problemas, y después, resolverlos.

Los cinéfilos recordarán que en la película *Acoso* intentan distraer constantemente al protagonista con una demanda por acoso para evitar que se centre en el problema. Un amigo oculto le envía una y otra vez la misma nota: «Solve the problem». En nuestro caso es sencillo. Los problemas son:



- 1) Una tramitación telemática que está a punto, pero que nunca acaba de consolidarse del todo. Si el problema es la liquidación de impuestos, debe solucionarse de una vez por todas.
- 2) Unos Aranceles congelados con unos honorarios de la mayoría de actos por debajo de su coste.
- 3) Una confusión de las materias que son arancelarias, con aquellas que no pueden serlo porque no son exclusivamente notariales.
- 4) Un problema de comunicación y de relación con el resto de agentes.

No son temas nada complejos. ¿Los solucionamos?

## 2. Epílogo y Credo

Si me permiten intentaré poner fin a esta exposición con una especie de Credo personal.

Decía el poeta sevillano Antonio MACHADO que «Todo necio confunde valor y precio». Y el cantante catalán Joan Manuel Serrat, en su Soneto a mamá dijo «que no hay que confundir valor y precio». En toda España, del uno al otro confín, se sabe que una cosa es el valor y otra el precio.

También sabemos que en un mercado lógico, el precio de los bienes y servicios debería tender a reflejar su valor.

Estoy convencido de pocas cosas en mi vida, pero permítanme que comparta con ustedes algunas de ellas.

- 1) Si la norma que se dicta es de imposible cumplimiento o exige la condición de héroe para cumplirla, tarde o temprano se incumple o se buscan medios para no aplicarla.
- 2) Abogados, Jueces, Fiscales, Notarios... aportamos valor a la Sociedad. Si no lo hacemos mejor es que las Leyes nos lo impiden (sí, quizá queda mal decirlo, pero hay leyes mejores y peores técnicamente hablando). Decía Clemenceau «La guerra es demasiado importante para dejársela a los generales». Leyendo algunas leyes y pese a mi enorme fe democrática a veces pienso «¿No serán las leyes demasiado importantes para dejárselas a los políticos?». No me refiero, es evidente, a la legítima expresión de la soberanía

popular; me refiero al aspecto técnico de la norma. Decía De Castro que «las leyes necesitan solera», se necesita tiempo para que calen en la sociedad. Hoy parece que las leyes son meros instrumentos tácticos o publicitarios, si me apuran a veces son de poner y quitar.

- 3) Las nuevas tecnologías ofrecen la posibilidad de abaratar el coste de bienes y servicios. Es razonable pensar que el efecto de las nuevas tecnologías sea la disminución del coste de la tramitación de un documento al hacer innecesario el desplazamiento físico. Por tanto el coste de autorización, más inscripción, más tramitación puede abarataarse globalmente al disminuir el coste de tramitación. Pasar de ahí a creer que se abarata el coste de autorización o inscripción, sencillamente carece de todo fundamento y pretender que con un precio que no cubriría ni lo que antes se cobraba por tramitar, se atienda el coste no ya de la tramitación sino además de la autorización e inscripción, parece atentar contra el fundamento de los aranceles. Ya hemos destacado que la congelación de los aranceles de notarios y registradores durante más de veinte años no parece razonable.
- 4) Un principio básico de la economía es que no es posible prestar un servicio a un precio inferior a su coste. Caso de ser posible, se considera una práctica ilegal. Tiene incluso nombre propio: *dumping*.  
Un precio por debajo de coste del notario, presiona al resto de agentes a precios imposibles; por propia subsistencia podría darse que estos otros agentes carezcan de todo interés en fomentar la figura.
- 5) Hasta los profesionales del Derecho acaban mareados y confusos ante un exceso de producción legislativa.

Ante tantas normas fragmentarias, contradictorias y transitorias, cuando nos preguntamos por los elementos decisivos del asesoramiento nos tendremos que remontar a la antigua Grecia. Sócrates aparentaba ignorancia. A nosotros nos han hecho ignorantes mediante el exceso de normas contradictorias.

Por poner un ejemplo, ¿cómo es posible que tras publicar toda la Ley de Sociedades Profesionales los Estatutos aprobados por el Ministerio de Justicia para las sociedades del Real Decreto incluyan su objeto sin respetar ni uno de los requisitos legales?

Y mientras estoy acabando de redactar, me llama un cliente y me pregunta si puede incluir una Sociedad dedicada al Transporte en la norma. El objeto del artículo 2 lo contempla, pero ¿cabe una sociedad dedicada al transporte con sólo 3.100 euros de capital? ¿Ha dejado de estar vigente la legislación especial que hace depender el capital de determinados elementos?

Como anticipé, este trabajo se redactó antes de las Resoluciones de la DGRN y antes de las dos Instrucciones. Las he introducido en el texto en un esfuerzo de última hora para que la publicación las recoja. Por eso, algunos incisos pueden parecer críticas a aspectos ya superados. Pero era mejor dejarlo así porque se trata de transmitir la desazón del jurista que se debate perplejo en el día a día ante el alcance práctico de normas fragmentarias y contradictorias. ¿Es lógico tener que trabajar así? ¿Tiene sentido una LSC, un RDL, una Orden Ministerial, dos Instrucciones, varias Resoluciones, etc. para regular una materia? Podemos trabajar conjuntamente de otro modo. De verdad, creo que no es necesario sufrir así la legislación. No es un problema de aptitud, sino de actitudes. Me resisto a creer que notarios y registradores no podamos resolver problemas. Hay que ser parte de la solución...

El resto del trabajo lo dedicaba a analizar los cambios legislativos en la Ley de Economía Sostenible, la regulación de la Cooperativa Europea con domicilio en España materia de LSC y la reforma de la LSC.

Y aportaba los modelos para la constitución telemática de sociedades así como los cambios en el modelo de constitución ordinaria que deben implementarse para respetar las Instrucciones de la DGRN.

# Las adjudicaciones por disolución del régimen de separación de bienes y el Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y actos jurídicos documentados, tras la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de abril de 2010

La Sentencia de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo, de 30 de abril de 2010, que resuelve el recurso interpuesto contra Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de 26 de abril de 2007, considera que la comunidad de bienes creada entre los cónyuges con régimen económico matrimonial de separación de bienes participa de la misma naturaleza que cualquier otra comunidad de bienes y fija doctrina sobre el tratamiento tributario de las adjudicaciones y transmisiones originadas por la disolución del matrimonio.

**BENJAMÍN GÓRRIZ GÓMEZ**  
*Abogado del Real Ilustre Colegio  
de Abogados de Zaragoza*

## I. Introducción

El art. 45 del Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados (en adelante TR LTP-AJD), relativo a los beneficios fisca-

les aplicables a las tres modalidades de gravamen —transmisiones patrimoniales onerosas (TPO), operaciones societarias (OS) y actos jurídicos documentados (AJD)—, establece en su apartado I.B).3, que estarán exentas «las aportaciones de bienes y derechos verificados por los cónyuges a la sociedad conyugal, las adjudicaciones que a su favor y en pago de las mismas se verifiquen a su disolución y las transmisiones que por tal causa se hagan a los cónyuges en pago de su haber de gananciales».

Por otra parte, el art. 7.2.B) del mismo texto legal establece, por lo que aquí interesa, que se considerarán transmisiones patrimoniales a efectos de liquidación y pago del impuesto, «los excesos de adjudicación declarados, salvo los que surjan de dar cumplimiento a lo dispuesto en los arts. 821, 829, 1.056 (segundo) y 1.062 (primero) del Código Civil y Disposiciones de Derecho Foral, basadas en el mismo fundamento».

El art. 45.I.B).3 declara, por tanto, exentos tres supuestos:





- 1) Las aportaciones de bienes y derechos de los cónyuges a la sociedad conyugal.
- 2) Las adjudicaciones de bienes y derechos que se hagan los cónyuges, a la disolución de la sociedad conyugal, en pago de las aportaciones que hicieron.
- 3) Las transmisiones de bienes y derechos que, a la disolución de la sociedad conyugal, se efectúen los cónyuges en pago de su haber en la sociedad de gananciales.

La STS de 30 de abril de 2010 se refiere a los dos últimos supuestos: las adjudicaciones y transmisiones que se verifican los cónyuges con ocasión de la disolución de su sociedad conyugal.

## II. Hechos

Ambos cónyuges, casados en régimen económico matrimonial de separación de bienes, eran cotitulares del piso que constituía la vivienda habitual del matrimonio. Con motivo de su separación matrimonial otorgaron escritura pública de capitulaciones matrimoniales y liquidación de comunidad conyugal, acordando en ella liquidar la comunidad conyugal sobre el antes referido piso adjudicándose la esposa, en atención a su carácter indivisible, que también asume el pago de la hipoteca pendiente, a cambio de una compensación en metálico al marido. La adjudicación del piso a la esposa se configura como una operación de liquidación de la comunidad conyugal.

**Del mismo modo que el Derecho Civil por imperativo constitucional protege a la familia, el Derecho Fiscal prolonga esa protección a las complejas relaciones económicas que generan las situaciones de crisis matrimonial**

El Tribunal Económico-Administrativo Regional de Cataluña consideró que sobre la vivienda no existía sociedad conyugal y que el acto de liquidación de la comunidad conyugal no estaba gravado por transmisiones patrimoniales —porque no había transmisión sino concreción de cuotas—, pero que sí lo estaba por actos jurídicos documentados. El TEAR parece argumentar, para no apreciar la exención, que no se

trataba de disolución de una comunidad de gananciales.

## III. Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 26 de abril de 2007

### 1) Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 26 de abril de 2007

El TSJ-Cataluña, en sentencia de su Sala de lo Contencioso-administrativo de 26 de abril de 2007 (Sec. 1ª, rec. 1239/2003, ponente D. José Luis Gómez Ruiz) consideró que la exención prevista en el art. 45.I.B).3 del TR LITP-AJD era aplicable al régimen económico matrimonial de separación de bienes, pues no cabía limitarla sólo al de gananciales, por las siguientes razones:

a) Del mismo modo que el Derecho Civil por imperativo constitucional protege a la familia, el Derecho Fiscal prolonga esa protección a las complejas relaciones económicas que generan las situaciones de crisis matrimonial (separación, nulidad y divorcio) al aplicar una exención a las transmisiones que, por tal causa, se hagan los cónyuges en pago de su haber en la sociedad de gananciales o en otro régimen de comunidad regulado en el Derecho Foral, distinto al de gananciales. No existe prohibición alguna, atendida la redacción del primer inciso del precepto, para aplicar dicho beneficio a todas las transmisiones operadas como consecuencia de las situaciones de crisis matrimonial con independencia de cuál haya sido su régimen económico matrimonial.

b) Una interpretación favorable a la exclusión no solo no contribuiría a la pacificación de la nueva situación personal y económica sino que, además, ofrecería dudas de constitucionalidad por infracción de los arts. 14 y 31.1 de la Constitución, a falta de una justificación objetiva y razonable.

c) Aunque la aplicación de uno u otro régimen económico matrimonial es voluntaria, pues puede pactarse, no cabe la menor duda del arraigo que tiene en cada Comunidad uno concreto, lo que lleva a los contrayentes a aceptar comúnmente el régimen supletorio. Si en el momento de la disolución del matrimonio se produjeran desigualdades en el tratamiento fiscal nos encontraríamos ante una discriminación

por razón de vecindad civil, precisamente por la falta de justificación razonable.

d) Si bien en el régimen de separación de bienes no hay propiamente una puesta en común de bienes, es obvio que se entremezclan las relaciones personales y económicas, por lo que puede existir una comunicación entre las cargas y derechos propios de la relación matrimonial. No se puede asimilar la relación matrimonial y sus relaciones económicas —asentadas siempre sobre las relaciones personales— a una comunidad de bienes ordinaria, ya que el matrimonio, como una de las instituciones básicas del Derecho de familia, debe estar asegurada de protección social, económica y jurídica (art. 39 de la C.E.), incluso cuando se disuelve, disolución que comporta la extinción del régimen económico matrimonial.

e) En el régimen de separación de bienes, la disolución también exige una liquidación, siquiera más restringida y menos nítida que la liquidación de los regímenes económicos matrimoniales de comunidad de bienes, pero que por el hecho de ser más restringida no deja de ser una verdadera liquidación.

En consecuencia, la sentencia del TSJ-Cataluña anuló la resolución del TEAR.

### 2) Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 4 de abril de 2002

Los argumentos de esta STSJ-Cataluña no son novedosos sino que ya habían sido expuestos en la anterior sentencia de la misma Sala, de 4 de abril de 2002 (Sec. 4.ª, rec. 2712/1997, ponente D. Eduardo Barrachina Juan) que contiene, entre otros, los siguientes razonamientos:

- Uno de los efectos propios de la separación matrimonial es la disolución de la sociedad conyugal, disolución que exige la correspondiente liquidación. Ésta, en el caso de que el régimen económico matrimonial sea el de separación de bienes, quedará restringida al pago de las contribuciones atrasadas y/o gastos comunes, y a las compensaciones que procedan entre los patrimonios de cada uno de los cónyuges.
- Si bien en el régimen de separación de bienes no hay propiamente una puesta



en común de bienes, es obvio que se entremezclan las relaciones personales y económicas del matrimonio. Por ello puede existir, y a menudo existe, una comunicación entre las cargas y derechos propios de la relación matrimonial.

- La especialidad de esta comunicación entre las relaciones personales y económicas viene a afectar incluso a algún bien privativo. Respecto a ellos existen limitaciones legales bien de disposición, de uso o de afectación y responsabilidad (arts. 1.320; 90; 96; 1.319 1.438 y 1.440 del Código Civil).

Por todo ello, la STSJ-Cataluña de 4 de abril de 2002 concluye, por una parte, que no es posible «asimilar la relación matrimonial y sus relaciones económicas [...] a una comunidad de bienes ordinaria» y, por otra parte, que «también en el régimen de separación de bienes, la disolución exige una liquidación siquiera más restringida y menos nítida que la liquidación de aquellos regímenes económico-matrimoniales cuyo rasgo fundamental es la puesta en común de bienes, pero que por el hecho de ser más restringida, no deja de ser una verdadera liquidación».

### 3) Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 29 de octubre de 2008

También la Dirección General de los Registros y del Notariado entiende que no es posible identificar la comunidad derivada del régimen económico matrimonial de separación de bienes con la comunidad de bienes ordinaria, y que puede ser necesaria la práctica de liquidación, tras la disolución de dicho régimen matrimonial.

Así, en su Resolución de 29 de octubre de 2008 y en la más reciente de 22 de diciembre de 2010, afirma: «el régimen de separación de bienes está basado en la comunidad romana pero ello no autoriza a identificar ambas regulaciones». Según las mencionadas resoluciones, la diferenciación resulta, en nuestro ordenamiento, básicamente, de cinco circunstancias:

- a) El hecho de que el régimen económico matrimonial de separación de bienes sólo puede existir entre cónyuges.
- b) La afectación de los bienes al sostenimiento de las cargas del matrimonio.

- c) Las especialidades en la gestión de los bienes de un cónyuge por el otro.
- d) La presunción de donación en caso de concurso de un cónyuge.
- e) Las limitaciones que para disponer se derivan del destino a vivienda habitual de un inmueble.

Nada de lo anterior sucede en una comunidad romana en la que en ningún momento existen consecuencias patrimoniales derivadas de las circunstancias personales de los titulares, pues ni los bienes integrantes de esta comunidad se sujetan a afectación especial alguna ni sufren especiales limitaciones a su disposición.

**También en el régimen de separación de bienes, la disolución exige una liquidación siquiera más restringida y menos nítida que la liquidación de aquellos regímenes económico-matrimoniales**

Por otra parte, en el régimen económico matrimonial de separación de bienes es posible que la liquidación del régimen no sea necesaria (por no existir deudas pendientes o por su conversión en una comunidad ordinaria), pero puede ocurrir lo contrario cuando exista un patrimonio activo común que no se desee seguir compartiendo o deudas de las que no se desee seguir respondiendo.

### IV. Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de abril de 2010

Y llegamos así a la sentencia reseñada en el título de este artículo: la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo, de 30 de abril de 2010 (Sec. 2.ª, ponente D. Emilio Frías Ponce) que resuelve el recurso de casación en interés de ley (núm. 21/2008) interpuesto contra la STSJ-Cataluña, de 26 de abril de 2007, cuyos fundamentos han sido sintéticamente expuestos en el apartado anterior.

La sentencia del TS considera que la comunidad de bienes creada entre los cónyuges con régimen económico matrimonial de separación de bienes participa de la misma naturaleza que cualquier otra comunidad de bienes, y fija como doctrina legal

que «en el supuesto de las adjudicaciones y transmisiones originadas por la disolución del matrimonio, y previsto en el artículo 45.I.B).3 del Real Decreto Legislativo 1/1993, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, la exención de tributos únicamente es aplicable a las disoluciones en que haya una efectiva comunidad de bienes (sociedad conyugal), por tanto esta exención no es aplicable a los supuestos en que rija un régimen económico matrimonial de separación de bienes».

### 1) Fundamentos de la sentencia

Comienza el TS poniendo de relieve las diferencias existentes entre el régimen económico matrimonial de gananciales y el de separación de bienes:

- El art. 1.344 del Código Civil establece que mediante la sociedad de gananciales se hacen comunes para los cónyuges las ganancias o beneficios obtenidos indistintamente por cualquiera de ellos, que le serán atribuidos por mitad al disolverse. La sociedad de gananciales es una comunidad en mano común, de origen germánico, en la que existe un patrimonio autónomo, separado y común, del que son titulares indistintamente ambos cónyuges sin que ninguno de ellos, constante el matrimonio, ostente cuota alguna sobre los bienes y derechos que lo integran, ni puedan ejercitar individualmente derechos de propiedad. Sólo en el momento en que la comunidad se disuelve surge un derecho de crédito, el derecho a la cuota de liquidación.

- Por el contrario, el régimen económico matrimonial de separación de bienes tiene como nota esencial la inexistencia de una comunidad patrimonial por razón de matrimonio. En este régimen cada cónyuge retiene el dominio, administración y disfrute, tanto de los bienes que aporta como de los que adquiera por cualquier título durante el matrimonio, contribuyendo a las cargas comunes en la proporción convenida o en proporción a su haber. El régimen económico matrimonial de separación de bienes constituye la negación de toda asociación pecuniaria entre los cónyuges.



Por tanto, concluye el TS, la comunidad de bienes cuyos comuneros sean cónyuges en separación de bienes es ajena al régimen matrimonial y participa de la misma naturaleza que cualquier otra comunidad de bienes, en la que cada uno de los copropietarios ostenta un derecho de propiedad sobre la parte que le corresponde, pudiendo enajenarla, cederla o hipotecarla, a diferencia de las comunidades de mano común, sin que, por tanto, pueda hablarse de puesta en común de bienes en estos casos.

## 2) *La exención del art. 45.I.B).3 sólo es aplicable si existe auténtica sociedad conyugal*

Y dicho lo anterior, el TS afirma que de la mera lectura del precepto controvertido se deduce que la exención del art. 45.I.B).3 se refiere a la sociedad conyugal, figura propia del régimen económico matrimonial de gananciales —y, en general, de los demás regímenes de comunidad, cabría añadir— y que está relacionada con el patrimonio ganancial independiente de los patrimonios privativos de cada uno de los cónyuges y las compensaciones económicas entre los mismos, por lo que debe concluirse que sólo afecta a las aportaciones a la sociedad de gananciales y a las adjudicaciones y transmisiones de bienes que se efectúen a consecuencia de la disolución de la sociedad de gananciales a favor de los cónyuges, sin que pueda aplicarse al régimen de separación de bienes porque en dicho régimen no existen bienes comunes.

Contestando a alguno de los argumentos esgrimidos para aplicar la exención también en el caso del régimen de separación de bienes, el TS continúa afirmando que no cabe alegar que el fundamento de la exención es la protección a la familia, por lo que también debería aplicarse a otros regímenes económico-matrimoniales y, en concreto, al de separación de bienes, pues ello supondría extender los efectos jurídicos previstos legalmente para un régimen económico matrimonial a otros para los que la ley nada de ello prevé.

En el mismo sentido, añade, tampoco cabe invocar la posible infracción del principio de igualdad que consagra el art. 14 de nuestra Constitución, sobre la base de que la disolución del régimen económico familiar tiene la misma finalidad en el régimen de gananciales que en el de separación de bienes, pues en éste la mayor fiscalidad

que soportan dichos bienes proviene de la existencia de transmisión en la adjudicación de los mismos, transmisión inexistente en aquél, por lo que el trato diferenciado no radica en el régimen que regula el matrimonio, sino en la existencia o inexistencia de transmisión.

Por tanto, frente a la postura sustentada por las sentencias del TSJ-Cataluña, que parten de la premisa de que la disolución de todo régimen económico matrimonial exige la correspondiente liquidación, si bien en el caso del régimen de separación de bienes quedará limitada al pago de las contribuciones atrasadas y/o gastos comunes y a las compensaciones que procedan entre los patrimonios de cada uno de los cónyuges (dos patrimonios frente a los tres del régimen de gananciales), la sentencia del TS entiende que la comunidad de bienes cuyos comuneros sean cónyuges en régimen económico matrimonial de separación de bienes es ajena al régimen matrimonial y participa de la misma naturaleza que cualquier otra comunidad de bienes. Igualmente frente a la postura del TSJ, el TS considera que aplicar la exención al régimen económico matrimonial de separación de bienes supondría extender los efectos de la norma a supuestos no previstos legalmente.

La consecuencia de lo anterior es que la disolución del régimen económico matrimonial de separación de bienes debe tratarse, a efectos del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, como cualquier otra comunidad de bienes.

## 3) *Disolución de comunidad de bienes e Impuesto de Transmisiones patrimoniales Onerosas y Actos Jurídicos documentados*

A estos efectos la STS de 30 de abril de 2010 se refiere a la STS de la misma Sala Tercera, de 28 de junio de 1999 (Sec. 2.ª, recasación en interés de Ley 8138/1998, ponente D. Pascual Sala Sánchez) que ya abordó la cuestión. De ambas sentencias puede concluirse lo siguiente:

— Uno de los efectos característicos de la división de la cosa común es la de entenderse, por ministerio de la ley, que cada uno de los partícipes ha poseído exclusivamente durante la indivisión la parte que al disolverse aquélla le correspondiere (art. 450 del Código Civil),

precepto que da respuesta al problema de si la división de la cosa común tiene carácter declarativo o traslativo de la propiedad.

- La disolución de una comunidad de bienes mediante la adjudicación a los comuneros de bienes con un valor proporcional a sus respectivas participaciones no está sujeta a la modalidad de transmisiones patrimoniales onerosas, porque dicha operación tiene carácter particional y no dispositivo. O, dicho en otras palabras, la división de la cosa común y la consiguiente adjudicación a cada comunero, en proporción a su interés en la comunidad, de las partes resultantes no es una transmisión patrimonial propiamente dicha —ni a efectos civiles ni a efectos fiscales— sino una mera especificación o concreción de un derecho abstracto preexistente.
- En el caso de que la cosa común resulte por su naturaleza indivisible o por su división pueda desmerecer mucho, la única forma de división, en el sentido de extinción de comunidad, es, paradójicamente, no dividirla, sino adjudicarla a uno de los comuneros a calidad de abonar al otro, o a los otros, el exceso en dinero —arts. 404 y 1.062, párr. 1.º, en relación éste con el art. 406, todos del Código Civil—. Esta obligación de compensar a los demás, o al otro, en metálico no es un «exceso de adjudicación», sino una obligación consecuencia de la indivisibilidad de la cosa común y de la necesidad en que se ha encontrado el legislador de arbitrar procedimientos para no perpetuar la indivisión, que ninguno de los comuneros se encuentra obligado a soportar —art. 400 del Código Civil—.
- Por tanto, los supuestos en los que la división de la cosa común resulta imposible, por ser el bien indivisible o de dividirlo su valor queda reducido sustancialmente, y por ello, la totalidad del bien se adjudica a uno o varios comuneros con obligación de compensar al resto con metálico, no están sujetos a la modalidad de transmisiones patrimoniales onerosas. Ello, no obstante, no excluye la modalidad gradual de los documentos notariales sobre actos jurídicos documentados.
- El hecho de que el art. 7.2.B de la Ley reguladora del Impuesto sobre Trans-



misiones Patrimoniales sólo exceptúe de la consideración de transmisión patrimonial, a los efectos de su liquidación y pago, los excesos de adjudicación declarados que surjan de dar cumplimiento a lo dispuesto en los arts. 821, 829, 1.056, párrafo segundo, y 1.062, párrafo primero del Código Civil, y entre ellos no se cite precepto alguno regulador de comunidades voluntarias, sino sólo de comunidades hereditarias, no constituye argumento en contra de la conclusión precedentemente sentada, habida cuenta de que también en las comunidades voluntarias, en caso de indivisibilidad de la cosa, la compensación en metálico funciona como elemento equilibrador de la equivalencia y proporcionalidad que deben presidir toda división o partición de comunidad a costa del patrimonio del adjudicatario.

## V. Conclusión

En relación con el objeto de este trabajo, esto es, las adjudicaciones que se realizan los cónyuges con ocasión de la disolución del régimen económico matrimonial de separación de bienes, aunque el art. 45.I.B).3 del TR LITP-AJD habla de exención —lo cual presupone la sujeción al impuesto— debe recordarse que, como señalan las SSTs citadas, la disolución de una comunidad de bienes no es una transmisión patrimonial propiamente dicha ni a efectos civiles ni a efectos fiscales, sino que es una mera especificación o concreción de un derecho abstracto preexistente. Por lo que, como reconocen también las repetidas sentencias, es una operación que no está sujeta a la modalidad de transmisiones patrimoniales onerosas (TPO).

Debe tenerse presente la diferenciación entre los supuestos de no sujeción y los de exención, puesto que, a efectos de la cuota gradual por Actos Jurídicos Documentados (AJD) sólo están sujetos los hechos imponibles que, a su vez, no estén sujetos al Impuesto de Sucesiones y Donaciones, ni a los conceptos de transmisiones patrimoniales onerosas (TPO) ni operaciones societarias (OS) del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados (art. 31.2 TR LITP-AJD).

Puesto que la disolución de la comunidad es una operación no sujeta al concepto de TPO, la trascendencia práctica de la STS de 30 de abril de 2010 —al no considerar

aplicable al régimen de separación de bienes la exención del art. 45.I.B).3 TR LITP-AJD—, en la mayoría de los casos, quedará limitada al concepto de AJD, aunque también puede tener trascendencia en determinados excesos de adjudicación.

Cabe distinguir dos grandes supuestos: que las adjudicaciones realizadas a cada cónyuge lo sean en la misma proporción que su cuota de participación en la comunidad disuelta, o que no exista esta equivalencia, es decir, que exista en este último caso, en palabras del TR LITP-AJD, exceso de adjudicación declarado.

### 1) Primer supuesto

En el primer supuesto, las adjudicaciones no están sujetas al concepto de TPO. En relación con el concepto de AJD, si reúnen los presupuestos del art. 31.2 del TR LITP-AJD —primeras copias de escrituras y actas notariales inscribibles en los Registros de la Propiedad, Mercantil, de la Propiedad Industrial y de Bienes Muebles— sí tributarán por la cuota gradual de AJD por el valor de su adjudicación (en principio, la mitad del bien), sin que, según la STS de 30 de abril de 2010, sea aplicable la exención prevista en el art. 45.I.B).3 del TR LITP-AJD.

### 2) Segundo supuesto

El caso paradigmático del segundo supuesto tiene como presupuesto la indivisibilidad de la comunidad, esto es, que la cosa común por su propia naturaleza sea indivisible o pueda desmerecer mucho su valor por la división, por lo que toda ella es adjudicada a uno sólo de los cónyuges, produciéndose un exceso de adjudicación. Aquí, a su vez, caben distintas posibilidades de las que se destacan las siguientes:

a) Que se haya compensado el exceso de adjudicación en metálico: En tal caso, como también señalan las SSTs citadas en ese trabajo, la obligación de compensar al otro cónyuge —derivada de lo previsto en los arts. 404 y 1062, párr. 1.º, en relación con el art. 406, todos del Código Civil— no es un exceso de adjudicación, sino una obligación a costa del patrimonio del adjudicatario para mantener la equivalencia y proporcionalidad que deben presidir toda partición de comunidad, impuesta como consecuencia de la indivisibilidad de la cosa común y de la necesidad en que se ha

encontrado el legislador de arbitrar procedimientos para no perpetuar la indivisión, que ninguno de los comuneros se encuentra obligado a soportar.

Por tanto, la adjudicación total del bien, incluido el exceso, no está sujeta al concepto de TPO. En relación con el concepto de AJD, si reúne los presupuestos del art. 31.2 del TR LITP-AJD, la adjudicación sí estará sujeta a la cuota gradual de AJD por el valor de la adjudicación (la totalidad del bien), sin que, según la STS de 30 de abril de 2010, sea aplicable la exención prevista en el art. 45.I.B).3 del TR LITP-AJD.

b) Que se haya compensado el exceso de adjudicación, pero no en metálico sino en otros bienes: el fundamento de la no sujeción del exceso de adjudicación declarado ex art. 7.2.B) del TR LITP-AJD es la indivisibilidad de la cosa y su compensación necesariamente en metálico (tanto el art. 821, como el 829, el 1056.II y el 1062.I todos del Código Civil, hablan de abonar —compensar— en metálico o en dinero, no en otros bienes), por lo que, en principio, tal exceso sí estará sujeto a la modalidad de TPO y, consecuentemente, no lo estará a la cuota gradual de AJD. Sin que, según la STS de 30 de abril de 2010, sea aplicable la exención prevista en el art. 45.I.B).3 del TR LITP-AJD.

No obstante, tratándose de la vivienda habitual, el art. 32.3 del Reglamento del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, aprobado por Real Decreto 828/1995, de 29 de mayo, considera no sujetos a la modalidad de TPO los excesos de adjudicación declarados que resulten de las adjudicaciones de bienes que sean efecto patrimonial de la disolución del matrimonio o del cambio de su régimen económico, cuando sean consecuencia necesaria de la adjudicación a uno de los cónyuges de la vivienda habitual del matrimonio. El precepto se refiere a régimen económico matrimonial sin más, por lo que es aplicable a todos los regímenes, incluido el de separación de bienes.

c) Cabe hacer referencia, por último, al supuesto en que no se haya compensado el exceso de adjudicación: al ser entonces una adjudicación a título gratuito estaremos ante un supuesto ajeno al impuesto de transmisiones patrimoniales y sujeto al de sucesiones y donaciones.

## Hacia un Derecho matrimonial europeo: nuevos pasos

El objetivo de los instrumentos que se presentan es establecer en la Unión Europea un marco jurídico claro que regule la determinación del órgano jurisdiccional competente y la ley aplicable en materia de régimen económico matrimonial.

ELISABETH GARCÍA CUETO

Notaria de Santa Coloma de Queralt

La movilidad creciente de las personas en el espacio sin fronteras interiores que es hoy la Unión Europea deriva en relaciones entre ellas y, en ciertos casos, en un aumento significativo de las uniones entre nacionales de Estados miembros diferentes y la presencia de estas parejas en un Estado del que no son nacionales. La presencia de éstos en uno u otro país suele, además, ir acompañada de la adquisición de bienes situados en territorios de diversos países de la Unión: de ahí a los problemas de Derecho internacional privado que se generan hay un paso. No obstante, y dejando de lado las disputas que se generan en el seno de la pareja o matrimonio, hay que tener presente que, con frecuencia, las dificultades existentes están relacionadas con la gran disparidad de normas aplicables, tanto de Derecho material como de Derecho internacional privado, relativas a los efectos patrimoniales del matrimonio.

El objetivo de los instrumentos que paso a presentar es establecer en la Unión Europea un marco jurídico claro que regule la determinación del órgano jurisdiccional competente, la ley aplicable en materia de régimen económico matrimonial, y facilite la circulación de las resoluciones y otros actos entre los Estados miembros.

### Disipación de incertidumbres

*Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Disipación de las incertidumbres en torno a los derechos patrimoniales de las parejas internacionales*



© Parlamento Europeo



(<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2011:0125:FIN:ES:PDF>)

Teniendo como punto de partida el Programa de Estocolmo, que pone especial énfasis en la protección del ciudadano, y, por otro lado, el contenido del Informe sobre la Ciudadanía de la Unión, presentado por la Comisión el 27 de octubre de 2010<sup>(1)</sup>, se pone de manifiesto en el mismo que aún persisten numerosos obstáculos que dificultan a la ciudadanía de la Unión el pleno ejercicio de sus derechos y, en particular, el de libertad de circulación. Entre los obstáculos detectados por la Unión se hallan las incertidumbres en cuanto a los derechos de propiedad de las parejas internacionales formadas, por ejemplo, por nacionales de distintos Estados miembros o residentes en un Estado miembro distinto del de origen.

Así, el supuesto con mayor desamparo se da cuando una unión se disuelve como consecuencia de un divorcio, de una separación o del fallecimiento de uno de los miembros de la pareja, pues los ex componentes de esa pareja o, en su caso, el componente superviviente debe hacer frente a numerosas dificultades, sobre todo en lo que respecta al reparto de los bienes adquiridos durante el periodo de convivencia. Las reglas aplicables en materia de relaciones patrimoniales de las parejas internacionales no permiten prevenir este tipo de situación y no ofrecen la seguridad jurídica necesaria para la administración y el reparto de los bienes de las parejas.

La Unión está desarrollando una política dirigida a facilitar la vida de los ciudadanos y de las parejas internacionales, en particular, en las situaciones transfronterizas a las que puedan verse expuestos. Como parte de esta misma política, se han adoptado distintos instrumentos de Derecho internacional privado en el ámbito del Derecho de familia, y más concretamente el *Reglamento «Bruselas II bis»*, de 27 de noviembre de 2003<sup>(2)</sup> (en relación con la competencia judicial en caso de divorcio), y el *Reglamento «Roma III»*, aprobado el 20 de diciembre de 2010<sup>(3)</sup> (que lo completa al establecer la posibilidad de elección de ley aplicable a su proceso de divorcio, con el fin de dar mayor seguridad jurídica, previsibilidad y flexibilidad al proceso y a las partes). Ahora bien, no existe en ninguna de estas disposiciones regulación relativa a las relaciones patrimoniales de las parejas internacionales.

No debemos olvidar que la administración de los bienes de los cónyuges a lo largo de su convivencia, periodo en el que se incluye también el momento de la disolución de la unión, se rige por el Derecho nacional de los Estados miembros. Estos suelen establecer una variedad de regímenes económicos matrimoniales; no obstante se suelen agrupar en dos por la mayor parte de los países: el legal, de aplicación cuando los cónyuges no han optado por una regulación específica, y, por otro lado, el convencional (elegido libremente por las partes).

### Las reglas nacionales de Derecho internacional privado aplicables a los derechos de propiedad de las parejas internacionales varían considerablemente de un Estado miembro a otro

Sin embargo, en lo que se refiere al Derecho material, las reglas nacionales de Derecho internacional privado aplicables a los derechos de propiedad de las parejas internacionales varían considerablemente de un Estado miembro a otro. Ante esas divergencias, a nivel europeo se están planteando tres modelos que ofrecerían a los ciudadanos la seguridad jurídica necesaria:

- la primera solución a la que se recurre, siendo actualmente aplicada en la práctica, consiste en dejar en mano de los Estados miembros la búsqueda de soluciones en el marco de sus propios acuerdos bilaterales. En este sentido, existe, por ejemplo, un acuerdo franco-alemán de febrero de 2010. El problema que suscitan estos acuerdos es que los mismos no consiguen abarcar la totalidad de problemas prácticos que se plantean ni, por consiguiente, ofrecer una respuesta europea completa;
- la segunda solución consistiría en armonizar el Derecho material que rige los efectos patrimoniales del matrimonio y de las uniones registradas. No obstante, dicho enfoque queda excluido por los Tratados, que no otorgan a la Unión competencias en ese ámbito ni, por otra parte, en cuanto a las formas de unión que dan origen a esas relaciones, a saber, el matrimonio y la unión registrada;

- el tercer enfoque que, a diferencia del anterior, sí está permitido por los Tratados, consiste en la adopción a nivel europeo de reglas de Derecho internacional privado en cuanto a los efectos patrimoniales del matrimonio y de la unión registrada.

## Propuestas de Reglamentos

Teniendo en cuenta las distintas posibilidades apuntadas, la Comisión propone las iniciativas siguientes, que paso a desarrollar a continuación:

- *Propuesta de Reglamento del Consejo relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de regímenes económico-matrimoniales.*

(<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2011:0126:FIN:ES:PDF>)

- *Propuesta de Reglamento del Consejo relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de efectos patrimoniales de las uniones registradas.*

(<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2011:0127:FIN:ES:PDF>)

Ambas propuestas presentan grandes similitudes en cuanto a su estructura y su contenido, aunque la Comisión considera que resultará más fácil tener en cuenta especificidades de cada tipo de unión con dos instrumentos legislativos que con un único instrumento que regule ambas figuras. En este sentido, cabe recordar que, mientras el matrimonio es una institución jurídica tradicional común en los 27 Estados miembros, la Unión registrada solo se reconoce en 14 de ellos. Es por ello que no todas las disposiciones de una institución son aplicables a la otra, pues las soluciones jurídicas propuestas no pueden ser las mismas (en este sentido cabe recordar que según los Estados miembros, las parejas de hecho deben estar compuestas por personas de distinto sexo, o pueden ser del mismo). Por ello, la existencia de dos instrumentos jurídicos distintos permitirá la aplicación clara para los ciudadanos y profesionales del Derecho.

Ambas se centran en recalcar que la regulación no afectaría al derecho al respeto de la vida privada y familiar, al derecho a



contraer matrimonio, ni al derecho a fundar una familia según las leyes nacionales, regulados en los artículos 7 y 9 de la Carta. No obstante, la armonización de las normas de competencia sí logrará simplificar considerablemente los procedimientos, al permitir

determinar qué órgano jurisdiccional es el competente para conocer de un asunto de régimen económico matrimonial. Con la ampliación de la competencia de los tribunales que conozcan de un procedimiento de divorcio, separación, anulación del ma-

trimonio o sucesión, se conseguirá para los ciudadanos que un mismo órgano jurisdiccional conozca de los diversos aspectos de la situación, con todo lo que ello implicará en rapidez, flexibilidad y falta de duplicidad de regulaciones y exposición de hechos.

## Reseñas de Normativa y Jurisprudencia

### Portugal

*Acuerdo entre la República Portuguesa y el Reino de España sobre el acceso a información en materia de Registro Civil y Mercantil, hecho ad referendum en Zamora el 22 de enero de 2009.*

(<http://www.boe.es/boe/dias/2011/02/25/pdfs/BOE-A-2011-3661.pdf>)

El día 17 de febrero de 2011 entró en vigor, y con vigencia indefinida, el Acuerdo entre la República Portuguesa y el Reino de España sobre el acceso a información en materia de Registro Civil y Mercantil, hecho *ad referendum* en Zamora el 22 de enero de 2009.

Con el «fin de reforzar y mantener los lazos que unen a los dos Estados y establecer en sus relaciones reglas sobre el acceso e intercambio de información en materia de registro civil y mercantil, en beneficio de sus ciudadanos», se pretende facilitar a las personas físicas y jurídicas el acceso a determinada información en materia de registro civil (nacimiento, matrimonio, divorcio y fallecimiento) y mercantil (eliminando costes administrativos que restan competitividad a las empresas), eliminando las trabas administrativas y burocráticas.

En concreto, en lo que se refiere al tema relativo al Registro Civil, el artículo 3 del acuerdo establece el uso de medios electrónicos para la comunicación entre las autoridades de los distintos países, y, en especial, se prevé que:

- Las autoridades competentes para la presentación de solicitudes de información y respuesta serán aquellas de las Partes con competencia en materia

de registro civil, dejando a cada país la determinación de quiénes son éstas.

- El contenido de la información transmitida estará regulado por la legislación de la Parte en la que el registro se encuentre, debiendo responder con cierta prontitud y facilitando la información solicitada gratuitamente.

En cuanto al Registro Mercantil (artículo 4) se permite el acceso por vía electrónica a información del citado registro de ambas partes, tanto por parte de personas físicas como de las jurídicas. El acceso electrónico deberá facilitarse del mismo modo a los servicios de las autoridades con competencia en materia de Registro Mercantil cuando así sea necesario para la resolución de peticiones del registro.

Asimismo, el artículo 5 determina la creación de un portal único de Internet, en lenguas portuguesa y castellana, para permitir el acceso de ambos países a la información del Registro Mercantil. Igual que en el anterior caso, el acceso a la información del Registro por parte de las autoridades con competencia en esa materia para la resolución de las citadas peticiones será gratuito.

### Reglamento comunitario sobre el IVA

*Reglamento de Ejecución (UE) n.º 282/2011 DEL CONSEJO de 15 de marzo de 2011 por el que se establecen disposiciones de aplicación de la Directiva 2006/112/CE relativa al sistema común del Impuesto sobre el Valor Añadido (IVA)*

(<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2011:077:0001:0022:ES:PDF>)

El objetivo del presente Reglamento, aplicable desde 1 de julio de 2011, es garantizar una aplicación uniforme del actual sistema del IVA, estableciendo, para ello, ciertas disposiciones de aplicación de la Directiva 2006/112/CE; y, en particular, por lo que respecta a los sujetos pasivos, la entrega de bienes y la prestación de servicios y el lugar de realización de los hechos im-  
ponibles.

Cabe recordar que la Directiva 2006/112/CE, al no ser de aplicación directa, a diferencia del Reglamento, establece unas normas en materia de Impuesto sobre el Valor Añadido (IVA) que, en ciertos casos, están sujetas a interpretación por parte de los Estados miembros. La adopción de disposiciones de aplicación comunes de la Directiva 2006/112/CE debe garantizar una aplicación del sistema del IVA conforme con el objetivo del mercado interior en los casos en que se produzcan o puedan producirse divergencias de aplicación incompatibles con el funcionamiento adecuado de dicho mercado. Dichas disposiciones solo son jurídicamente vinculantes desde la fecha de la entrada en vigor del presente Reglamento y no prejuzgan la validez de la legislación ni de las interpretaciones adoptadas anteriormente por los distintos Estados miembros. El presente Reglamento busca, asimismo, reflejar los cambios derivados de la adopción de la Directiva 2008/8/CE del Consejo, de 12 de febrero de 2008, por la que se modifica la Directiva 2006/112/CE en lo que respecta al lugar de la prestación de servicios.



Estas disposiciones de aplicación aprobadas incluyen normas específicas que dan respuesta a cuestiones concretas planteadas en materia de aplicación, y tienen por objeto dar, en toda la Unión, un trato uniforme a esos casos particulares únicamente. Por lo tanto, no podrán hacerse extensivas a otros supuestos y, dada su formulación, deberán aplicarse e interpretarse de manera restrictiva.

## Francia

LOI n.º 2011-331 du 28 mars 2011 de modernisation des professions judiciaires ou juridiques et certaines professions réglementées

(<http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000023776687>)

Se acaba de publicar la ley de modernización de las profesiones judiciales y jurídicas reglamentadas. La misma, que adopta diversas medidas de aplicación inmediata, salvo excepciones, otorga un papel esencial al notario y al acto auténtico (como ellos lo califican), y simplifica las formalidades alrededor de la conclusión de un pacto civil. Sus

principales modificaciones son las siguientes:

- a) La obligatoriedad de establecer los medios de pago que se realizan ante notario y en los actos auténticos.
- b) El control y registro de los pactos civiles de solidaridad (PACS) que se formalicen ante notario.
- c) A partir del 1 de mayo de 2011, se le transfiere al notario la competencia de juzgar la notoriedad del nacimiento en los casos de matrimonio, sustituyendo al juez de instancia.
- d) El notariado debe contribuir a la difusión de las informaciones relativas a las variaciones de los bienes inmuebles a título oneroso. No obstante, dicha ley remite a un futuro y aún no publicado decreto del Consejo de Estado.
- e) La difusión y centralización por parte del Consejo Superior del Notariado Francés de toda transmisión realizada o visada por notario francés.

En efecto, se reafirma el papel vital del notario y el acto auténtico [en nuestro sistema notarial escritura pública] y se simplifican las formalidades que rodean la celebración de un pacto civil de solidaridad (PACS), cuando los socios deciden trasladar un acuerdo a acto auténtico [en España sería escritura pública]. El notario que redacte este acto puede proceder por sí mismo a la inscripción de la declaración de los socios sin tener que acudir a la secretaría del tribunal de instancia.

- (1) Informe de 2010 sobre la ciudadanía de la Unión: la eliminación de los obstáculos a los derechos de los ciudadanos de la Unión - COM(2010)603.
- (2) Reglamento (CE) n.º 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) n.º 1347/2000 (DO L 338 de 23.12.2003).
- (3) Reglamento (UE) n.º 1259/2010 del Consejo, de 20 de diciembre de 2010, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial (DO L 343 de 29.10.2010, pág. 10).

## Disfrute de MÁS tiempo libre



# DictaLaw®

## El primer y único sistema integrado de reconocimiento de voz para juristas

¿Utiliza más de 3 horas al día el teclado para hacer escritos, redactar demandas, contestar e-mails...?

¿Le gustaría tener un sistema que le permitiera eliminar el 66% del tiempo que diariamente está utilizando el teclado?

¿Apostaría a multiplicar por cuatro su productividad?

**Si ha respondido SÍ a todas las preguntas, entre hoy mismo en [www.dictalaw.es](http://www.dictalaw.es) y sorpréndase tanto como quien ya lo está utilizando en su despacho**

**DictaLaw®. Dígalo por escrito. Usted habla y el ordenador lo transcribe todo**



LA LEY

grupo Wolters Kluwer



# Reseña de las principales sentencias del Tribunal Supremo

Por la Redacción de LA LEY

## SUCESIÓN HEREDITARIA

### Establecimiento de una sustitución fideicomisaria que condiciona la consolidación de la propiedad de lo adquirido al hecho de tener hijos

*Sentencia Tribunal Supremo, Sala Primera, núm. 160/2011, de 18 de marzo (Ponente: Encarnación Roca Trías) LA LEY 5499/2011*

Formuladas diversas demandas y reconvenciones en relación con una herencia, las sentencias de instancia declararon que el causante no instituyó una sustitución fideicomisaria, sino un derecho de acrecer, y declararon asimismo la validez de los actos de disposición efectuados por una nieta del testador tanto entre vivos como por causa de muerte. El Tribunal Supremo estima en parte el recurso de casación interpuesto y declara que el testamento contenía una sustitución fideicomisaria condicionada, en la que los nietos del testador eran fideicomisarios recíprocos.

Interpretación del testamento. Establecimiento de una sustitución fideicomisaria si *sine liberis decesserit*, que condiciona la consolidación de la propiedad de lo adquirido al hecho de tener hijos. Actos propios de los fideicomisarios que determinan la renuncia al fideicomiso. Validez de los actos de disposición efectuados por uno de los fideicomisarios (que falleció sin hijos) tanto entre vivos como por causa de muerte.

## SOCIEDAD ANÓNIMA

### Derecho de separación del socio disidente

*Sentencia Tribunal Supremo, Sala Primera, núm. 102/2011, de 10 de marzo (Ponente: Rafael Gimeno-Bayón Cobos) LA LEY 14452/2011.*

Las sentencias de instancia desestimaron la demanda sobre declaración del derecho del demandante a separarse de la sociedad de

la que es socio. El Tribunal Supremo estima el recurso de casación, casa la sentencia recurrida y declara el derecho del recurrente a separarse de la sociedad con reembolso del valor de sus acciones.

Sustitución del objeto social. Derecho de separación del socio disidente. Cuando el objeto social, según los estatutos, es realizar «directamente, la distribución de energía eléctrica», la modificación estatutaria para sustituir la explotación directa por la indirecta, mediante la creación de un grupo de empresas con unidad de dirección, sujetando la dominada a la dirección de la dominante, supone una «sustitución de la actividad» de la sociedad aunque el negocio se desenvuelva en el mismo sector de la industria o del comercio y, a la postre, la «sustitución del objeto», con alteración de las bases determinantes en su momento de la *affectio societatis*, ya que de hecho supone la pérdida de poder del socio que no participa en la gestión sin contrapartida alguna, hurtándole la posibilidad de impugnar los acuerdos anulables de la participada por falta de legitimación al carecer de la condición de socio de la misma.

## PRÉSTAMO HIPOTECARIO

### Nulidad de cláusulas contenidas en contrato de préstamo hipotecario

*Sentencia Tribunal Supremo, Sala Primera, núm. 75/2011, de 2 de marzo (Ponente: José Antonio Seijas Quintana) LA LEY 5495/2011.*

El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda de anulación de cláusulas contenidas en contrato de préstamo hipotecario. La AP Valencia revocó la sentencia del Juzgado y estimó la demanda. El Tribunal Supremo desestima los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación interpuestos por el banco demandado.

En el caso, se declara nula, por su carácter abusivo, la cláusula del préstamo hipotecario suscrito entre los litigantes que establecía que «Salvo en los casos que, por disposición legal, esté relevado de



hacerlo, el banco comunicará a la parte prestataria, por cualquier procedimiento escrito, el nuevo tipo de interés aplicable a la operación, con carácter previo a su aplicación...». Del citado texto se elimina la primera parte, es decir: «Salvo en los casos que, por disposición legal, esté relevado de hacerlo», porque se creó en el prestatario la convicción racional de que recibiría la comunicación escrita previa a la revisión del interés pactado, salvo que por disposición legal se releva en el futuro al banco de esa obligación. Sin embargo, el banco sabía, y el prestatario lo ignoraba, que esa excepción ya era aplicable en el momento de la celebración del contrato, pues ya entonces se hallaba vigente la norma sexta de la Circular 8/1990 de 7 Sep. (regula la transparencia de las operaciones y protección de la clientela). Dicha norma, en combinación con el art. 6.3 de la OM 5 May. 1994, sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios, vaciaba de contenido real la cláusula impugnada pues impedía siempre la aplicación del deber de comunicación escrita al prestatario, provocando una apariencia desmentida por un elemento no explicitado en el contrato y desconocido para la parte más débil, y creando en esta falaces expectativas, que solo tuvieron una apariencia imaginaria, y nunca existencia real.

## COMPRAVENTA DE ACCIONES

### Nulidad por infracción de las normas estatutarias de la sociedad

*Sentencia Tribunal Supremo, Sala Primera, núm. 89/2011, de 24 de febrero (Ponente: Juan Antonio Xiol Ríos) LA LEY 3698/2011*

El Juzgado de Primera Instancia estimó las demandas de nulidad de compraventa de acciones interpuestas por la demandante y los terceros que intervinieron. La AP Las Palmas revocó parcialmente la sentencia del Juzgado en el sentido de desestimar la demanda interpuesta por la demandante. El Tribunal Supremo desestima el recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por la demandada.

Nulidad por infracción de las normas estatutarias de la sociedad. La falta de legitimación activa de la demandante (esposa del vendedor de las acciones) por no haber acreditado que los títulos (que son nominales a favor del esposo) pertenecían a la sociedad conyugal, no impide el sostenimiento de la acción por la sociedad cuyas acciones fueron objeto de la compraventa y por dos socios de ésta, que aunque intervinieron en el proceso a consecuencia de la notificación de la demanda solicitada en la misma, estaban legitimados en virtud de su propio derecho y podían comparecer en juicio sin necesidad de llamada alguna, como parte a todos los efectos, y a continuar en él con independencia de la conducta procesal de la demandante.

## SOCIEDADES ANÓNIMAS

### Impugnación de acuerdos sociales

*Sentencia Tribunal Supremo, Sala Primera, núm. 51/2011, de 21 de febrero (Ponente: Jesús Corbal Fernández) LA LEY 2755/2011*

El Juzgado de Primera Instancia desestimó la acción de impugnación de acuerdos sociales. La AP Barcelona revocó la sentencia del Juzgado y declaró nulos los acuerdos adoptados. El Tribunal Supre-

mo desestima los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación interpuestos por la demandada.

Impugnación de acuerdos sociales. Estimación de la demanda. Insuficiencia para asistir a la Junta del poder de representación del apoderado otorgado por el accionista mayoritario. Carece de eficacia la ratificación posterior por parte del accionista de lo actuado por el apoderado.

## REGISTRO MERCANTIL

### Efectos de la comunicación telemática en la función calificadora del Registrador

*Sentencia Tribunal Supremo, Sala Primera, núm. 28/2011, de 15 de febrero (Ponente: Jesús Corbal Fernández) LA LEY 72134/2011.*

El Juzgado de lo Mercantil número Uno de Barcelona desestimó la demanda formulada por un Registrador Mercantil contra la resolución de la DGRN que estimó el recurso gubernativo de un Notario contra la negativa del Registrador a inscribir la constitución de una sociedad anónima. La AP Barcelona revocó la sentencia del Juzgado y anuló la resolución de la DGRN. El Tribunal Supremo estima los recursos de casación interpuestos por el Notario y por el Abogado del Estado en la representación y defensa de la DGRN, deja sin efecto la anulación de la resolución de la DGRN y confirma la sentencia del Juzgado de lo Mercantil.

En el caso, la cuestión debatida se centra en la acreditación, necesaria para la constitución de una sociedad mercantil, de que no figura registrada la denominación social elegida, lo que tiene lugar mediante la presentación al Notario de la certificación negativa correspondiente expedida por el Registrador Mercantil Central. El problema se plantea cuando la comunicación entre dicho Registrador y el Notario tiene lugar mediante el sistema de firma electrónica y la posterior relación entre el Notario y el Registrador Mercantil Provincial que ha de practicar la inscripción tiene lugar mediante soporte papel. Se polemiza acerca de si el cumplimiento de los requisitos de autenticidad y vigencia en la comunicación telemática han de ser comprobados por el Notario primero, y el Registrador Provincial después, o basta la comprobación del primero. La transcendencia práctica de la discrepancia radica en la documentación que debe remitir el Notario al Registrador Provincial, y más concretamente, si a la documentación relativa a la constitución de la sociedad se debe acompañar la certificación maestra que acredite la vigencia del cargo del Registrador Mercantil Central firmante, o basta que se dé fe mediante la fórmula adecuada —solemne y suficiente— de la comprobación por parte del Notario. Examinadas las alegaciones de las partes, el Tribunal Supremo entiende que resulta desproporcionada la exigencia mantenida por el Registrador de tener a la vista para la comprobación directa la documentación de cumplimiento de los requisitos de la comunicación mediante el sistema de firma electrónica, y en concreto del testimonio de la certificación maestra. No es razonable exigir una doble comprobación de dichos requisitos, y tampoco lo es minorar el alcance de la fe notarial. Por consiguiente, no cabe requerir la remisión de la certificación maestra.



# Sentencias

## TÍTULOS DE NOBLEZA

### Rehabilitación de títulos nobiliarios sin perjuicio de tercero de mejor derecho

*Sentencia Tribunal Supremo, Sala Primera, núm. 37/2011, de 14 de febrero (Ponente: Jesús Corbal Fernández) LA LEY 2162/2011.*

Formulada demanda sobre mejor derecho a posesión y uso de un título nobiliario, el Juzgado de Primera Instancia estimó la excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario. La AP Cádiz estimó el recurso de apelación del demandante, desestimó la excepción de litisconsorcio pasivo necesario, revocó la sentencia apelada y estimó la demanda. El Tribunal Supremo desestima los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación interpuestos por la demandada.

Las rehabilitaciones de títulos nobiliarios se hacen siempre sin perjuicio de tercero de mejor derecho —arts. 10 RD 27 May. 1912 (Ley de sucesiones de Grandezas y Títulos), y 12 RD 8 Jul. 1922 (rehabilitación de títulos de nobleza)—. El que pretenda tener un mejor derecho habrá de ejercitarlo en juicio ordinario, haciéndose en su caso por el Tribunal competente la declaración de preferencia que proceda. Cuando como consecuencia del ejercicio de la acción de mejor derecho genealógico resulte estimado éste, el interesado deberá formular petición de rehabilitación, cuya gracia, previo el expediente correspondiente, corresponde otorgarla potestativamente a S.M. El Rey. De lo expuesto resulta que al orden jurisdiccional civil le corresponde declarar el mejor derecho genealógico del solicitante frente al rehabilitante. No frente a todos, porque puede no ser el óptimo, sino que ha de apreciarse únicamente en lo que concierne al reclamante y al actual poseedor. Con posterioridad puede tener lugar un expediente administrativo, cuyo control o verificación jurisdiccional corresponde a los Tribunales del orden contencioso—administrativo—art. 9.4 LOPJ—. Y finalmente es a S.M. El Rey a quien le corresponde conceder o denegar la gracia, derogando el anterior Real Decreto de rehabilitación.

## MATRIMONIO

### Validez del pacto por el que los cónyuges acordaron que en caso de separación el marido pagaría a la esposa una renta mensual

*Sentencia Tribunal Supremo, Sala Primera, núm. 217/2011, de 31 de marzo (Ponente: Encarnación Roca Trías) LA LEY 29142/2011*

Las sentencias de instancia desestimaron la demanda de cumplimiento del contrato por el que el marido, en caso de separación, quedaba obligado a pagar a la esposa una renta mensual y a donarle un piso. El Tribunal Supremo estima en parte el recurso de casación formulado por la esposa, casa la sentencia recurrida y declara la validez del pacto por el que se establecía el pago de una pensión y la nulidad de la promesa de donación.

Los cónyuges pueden contratar entre sí fuera del convenio regulador, siempre que estos pactos reúnan los requisitos para su validez. En el caso, los litigantes pactaron que en el supuesto de que se produjese la separación, como así ocurrió, el marido vendría obligado a entregar a la esposa una pensión mensual y a donarle el piso que

ella eligiese. Las sentencias de instancia consideraron que dicho pacto era nulo porque se dejaba «la validez y el cumplimiento» del contrato al arbitrio de una de las partes, la esposa, vulnerando así lo establecido en el art. 1256 CC. Sin embargo, la aplicación de este artículo al caso de autos es contraria a las disposiciones reguladoras del contrato, porque tiene su origen en una interpretación que llega a resultados absurdos, de acuerdo con la literalidad del propio contrato. La obligación del marido surgía fuera quien fuera quien iniciara la separación y es por ello que interpretar que se dejaba a la iniciativa de la esposa la eficacia del pacto, lleva a un resultado no admisible de acuerdo con las reglas de la interpretación. En cuanto al contenido del contrato, debe considerarse válido el pacto referido al pago de una pensión mensual. Se trata de un pacto para completar las consecuencias establecidas legalmente para las separaciones o divorcios. Por el contrario, el pacto de donación de un piso es nulo ya que se trata de una donación con un objeto indeterminado, un piso a elección de la donataria, que vulnera la prohibición del art. 635 CC, que establece que «la donación no podrá comprender los bienes futuros», que según el propio artículo, serán aquellos de los que el donante no puede disponer al tiempo de la donación y ello porque la donación transfiere al donatario la propiedad de los bienes donados, lo que resulta imposible en relación a los futuros.

## DONACIÓN CON CLÁUSULA DE REVERSIÓN

### Devolución de lo donado sin derecho a indemnización

*Sentencia Tribunal Supremo, Sala Primera, núm. 20/2011, de 27 de enero (Ponente: Xavier O'Callaghan Muñoz) LA LEY 1009/2011*

Las sentencias de instancia estimaron la acción reivindicatoria previo el deslinde interesado en la demanda, y declararon, por una parte, el derecho de accesión del demandante respecto de las edificaciones construidas en la finca reivindicada y, por otra parte, el derecho del demandado (demandante reconventional) a percibir una indemnización. El Tribunal Supremo declara haber lugar a los recursos por infracción procesal y de casación, casa y anula la sentencia recurrida y deja sin efecto el derecho del demandado a la indemnización.

Donación de inmueble con cláusula de reversión. Construcción de edificios por el donatario en el terreno donado. Producido el hecho reversional, el donatario debe devolver lo donado sin tener derecho a exigir una liquidación posesoria ni, mucho menos, una indemnización al amparo del art. 361 CC. En todo caso, será aplicable a favor del donante el principio «superficies solo cedit» (lo edificado cede a favor del suelo), que proclama el art. 353 CC con carácter general.

## SOCIEDAD ANÓNIMA

### Inadmisión de una regulación estatutaria que configure la sociedad anónima como esencialmente personalista

*Sentencia Tribunal Supremo, Sala Primera, núm. 889/2011, de 10 de enero (Ponente: Francisco Marín Castán) LA LEY 3678/2011*

Las sentencias de instancia desestimaron la demanda en la que se solicitaba la revocación de la calificación negativa de la registra-



dora mercantil, que denegó la inscripción de un artículo de los estatutos de la sociedad demandante. El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación por interés casacional interpuesto por la demandante.

En el caso, se denegó la inscripción registral de un artículo de los estatutos de una sociedad anónima que añadía, a las restricciones a la libre transmisibilidad de las acciones, un «derecho de rescate» o recuperación forzosa de las acciones válidamente transmitidas por razón de pérdida de control de la sociedad adquirente por los socios o familiares de la sociedad transmitente, incluyendo los casos de fusión y escisión y sin sujeción a plazo ni excepción alguna. Pues bien, teniendo en cuenta que una sociedad anónima no puede tener una regulación estatutaria que la configure como esencialmente personalista o absolutamente cerrada por estar ello en contradicción

con los principios configuradores de la sociedad anónima, debe concluirse que la calificación negativa del controvertido artículo por la registradora se ajustó al TR LSA. Porque al establecer dicho artículo un «derecho de rescate» omnímodo y sin sujeción a plazo alguno, no por razón de actividades de las sociedades adquirentes que fueran contrarias a los intereses de la sociedad transmitente, sino por razón de cualesquiera vicisitudes internas de aquellas sociedades adquirentes, incluidas su fusión y su escisión, determinantes de la pérdida de control absoluto de la sociedad adquirente por los socios, o sus familiares, de la sociedad transmitente, el sustrato personal acaba imponiéndose en los estatutos en un grado tal que el carácter capitalista, abierto y anónimo de la sociedad transmitente quedaba prácticamente eliminado hasta convertir en ilusorio el principio de igualdad entre accionistas de la misma clase que se desprende del art. 49.2 de la citada Ley.



## Todo lo que necesita para la gestión del Impuesto sobre Transmisiones



Recoge toda la información actualizada desde un punto de vista muy práctico, para la gestión del Impuesto sobre Transmisiones.

Le ofrece las claves para un conocimiento global de los impuestos, apoyándose para ello en la experiencia de autores especializados en la materia y añadiendo a cada punto tratado un amplio abanico de ejemplos y casos prácticos que facilitan al máximo su comprensión.

# Reseña de las principales sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña<sup>(\*)</sup>

Publicadas entre enero y marzo de 2011

Por Víctor Esquirol Jiménez. Notario de El Masnou

## RESCISIÓN POR LESIÓN Y OPCIÓN DE COMPRA

**El precio justo de una compraventa precedida de una opción de compra debe estimarse en la fecha de celebración de la opción, no en la de su ejercicio.**

*Sentencia núm. 1/2011, de 7 de enero (Ponente: Nuria Bassols Muntada)*

**Resumen:** En 1997 se constituye un arrendamiento con opción de compra sobre una finca. Diez años después la optante pretende ejercitar la opción, pero la concedente acredita que la finca tiene un valor muy superior al convenido en el momento de la opción e intenta resolver la opción de compra por lesión *ultradimidium*, lo que le es concedido en primera instancia y denegado en segunda instancia.

El TSJC confirma la sentencia de la Audiencia Provincial y declara que no ha lugar a la rescisión ya que el valor que debe tenerse en cuenta para estimarla es el que tenía la finca en el momento de concederse la opción. Se basa en el art. 323, párrafo 2.º CDCC («hom s'atindrà al preu just... que les coses tinguessin al temps d'ésser atorgat el contracte... baldament el contracte es consumés després»), las SSTSJ de 24 de febrero de 1994 y 19 de mayo de 2003 y en los argumentos de que: a) si se optase por calcular el precio justo en el momento del ejercicio del derecho de opción se concedería al concedente una protección excesiva frente a su falta de previsión por no haber pactado cláusulas de estabilización para evitar las consecuencias inflacionistas; b) el ejercicio del derecho de opción implica el cumplimiento de una relación jurídica que ya estaba plenamente configurada; c) la utilidad del derecho de opción de compra es per-

mitir al interesado adquirir un inmueble en un plazo temporal determinado y en virtud de un precio fijado como inamovible.

**Comentario:** El TSJC y el TS han seguido caminos diferentes en la doctrina sobre la rescisión por lesión en caso de opción de compra. La posición tradicional del TSJC es la que acabamos de ver. En cambio, el TS ha seguido la posición contraria, como puede verse en las SSTS de 20 de junio de 1975, 20 de octubre de 1975, 24 de mayo de 1985 y 10 de febrero de 1995. La STS de 20 de junio de 1975 declara que el art. 323 CDCC no es aplicable a las «promesas bilaterales de comprar o vender... pues la cosa y el precio continúan en los respectivos patrimonios de los promitentes y por tanto no puede hablarse de lesión en ninguno de ellos». Según la sentencia de 1985, la opción produce «la concesión al optante de la facultad, de modo exclusivo, de exigir o no la ejecución del vínculo asumido por el optatario, durante un determinado período de tiempo, para el ejercicio de su derecho, durante el cual dicho optatario se obliga a no transmitir a persona distinta el objeto pactado»; y en una segunda fase, la del ejercicio de la opción, es cuando se produce el desplazamiento del dominio que puede causar la lesión: «en tanto mediante dicho otorgamiento no queden fijadas en definitiva las respectivas obligaciones de vendedor y comprador y se confirme en ese otorgamiento el también definitivo precio en contraprestación de la cosa también definitivamente vendida, no puede conocerse la realidad de la desproporción pretendida».

Aunque la solución dista mucho de ser clara, creo que la doctrina del TS es la más acertada. La finalidad de la rescisión por lesión es evitar que, por cualquier causa, se vendan inmuebles por debajo de la mitad de su valor. No requiere, como recuerda el TSJC siempre que aborda el tema de la lesión *ultradimidium*, que haya engaño por la parte compradora; tampoco requiere, y esto es lo que nos interesa en este caso, que el precio se haya acordado en el momento de

(\*) El texto íntegro de las sentencias se puede consultar en [www.poder-judicial.es](http://www.poder-judicial.es).



ejercitarse la opción y no en un momento anterior. Es indiferente que se considere que la opción de compra es un precontrato o un contrato diferente del de venta; como también lo es que se califique como un derecho personal o un derecho real. La referencia del art. 323, párrafo 2.º a la consumación diferida de la compraventa no es aplicable a la opción pendiente de ejercicio, pues la compraventa no sólo no está consumada sino que ni siquiera se ha perfeccionado. En el caso de la opción de compra, la compraventa se perfecciona en el momento de ejercitarse la opción y no antes, ya que antes falta la voluntad del optante de celebrar el contrato; y es en el momento de la perfección del contrato de compraventa cuando, en mi opinión, ha de comprobarse si hay lesión o no, con independencia de que el precio se haya acordado antes o no y de que haya habido opción de compra o no.

## CENSOS

**A los efectos de la redención de una finca urbana, el valor de ésta, en defecto de acuerdo, es el valor catastral.**

*Sentencia núm. 38/2010, de 22 de noviembre (Ponente M.ª Eugènia Alegret Burgués)*

En una redención de censo histórico, se plantea si para calcular los derechos que corresponden al censalista, debe tomarse como referencia el valor catastral o el valor real de la finca. La DT 14.ª del libro V CCCat, en su apartado 3, d), norma tercera, dispone que «el precio de la finca al efecto de la redención, en defecto de acuerdo, es el valor catastral en el momento en que se solicita la redención si la finca es urbana y el que se determine judicialmente si es rústica». La censalista no se muestra de acuerdo en que se tome el valor catastral como base, pero el TSJC aplica literalmente la norma transcrita rebatiendo uno a uno los argumentos de la censalista en la forma que resumo a continuación.

La censalista considera que la norma de la DT 14.ª resulta contradictoria con otros preceptos del libro V (como el art. 565.17 y 18, relativos al cálculo del laudemio de los censos enfitéuticos que regula el libro V CCCat) y con la tradición jurídica catalana, que siempre había tomado como base para la redención el valor real de la finca. El TSJC entiende, por el contrario, que no hay contradicción sino que la DT 14.ª establece un criterio especial para la redención de los censos constituidos antes de 1990 con la finalidad de facilitar al máximo su extinción, ya que se trata de derechos antiguos que ya han cumplido su finalidad y que dificultan la movilidad del tráfico inmobiliario.

Tampoco comparte el TSJC el argumento de que, aplicando el valor catastral, se falte a la equidad (art. 111.9), precisamente por la antigüedad del censo a redimir (éste, en concreto, se constituyó hace más de 14 años), que permite presumir agotada su virtualidad y considerar que la contraprestación por la redención es proporcionada a los derechos que extingue.

Ni siquiera el criterio seguido por el TSJC vulnera la doctrina de los actos propios (art. 111.8). Alega la censalista que en una escritura de manifestación de herencia anterior se había valorado la finca en cuestión por un importe superior. Para el tribunal, la declaración del valor en la escritura de herencia se efectúa únicamente a efectos del impuesto de sucesiones, sin que pueda constituir un acto propio

con la trascendencia jurídica que le atribuye la censalista y que pueda suplir el acuerdo entre las partes.

Finaliza la censalista su recurso solicitando al TSJC que plantee ante el TC cuestión de inconstitucionalidad respecto de la norma que examinamos por establecer el valor catastral en lugar del que se determine judicialmente. El tribunal, en congruencia con lo ya expuesto, no estima inconstitucionalidad alguna ni arbitrariedad por parte del legislador que pueda infringir el art. 9.3 CE ni el principio de igualdad ante la ley.

El mismo criterio es seguido por la STSJC núm. 39/2010, de 25 de noviembre (ponente: José Francisco Valls Gombau).

## CENSOS

**Antes de la entrada en vigor del libro V del CCCat, el censalista podía interrumpir la prescripción obteniendo una inscripción en el Registro de la Propiedad antes de que transcurrieran treinta años de la anterior.**

*Sentencia núm. 2/2011, de 13 de enero (Ponente: M.ª Eugènia Alegret Burgués)*

**Resumen:** El censalista pretende redimir el censo, pero los censatarios oponen que el censo ha prescrito por falta de pago de las pensiones, prescripción que es estimada en primera y segunda instancia. La demanda se interpuso en 2006, antes de la entrada en vigor del libro V del CCCat, bajo la vigencia de la Ley 6/1990, y el censo se había constituido en el siglo XVII. El TSJC declara que la Ley de 31 de diciembre de 1945 es aplicable al presente supuesto, a falta de una disposición específica en la Ley 6/1990, por el principio general de irretroactividad de normas jurídicas. El art. 44 de la Ley de 1945 disponía que «los censos enfitéuticos inscritos en el Registro de la Propiedad no prescribirán en perjuicio del censalista si éste, en los últimos treinta años, hubiese solicitado y obtenido alguna inscripción relativa a su derecho, aunque fuera solo a los efectos de acreditar su deseo de interrumpir la prescripción». El impago de las pensiones se produjo desde 1960, pero en 1985 y en 1988 se practicaron dos inscripciones y en 1994 y 1995 los censalistas declararon la vigencia del censo conforme a la DT 3.ª de la ley de 1990. La Audiencia declaró la prescripción pues contaba los 30 años desde la entrada en vigor de la Ley de 1945; en cambio, el TSJC cuenta los 30 años desde que se produjo el impago de las pensiones (1960), por lo que la inscripción de 1985 interrumpió la prescripción.

**Comentario:** El TSJC aplica el plazo de prescripción de 30 años del art. 44 de la Ley de 1945, pese al plazo más corto del art. 121-20 CCCat, vigente en el momento de la presentación de la demanda, pero que se aplica en defecto de los plazos que fijan las leyes especiales, entre las cuales se encuentra la Ley de 1945, que el tribunal considera aplicable, a falta de una norma transitoria específica en la Ley de 1990, por el principio general de irretroactividad de las normas.

Esta ausencia de norma transitoria específica ha quedado subsanada tras la promulgación del Libro V del CCCat, que ha supuesto un cambio sustancial al respecto. La DT 15.ª dispone en su punto 1: «Las normas del capítulo quinto del título sexto que regulan los plazos para la usucapión y prescripción de censos, pensiones y laudemios



# Sentencias

se aplican a todos los censos, sean de la clase que sean y sean cuales sean la fecha de constitución y la normativa aplicable». Sin embargo, si acudimos al capítulo quinto del libro sexto observamos con cierta perplejidad que no establece ningún plazo para la prescripción de los censos. Debemos entender, por lo tanto, que la norma transitoria se refiere al art. 565-11.1, que dice con carácter general que «el censo se extingue por las causas generales de extinción de los derechos reales» y volver a trasladarnos al art. 532-1, que tampoco habla de la prescripción, sino de que «los derechos reales se extinguen cuando lo establece el presente código», lo que nos lleva a visitar el art. 121-1 que establece la prescripción como causa de extinción de las pretensiones relativas a derechos disponibles y finalmente al art. 121-20 que fija el plazo de prescripción general en diez años. Quizás hubiera sido más sencillo que el legislador hubiese conectado directamente la norma transitoria con el art. 121-20 o al plazo general de prescripción, para evitar un largo viaje no exento de peligros interpretativos.

En definitiva, parece que en la actualidad los censos cualquiera que sea la fecha de su constitución, se extinguen por prescripción en el plazo de 10 años, a contar del 1 de julio de 2006 (fecha de entrada en vigor del libro V), salvo que el plazo de 30 años de la legislación anterior se cumpla antes de haber transcurrido el de 10 años. Así resulta de la aplicación concordada de la DT 15.<sup>a</sup> de la Ley 5/2006 con los arts. 565-11.1, 532-1, 120-1 y 120-20 CCCat. Por lo tanto, aviso para los censuistas que no ejercitan los derechos inherentes al censo: el día 1 de julio de 2016 prescribirán sus censos si no interrumpen la prescripción por alguno de los medios del art. 121-11 (sin que sea causa de interrupción de la prescripción la inscripción de su derecho en el Registro de la Propiedad conforme al derogado art. 44 de la ley de 1945).

En otra Sentencia publicada este trimestre, la núm. 10/2011, de 28 de febrero (ponente: José Francisco Valls Gombau), el TSJC ha dispuesto que en los censos de dominio sin pensión, la prescripción empieza a contar desde la última inscripción registral, conforme al art. 44 de la Ley de censos de 1945; y que, una vez consumada la prescripción, el censo se extingue y no se reactiva aunque se practique una nueva inscripción registral.

## LEGADO

**El legatario no está obligado a reclamar la posesión de la cosa legada si antes de la apertura de la sucesión ya estaba en posesión de ella por justo título.**

*Sentencia núm. 5/2011, de 31 de enero (Ponente: Carlos Ramos Rubio)*

**Resumen:** Se plantea, bajo el régimen del CS, si implica aceptación tácita de la herencia la adquisición de la posesión de un prelegado por el heredero único. El demandante y recurrente pretende que el heredero ha aceptado tácitamente la herencia por cuanto no hubiera podido adquirir la posesión del legado sin el consentimiento del heredero, lo que le faculta para reclamarle la legítima como heredero. El llamado a la herencia hace constar su renuncia a la misma en el propio proceso judicial y justifica la posesión del legado en base a un título anterior a la sucesión hereditaria (se declara acreditado que el causante le había cedido el objeto legado —un negocio de muebles— en documento privado de fecha anterior en siete años al fallecimiento del causante y que el legatario había adquirido la posesión antes de la apertura de la sucesión).

El TSJC se declara de acuerdo con la doctrina de que si antes de la apertura de la sucesión el legatario ya tenía la posesión de la cosa legada por cualquier título o, incluso, aunque careciera de título (*ad usucapionem*), no sería necesario que la reclamase del gravado, por lo que no existe aceptación tácita de la herencia y desestima el recurso.

**Comentario:** Es razonable la solución adoptada ya que si el causante había cedido la posesión al futuro legatario (cesión que en este caso es a consecuencia de un contrato de transmisión de la propiedad), los interesados en la herencia también debían pasar por ella. Ello no afecta, sin embargo, al derecho de los legitimarios a pedir la reducción del legado si es inoficioso, ni al derecho de los herederos a reclamar la cuarta falcidia. Por otra parte, como nos recuerda ALBIOL (*Comentarios al CS*, Bosch, 1994, pág. 961), el heredero en Cataluña, a diferencia del Derecho común, no adquiere la posesión por la sola aceptación (el art. 6 CS dice que sólo tiene la posesión si la ha tomado, y lo mismo hoy el art. 411-6 CCCat), «lo que justifica que el heredero no esté facultado para exigir la posesión al legatario fuera de los casos de pasivo mayor que activo, legado inoficioso frente a los legitimarios y cuarta falcidia del heredero».

## MEMORIA TESTAMENTARIA

**La memoria testamentaria en la que se dispone de un bien inmueble es nula de pleno derecho y no puede convalidarse por los actos propios del heredero.**

*Sentencia núm. 7/2011, de 10 de febrero (Ponente: M.<sup>a</sup> Eugènia Alegret Burgués)*

**Resumen:** El causante, fallecido en 1973, había otorgado una memoria testamentaria en la que ordenó un legado de una parte indivisa de un inmueble. Los herederos oponen a la reclamación del legatario la nulidad de la disposición en base al art. 107, párrafo 2.º CDCC, que establece que en las memorias testamentarias sólo podrán ordenarse disposiciones referentes a dinero que no excedan de la veinteaava parte del caudal relicto, y a joyas, ropa y ajuar de casa. El legatario, por el contrario, sostiene que la memoria testamentaria «es eficaz por los claros y manifiestos actos propios realizados por el propio heredero en orden a considerar válida y eficaz la memoria testamentaria».

El TSJC declara la nulidad de pleno derecho de la memoria testamentaria, que no puede convalidarse por los actos propios de los herederos.

Por un lado, la nulidad de las disposiciones de elevado valor contenidas en memorias testamentarias resulta del artículo transcrito, en concordancia con el art. 242 CDCC que declara nulos los testamentos y codicilos que no se corresponden con alguno de los tipos regulados en la Compilación, y con el art. 6.3 CC que dispone la nulidad de pleno derecho de los actos contrarios a las normas imperativas y prohibitivas. Además, el TSJC dice que la disposición es claramente contraria al espíritu y a la finalidad del art. 107 CDCC, que recoge la tradición jurídica catalana que ha sido muy restrictiva en orden a la admisión de las memorias testamentarias debido a la existencia de otros instrumentos jurídicos que permitían conseguir las mismas finalidades que aquéllas, como la herencia de confianza o la conservación notarial de los testamentos cerrados y los medios extrajudiciales para darlos a conocer. Tampoco admite que se pueda reducir la disposición a la cantidad que no exceda de la veinteaava



parte del caudal relicto, ya que la citada limitación se refiere únicamente a los legados dinerarios.

Por otro lado, la sentencia resuelve que la nulidad de la memoria testamentaria es una nulidad de pleno derecho, no es un supuesto de anulabilidad, ya que está causada por la instrumentalización de la voluntad testamentaria en un medio no apto o inadecuado, por lo que no se puede corregir, no prescribe y no se puede convalidar posteriormente. Declara el tribunal que la nulidad radical tiene un carácter de orden público, que se superpone a los intereses privados de las partes como podría ser en este caso evitar las exigencias de publicidad de las disposiciones testamentarias por las que se transmitan bienes de elevado valor. Corroborar lo expuesto la regulación más próxima a la Compilación, realizada en el Código de Sucesiones de 1991, que distinguía con claridad en el art. 125 en relación con el 128, las nulidades no convalidables de los negocios testamentarios por no corresponder a alguno de los tipos previstos en el código o bien porque en cuyo otorgamiento no se han observado los requisitos y formalidades respectivos. Cita también la STSJC de 16 de enero de 1995, que declaró que la falta de tales formalidades impide que la voluntad del causante de esta forma expresada pueda ser tenida en cuenta incluso a efectos interpretativos. También el TS se ha manifestado sobre la inadmisión de convalidación o confirmación de los actos nulos, citando como más recientes las SSTs de 9 de julio de 1984 y 15 de octubre de 1985.

**Comentario:** Esta sentencia nos plantea dos cuestiones: si realmente se ha excedido el contenido permitido para la memoria testamentaria y, en caso afirmativo, si no debería evitarse la nulidad de pleno derecho, reduciendo la disposición en cuanto al exceso, para respetar en lo posible la voluntad del testador.

I.- La primera cuestión depende la interpretación que se dé al límite de la vigésima parte del caudal relicto del art. 107, párrafo 2.º CDCC (hoy décima parte, conforme al art. 421-21.2 CCCat) y a las clases de bienes que cita dicho precepto. El art. 107, párrafo 2.º dice literalmente que «en les memòries testamentàries només podran ésser ordenades disposicions referents a diners que no excedeixin la vintena part del cabal relicte, i a joies, robes i parament de casa». Una interpretación literal del precepto nos llevaría a la conclusión que sólo pueden ser objeto de las memorias testamentarias dinero, joyas, ropa y ajuar de casa; y que sólo en el caso del dinero opera el límite del 5% del caudal relicto. Esta interpretación nos llevaría a excluir otros bienes (como cuadros, libros y objetos personales en general) que deberían tener cabida perfectamente de acuerdo con la finalidad y la evolución histórica de la memoria testamentaria, cuestión en la que está de acuerdo la doctrina. Por citar sólo a FAUS i CONDOMINES, en sus *Comentarios a la CDCC* (ed. facsímil, Marcial Pons, Madrid, 2003, pág. 149), dicen: «El límite de la vigésima parte del caudal relicto para ordenar disposiciones referentes a dinero, fijada en el artículo 107, no obedece a precedente legislativo alguno, sino a la necesidad de que no se utilicen las memorias para disponer de una parte importante de la herencia, ni sean instrumento de que se valgan los testadores para buscar indemnidades fiscales, sino más bien un sistema de distribuir ropas, muebles y recuerdos de familia...». Parece, por tanto, que lo esencial es que la disposición se refiera a bienes de escaso valor económico, lo que permitiría incluir objetos de distinta clase a los indicados. Así lo prueban las posteriores regulaciones de las memorias testamentarias cuyo contenido se extiende a «objetos personales» y a «obligaciones de moderada

importancia» (art. 123.II CS y art. 421-21.2 CCCat). Algunos autores ven en ello la posibilidad de ampliar el contenido de las memorias testamentarias a «todo tipo de bienes muebles e inmuebles, respetando el límite del valor, ya que la tradicional consideración de los bienes inmuebles como más valiosos no tiene hoy razón de ser y la razón de la pervivencia es el límite de valor y no las características del objeto» y de considerar que «la limitación que se establece para el dinero debe considerarse aplicable para todos los demás objetos» (AMAT LLARI, *Las memorias testamentarias en el Derecho Civil catalán*, LA LEY, 1995, vol. II, pág. 767). Por lo tanto, según esta interpretación, debería haberse valorado el inmueble legado y si su valor no excede de la vigésima parte del valor del caudal relicto, la memoria testamentaria sería válida. Sin embargo, esta interpretación no se ajusta ya no sólo a la literalidad del art. 107 CDCC (ni a la interpretación de FAUS i CONDOMINAS, ya citada, quienes hablan solamente de «ropas, muebles y recuerdos de familia»), sino tampoco a las posteriores reformas legislativas de la figura, que pueden ser indicativas de una interpretación auténtica de la norma, por lo que deben ser tenidas en cuenta en dicha interpretación. En efecto, el art. 107 CDCC habla sólo de dinero, joyas, ropa y ajuar de casa; el art. 123 CS añade objetos personales y obligaciones de moderada importancia; y el art. 421-21.2 CCCat mantiene la misma enumeración que el CS (remarcando los dos requisitos, cuantitativo —que ya no se limita al dinero— y cualitativo —que se amplía a la décima parte del caudal relicto—). Parece claro, pues, que el legislador ha tenido interés en limitar el contenido de las memorias testamentarias a determinadas clases de bienes y en excluir los bienes inmuebles.

II.- La solución adoptada en esta primera cuestión está directamente relacionada con la segunda, la relativa a la nulidad absoluta o relativa de la memoria testamentaria. Si consideramos, como AMAT, que estamos ante un problema de exceso del límite cuantitativo, podría intentarse defender la nulidad relativa o anulabilidad de la disposición en cuanto al exceso y mantener su validez hasta el límite permitido, por lo que «la solución correcta hubiera sido la reducción del legado a la vigésima parte del caudal relicto» (AMAT, ob. cit., pág. 768, a propósito de la STSJC de 16 de enero de 1995, que hemos citado supra y que hace referencia al legado de una obra pictórica del testador).

En cambio, si entendemos, como creo que es más correcto, que la memoria testamentaria no es un instrumento idóneo para ordenar legados de bienes inmuebles, cualquiera que sea su valor, se impone la tesis de la nulidad absoluta o radical, ya que no estaríamos en presencia de una memoria testamentaria, pese a que el testador la califique como tal, sino ante un codicilo que no se ha otorgado cumpliendo los requisitos de forma establecidos imperativamente por la ley.

**La hipoteca constituida en garantía de una deuda ajena es un acto a título gratuito, por lo que es anulable conforme al art. 9 CF si grava la vivienda familiar y no es consentida por el cónyuge no hipotecante.**

*Sentencia núm. 12/2011, de 28 de febrero (Ponente: M.ª Eugènia Alegret Burgués)*

**Resumen:** Una persona constituye, en garantía de un préstamo a su hijo, una hipoteca sobre una vivienda, manifestando que ésta no constituye su domicilio familiar. Posteriormente, la esposa del hi-



# Sentencias

potecante obtiene la nulidad de la hipoteca en primera y segunda instancia, pues en realidad la vivienda sí era la vivienda familiar.

El TSJC desestima el recurso de casación en base a que la protección legal al adquirente de un derecho real de hipoteca sobre una vivienda hipotecada por uno solo de los esposos o convivientes y que constituya el domicilio familiar, requiere acumuladamente los siguientes tres requisitos: que el adquirente lo haga a título oneroso, de buena fe y que el transmitente manifieste en forma expresa que la vivienda no tiene la condición de vivienda familiar. En este supuesto de hecho, falta el primero de los requisitos, pues la hipoteca constituida en garantía de una deuda ajena no puede considerarse como onerosa, ya que el hipotecante se expone a un riesgo sin retribución u otra contraprestación sea dada por el acreedor o bien por el principal obligado, o bien sin la obtención de un beneficio directo o indirecto en función de las relaciones económicas o intereses de esta índole que tenga el garante en el negocio. La accesoriadad de la hipoteca en relación al préstamo significa, según el TSJC, que el derecho subordinado depende en cuanto a su existencia y subsistencia del derecho principal, pero ello no impide que se trate de dos negocios jurídicos diferentes.

El carácter gratuito de la hipoteca en garantía de deuda ajena ha sido declarado asimismo por el TS en SS de 24 de mayo de 2005, 8 de marzo de 2010 y 13 de diciembre de 2010, al no resultar beneficiado de la constitución del gravamen el disponente y sí por el contrario favorecido con ella el prestamista que, sin contraprestación alguna directa o indirecta al hipotecante, se ha visto beneficiado con una garantía de efectividad real.

**Comentario:** No me parece que la hipoteca en garantía de deuda ajena sea uno de los negocios en los que el legislador del Código de familia esté pensando para excluir la protección al adquirente.

Básicamente porque la hipoteca no es un negocio jurídico susceptible de ser calificado como oneroso o gratuito; más bien es un negocio jurídico neutro, cuyo carácter accesorio en relación al negocio jurídico del que constituye su garantía determina su onerosidad o gratuidad. Así, si la hipoteca se constituye en garantía de un préstamo sin interés, participa del carácter gratuito del comodato; y si el préstamo tiene como contrapartida el pago de intereses, participa de su carácter oneroso. En ambos casos, la hipoteca, por sí misma, no es ni onerosa ni gratuita, es neutra. Por una parte, no se produce un empobrecimiento de una parte con el respectivo enriquecimiento de la otra; no se aporta una finca en garantía de una deuda a cambio de una contraprestación o con ánimo de liberalidad, ya sea el deudor o ya sea un tercero quien hipoteca. Por lo tanto, parece claro que el acreedor (en este caso, un Banco) no adquiere el derecho de hipoteca gratuitamente, que es lo que exige el art. 9.3 CF al decir que «no és procedent l'anul·lació quan l'adquirent actua de bona fe i a títol onerós». El supuesto no resiste la comparación con el negocio a título gratuito por antonomasia, la donación. Por otra parte, es lógico que quien recibe algún derecho por donación vea su protección disminuida en relación a quien adquiere a título oneroso, ya que a fin de cuentas tras la nulidad se queda igual que antes de la donación. Pero quien ve anulada la hipoteca que ha adquirido en garantía de un préstamo, se encuentra con que ha otorgado un préstamo sin la garantía asociada, lo que sí le produce un claro perjuicio.

En definitiva, está claro que la entidad financiera no adquiere el derecho de hipoteca gratuitamente y como quiera que la anulabilidad está supeditada a que la adquisición sea a título gratuito, creo que debería estar protegida frente a la acción del cónyuge del hipotecante no deudor. El art. 231-9.3 CCCat reproduce el art. 9.3 CF, por lo que la misma doctrina debería aplicarse en la actualidad.



**Director:**

**Manuel de la Cámara Álvarez**

Encuadernación: Tapa dura / Páginas: 492  
/ ISBN: 978-84-8126-879-9



## COMPENDIO DE DERECHO SUCESORIO 3.ª EDICIÓN

NUEVO

La obra es la tercera edición de un libro que en sus anteriores ediciones gozó de una magnífica acogida, entre otras razones por la calidad del trabajo tanto del autor como de la persona que ha actualizado y puesto al día su contenido, ambos notarios, quienes, por su dedicación profesional, son, indudablemente, los juristas que mejor conocen el problemático entramado del Derecho sucesorio.



**LA LEY**  
grupo Wolters Kluwer

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

# Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado contra calificaciones de la propiedad y mercantiles

Publicadas en enero, febrero y marzo de 2011

Por Fernando Agustín Bonaga. Notario de Calatayud

## ANOTACIONES PREVENTIVAS

### DE EMBARGO

*Resolución 28 octubre 2010 (BOE 8, 10-I-11: 509)*

Deniega la inscripción de un mandamiento de cancelación de cargas posteriores dictado en procedimiento de apremio, al estar la anotación de embargo cancelada por caducidad. Las cargas que eran posteriores al expedir la certificación de cargas, como consecuencia de la cancelación de la anotación de embargo, han pasado a ser preferentes.

*Resolución 9 diciembre 2010 (BOE 22, 26-I-11: 1407)*

Es anotable un mandamiento de embargo ordenado en procedimiento instado por varios acreedores, aun cuando no se indique la cuota perteneciente a cada uno de ellos. Es cierto que el art. 54 RH exige la fijación de la cuota en las inscripciones de porciones indivisas de derechos, pero esto no es aplicable al embargo, cuya naturaleza jurídica no es la de derecho real, sino la de afección real de un bien a las resultas, no de un

crédito, sino de un proceso, al efecto de facilitar la actuación de la Justicia.

*Resolución 11 diciembre 2010 (BOE 22, 26-I-11: 1411)*

En virtud de lo dispuesto en el art. 86 LH, deniega la prórroga de una anotación preventiva de embargo en virtud de mandamiento judicial expedido y presentado una vez transcurridos cuatro años desde la fecha de la anotación, aunque fue dictado como consecuencia de una solicitud aportada al Juzgado antes de caducar la anotación.

### DE SENTENCIA

*Resolución 8 noviembre 2010 (BOE 1, 1-I-11: 23)*

El art. 42-3 LH permite genéricamente solicitar anotación preventiva a quien obtenga sentencia ejecutoria condenando al demandado en cualquier juicio. Sin embargo, el art. 141 RH limita el alcance de esta anotación al caso de que, para la ejecución de la sentencia, se manden embargar inmuebles del condenado. Pese a tal restricción, la Dirección admite la posibilidad de anotar ejecutorias que contengan condenas no dinerarias que ordenen al titular registral cumplir una obligación de hacer o no hacer que conlleve, una vez cumplida, una mutación jurídico real inscribible (el caso resuelto se refiera a una sentencia de condena a la elevación a público de un contrato privado de compraventa).

**Nota:** Las apostillas entre corchetes [...] no proceden de la resolución extractada, sino que se trata sólo de comentarios u observaciones del autor de estos resúmenes.



# Resoluciones

Sí que se considera defecto —subsanable— el hecho de que tres de las fincas objeto de contrato no estén inmatriculadas, y que la inscripción de la cuarta pueda producir una doble inmatriculación por coincidir parcialmente su descripción con la de otra finca inscrita (inscripción que exigiría acudir al procedimiento judicial con fase probatoria previsto en los arts. 300 y 306 RH).

## CONDICIÓN

### RESOLUTORIA

*Resolución 10 diciembre 2010 (BOE 2, 3-I-11: 88)*

Deniega la reinscripción a nombre del vendedor de una finca que fue cedida por obra futura con condición resolutoria ex art. 1504 CC, que se pretende por incumplimiento de ésta, en virtud de acta de notificación al cesionario, quien no contestó al requerimiento.

El TS (ej.: STS 31 julio 1995) considera aplicable a la permuta de solar por obra futura, el art. 1504 Cc, siempre que se haya pactado condición resolutoria explícita.

La reinscripción pretendida se deniega por falta de uno de los requisitos exigidos reiteradamente por la Dirección (que remite a la **Resolución 19 junio 2007**): además de aportar el título del vendedor y la notificación judicial o notarial, hay que presentar el resguardo de consignación en banco o en Caja oficial del importe que haya de ser devuelto al adquirente o corresponda, por subrogación real, a los titulares de derechos extinguidos por la resolución, teniendo además en cuenta que no cabe deducción alguna, aunque se hubiera establecido cláusula penal o se hubiese pactado otra cosa en la escritura, por cuanto puede tener lugar la corrección judicial prescrita en el art. 1154 CC.

### SUSPENSIVA

*Resolución 4 diciembre 2010 (BOE 8, 10-I-11: 511) y Resolución 7 diciembre 2010 (BOE 8, 10-I-11: 512)*

Se refieren a sendas fincas que fueron vendidas con reserva de dominio, sujetándose la transmisión de la propiedad al pago del precio aplazado. El derecho del comprador fue posteriormente embargado por la Hacienda Pública. Ahora se pretende la reinscripción automática a favor del vendedor, en virtud de acta de requerimiento acreditativa de la falta de pago.

La Dirección se opone, por entender que los efectos prácticos de la condición suspensiva son sustancialmente idénticos a los de la resolutoria explícita (la falta de pago del precio comporta la resolución del contrato), por lo cual resulta aplicable analógicamente el art. 175-6 RH: para cancelar la titularidad del comprador hay que presentar el documento de consignación en banco o en Caja oficial del importe que haya de ser devuelto al adquirente o corresponda, por subrogación real, a los titulares de derechos extinguidos por la resolución, teniendo además en cuenta que no cabe deducción alguna —como en este supuesto se pretende—, aunque se hubiera establecido cláusula penal o se hubiese pactado otra cosa en la escritura, por cuanto puede tener lugar la corrección judicial prescrita en el art. 1154 CC. Además, para evitar los acuerdos entre transmitente y adquirente sobre la resolución (anticipación de la misma, disminución de las cantidades a consignar...) en menoscabo de terceros

(como en este caso, Hacienda), haría falta la intervención de éstos o resolución judicial.

## DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

*Resolución 20 enero 2011 (BOE 62, 14-III-11: 4672)*

Se refiere a una venta otorgada en Venezuela, por un padre que ostenta en exclusiva la patria potestad sobre un menor venezolano, referida a inmuebles sitos en España, con autorización judicial previa del Juez venezolano, pero sin que en el título de venta se acredite el cumplimiento de dos requisitos impuestos en la propia autorización: que el precio de venta sea emitido en cheque nominativo a favor del menor, y que el cheque se consigne en una oficina pública venezolana.

Al tratarse de inmuebles en España, la Dirección entiende aplicable la Ley española, tanto al contrato (arts. 4 del Convenio —hoy derogado— y del Reglamento comunitarios, ambos llamados de Roma, sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales), como a su eficacia jurídico real y su publicidad registral (art. 10-1 CC). Sin embargo, la representación legal nacida de la patria potestad se rige por la Ley aplicable a las relaciones paterno-filiales, que a su vez será la Ley personal del hijo, es decir la venezolana (remisión sucesiva del art. 10-11 CC, al 9-4 y al 9-1). Por tanto, depende de la Ley venezolana el determinar si la falta de acreditación de las cautelas exigidas al representante legal del menor, afecta a la validez del contrato —y por tanto impide su inscripción—, o si solo tiene efecto en el ámbito de las relaciones paterno-filiales (como ocurre en Derecho español con la no acreditación la reinversión de la cantidad obtenida, en el caso de la Resolución 8 mayo 2010).

El Derecho extranjero debe ser objeto de prueba, admitiéndose entre otros medios, los informes sobre su contenido y vigencia emitidos por Notario o Cónsul español, o por Diplomático, Cónsul o funcionario extranjero (art. 36 RH), sin ser exigibles la legalización y traducción de los mismos, por no ser en sí inscribibles. El Registrador (y demás Autoridades) no tienen la obligación de indagar el Derecho extranjero, pero sí la facultad. En el supuesto resuelto, el Registrador está obligado a aplicar de oficio las antes citadas normas de conflicto del ordenamiento español (art. 12-6 Cc), que conducen al Derecho venezolano. Una calificación negativa solo podría basarse en la no acreditación del mismo, o en la aseveración del Registrador —bajo su responsabilidad— de que para tal Derecho, la falta de acreditación de las cautelas impuestas por el Juez afecta a la validez del contrato.

## DESCRIPCIÓN DE FINCAS

*Resolución 14 diciembre 2010 (BOE 23, 27-I-11: 1488)*

Permite modificar mediante instancia la descripción de una finca inscrita como lindante con el frente con calle Ciudad Real, en el sentido de decir que hoy es la misma calle, pero números 19-21-23. No es obstáculo que exista inscrita otra finca con tales números de policía, lo cual puede perfectamente deberse a un error o a alteraciones sobrevenidas, por lo cual sería desproporcionado exigir para ello el consentimiento o la demanda a todos los titulares. Por ello el art. 437 RH permite al titular hacer constar la calle y numeración correctas presentando la documentación municipal correspondiente. Diferen-



te sería pretender la constancia registral de una referencia catastral que ya constase previamente en otra finca, lo cual sí que requeriría consentimiento de los titulares de ésta o resolución judicial.

## DOCUMENTOS ADMINISTRATIVOS

*Resolución 11 diciembre 2010 (BOE 40, 16-II-11: 3032)*

Declara inscribible la certificación del acuerdo municipal que declara resuelta una venta hecha por el Ayuntamiento, por incumplimiento de condición resolutoria establecida en el Pliego de condiciones económico-administrativas, con la consiguiente reversión automática a favor de la parte vendedora. Se acompaña sentencia dictada por el Tribunal Contencioso-Administrativo en la que se ratifica el acuerdo municipal y se afirma que el contrato de enajenación tenía naturaleza administrativa y no civil. El hecho de que la condición resolutoria no conste en el Registro no es obstáculo para la reinscripción, no habiendo pasado la finca a poder de terceros.

No se trata de un «acto de la administración» como persona privada, que estaría por tanto sujeto al Derecho y la Jurisdicción civiles [como ocurre por ejemplo en el supuesto de la **Resolución 26 marzo 2008, BOE 92, 16-IV-08: 6768**, sobre resolución de una compraventa también por incumplimiento de condiciones], sino de un verdadero «acto administrativo» recurrible ante los Tribunales contencioso-administrativos, en el cual la Administración, actuando con «imperium», celebra un contrato mediante licitación pública y pliego de condiciones, por lo cual puede por sí acordar la resolución del contrato (art. 5-2-b Ley Contratos de las AA.PP).

[Se confirma así la doctrina sentada por: Resolución **27 octubre 2008 (BOE 280, 20-XI-08: 18758)**; y Resolución **29 enero 2009 (BOE 47, 24-II-09: 3066)**, la cual llegó a declarar inscribible, sin necesidad de acudir a los Tribunales civiles, la resolución unilateral hecha por un Ayuntamiento, de un derecho de superficie, por incumplimiento de las condiciones resolutorias establecidas en el pliego de condiciones.]

## DOCUMENTOS JUDICIALES

*Resolución 15 diciembre 2010 (BOE 23, 27-I-11: 1489)*

Deniega la inscripción de un mandamiento de la Secretaría de un Juzgado por falta de aportación o testimonio de la Sentencia. El título material y formal inscribible es la resolución judicial (cuya inserción ordena el art. 165 RH). El mandamiento es un mero acto de comunicación procesal dirigido a personas de cuya actuación depende la ejecución de la resolución. Solo cuando el mandamiento incluye un testimonio literal de la resolución se confunden ambos aspectos.

El principio de tracto sucesivo exige, para modificar los asientos del Registro, el consentimiento de los titulares de derechos sobre el inmueble o resolución judicial en procedimiento donde hayan podido intervenir todos ellos. Lo anterior es aplicable también en caso de extinción de la personalidad (no solo muerte de individuos, sino también extinción de personas jurídicas), siendo doctrina reiterada de la Dirección que el llamamiento a personas ignoradas no implica que hayan sido parte en el proceso.

Respecto de los elementos de una propiedad horizontal, hay que distinguir los supuestos de exceso de cabida y los de mera rectificación de datos registrales (remite a Resolución 22 enero 2009): la rectificación que no implique inmatriculación o alteración de linderos, puede realizarse mediante sentencia declarativa.

## EXCESO DE CABIDA

*Resolución 16 diciembre 2010 (BOE 8, 10-I-11: 513)*

Encuentra justificadas las dudas del Registrador en cuanto al exceso de cabida pretendido, puesto que: hay discordancia con el Catastro (según la certificación catastral la finca es rústica, cuando en realidad es urbana, y tiene diferente ubicación); existe gran desproporción entre la cabida inscrita (1.799 metros) y la que se pretende inscribir (3.659 metros); y se quiere cambiar los linderos. Además, el recurso gubernativo no es marco adecuado para dilucidar las dudas del Registrador sobre la identidad de la finca, salvo aquellos casos en que se aprecie con claridad el carácter injustificado de tales dudas; de lo contrario, habría que acudir a la vía jurisdiccional.

La Dirección rechaza también la constancia registral de la referencia, en la descripción de la finca, a una «serventía» (servidumbre de paso) a favor de ella, por falta de previa inscripción del auto judicial —cuyos datos se reseñan en el título— en que fue constituida. Sin tal previa inscripción, la constancia registral de tal derecho constituiría una mera mención de un derecho susceptible de inscripción especial y separada, carente de la condición de gravamen a efectos hipotecarios y avocada a su cancelación (art. 98 LH).

*Resolución 11 diciembre 2010 (BOE 22, 26-I-11: 1410)*

Las dudas sobre la identidad de la finca pueden ser alegadas por el Registrador en los casos de inmatriculación o inscripción de excesos de cabida por título público o por certificación administrativa, pero no en los supuestos de expediente de dominio.

En el supuesto resuelto la Dirección entiende inscribible el expediente de dominio para la inscripción de un exceso de cabida de más del doble de la cabida inscrita, donde además cambian los linderos y la finca pasa de rústica a urbana (con citación del Ayuntamiento y justificación catastral del cambio a solar).

*Resolución 9 diciembre 2010 (BOE 22, 26-I-11: 1409)*

Mediante juicio declarativo puede realizarse cualquier modificación de los asientos del Registro, siempre que se haya seguido contra el titular registral. Cabe incluso inmatricular fincas o practicar excesos de cabida. De hecho el juicio declarativo, a falta de aportación de los títulos intermedios, es la única forma de rectificación cuando el adquirente es causahabiente directo del titular registral. El auto recaído en expediente de dominio es medio excepcional y de interpretación restrictiva que solo cabe en casos estrictos de interrupción del tracto. Tal excepcionalidad no se da en el juicio ordinario con posibilidad de contradicción, eso sí, siempre que sean demandados los titulares registrales, lo que de ellos adquirieron, y todos los titulares intermedios hasta enlazar con la titularidad del demandante.

Como el expediente se refiere solo a una parte de la finca registral, la inscripción exige licencia de segregación o declaración de innecesariedad. No obsta el hecho de que los títulos pudieran ser



# Resoluciones

anteriores a la Ley del Suelo de 1990 (que no exigía licencia), pues es ahora cuando se formaliza la segregación.

## EXTRANJEROS

*Resolución 13 diciembre 2010 (BOE 23, 27-I-11: 1486)*

Declara inscribible una escritura de adjudicación de herencia, otorgada por cuatro extranjeros: tres legatarios de muebles de escaso valor, que no aportan NIE; y el legatario del único bien inmueble, que sí aporta NIE. La Exposición de Motivos de la Ley 36/2006 de 29 de noviembre (que dio nueva redacción al art. 254 LH) dice que una de las finalidades de la misma es prevenir el fraude fiscal en el sector inmobiliario. Atendida esta finalidad de la Ley, el único NIE necesario es el del adquirente de inmuebles.

## HIPOTECA

*Resolución 21 diciembre 2010 (BOE 38, 14-II-11: 2814)*

La Dirección abunda en su reciente doctrina [a partir de Resolución 1 octubre 2010 (BOE 270, 8-XI-10: 17184) y Resolución 4 noviembre 2010 (BOE 317, 30-XII-10: 20105)] sobre extensión de la calificación registral en hipotecas, también a las cláusulas financieras sin trascendencia real [respecto de las cuales, hasta 2010 se decía que solo se transcribían pero no se calificaban]. Hoy entiende que sí que son objeto de calificación registral, si bien modalizada en su extensión, rechazando: aquellas declaradas nulas por sentencia firme; y aquellas cuyo carácter abusivo pueda ser declarado por el Registrador subsumiendo automáticamente el supuesto de hecho en una prohibición específicamente determinada en términos claros y concretos, sin poder entrar en el análisis de otras cuya abusividad dependa de conceptos indeterminados o inciertos (como el principio general de buena fe o el desequilibrio de las prestaciones), cuya declaración de abusividad requeriría sentencia.

La operación calificada en el supuesto resuelto es un crédito en cuenta corriente hasta un determinado límite, cuyo saldo al cierre de la cuenta se garantiza con hipoteca de máximo en su modalidad de hipoteca inversa. Respecto de ella, la Dirección establece:

- No procede exigir la entrega del capital, pues se trata de un crédito (contrato consensual y bilateral), y no de un préstamo (real y unilateral). No altera su naturaleza de crédito el hecho de que la disposición inicial haya agotado la totalidad del límite disponible por razón del capital (el resto de responsabilidad hipotecaria corresponde a intereses, comisiones y otros gastos garantizados).
- No son inscribibles cláusulas no reales ni financieras, como las siguientes: imposición al deudor de ciertas obligaciones en caso de concurrencia de causas de vencimiento anticipado; pactos sobre posibilidad de grabaciones telefónicas; vencimiento por falta de inscripción de la hipoteca (cláusula intrascendente una vez inscrita la hipoteca).
- No es superflua, sino que al contrario procede y es necesaria, la inscripción de la cláusula de vencimiento anticipado prevista en el art. 693 LEC, según el cual solo podrá reclamarse la total deuda

por capital e intereses por falta de pago de algún plazo, si así se hubiese convenido y hecho constar en el Registro.

- No es inscribible el pacto de extensión de la hipoteca a nuevas construcciones, si no exceptúa el caso de haber sido edificadas por tercer poseedor (como imperativamente establece el art. 112 LH).

*Resolución 11 enero 2011 (BOE 38, 14-II-11: 2815)*

Respecto de una operación similar a la anterior, sienta la misma doctrina y además, añade:

- Los intereses devengados se pueden acumular al capital. La hipoteca inversa es una excepción (prevista en la adicional 1.ª-6 de la Ley 41/2007) a la aplicación del límite de 5 años de intereses reclamables en perjuicio de terceros que establece el art. 114-2 LH. En cuanto a la regla del art. 114-1 LH de que, salvo pacto, la hipoteca solo asegura en perjuicio de tercero los intereses de los dos últimos años, la Dirección entiende que solo se aplica a la hipoteca inversa si así resulta de los términos del contrato. Además, al crédito en cuenta corriente, no se le aplica la exigencia de determinar separadamente las responsabilidades por principal e intereses, de modo que éstos solo puedan reclamarse en cuanto tales, dentro de los límites legales y convencionales, pero nunca englobados en el capital (principio de especialidad), sino que cabe configurarlos como una partida más de cargo en la cuenta, cuyo saldo final es lo que garantiza la hipoteca.
- No es inscribible la cláusula de vencimiento anticipado que prohíbe al deudor vender la finca hipotecada, gravarla o arrendarla, pues infringe los arts. 27 y 107-3 LH, y ha sido declarada abusiva en STS 16 diciembre 2009 (en el caso del arrendamiento sí es admisible la cláusula cuando se refiere solo a los arrendamientos exentos del principio de purga de las cargas posteriores, que son los de vivienda durante los primeros 5 años).
- No es cláusula financiera (y por tanto no es calificable) la concesión por el deudor de poder irrevocable al acreedor para subsanar los defectos que impidan la inscripción, incluso en caso de autocontratación.

*Resolución 20 diciembre 2010 (BOE 44, 21-II-11: 3370)*

Deniega la inscripción de un auto judicial de adjudicación en procedimiento de ejecución directa sobre bienes hipotecados, por haber sido seguido contra persona distinta del titular registral (concretamente, un causahabiente no inscrito del titular registral) y por no haberse expedido la certificación de dominio y cargas establecida en el art. 656 LEC. El Registrador es competente para calificar la falta de tracto respecto del titular registral —condición que no se pierde por el hecho de existir un tercer poseedor no inscrito—, con el fin de evitar su indefensión (ej.: Resolución 30 abril 2009). La certificación sirve precisamente para conocer al titular y poder notificarle dándole la necesaria intervención en el procedimiento.



#### *Resolución 18 enero 2011 (BOE 62, 14-III-11: 4671)*

Se refiere a un préstamo hipotecario incluido en el ámbito objetivo de la Ley 2/2009 de 31 de marzo, que regula la contratación entre consumidores y personas o entidades que no sean entidades de crédito pero que profesionalmente realicen, entre otras actividades, préstamos o créditos hipotecarios, bajo la forma de pago aplazado, apertura de crédito u otro medio equivalente de financiación. El art. 3 impone a tales financiadores el deber previo de inscribirse en los Registros Públicos creados a tal efecto por las Comunidades Autónomas.

La Dirección entiende que la no inscripción por inexistencia actual del citado Registro público no impide que una sociedad preexistente pueda continuar desarrollando su actividad, eso sí, con cumplimiento de los demás requisitos que impone la citada Ley, en aras de la transparencia del mercado hipotecario, incrementando la información precontractual y protegiendo a los consumidores.

#### *Resolución 8 febrero 2011 (BOE 69, 22-III-11: 5239)*

En relación a una escritura de constitución de hipoteca por deuda ajena, la Dirección no considera defectos que impidan su inscripción:

- La falta de intervención de la parte deudora. En materia de hipotecas el principio de especialidad se flexibiliza para facilitar el crédito, admitiéndose hipotecas sin la previa determinación registral de todos los elementos de la obligación, como la hipoteca en garantía de obligaciones futuras o condicionales (siempre que se precise la relación jurídica básica de la que derive la obligación que se pretende asegurar), y la hipoteca por deuda ajena sin intervención del deudor (Resolución 26 mayo 1986), lo cual es corroborado por la posibilidad de afianzamiento sin intervención del deudor (art. 1823 CC), de pago por otro ignorándolo el deudor (art. 1158), o de hipoteca unilateral (art. 141).
- La falta de consignación en la escritura de un domicilio del deudor. Tal consignación la exige el art. 682-2-2.º LEC en beneficio tanto del acreedor como del deudor; pero la consecuencia de su falta no es la ineficacia o la no inscripción de la hipoteca, sino la no inscribibilidad de los pactos sobre los procedimientos potestativos de ejecución hipotecaria (el de ejecución directa —en cuya regulación se incardina el citado art. 682— y el extrajudicial) y por tanto, la imposibilidad de utilizarlos.

## **INMATRICULACIÓN**

#### *Resolución 16 diciembre 2010 (BOE 8, 10-I-11: 514)*

Rechaza la inmatriculación de una finca porque los términos de la certificación catastral aportada no con «totalmente coincidentes» con el título, sobre todo en cuanto a la superficie. Esta coincidencia plena exigida por los arts. 53-7 L 13/1996 y 298 RH se refiere a la superficie y los linderos, y no permite ni siquiera diferencias inferiores al 10% (que es algo permitido por los arts. 41 a 49 de la Ley del Catastro, pero solo de cara a la constancia registral de la referencia catastral). Además, las construcciones

que hayan podido incorporarse por accesión a la finca, deben reunir los requisitos exigidos por la Ley para su inscripción registral. La inmatriculación por título público requiere extremar las precauciones para evitar que la documentación que acredita la adquisición del transmitente haya sido elaborada al solo efecto de conseguir la inmatriculación, y que se produzcan dobles inmatriculaciones.

#### *Resolución 14 diciembre 2010 (BOE 32, 7-II-11: 2341)*

Un proyecto de equidistribución urbanístico pone de manifiesto la doble inmatriculación de una finca a nombre de dos titulares distintos. Se inscribe provisionalmente la finca de reemplazo a nombre de ambos titulares en tanto se acredite su mejor derecho (art. 10-1 RD 1093/1997). Después se alcanza una transacción judicial, la cual se inscribe: a un titular se le reconoce el dominio y al otro una opción de compra por precio y plazo determinados. Anteriormente se había presentado una escritura de préstamo hipotecario otorgada por aquel a quien luego se concedería la opción de compra. El otro titular, a quien se ha reconocido el dominio, solicita ahora la cancelación de la opción (alegando que nunca se solicitó su inscripción) y de la hipoteca.

La Dirección resuelve que la opción fue correctamente inscrita, sobre la base del principio de unidad negocial: dentro de la transacción, el reconocimiento de dominio tuvo como contraprestación la concesión de la opción; e inscribir una cosa sin la otra alteraría el equilibrio resultante del acuerdo. El transcurso del plazo para el ejercicio de la opción supone la extinción del derecho pero no la cancelación del asiento, que requiere siempre conformidad del interesado o resolución judicial (art. 40 LH): el ejercicio tempestivo de la opción puede registrarse en cualquier momento, aun transcurrido el plazo convencional para su ejercicio. No procede la cancelación del asiento de presentación de la hipoteca constituida por el optante; dicho asiento solo decaerá si la opción fuese cancelada.

#### *Resolución 23 diciembre 2010 (BOE 45, 22-II-11: 3478)*

Deniega la inscripción de un auto dictado en expediente de dominio para la inmatriculación de fincas, en primer lugar, por no constar si los promotores son cónyuges y, en su caso, el régimen económico conyugal y el carácter de la adquisición (según exige el art. 51-9 RH).

Además, no hay coincidencia en la superficie entre el título y la certificación catastral descriptiva y gráfica. Los términos de la certificación catastral a efectos inmatriculadores deben ser «totalmente coincidentes» con la descripción del título (art. 298 RH y art. 53-7 Ley 13/1996); y no cabe entender tal coincidencia cuando la diferencia de cabida no exceda del 10%; pues tal criterio permisivo lo prevén los arts. 41 a 49 de la Ley del Catastro, en relación a la constatación registral de la referencia catastral, pero no a la inmatriculación.



# Resoluciones

## PODER

*Resolución 18 diciembre 2010 (BOE 41, 17-II-11: 3130)*

Deniega la inscripción en el Registro Mercantil de una escritura de poder que literalmente le concede solo vigencia «hasta el día 31 de junio de 2010» (cuando lo cierto es que junio tiene solo 30 días).

La inscripción del poder requiere subsanación del error. Bastaría la diligencia del art. 153 RN. El notario, a diferencia del registrador, sí tiene elementos de juicio suficientes para conocer si la verdadera voluntad del otorgante era referirse al último día de junio —como alega el recurrente—, o al último día de otro mes de 31 días (como el de julio, cuya grafía diverge solo en una letra).

## PRIORIDAD REGISTRAL

*Resolución 12 noviembre 2010 (BOE 1, 1-I-11: 24)*

En el Registro hay inscrito un bien ganancial. El 5 de agosto se presenta una escritura en la que el marido dona a la esposa una mitad indivisa, invocando como título una anterior escritura de capitulaciones —con liquidación de gananciales y pacto de separación de bienes— aún no presentada al Registro. El 14 de agosto las referidas capitulaciones fueron objeto de indicación en el Registro Civil. El 17 de agosto se presenta mandamiento de embargo por deuda tributaria en el que consta la notificación al esposo deudor y a su cónyuge (como exige el art. 170 LGT). El 29 de agosto se presentan las capitulaciones en el Registro de la Propiedad.

La Dirección entiende que el documento presentado en primer lugar (la donación) gana prioridad no solo para sí, sino también para los documentos presentados después que sean necesarios para subsanar la falta de tracto (las capitulaciones), siempre que el disponente en el primer documento presentado sea causahabiente del titular registral, y aunque con ello se postergue algún título contradictorio presentado entre medio (embargo). El art. 432-1-c RH prevé que, si para despachar un documento es necesario inscribir previamente otro presentado después, el interesado puede pedir que el asiento de presentación del primero se prorrogue hasta 30 días después de haber sido despachado el segundo. No obstante la formulación del principio de tracto sucesivo del art. 20-2 LH, el art. 105 RH permite a los Registradores suspender la inscripción de los documentos cuando el otorgante alegase en ellos ser causahabiente del titular inscrito o resultare tal circunstancia del Registro y del referido documento; y permite al presentante solicitar anotación preventiva por defecto subsanable. El art. 105 RH tiene su equivalente en relación con las anotaciones de embargo, en el art. 140-1 RH, que ha sido sancionado mediante norma de rango legal en el art. 629-2 LEC.

La indicación de las capitulaciones en el Registro Civil es el momento decisivo a partir del cual deja de existir la facultad de los acreedores de un cónyuge, de pedir el embargo de bienes gananciales con notificación al otro cónyuge (art. 1373 CC). Desde la indicación de cambio al régimen de separación, los acreedores privativos de cada cónyuge solo tendrán facultades sobre los bienes de éste.

## PROCEDIMIENTO REGISTRAL

*Resolución 13 diciembre 2010 (BOE 22, 26-I-11: 1412)*

El recurso gubernativo debe recaer exclusivamente sobre las cuestiones relacionadas con la calificación, y no con otros defectos no incluidos en ella sino en el posterior informe del registrador, pues lo contrario produciría indefensión al recurrente.

Así, la Dirección declara inscribible un acta de adjudicación directa de un bien embargado por un Ayuntamiento, respecto de la cual: la calificación consideró defecto la falta de escritura pública; mientras que en el informe ulterior, el Registrador ya no aludió a este defecto, sino a la presentación de acta, en lugar de certificación del acta.

## PROPIEDAD HORIZONTAL

*Resolución 27 diciembre 2010 (BOE 45, 22-II-11: 3479)*

Declara inscribible la agrupación de 9 elementos privativos de una propiedad horizontal —con autorización estatutaria—, para formar un elemento nuevo, que se describe como formado por 18 viviendas o estudios, cuya cuota es la suma de las cuotas de todos los elementos agrupados.

No es preciso realizar una declaración de obra nueva, pues es doctrina de la Dirección que si las operaciones de segregación y agrupación no modifican la descripción registral del edificio no será necesario variarla (Resolución 21 febrero 1995), y que no puede presuponerse que el edificio sea distinto del inscrito si su configuración exterior es la misma (Resolución 19 febrero 2005). Además, en el caso resuelto la declaración de obra sería irrelevante, pues se cuenta con licencia municipal.

Aunque los 18 apartamentos sean susceptibles de aprovechamiento independiente, esto no implica que hayan de constituirse como 18 elementos privativos diferentes, sino que pueden estar agrupados (art. 8 LPH), en atención a su unidad económica, funcional o de destino. En el caso resuelto, los 18 apartamentos van a ser aprovechados conjuntamente por una sociedad hotelera.

*Resolución 27 diciembre 2010 (BOE 77, 31-III-2011: 5783)*

Sintetiza la doctrina de la DGRN sobre delimitación de materias competencia de la Junta y materias que exigen consentimiento individual de los propietarios, distinguiendo entre:

- Actos colectivos, que se imputan a la Junta como órgano comunitario. Son inscribibles en virtud de certificación de junta de propietarios con unanimidad de asistentes y notificación (sin oposición) a los no asistentes. Casos: desafectación y venta de determinados elementos comunes (Resolución 30 noviembre 2006 en BOE 28-XII-06: 22838; Resolución 4 marzo 2004; Resolución 23 marzo 2005); vinculación «ob rem» de los trasteros a las viviendas, como anejos (Resolución 31 marzo 2005); determinadas modificaciones de los estatutos (Resolución 5 julio 2005).
- Actos que afectan al contenido esencial del derecho de dominio: requieren consentimiento individualizado de los titulares, como: especificación del trastero que corresponde a cada piso (Resolu-



ción 12 diciembre 2002); conversión de elemento privativo en común —que requiere el consentimiento de los titulares registrales y sus cónyuges en régimen de gananciales— (Resolución 23 junio 2001).

El supuesto resuelto se refiere a una modificación de cuotas. La Dirección resuelve que la cuota expresa el valor proporcional del piso en el conjunto del inmueble y que por ello, en principio, su modificación afecta al contenido esencial del dominio y requiere consentimiento individual de todos los propietarios afectados en escritura pública (Resolución 11 octubre 2001).

No obstante, hay ciertos supuestos de modificación de cuotas contemplados en la Ley (o que guardan estrecha similitud con los mismos), que son actos colectivos de la Junta:

- el simple establecimiento de un reparto de gastos diferente a la cuota;
- fijación de nuevas cuotas de los elementos resultantes de una división, segregación, agrupación o agregación, siempre que no se alteren las cuotas restantes y que, además de la Junta, consientan los titulares afectados (art. 8 LPH);
- creación de nuevos pisos o locales, siempre que no se altere el contenido esencial del derecho de cada propietario tal y como se estableció en el título constitutivo;
- en caso de desafectación de elementos comunes, la Junta podrá fijar la cuota del nuevo elemento con el consiguiente reajuste proporcional de las demás cuotas. Pero esto se refiere al supuesto ordinario de atribución común del elemento desafectado a todos los propietarios en proporción a sus cuotas (o su valor económico en caso de venta a terceros). Por el contrario, en el caso resuelto, la desafectación pretendida queda fuera de la competencia de la Junta, porque se atribuye el dominio del elemento desafectado a uno solo de los copropietarios sin contraprestación alguna. Además, no solo se modifica el título constitutivo de la propiedad horizontal, sino también la obra nueva, cuya declaración es acto de riguroso dominio (Resolución 21 mayo 1991).

## PUBLICIDAD REGISTRAL

*Resolución 3 diciembre 2010 (BOE 2, 3-I-11: 87)*

Deniega la solicitud de certificación literal de todas las fincas registrales de las que han sido titulares dos personas determinadas, realizada por quien alega como interés legítimo la liquidación de su sociedad de gananciales. No concurre tal interés legítimo en la solicitante, pues las personas a quien se refiere la certificación no son titulares actuales de ninguna de tales fincas (los asientos a nombre de ellas ya no están vigentes); además, ni la solicitante ni su esposo aparecen en inscripción alguna referida a las mismas.

El interés que da derecho a acceder al Registro, debe ser directo (de lo contrario, hay que acreditar el encargo), conocido (es decir, acreditado, salvo en los casos de autoridades o funcionarios cuyo interés se presume por el art. 221-2 LH), legítimo (no contrario a De-

recho) y patrimonial (el solicitante tiene o espera tener una relación patrimonial para la cual es relevante la información). En el Registro de la Propiedad, el interés ha de probarse a satisfacción del Registrador, bajo su responsabilidad, de acuerdo con el sentido y función de la institución registral. Además, entiende la Dirección (sobre la base de la STC 20 noviembre 2000) que los datos sensibles de carácter personal o patrimonial solo podrán ser objeto de publicidad para los fines propios de la institución registral, entre los que no se incluye la investigación privada de datos no patrimoniales.

## RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL

*Resolución 22 diciembre 2010 (BOE 44, 21-II-11: 3371)*

Exige escritura pública (y rechaza por tanto el convenio regulador aprobado judicialmente) para inscribir la adjudicación de bienes privativos de un cónyuge a otro, estando ambos casados en régimen de separación de bienes.

El principio de legalidad exige titulación pública (art. 3 LH), que la Dirección interpreta como el tipo de título congruente con el acto inscribible (en el caso resuelto, escritura pública y no ejecutoria). La efectividad del convenio regulador es meramente liquidatoria del régimen económico conyugal, sin que quepa extenderlo a otros actos con significación negocial propia. Por ello la Dirección exigió escritura pública para intercambiar bienes privativos al liquidar el régimen de comunidad (Resolución 22 marzo 2010). Pero admitió el convenio regulador para adjudicar bienes adquiridos proindiviso constante el régimen de separación de bienes, pues aunque este régimen se basa en la comunidad romana, hay diferencias entre ambas regulaciones; así en el régimen de separación los bienes de ambos cónyuges están afectos a las cargas del matrimonio, existen limitaciones a la disposición de la vivienda habitual... (Resolución 29 octubre 2008).

## SOCIEDADES MERCANTILES

*Resolución 25 noviembre 2010 (BOE 1, 1-I-11: 25)*

En el ámbito de las denominaciones sociales, la identidad entre ellas no solo se puede producir por absoluta coincidencia gramatical, sino también cuando las diferencias, por su escasa entidad o la ambigüedad de los términos que las provocan, no desvirtúan la impresión de tratarse de la misma denominación (art. 408 RRM). El fin último de la prohibición es identificar con seguridad al sujeto.

En el caso resuelto, la Dirección considera que no hay identidad —ni «cuasi identidad»— entre la denominación ya reservada «Argostalia, S.L.», y la de una sociedad constituida después con el nombre «Argosalia, S.L.», pues la interpretación contraria, consistente en estimar irrelevante la diferencia en una consonante («t»), llevaría a considerar idénticas o —o cuasi idénticas— multitud de denominaciones ya registradas.

[Sobre la misma argumentación, pero interpretada en sentido inverso, la Dirección apreció identidad entre las denominaciones ya registradas «S.A. RACC» y «RAC, S.L.», y la de una sociedad en constitución denominada «RACC Seguros, Compañía de Seguros y Reaseguros, S.A.» (Resolución 25 octubre 2010); y entre las denominaciones ya registradas «GC S.A.» y «GECE, S.L.», con la de la nueva sociedad «GC, Ibérica S.L.» (Resolución 26 octubre 2010)].



# Resoluciones

## *Resolución 24 noviembre 2010 (BOE 8, 10-I-11: 510)*

Se refiere a una escritura de constitución de sociedad limitada, en la cual los cuatro únicos socios fundadores crean un consejo de administración formado por ellos mismos, nombrándose además consejeros delegados solidarios, pero no de forma simultánea, sino sucesiva, de dos en dos por turnos rotatorios anuales (una pareja de consejeros ejercerá la delegación en los años pares, y la otra en los impares).

La Dirección entiende irrelevantes las objeciones registrales sobre falta de indicación expresa del número de miembros del consejo que han votado a favor del nombramiento y la delegación, y falta de constancia expresa de la aceptación de los nombramientos. En este caso se trata de la escritura de constitución social, cuyo otorgamiento no tiene como base el acta, libro de actas o testimonio notarial de los mismos, ni una certificación del acuerdo, sino que al haber sido otorgada por todos sin expresión en contrario, resulta evidente la voluntad unánime de todos los otorgantes. Tampoco hay obstáculo en la inscripción de consejeros delegados antes de que llegue el término inicial señalado para la eficacia de la aceptación, posibilidad expresamente admitida en Resolución 6 junio 2009 e incluida en el principio general de libertad de pacto (cuyo único límite es la no contravención de los principios configuradores del tipo social elegido, como dice el art. 28 LSC)

[La aludida Resolución 6 junio 2009 (BOE 155, 27-VI-09: 10614) declaró inscribibles los acuerdos de la Junta General de una S.L., de 26 de diciembre de 2008, relativos a la dimisión del administrador único y nombramiento de nueva administradora, con la particularidad de que el dimisionario continuaría ejerciendo su cargo hasta fin de año y que el nuevo nombramiento surtiría efectos desde el 1 de enero de 2009. Que la aceptación sea necesaria para la eficacia del nombramiento, no impide diferir la eficacia de aquella por un plazo como el del supuesto. Tampoco es obstáculo la eventualidad de que el administrador al tiempo de la efectividad del cargo hubiese dejado de reunir los requisitos estatutarios y legales (no incurrir en prohibición o incompatibilidad), porque las consecuencias serían las mismas que en el caso de eficacia inmediata del cargo y pérdida sobrevenida de tales requisitos.]

## *Resolución 18 diciembre 2010 (BOE 32, 7-II-11: 2342)*

Deniega la inscripción de un aumento del capital de una sociedad limitada con cargo a reservas, pues el balance que recoge la existencia de éstas, también refleja pérdidas en cuantía superior (que incluso llegan a producir un patrimonio social neto negativo). La capitalización de las reservas solo es posible en tanto no haya pérdidas que hayan de enjugarse previamente. El principio de realidad del capital social aplicado al aumento de capital con cargo a reservas, implica justificar mediante balance la existencia de éstas y su disponibilidad, es decir la libertad para aplicarlas a cualquier fin, como por ejemplo su transformación en capital social, o el reparto a los socios. Por ello el art. 273-2 LSC impide repartir las reservas de libre disposición en tanto el valor del patrimonio neto contable no siga siendo tras el reparto, superior al capital social. Remite a Resolución 9 abril 2005.

## *Resolución 21 diciembre 2010 (BOE 40, 16-II-11: 3033)*

Se refiere a varios acuerdos de junta universal de una misma S.A. (sobre nombramiento de administrador, cambio de acciones al portador en nominativas y reducción de capital), que resultan contradictorios entre sí y respecto de otros acuerdos ya documentados o inscritos con anterioridad, que revelan una situación de conflicto dentro de la sociedad: unos acuerdos han sido adoptados por quienes se consideran socios en cuanto legatarios de cosa específica de las acciones, y otros por quienes se consideran socios como herederos de las acciones basándose en que aún no se ha efectuado la entrega del legado. En el Registro constan también notas marginales de interposición de querellas sucesivas por falsedad de las certificaciones de los acuerdos.

Remitiéndose a la Resolución 31 marzo 2003, la Dirección entiende que, ante situaciones de conflicto entre socios traducidas en documentos contradictorios que no permiten comprobar la obtención o prevalencia de un acuerdo, procede rechazar la inscripción a fin de evitar la desnaturalización del Registro Mercantil en cuanto institución de publicidad de situaciones jurídicas ciertas (y no de resolución de conflictos, competencia de los Tribunales).

## *Resolución 18 diciembre 2010 (BOE 41, 17-II-11: 3129)*

Deniega la inscripción de una constitución de sociedad limitada profesional fundada por dos socios y denominada «Dura-Harvey Lawyers, SLP», siendo el primer apellido del socio profesional «Dura» y el primer apellido del socio no profesional «Harvey».

La Dirección aplica la norma del art. 6-2 de la Ley 2/2007, que en caso de denominación subjetiva, obliga a formarla con el nombre de todos, varios o alguno de los socios profesionales (con fundamento en la importancia que en este tipo de sociedades tienen frente a la clientela los profesionales que la integran), lo cual impide incluir el nombre de socios no profesionales.

## *Resolución 8 enero 2011 (BOE 45, 22-II-11: 3481)*

El consejero y secretario del consejo de administración de una S.L. renunció a su condición de consejero y consta inscrita su renuncia. Después cesó el resto del consejo y los estatutos fueron modificados para pasar al sistema de dos administradores mancomunados. El Registrador exige la notificación ex art. 111 RRM, al consejero que había dimitido en primer lugar, pues consta su renuncia al cargo de consejero, pero no expresamente al de secretario. Por el contrario, la Dirección entiende que, ciertamente, el consejero-secretario que dimite solo como consejero, puede continuar siendo secretario, pero tampoco tiene por qué ser así necesariamente, como ocurre en el caso resuelto, donde la nueva estructura administrativa adoptada implica necesariamente la desaparición del cargo de secretario del consejo, bastando la notificación a quienes en ese momento ostentaban la condición de consejeros con cargo vigente e inscrito.

## *Resolución 26 enero 2011 (BOE 45, 22-II-11: 3482)*

A pesar de que la certificación negativa de denominación social ha sido aportada al Notario por el interesado en soporte papel y han pasado varios días desde su emisión, la Dirección entiende que la constitución de sociedad objeto del recurso está incluida en el ámbito de aplicación del Real Decreto-Ley 13/2010 (en concreto su art. 5-1 por tratarse de sociedad con capital no superior a 30.000 euros,



socios todos personas físicas y órgano de administración sencillo), por tanto son exigibles las obligaciones de Notarios y Registradores en relación con los plazos, y son aplicables las reducciones arancelarias y beneficios fiscales: es innecesario acreditar la provisión de fondos para la publicación en el BORME.

El retraso en los plazos impuestos a Notario y Registrador, sin perjuicio de responsabilidades disciplinarias, no puede suponer ni paralizar la constitución, ni inaplicar el RD-L. Si la certificación negativa de denominación social es solicitada por el interesado, el plazo que tiene el Notario para remitir la escritura al Registro, comenzará a contar desde que le es aportado dicho certificado, y no desde la recepción por el solicitante.

#### *Resolución 7 enero 2011 (BOE 50, 28-II-11: 3829)*

Se presentan en un Registro Mercantil español, las cuentas de la sucursal española de una sociedad italiana. La Dirección resuelve lo siguiente:

- Las cuentas deben estar traducidas al castellano o lengua cooficial de la Comunidad Autónoma donde radique el Registro (arts. 37 RH y 80 RRM).
- El depósito de las cuentas de una sucursal, cuando la matriz las tenga ya depositadas en el Registro de su nacionalidad, no es más que un traslado de las cuentas ya depositadas, limitándose el Registrador a comprobar que efectivamente están depositadas en el Registro de origen, mediante certificación auténtica (art. 375 RRM). En el supuesto resuelto se aporta certificación de la Cámara de Comercio de Siracusa, cuya firma sin embargo, no está debidamente apostillada.
- Si la ley extranjera no regulase la elaboración de las cuentas en forma equivalente a la ley española (lo cual no ocurre en este caso), la sociedad habría de elaborar las cuentas de la sucursal y depositarlas en el Registro Mercantil (art. 376 RRM).

#### *Resolución 21 febrero 2011 (BOE 62, 14-III-11: 4673)*

Declara inscribible la elevación a público de la decisión de la socia única de una S.L. sobre traslado del domicilio social, aunque en el Registro consta como socio único otra persona.

El Mercantil es un registro de personas, en el que el principio de tracto sucesivo no tiene igual alcance que en un registro de bienes. La circulación de participaciones sociales opera al margen del Registro. La única sanción prevista por la Ley para la falta de constancia del cambio de socio único, es la denegación del beneficio de la limitación de responsabilidad (art. 14 LSC). El hecho de que el Registro publique una situación de unipersonalidad o la existencia de un socio único que no es el actual, no impide la inscripción de decisiones sociales adoptadas por quien en el momento oportuno es socio único, el cual está legitimado para ejercitar los derechos de socio frente a la sociedad desde que éste tenga conocimiento de la transmisión (art. 106-2 LSC). Además en este caso, la socia única es también administradora inscrita, por tanto competente para recibir las comunicaciones a la sociedad y certificar las transmisiones.

#### *Resolución 2 febrero 2011 (BOE 69, 22-III-11: 5238)*

Se refiere a una escritura de fusión por la que una sociedad anónima absorbe otras sociedades anónimas y limitadas. Se debate si es necesario informe de experto independiente valorando el patrimonio no dinerario transmitido a la sociedad beneficiaria. La Ley de modificaciones estructurales exige el informe cuando la sociedad absorbente es anónima (art. 34-1), pero declara innecesario el informe «sobre el proyecto común de fusión» cuando así lo acuerden la totalidad de los socios con derecho de voto (art. 34-5).

Cuando la sociedad absorbente es anónima, el informe sobre el proyecto de fusión tiene doble contenido: por un lado, debe valorar la relación de canje (en esta parte el informe es una medida tuitiva en interés de los accionistas, a la cual hay que ceñir la posibilidad de renuncia unánime prevista en el apartado 5 del art. 34); y por otro, debe manifestar la equivalencia entre el patrimonio aportado y el aumento del capital de la sociedad absorbente (lo cual es consecuencia del principio de realidad del capital social, y por tanto no cabe dejarlo al arbitrio de los accionistas, pues no solo interesa a éstos, sino también a los acreedores). En cuanto al segundo aspecto, la Dirección declara necesario el informe.

#### *Resolución 2 marzo 2011 (BOE 69, 22-III-11: 5240)*

Se refiere a una escritura de reducción a cero del capital de una limitada (para restituir el equilibrio entre capital y patrimonio disminuido por pérdidas), con acuerdo simultáneo de aumento de capital por compensación de créditos hasta una cifra superior a la anterior a la reducción. Se debate si es exigible en una «operación acordeón» de este tipo, la verificación por auditor del balance que sirve de base a toda reducción de capital (art. 323 LSC), pero a la cual en este caso renuncian los socios, que aprueban todos los acuerdos por unanimidad.

La Dirección entiende que, en general, la verificación contable del balance de reducción de capital, es una medida tuitiva para los acreedores y para los socios. Pero que en el caso concreto, al quedar una cifra de capital superior a la que había antes, no hay perjuicio para los acreedores. Y en cuanto a los socios, cabe la renuncia unánime, pues de lo contrario carecería de sentido la posibilidad de que el socio separado o excluido llegue a un acuerdo con la sociedad para valorar sus participaciones (art. 353 LSC), o que los socios puedan prescindir por acuerdo unánime del informe de expertos independientes sobre el proyecto común de fusión (art. 34-5 Ley modificaciones estructurales).

## **SUCESIONES**

#### *Resolución 9 diciembre 2010 (BOE 22, 26-I-11: 1408)*

Para inscribir la partición judicial acordada sin oposición es necesaria la previa protocolización notarial del auto del Juez, o —tras la Ley 13/2009 de Implantación de la Nueva Oficina Judicial— del decreto del Secretario judicial. Así resulta del art. 787-2 LEC.

La referencia a la sentencia firme que realiza el art. 14 LH, se limita a las particiones judiciales concluidas con oposición. La Resolución 13 abril 2000 permitió inscribir una partición judicial sin oposición, sin necesidad de previa protocolización, porque el propio Juez había dispuesto en el auto la inscribibilidad directa del mismo.



# Resoluciones

## *Resolución 13 diciembre 2010 (BOE 23, 27-I-11: 1485)*

Considera inscribible una liquidación de sociedad conyugal y partición realizada por la viuda y el contador-partidor, la cual no ha sido ratificada por uno de los herederos (lo que supone ignorar si tal heredero ha aceptado o no la herencia). En general cabe inscribir una adquisición hereditaria sin consentimiento del favorecido, entendiendo que dicha aceptación constituye condición suspensiva (Resolución 19 septiembre 2002). La aceptación podrá hacerse constar después en cualquier momento, y estará implícita en cualquier acto voluntario que realice el titular del derecho como tal (por ejemplo, la simple solicitud de inscripción), sin perjuicio de que, acreditada la renuncia, se cancele la inscripción y tenga lugar una eventual sustitución o se complete la partición con la adición de los derechos vacantes.

## *Resolución 14 diciembre 2010 (BOE 23, 27-I-11: 1487)*

Acreditado que una heredera falleció antes que los testadores, mediante certificado de defunción incorporado a la escritura de herencia, no hace falta la declaración de herederos de la premuerta llamados por vía de sustitución vulgar, pues entran directamente en la herencia y, una vez señalados, no procede averiguación ulterior sobre otros posibles sustitutos.

La certificación catastral incorporada es uno de los medios señalados por el art. 52 RD 1093/1997 para la acreditación de la superficie construida del edificio.

## TESTIMONIOS

### *Resolución 4 enero 2011 (BOE 45, 22-II-11: 3480)*

La Registradora había denegado la inscripción de un documento privado de distribución de hipoteca, alegando que los testimonios aportados al Registro de los poderes de los representantes del banco, no estaban extendidos en papel de uso exclusivo notarial. La Dirección entiende que el requisito del art. 262 RN es un deber reglamentario cuyo incumplimiento genera responsabilidad disciplinaria para el Notario, pero no afecta a la eficacia e inscribibilidad del documento (sin entrar en consideraciones fiscales a las que no se refiere la calificación).

## TRACTO SUCESIVO

### *Resolución 22 diciembre 2010 (BOE 62, 14-III-11: 4668)*

Deniega la inscripción de un expediente de dominio para reanudar el tracto, cuyo promotor adquirió por compra al titular registral. No cabe acudir al expediente de reanudación cuando no existe propiamente tracto interrumpido. Existe interrupción cuando la inscripción de una adquisición no se puede basar inmediatamente en el derecho del titular registral.

[Es doctrina constante de la Dirección, la cual tiene declarado que no procede acudir a este expediente: cuando su promotor es heredero del titular registral, o cuando adquirió de los herederos de éste (Resoluciones 18 marzo 2000 y 15 noviembre 2003), o cuando el titular de quien adquirió el promotor es una sociedad disuelta (Resolución 12 mayo 2006), o cuando el promotor es heredero de quien

compró privadamente al titular registral (Resolución 7 septiembre 2009, BOE 242, 7-X-09: 15991)]

### *Resolución 5 enero 2011 (BOE 62, 14-III-11: 4669)*

Constando una finca inscrita como ganancial, se otorgaron unas capitulaciones liquidando los gananciales y adjudicando la finca a uno de los cónyuges, y después se constituyó una hipoteca solo por el cónyuge adjudicatario, con consentimiento del otro cónyuge por tratarse de la vivienda habitual. El problema es que, suspendida la inscripción de las capitulaciones por causa de defectos, se presenta ahora la hipoteca, cuya inscripción deniega la Dirección por falta de tracto; es decir, por no haber sido constituida por los dos titulares registrales actuales, sin que la intervención del cónyuge no adjudicatario a efectos del art. 1320 CC (mero asentimiento o conformidad con el negocio jurídico ajeno, según la Resolución 7 diciembre 2007) pueda equipararse al consentimiento negocial para constituir un gravamen sobre finca propia, dada su diferente naturaleza y efectos.

La propia resolución reconoce el paralelismo de este supuesto con el de la Resolución 22 julio 2009 (BOE 227, 19-IX-09: 14866), de cuya solución no obstante se desmarca, por entender que en la segunda concurrían circunstancias excepcionales derivadas de las vicisitudes de la presentación electrónica.

[En el supuesto de la Resolución 22 de julio de 2009, con números de protocolo consecutivos se otorgaron dos escrituras: primero un préstamo a dos cónyuges garantizado con hipoteca constituida por la esposa sobre un bien privativo suyo, con consentimiento del esposo por tratarse de la vivienda familiar; después, una aportación a gananciales del bien hipotecado. Ambos títulos fueron presentados simultáneamente al Registro por vía telemática, pero causaron asiento de presentación en orden inverso. La Dirección reconoció que, practicado un asiento de presentación, éste queda bajo la salvaguardia de los Tribunales y mientras esté vigente, no cabe inscribir un título incompatible y que en general, no cabe despachar una hipoteca cuando el hipotecante no aparece ya como titular registral. Pero en el caso resuelto, la Dirección consideró que ambos títulos no eran incompatibles sino relacionados entre sí; y que además ambos titulares habían prestado su consentimiento a la hipoteca, por lo cual cabía inscribirla].

### *Resolución 10 enero 2011 (BOE 62, 14-III-11: 4670)*

Para cumplir con el principio de tracto sucesivo, la demanda debe dirigirse contra el titular registral y, si éste ha fallecido, contra la herencia yacente, pero en tal caso es preciso acreditar la fecha de su fallecimiento (art. 166-1 RH).

Solo deberá nombrarse un administrador judicial de la herencia yacente si no se conoce el testamento del causante, no hubiese parientes con derecho a la sucesión por ministerio de la Ley, y la demanda fuese genérica a los posibles herederos del titular registral; pero no cuando el Juez haya considerado suficientemente la legitimación pasiva de la herencia.

[Doctrina consolidada: Resolución 27 julio 2010 (BOE 228, 20-IX-10: 14429); Resolución 19 agosto 2010 (BOE 234, 27-IX-10: 14795); Resolución 20 agosto 2010 (BOE 234, 27-IX-10: 14796)].



# Reseña de las principales Resoluciones de la Dirección General de Derecho y Entidades Jurídicas de la Generalitat

Publicadas en los meses de enero a marzo de 2011

Por Víctor Esquirol Jiménez. Notario de El Masnou

## TESTAMENTO POSTERIOR A CAPITULACIONES MATRIMONIALES

**La Dirección General interpreta que el testamento otorgado no contradice los pactos sucesorios otorgados por el testador en capitulaciones matrimoniales**

*Resolución de 29 de noviembre de 2010 (DOGC 4 de enero de 2011)*

**Resumen:** El causante, fallecido en 1997, natural y vecino de Sort, había otorgado capitulaciones matrimoniales en 1952 en las que, después de pactar con su esposa que el cónyuge sobreviviente sería usufructuario de todos los bienes del premuerto, se obligaron a nombrar heredero de sus respectivos bienes a aquel de sus hijos comunes que mejor les acomodare; y, si falleciere uno de ellos sin haber hecho el nombramiento, el sobreviviente quedaba facultado para hacerlo respecto a los bienes de ambos. En 1995 el causante otorgó testamento en el que nombró herederos a sus cuatro hijos por partes iguales. Posteriormente, en la escritura de aceptación de herencia comparecen la viuda y los cuatro hijos y manifiestan su voluntad de que prevalezca la institución de heredero contenida en el testamento, a la cual dan validez todos los otorgantes.

La registradora suspende la inscripción por considerar que el testamento contradice lo pactado en la escritura de capitulaciones matrimoniales, que sólo puede modificarse por los otorgantes que intervinieron en ellas. El notario recurre argumentando que la institución de herederos hecha en el testamento no contradice lo dispuesto en los capítulos, sino que, más bien, le da cumplimiento; y aunque se entendiera que el testamento modifica las capitulaciones matrimoniales, este cambio contaría con el consentimiento de todas las personas afectadas.

La DGDEJ estima el recurso. El argumento fundamental es que, conforme al art. 110 CS, vigente en la fecha de la apertura de la sucesión, es necesario averiguar la verdadera voluntad de los cónyuges otorgantes de los capítulos, la cual ha quedado complementada, respecto del cónyuge premuerto, en su testamento, y respecto del supérstite, en la escritura de aceptación de herencia en la que ratifica lo dispuesto unilateralmente por aquél. Por otra parte, considera la DG que no estamos ante un supuesto de modificación o revocación de heredamiento, sino de elección de heredero dentro del criterio contenido en el heredamiento, al cual complementa. En relación al problema de que en el heredamiento se prevea la elección de un solo heredero, lo salva con dos argumentos: a) la realidad social actual ha superado la figura tradicional catalana del heredero único; b) el art. 148 CS, cuando regula la institución de heredero por fiduciario, dispone que el cónyuge fiduciario ha de hacer la elección entre los hijos

y descendientes del causante, pero no impone que sea sólo uno de ellos, por lo que, si el fiduciario puede hacerlo, con más motivo podrá el causante. En cuanto al usufructo pactado a favor del cónyuge sobreviviente y que no es tenido en cuenta en la escritura de aceptación de herencia, pues los hijos se adjudican el pleno dominio con el consentimiento del supérstite, pero sin que éste renuncie expresamente al usufructo, la DG deja entrever que esta renuncia podría no reunir los requisitos del art. 27 CS, pero resuelve que, como la cuestión no ha sido discutida en la nota de calificación, no debe tratarlo.

**Comentario:** Sorprendente final el de esta resolución, cuya decisión estimo correcta por las razones que luego diré. Me da la impresión de que la argumentación de la DG se va torciendo a medida que avanza la resolución, que empieza con muy buen pie refiriéndose a la norma general de interpretación de las disposiciones testamentarias del art. 110 CS (hoy 421-6 CCCat), pero que luego adquiere un sesgo menos claro por intentar mantener que el testamento no modifica las capitulaciones matrimoniales sino que les da cumplimiento, hasta llegar al extremo de dejar sin resolver uno de los puntos contradictorios con dicha postura, la renuncia del usufructuario, alegando que no se había planteado. Personalmente no veo una continuidad entre los capítulos y el testamento, sino más bien un cambio en la voluntad del causante, de la misma manera que sus circunstancias personales y las sociales de su entorno cambiaron en los cuarenta y tres años transcurridos entre los unos y el otro, lo que debió motivar que el causante otorgara un testamento, ya no con la finalidad de dar cumplimiento al antiguo pacto, sino con la de otorgar una nueva manifestación de última voluntad, como lo prueba que no se limitara a elegir de entre sus hijos al que mejor le acomodase, sino a instituirlos a todos como herederos por partes iguales, sin más justificación. Además, está claro que si en 1952 en Sort era habitual otorgar un heredamiento puro a favor de uno de los hijos, en 1995 lo habitual era otorgar testamento a favor de todos los hijos.

Por lo tanto, creo que la solución (la misma) es mucho más sencilla, adecuada a la realidad y correcta técnicamente si se considera que los otorgantes del heredamiento cambiaron de opinión, si bien la forma elegida no fue la más adecuada. Por mi experiencia profesional, puedo intentar imaginar lo que ocurrió: el matrimonio no recordaba haber otorgado los capítulos matrimoniales cuarenta y tres años antes, así que se presentan ante el notario para hacer testamento y éste hizo lo habitual en 1995, dos testamentos independientes; si lo hubieran recordado, se habría otorgado una escritura de modificación de capítulos y ahora no estaría comentando esta resolución. Presumo el consentimiento y la capacidad del cónyuge viudo, pues en la escritura de aceptación de herencia ratificó lo actuado por su esposo.

Por lo demás, no debe verse problema legal alguno en considerar revocado el pacto sucesorio contenido en los capítulos. Uno de los



# Resoluciones

posibles impedimentos para ello sería que hubiesen concurrido a su otorgamiento otras personas (los padres de los esposos, por ejemplo); pero el art. 12.3,3.º CDCC, vigente en 1997, disponía a propósito de la modificación o revocación de las capitulaciones matrimoniales que «los pactos sucesorios recíprocos entre cónyuges podrán ser modificados o dejados sin efecto por los mismos, así como los establecidos por ellos a favor de sus hijos, sin que sea preciso el acuerdo de las demás personas que hayan concurrido en los capítulos ni de los herederos». Otro impedimento, que es el que parece insalvable a la DG, proviene del art. 3.III CS al disponer que la sucesión testada universal sólo puede tener lugar en defecto de heredamiento. Sin embargo, no es tan insalvable si se considera que el heredamiento ha sido revocado, aunque no se haya revocado en la forma más ortodoxa, es decir mediante el otorgamiento de un pacto sucesorio revocatorio. Y precisamente de carácter formal es el tercer posible impedimento: si la revocación se ha realizado cumpliendo los requisitos formales exigibles. En cuanto a la forma externa o solemnidades formales no hay problema ya que la voluntad de los cónyuges consta en sendos documentos notariales; en cuanto a la forma interna, puede plantearse si la revocación ha de ser expresa. A este respecto podemos decir que ninguna norma exige la revocación expresa de las capitulaciones matrimoniales ni de las disposiciones testamentarias. Así, del art. 130 CS se deduce que la revocación del testamento puede ser expresa o tácita, produciéndose en este último caso mediante el otorgamiento de un testamento posterior. Del mismo modo, el otorgamiento de un testamento, cuyas disposiciones son ratificadas posteriormente por el otro cónyuge contratante, puede considerarse como una revocación tácita del pacto sucesorio precedente.

Existe, por último, un argumento que a mí me parece definitivo para la resolución del caso y que la DG no ha mencionado. El Derecho de sucesiones no sólo forma parte del Derecho privado sino que, además, diría que es la rama más privada del Derecho privado. Los notarios somos testigos de primera fila de la cada vez mayor inmisión del Derecho público en el Derecho civil, pero si una rama de éste se ha mantenido (espero que por mucho tiempo) como la esencia del Derecho privado es precisamente el Derecho de sucesiones. El Derecho privado es el que regula las relaciones entre los particulares y el Derecho de sucesiones, el que regula las relaciones que se producen cuando fallece una persona; como dice LACRUZ, es el que trata de llenar la laguna que con su fallecimiento ha dejado una persona. Por lo tanto, si en un supuesto como el que comentamos, todas las personas que integran dichas relaciones, incluido el propio causante, las regulan con plena capacidad de mutuo acuerdo, no hay laguna alguna, el Derecho de sucesiones pierde su razón de ser y debe hacerse a un lado ante la libertad civil de las personas, como proclama con carácter general el art. 111-6 CCCat.

## LICENCIA DE DIVISIÓN

**No es necesaria licencia urbanística ni la declaración de que no es necesaria, para dividir un edificio en régimen de propiedad horizontal, si no se incrementa el número de departamentos privativos en relación a los que constan en la inscripción de obra nueva y en la licencia de obras.**

*Resolución de 10 de febrero de 2010 (DOGC 4 de enero de 2011)*

**Resumen:** Se declara en régimen de propiedad horizontal un edificio que consta inscrito en el Registro de la Propiedad y descrito

como una casa compuesta de planta baja, destinada a almacén, y dos pisos altos, en cada uno de los cuales hay una vivienda. La misma descripción resulta de la certificación catastral. La división horizontal se hace creando tres entidades: el almacén en planta baja y las dos viviendas. El notario autorizante hace constar en la escritura que no es exigible la licencia ni la declaración municipal de innecesariedad porque ya consta en el Registro el destino de la edificación y su número de viviendas, sin que se haya producido un aumento del número de departamentos. El registrador considera que la licencia o declaración de innecesariedad son imprescindibles y se ampara en un escrito municipal de alegaciones que informa de que no se ha aumentado el número de departamentos en relación a los que consten en la licencia de obras que se concedió en su día, pero que entiende que hay que aportar al Registro la declaración de innecesariedad de la división.

La DGDEJ resuelve que no es necesaria la licencia ni la declaración de innecesariedad para otorgar la escritura de división horizontal, ya que no se incrementa el número de establecimientos en relación a los que constan en la escritura de obra nueva. Así resulta del art. 179.2 del Decreto Legislativo 1/2005, de 26 de julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Urbanismo, y del art. 238 del Decreto 305/2006, de 18 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley de Urbanismo. Y en relación al escrito del Ayuntamiento que declara que no hace falta la licencia, pero que hay que obtener la declaración de innecesariedad, considera que este escrito ya cumple esta finalidad y declara inadmisibles que se obligue al interesado a pedir una nueva declaración municipal de innecesariedad, en base a los principios de tutela judicial efectiva y de eficacia de la administración que proclaman los arts. 24 y 103 de la Constitución, y el derecho a una buena Administración pública que contiene el art. 30 del Estatuto de Autonomía.

**Comentario:** Esta resolución, impecable en todo punto en cuanto a la DGDEJ, acumula sin embargo una serie tal de despropósitos que la hacen merecedora del adjetivo de kafkiana. En primer lugar, parece increíble que haya sido necesario llegar a la DG para resolver un tema de una claridad tan evidente. En descargo de la institución registral, he de decir que el criterio defendido por este registrador de la propiedad no es asumido por numerosos compañeros suyos, según me consta por mi experiencia profesional. En segundo lugar, es inverosímil el informe municipal que declara que no es necesaria la licencia, pero obliga a obtener del propio ayuntamiento una nueva declaración de innecesariedad. Y para acabarlo de rematar, esta resolución ha sido publicada dos veces en el DOGC, la primera el 22 de marzo de 2010 y la segunda ahora, casi un año más tarde. Aunque se les ha asignado un número de resolución diferente, son la misma, no varían ni en una coma. Hace tiempo que observo un cierto descontrol en la publicación de las resoluciones: algunas se publican después que otras de fecha posterior; otras, con bastante frecuencia, se publican con un retraso injustificable. El caso más flagrante es el de la Resolución de 18 de junio de 2010, publicada en el DOGC de 10 de diciembre de 2010 (casi seis meses después), con los agravantes de que en la escritura que la motivó se había pactado una condición suspensiva por la que la venta realizada se supeditaba a su inscripción en el Registro de la Propiedad en el plazo máximo de seis meses y de que la resolución ordenaba su inscripción. No sé lo que habrá sucedido en dicho caso (espero que la notificación a los interesados se haya hecho antes y que el registrador haya inscrito dentro del plazo previsto), pero si la operación se malogró por culpa de la demora en la publicación en el DOGC ello supondría un notable descrédito de estas instituciones.



## RECURSO CONTRA LA CALIFICACIÓN REGISTRAL

**En caso de calificación realizada por el registrador sustituto del art. 19 bis LH, el recurso ante la DG competente debe interponerse frente a la calificación del registrador sustituido.**

*Resolución de 25 de noviembre de 2010 (DOGC 13 de enero de 2011)*

**Resumen:** Presentada una escritura en el Registro de la Propiedad, la registradora suspende la inscripción por cuatro motivos, relativos a la modificación de la descripción de un edificio en régimen de propiedad horizontal. Posteriormente, se insta la aplicación del cuadro de sustituciones contra dicho acuerdo de calificación y el registrador sustituto revoca dos de los defectos y ratifica los otros dos. El notario autorizante presenta recurso ante el registrador sustituto, quien no emite el preceptivo informe porque considera que el recurso ha de presentarse contra la nota de calificación del registrador sustituido.

**Comentario:** La DGDEJ desestima el recurso, por disponer el art. 19 bis LH que debe presentarse contra el acuerdo de calificación del registrador sustituido, y en base a que la interposición del recurso contra el acuerdo del registrador sustituto impide cumplir los trámites esenciales del expediente; en particular, como el recurso no se presenta en la oficina del Registro donde radica la finca sino ante la DG y ésta lo debe comunicar al Registro del que procede el acuerdo que se recurre (art. 327 LH), sucedería que el Registro donde radica la finca no tendría conocimiento de la interposición del recurso ante la DG y no podría proceder a la prórroga del asiento de presentación. Además, la registradora sustituida tampoco ha podido rectificar su calificación ni ha podido instruir el expediente con los requisitos del art. 3 de la Ley 5/2009, de 28 de abril, con notificación a todos los interesados y emisión del informe preceptivo.

## DERECHO DE VUELO

**A los efectos del ejercicio del derecho de vuelo, la reconversión de una buhardilla en vivienda, hecha por el titular del derecho de vuelo con el consentimiento de la propietaria única del edificio, puede equipararse a la construcción de una nueva planta.**

*Resolución de 1 de diciembre de 2010 (DOGC 13 de enero de 2011)*

**Resumen:** El titular de un derecho de vuelo sobre un edificio decide, en lugar de construir una nueva planta, rehabilitar la buhardilla y, junto con la propietaria única del resto del edificio (su madre, que le donó en su día el derecho de vuelo), otorga una escritura pública de modificación del derecho de vuelo en tal sentido, ejecución del derecho de vuelo mediante la descripción de la vivienda que resulta de las obras y declaración del edificio en régimen de propiedad horizontal adjudicando la planta bajo cubierta, antes ocupada por la buhardilla, al titular del derecho de vuelo.

Presentada la escritura en el Registro de la Propiedad, el registrador la califica negativamente argumentando que el derecho de vuelo faculta a su titular para adquirir la propiedad de las nuevas plantas construidas donde antes no las había, mientras que en la rehabilitación no hay edificación o construcción sobre la que recaiga

un nuevo derecho de dominio diferente del que ya existe. La registradora propone, por tanto, la transmisión de la planta buhardilla o bajo cubierta, por lo que califica el defecto como insubsanable. El notario recurre pero otorga una escritura de modificación de la anterior (no consta en qué términos), que se inscribe el mismo día en que la registradora emite el informe sobre el recurso interpuesto, ahora a efectos exclusivamente doctrinales.

**Comentario:** La DGDEJ, en una gran resolución a mi juicio, estima el recurso a tales efectos. Empieza conviniendo con la posición de la registradora desde una interpretación estrictamente literal de las normas, en este caso los arts. 567-1 y 567-5 CCCat. Pero añade que, desde una interpretación finalista de dichos preceptos, la escritura no se opone a ellos, y considera que esta «leve tensión» entre una función de garantía de aplicación de la norma (que lleva a una interpretación más estática de las normas por parte de la registradora) y la de procurar a los interesados los medios más adecuados para conseguir las finalidades lícitas que se proponen (que lleva a una interpretación más dinámica por parte del notario), «es una de las muchas ventajas del sistema de seguridad jurídica preventiva y permite que la ley se adecúe a cada caso concreto y el Derecho evoluciones con la realidad, siempre evitando, está claro, el perjuicio de tercero». En el caso que nos ocupa, la equiparación entre el derecho a construir una nueva planta y el derecho a rehabilitar la ya existente, se ajusta a la finalidad económica y social a que pretende dar el CC al regular el derecho de vuelo. Desde una interpretación literal, considera la DG que ninguna de las normas del capítulo VII prohíbe que el vuelo se constituya sobre una planta del edificio que ya existía. El principio de libertad civil que proclama el art. 111-6 CCCat y que el preámbulo de la Ley 5/2006, del Libro quinto, considera específicamente aplicable a los derechos reales, también lleva a aceptarlo.

## LEY DE COSTAS

**No es necesaria la certificación administrativa que acredite la no invasión del dominio público marítimo-terrestre, para inscribir una escritura de ampliación de obra sobre una finca que linda con un canal navegable de una marina interior**

*Resolución de 24 de noviembre de 2010 (DOGC 2 de febrero de 2011)*

**Resumen:** Se trata de un supuesto muy similar al que dio lugar a la RDGDEJ de 28 de julio de 2009 (en la Resolución de 2009 la finca estaba en Empuriabrava, en término de Castelló d'Empuries; mientras que en la presente está en la urbanización Santa Margarita de Roses). La DG resuelve en el mismo sentido de considerar no exigible dicha certificación ya que en las marinas interiores la delimitación entre las parcelas privadas y el dominio público marítimo terrestre queda perfectamente fijada y donde no es aplicable la denominada servidumbre de protección de la legislación de costas, sino las limitaciones especiales de la legislación catalana, que no la exige.

Concretamente, la DGDEJ distingue entre la legislación en materia de puertos, que es competencia legislativa de la Generalitat, y que está constituida por la Ley 5/1998, de 17 de abril, de puertos de Cataluña, por su Reglamento, aprobado por Decreto 258/2003, de 21 de octubre, y por el Reglamento de marinas interiores de Cataluña, aprobado por el Decreto 17/2005, de 8 de febrero; y la regulación del dominio público marítimo terrestre, que es competencia del legis-



# Resoluciones

lador estatal y que está contenida en la Ley 22/1988, de 28 de julio, de costas, y su reglamento, aprobado por Real Decreto 1471/1989, de 1 de diciembre. Aunque los canales son de dominio público estatal y están sometidos a esta normativa, a las parcelas edificables contiguas a los canales se les aplica la franja de servicio náutico que establece el art. 26 del Reglamento de marinas interiores de Cataluña y no es de aplicación la zona de servidumbre de protección que regula el título II de la Ley de costas. Ello es así ya que la ribera del mar es un espacio complejo por su variación natural; en cambio, en las marinas interiores o urbanizaciones marítimas los canales son un dominio público perfectamente definido. Por otra parte, al tratarse de una escritura de obra nueva y no de una transmisión onerosa, tampoco considera que sea necesaria la advertencia sobre la franja de servidumbre de protección.

En otro orden de cosas, la DG aclara que el plazo de quince días para calificar e inscribir un documento no liquidado del impuesto no cuenta desde la fecha de presentación, sino desde la fecha en que se realiza el pago del impuesto, ya que el art. 255 LH dispone que cuando se presenta un documento antes de que se verifique el pago del impuesto, se suspenderá la calificación y la inscripción y se devolverá el título al que lo haya presentado, a fin de que satisfaga dicho impuesto.

**Comentario:** El art. 15.1 de la Ley de costas obliga a obtener la certificación que acredite que la finca no invade el dominio público, para inmatricular fincas que lindan con el dominio público marítimo-terrestre. El art. 35 del Reglamento de costas hizo extensiva esta obligación a la segunda y posteriores inscripciones. El TS (Sentencias de 16 de octubre de 1996 y 27 de mayo de 1998 de la Sala de lo contencioso-administrativo) declaró que este precepto reglamentario se ajustaba a la ley, lo que obligó a la DGRN a cambiar su criterio anterior y exigir el certificado para las inscripciones posteriores a la de inmatriculación (RDGRN de 6 de octubre de 2008).

El caso concreto de las marinas interiores es especial ya que se trata de terrenos que, de forma artificial, han sido invadidos por el mar con la finalidad de crear canales navegables y, adyacentes a dichos canales, amarres y edificaciones de titularidad privada. El problema es que esos canales forman parte del dominio público-terrestre estatal, como reconoce la propia DGDEJ, y que, por ello, existe una conjunción de competencias y de normativas estatal y autonómica, que no son excluyentes sino complementarias entre sí: la estatal persigue la protección del dominio público marítimo-terrestre estatal; y la autonómica, la gestión y organización de las instalaciones portuarias.

Parece claro, por lo tanto, que la normativa autonómica no puede eximir de la aplicación del art. 15.1 de la Ley de costas, porque no tiene competencias para regular la protección del dominio público marítimo-terrestre estatal. Parece claro que las marismas interiores no requieren todas las medidas de protección previstas en la normativa de costas y deberían ser objeto de una regulación diferenciada, pero lo cierto es que a día de hoy esta normativa no existe y el art. 15.1 sigue obligando claramente a obtener el certificado administrativo sin excepción alguna.

En cuanto al plazo para calificar cuando se vuelve a presentar el documento una vez pagado el impuesto, creo que debería contarse no desde la fecha de pago del impuesto, como dice la DG, sino desde la fecha en que el documento es presentado nuevamente al Registro de la Propiedad.

## INTERPRETACIÓN DEL TESTAMENTO

**Ordenado por el testador un legado de usufructo universal, sólo quedan excluidos del usufructo los bienes que el testador haya legado en pleno dominio de forma inequívoca.**

*Resolución de 28 de enero de 2011 (DOGC 24 de febrero de 2011)*

**Resumen:** El testador legó a su esposa el usufructo universal de la herencia, ordenó a favor de un hijo un prelegado de «los derechos que correspondían al testador sobre la mitad indivisa de una torre...» e instituyó herederos a todos sus hijos. El causante falleció en 2000 y en la escritura de aceptación de herencia, en la que comparecen todos los interesados, se manifiesta que el único bien integrante del caudal relicto es la finca prelegada, que es adjudicada en pleno dominio al prelegatario. El registrador de la propiedad suspende la inscripción por entender que la finca debía adjudicarse en nuda propiedad al hijo y en usufructo a la viuda. El notario autorizante recurre alegando que la disposición del usufructo universal a favor de la viuda es una cláusula de estilo que, conforme al art. 304 CS admite voluntad contraria en cuanto a su extensión, como ocurre en este supuesto en que la cláusula del prelegado evidencia, en su opinión y en la de los interesados en la sucesión, que dicha finca no debía verse afectada por el usufructo universal de la viuda.

La DGDEJ confirma la nota. Según el art. 304 CS el legado de usufructo universal se extiende a todos los bienes relictos, salvo voluntad contraria del testador. De lo que se infiere que quien puede fijar la extensión del usufructo es el testador, no los interesados o beneficiarios de la sucesión. En cuanto a la forma de hallar la voluntad del testador al respecto, considera que, si bien esta voluntad no ha de ser necesariamente «expresa», sí ha de ser «inequívoca», lo que no ocurre por el hecho de otorgar el causante un legado o un prelegado, ni siquiera por utilizar la expresión «prelega los derechos que le correspondan», siendo dicho derecho la plena propiedad.

**Comentario:** Lógicamente, el usufructo universal recae sobre todos los bienes de la herencia, salvo que el testador limite ese alcance, cosa que no hace claramente. La clave de la cuestión es que el testador establece expresamente que el usufructo es universal, mientras que no dice expresamente que la finca legada queda excluida del usufructo, sino que a lo sumo debería deducirse de la frase «prelega todos los derechos que le correspondan». Es evidente que ante una posible contradicción entre una cláusula clara y otra confusa debe prevalecer la primera, en aplicación del art. 110 CS (hoy 421-6 CCCat).

Por lo tanto, por la vía de interpretación del testamento es muy difícil que herederos y legatarios puedan llegar a la solución que han adoptado. Se podría plantear, a lo sumo, si el argumento que hemos dado más arriba a propósito de la Resolución de 29 de noviembre de 2010, el de la libertad civil de todos los interesados en la sucesión, podría aplicarse a este supuesto. Mi opinión es que no, ya que entre éste y el de la resolución anterior hay una diferencia fundamental: la voluntad del testador. La voluntad del testador es la ley de la sucesión y los interesados en ésta no la pueden obviar, ni siquiera por la vía de una interpretación que no tenga base en el testamento. Los acuerdos a que lleguen los interesados sobre la sucesión son lícitos y válidos, pero no pueden variar la delación sucesoria ya que son posteriores a ésta, son negocios jurídicos independientes de la sucesión hereditaria y responden a una causa propia y distinta de ésta.



# Revocación y nulidad de Resoluciones de la DGRN. El BOE de 18 de agosto de 2010 y la STS de 3 de enero de 2011

Antonio A. Longo Martínez. Notario de Calafell

El BOE de 10 de agosto de 2010 publicó una serie de sentencias firmes de distintos tribunales de justicia, en las cuales se anulaban determinadas resoluciones de la DGRN que en su día habían estimado el recurso gubernativo interpuesto contra la calificación del registrador. En algunos de los casos, el fundamento de dichas sentencias radicaba en la circunstancia de que la resolución en cuestión había sido dictada por la DGRN una vez transcurrido el plazo de tres meses que para ello establece el artículo 327 de la Ley Hipotecaria. Dicho fundamento ha sido ahora recogido por el Tribunal Supremo en Sentencia de 3 de enero de 2011, dictada por la Sala 1ª en unificación de doctrina, que declara la nulidad de las resoluciones extemporáneas. Las que siguen son unas breves reflexiones acerca de los efectos que se derivan de todo ello.

## A) Publicación en el BOE de las sentencias revocatorias

La consecuencia de la publicación en el BOE de las sentencias desestimatorias es que la doctrina de la DGRN contenida en dichas resoluciones pierde el carácter vinculante que le atribuía el artículo 327'10 de la Ley Hipotecaria, según el cual *“Publicada en el «Boletín Oficial del Estado» la resolución expresa por la que se estime el recurso, tendrá carácter vinculante para todos los Registradores mientras no se anule por los Tribunales. La anulación de aquélla, una vez firme, será publicada del mismo modo”*.

(....)

Esto, a su vez, plantea una serie de cuestiones, la más importante de las cuales quizá se puede resumir en la siguiente pregunta: **¿qué ocurre con las Resoluciones similares a la anulada que pudiera tener dictadas la DGRN antes de dicha anulación, o que pudiera dictar en el futuro?** A mi juicio, para dar respuesta a esta cuestión es preciso distinguir entre aquellas sentencias en las que la declaración de nulidad de la Resolución tiene como fundamento razones de forma o «procedimentales», y aquellas que se apoyan en razones sustantivas o «de fondo»:

A) podríamos considerar que tienen como fundamento **razones procedimentales** las que se basan:

- en el derecho del registrador a complementar en el informe los argumentos justificativos de la nota de calificación;
- en la circunstancia de haberse dictado la resolución fuera de plazo;
- en que el asunto de fondo debatido está pendiente de resolución firme por los tribunales.

1. Dentro del primer grupo (derecho del registrador a complementar en el informe los argumentos justificativos de la nota de calificación) estaría:

1.1. La **Resolución de 7 de abril de 2006, anulada** por Sentencia de 26 de octubre de 2007 del Juzgado de Primera Instancia n.º 6 de Badajoz, y en apelación por la **Sentencia firme de 29 de febrero de 2008 de la Audiencia Provincial de Badajoz**. Dicha Resolución había revocado la nota de calificación del registrador que no había inscrito una hipoteca constituida por una sociedad en suspensión de pagos, por no constar acuerdo de la Comisión Interventora, ni aparecer en el convenio facultades específicas de disposición a favor del suspendido. La DGRN había dejado claro que el presupuesto es el contrario: el suspendido tiene todas aquellas facultades que no le hayan sido limitadas en el convenio.

2. En el segundo grupo (haberse dictado la resolución fuera de plazo) constarían:

2.1. La **Resolución de 19 de septiembre de 2006, anulada** por la **Sentencia firme de 26 de septiembre de 2007 del Juzgado de Primera Instancia n.º 15 de Málaga**. La DGRN, en dicha Resolución, confirmó la innecesariedad, en caso de utilización de apoderamiento otorgado por representante orgánico de la sociedad, de la reseña identificativa de los títulos de representación en que basa sus facultades dicho representante orgánico (a diferencia de los casos de subapoderamiento).

2.2. La **Resolución de 29 de septiembre de 2005, anulada** por la **Sentencia firme de la Audiencia Provincial de Málaga, de 21 de octubre de 2008**. La DG, frente a la calificación del registrador relativa a la necesidad de «expresar en el título el alcance y la extensión de las facultades concedidas» al apoderado del vendedor, reitera su doctrina de que, reseñado debidamente el documento de poder, el juicio de suficiencia se cumple con la fórmula, en el caso utilizada, de que el notario juzga al apoderado, bajo su responsabilidad «con facultades representativa suficientes para la compraventa que por el presente instrumento se formaliza públicamente».

2.3. La **Resolución de 21 de septiembre de 2005, anulada** por la sentencia de 17 de julio de 2007 del Juzgado de Primera Instancia número 8 de Murcia, y en apelación por la de la **Audiencia Provincial de Murcia de 3 de noviembre de 2008**. Esta última, frente a la doctrina de la Resolución de que puede inscribirse la compraventa



# Resoluciones

otorgada por un representante orgánico con cargo no inscrito (pues la obligatoriedad de esta inscripción no afecta a la validez y eficacia del nombramiento, y tal incumplimiento cae fuera del ámbito de calificación del registrador) señala que el art. 98 de la Ley 24/2001 no confiere al notario potestad e investidura para valorar la validez del nombramiento, ni para marginar o excluir la calificación de su legalidad por el registrador.

- 2.4. La **Resolución de 14 de mayo de 2007**, anulada por **sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 23 de abril de 2008**. En la primera, la DG, frente a la alegación del art. 401 RRM, había permitido la utilización de una denominación social compuesta por nombre y apellido (Giovanna Tornabuoni, S.L.), por cuanto el mismo se refería a una conocida obra de arte renacentista, y señala que lo mismo ocurrirá en supuestos de nombre y apellidos de uso frecuente, sin que «haya de mediar el consentimiento de una persona en la que concurran aquellos apelativos».
- 2.5. La **Resolución de 2 de diciembre de 2006**, anulada por sentencia de la **Audiencia Provincial de Ciudad Real de 16 de abril de 2008**. La DG había entendido inscribible, en una hipoteca en garantía de crédito en cuenta corriente, la cláusula de vencimiento anticipado del crédito por falta de pago de alguna de las cuotas por principal y/o intereses.
- 2.6. La **Resolución de 19 de octubre de 2005**, cuya nulidad es confirmada por sentencia de la **Audiencia Provincial de Almería de 28 de marzo de 2007**. La cuestión de fondo era la validez e inscribibilidad, que la DG confirma, de la compraventa de vivienda en la que, en relación a eventuales gastos de comunidad pendientes, se prescinde de cualquier manifestación del transmitente, aportación de certificación y/o exoneración por el adquirente. Todo ello sin perjuicio de las acciones de éste frente a quienes hayan incumplido dicha obligación legal.
3. E incluiríamos en el tercer grupo (asunto de fondo debatido pendiente de resolución firme por los tribunales) las dos siguientes:
  - 3.1. La **Resolución de 4 de octubre de 2005**, que fue anulada en virtud de sentencia de la **Audiencia Provincial del Málaga de 4 de febrero de 2009**. Se discutió si el poder para comprar inmuebles permite comprar participaciones indivisas, negándolo el registrador, y admitiéndolo la DG, si bien sin entrar en el fondo y por la mera aplicación del art. 98 de la Ley 24/2001. Sin embargo, al parecer la Resolución se dictó fuera de plazo, por lo que el registrador, considerando desestimado su recurso por silencio administrativo conforme al art. 327<sup>9</sup> LH, había recurrido judicialmente. Y ahora la Audiencia — que pese a declarar la extemporaneidad y por tanto la nulidad de la Resolución entra en el fondo y da la razón al registrador—, declara que «la doctrina de la DG no puede ser de superior rango que la jurisprudencia dictada por la sala 1.ª del TS en lo que a derechos civiles

se refiere, por lo cual, si el asunto de fondo debatido se encuentra pendiente de resolución firme por los Tribunales y sujeta al control jurisdiccional hasta tanto no se pronuncien definitivamente los Tribunales su vinculación no resulta pertinente».

- 3.2. La **Resolución de 29 de septiembre de 2005**, anulada por la **Sentencia firme de la Audiencia Provincial de Málaga, de 21 de octubre de 2008**. Es la misma que hemos incluido en el punto 2.2, al que nos remitimos, justificándose su inclusión también en este grupo por cuanto la AP de Málaga hace la misma declaración que respecto de los casos pendientes de resolución firme por los tribunales se ha transcrito en el punto 3.1 anterior.

- B) Por su parte, se basarían en **razones de fondo** las que se incluyen en los siguientes apartados, atendiendo al ámbito correspondiente:

1. (Poderes):

- 1.1. **Resolución de 13 de febrero de 2008**, anulada por la **Sentencia de 13 de mayo de 2009 de la Audiencia Provincial de Madrid**. La Audiencia determina que la interpretación del art. 98 (Leyes 24/2001 y 24/2005) debe ser coordinada y respetuosa con la del art. 18 LH, por lo que el Notario, como funcionario público, debe «motivar» el juicio de suficiencia en base a una reseña, aun sucinta, de las facultades «tomadas directamente del poder», pues se trata de hechos y no de valoraciones.

2. (Fiscal):

- 2.1. **Resolución de 16 de febrero de 2008**, revocada por la Sentencia de 28 de julio de 2008 del Juzgado de 1.ª Instancia n.º 3 de Lleida y en apelación por la **Sentencia de la Audiencia Provincial de Lleida, de 30 de octubre de 2009**. Se concluye que la presentación telemática sin acreditación del pago de impuestos permite al Registrador no entrar en la calificación de fondo del documento.
- 2.2. **Resoluciones de 7 y 17 de abril de 2008**, anuladas por **Sentencia firme del Juzgado de Primera Instancia n.º 6 de Córdoba, de 18 de diciembre de 2009**, que entiende que el art. 255 LH no permite la inscripción de una cancelación de hipoteca sin haber acreditado la liquidación o exención del impuesto.

3. (Urbanismo):

- 3.1. **Resolución de 28 de octubre de 2004**, anulada por **Sentencia de 22 de Junio de 2009 de la Audiencia Provincial de Barcelona**, que entiende que tratándose de sociedades, no es aplicable la dispensa del seguro decenal al «autopromotor individual de una única vivienda unifamiliar para uso propio» si al Registrador le consta que tiene otra vivienda, y no se determina y acredita a qué uso se refiere, sin que baste al efecto la mera manifestación.



**3.2. La Resolución 14 de junio de 2004**, revocada por la **sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 3 de octubre de 2008**, según la cual están sujetos a licencia, con arreglo a la normativa urbanística de Madrid, los actos de atribución del uso exclusivo, en régimen de propiedad horizontal, de trozos de terreno destinados a jardín.

**3.3. La Resolución de 6 de octubre de 2004**, revocada por **Sentencia firme de 4 de julio de 2005 del Juzgado de Primera Instancia de Pamplona/Iruña, nº 6**, en la que se dice que la sola firma del Alcalde en el documento de concesión de licencia no basta, pues es la del Secretario la que da fe de la realidad del acto, y además de su validez, legitimidad y vigencia.

4. (Hipotecas):

**4.1. Resolución de 4 de marzo de 2005**, anulada por la **Sentencia firme del Juzgado de Primera Instancia n.º 4 de Girona, de 3 de julio de 2008**, que sienta la tesis de que no puede constituirse hipoteca a favor del fiador de una deuda ya garantizada con hipoteca, porque la obligación es la misma, y lo impide el art. 104 LH.

**4.2. Resolución de 2 de septiembre de 2005**, que, impugnada por el Colegio de Registradores, es revocada por **Sentencia firme de la Audiencia Provincial de Barcelona de 17 de junio de 2008**, conforme a la cual no cabe sujetar una ampliación de responsabilidad hipotecaria a la condición suspensiva de que un determinado tramo del crédito no se haya amortizado, y otorgado la cancelación de hipoteca, en cierto plazo.

5. (Arrendamientos):

**5.1. Resolución de 22 de abril de 2006**, revocada por la Sentencia de 22 de mayo de 2007 del Juzgado de Primera Instancia n.º 7 de Alicante, la cual es confirmada por la **Sentencia de 14 de enero de 2008 de la Audiencia Provincial de Alicante**, que establece la tesis de que no cabe considerar acto de administración, susceptible de ser acordado por la mayoría de los condóminos, el arrendamiento urbano por plazo de cinco años.

Pues bien, hecha esta distinción entre las sentencias comentadas, volvamos a la pregunta inicial: ¿qué ocurre con las Resoluciones similares a la anulada que pudiera tener dictadas la DG antes de dicha anulación, o que pudiera dictar en el futuro? Más concretamente:

**1. ¿Pierde carácter vinculante la doctrina contenida en la Resolución anulada, que pudiese en su caso estar contenida también en alguna Resolución anterior?** Entiendo que sí, siempre que exista identidad en la normativa aplicada al supuesto de hecho, esto es, la que hubiere servido de sustento a la estimación del recurso gubernativo. En cambio, si la sentencia se ha dictado por cualquiera de las que hemos calificado como razones «procedimentales», no ha habido interpretación de esa normativa sustantiva, y por tanto aquellas resoluciones no deberían perder su carácter vinculante en la cuestión de fondo que resuelven, si-

no estrictamente en lo que en su caso hubiese sido una cuestión de procedimiento.

Así, la doctrina anterior según la cual el informe del registrador no puede ampliar los argumentos jurídicos de la calificación ha dejado de tener carácter vinculante, como también la que obligaba a hacer una calificación completa al tiempo de apreciar el defecto de falta de liquidación del impuesto.

En cambio, la doctrina de la DG que entiende no exigible en el caso de apoderado de una sociedad la reseña de los datos identificativos del órgano de administración que le otorgó el poder no pierde a mi juicio su carácter vinculante, porque la Resolución ahora anulada lo es por extemporánea.

**2. ¿Impide la sentencia a la DGRN pronunciarse posteriormente en el mismo sentido que lo había hecho en la Resolución anulada?** No, a mi juicio, porque a la DGRN no pueden vincularle otras sentencias que las que constituyan jurisprudencia del TS, conforme al art. 1.º 6 CC.

**3. ¿Tendría esta nueva Resolución, reiterativa de la doctrina contenida en la que se había anulado, carácter vinculante, en los términos del 327 LH?** Considero que no, siempre que exista como decíamos identidad en la normativa aplicada al supuesto de hecho de la Resolución anulada. Ahora bien, si la Resolución fue anulada por razones de procedimiento, *vg* por extemporánea, no ha habido interpretación de la normativa sustantiva, y en consecuencia esta nueva Resolución debería tener carácter vinculante.

Por tanto, y si estas respuestas son acertadas, tendríamos una doctrina de la DG que, pese a poder considerar a lo mejor claramente asentada, habría que entender sin embargo no vinculante para los registradores; en definitiva, una doctrina similar en este orden de efectos a la que puede existir, y existe, contenida en Resoluciones anteriores a la introducción del concepto de «resolución vinculante» en la Ley Hipotecaria por virtud de la Ley 24/2001, art. 102.

Un problema específico viene dado por aquellas sentencias que revocan la Resolución por extemporaneidad (razón procedimental) y sin embargo entran también en el fondo del asunto; así:

- la que entiende que, aun habiendo juicio notarial de suficiencia, el poder para comprar inmuebles no autoriza para comprar participaciones indivisas;
- o la que considera no inscribible el acto otorgado por el administrador con cargo no inscrito.

Una y otra, como se puede apreciar, tratan cuestiones de fondo de indudable trascendencia en el ámbito de los requisitos y consecuencias del juicio notarial de capacidad. ¿Debe darse a estas sentencias valor de supresión del carácter vinculante de la doctrina opuesta contenida en múltiples Resoluciones anteriores de la DG? Fijémonos en que la Sentencia de la AP Málaga de 4 de febrero de 2009, que resuelve el primero de los temas expuestos (poder que no contempla la compra de participaciones indivisas) dice literalmente que la Resolución extemporánea «deviene carente de validez y afectada por tanto de nulidad total».



# Resoluciones

En este sentido, podemos recordar que, en relación a la Resolución de la DGRN de 7 de abril de 2006, la Audiencia Provincial de Badajoz, en Sentencia de 15 de junio de 2007, anuló la Sentencia de 15 de febrero de 2007 del Juzgado de 1.ª Inst. n.º 6 de Badajoz, por incurrir en el vicio de incongruencia, al haber resuelto de un lado la nulidad de dicha resolución por defectos formales y al propio tiempo entrar en el fondo discutido confirmando la nota de calificación. Pues bien, esa misma incongruencia es la que se daría en las sentencias de que tratamos, y, si atendemos a la interpretación de la Audiencia citada, cabría entender que, apreciada la extemporaneidad de la Resolución, cualquier interpretación posterior de la cuestión de fondo que haga el tribunal es superflua y carente de efectos en el ámbito que tratamos.

## B) Nulidad de las Resoluciones de la DGRN dictadas fuera de plazo, según STS de 3 de enero de 2011

Con posterioridad a la publicación en el BOE de las sentencias comentadas, el Tribunal Supremo, ante los **diversos criterios seguidos por las Audiencias Provinciales** en la interpretación del art. 327.9 LH, declara, en Sentencia dictada en Pleno de la Sala 1ª en unificación de doctrina, que las resoluciones de la DGRN dictadas una vez transcurridos tres meses desde la interposición del recurso, son nulas, tal como entendieron tanto el Juzgado de 1ª Instancia como la Audiencia Provincial en el caso concreto, en el cual el recurso tuvo entrada en el Registro el 15 de julio de 2002, y la DGRN resolvió el 29 de septiembre de 2005.

Como sabemos y nos recuerda el Supremo, las Audiencias Provinciales han venido resolviendo en un sentido o en otro, es decir, admitiendo o no la posibilidad de Resolución extemporánea de la DG, en base a entender o no aplicables los arts. 42 y 43 de la LRJyPAC. Dicha ley, en su modificación introducida por la Ley 4/1999, de 13 de enero, distingue entre las dos clases de silencio administrativo: el positivo, que equivale a una resolución expresa, y que provoca que la resolución ulterior de la Administración sólo pueda ser confirmatoria o positiva; y el negativo, que provoca una mera ficción a los efectos de permitir interponer el recurso en vía administrativa o jurisdiccional, pero que —a diferencia del silencio positivo— no vincula a la Administración en orden al tenor de su ulterior resolución expresa, que por tanto puede ser estimatoria. Resolución expresa que, por otro lado, sigue siendo una obligación para la Administración.

Ahora, el TS basa su sentencia en tres **argumentaciones**:

- A) La inaplicabilidad supletoria, con carácter general o abstracto, de las normas de procedimiento administrativo al ámbito de la calificación registral, de acuerdo con los siguientes razonamientos:
- la función de calificación registral presenta particularidades sustanciales respecto del régimen de las actividades de las Administraciones Públicas;
  - si bien las resoluciones de la DGRN son actos administrativos, tienen características muy especiales, pues tienen como presupuesto y objeto la calificación del registrador, que por su contenido no puede ser considerado un acto sujeto al Derecho administrativo; así, su revisión no corresponde al orden jurisdiccional contencioso-administrativo, sino al civil;

- en consecuencia, la determinación de si es aplicable el régimen general del silencio administrativo debe hacerse teniendo en cuenta las disposiciones específicas de la LH.

- B) No cupiendo esa aplicación automática del régimen administrativo, cabría esperar del legislador una remisión expresa. Esta existe, efectivamente, en distintos aspectos regulados en el art. 327 LH, pero no respecto del silencio administrativo, los efectos del cual se regulan en la LH de manera específica.
- C) La posibilidad de que la DGRN pueda modificar su decisión una vez transcurrido el plazo para resolver crearía una situación de inseguridad jurídica, con posible perjuicio de terceros.

¿Cuáles son los **efectos de esta sentencia**?

Parece lógico entender que las resoluciones dictadas extemporáneamente y que no hayan sido recurridas en plazo alcanzaron firmeza. Por el contrario, las que hubieren sido recurridas y estén pendientes de sentencia deberían ser declaradas nulas por el juez o Audiencia, siguiendo el criterio sentado por el TS.

Respecto de las resoluciones que pueda dictar la DGRN a partir de la publicación de la sentencia del TS, sería de esperar que no pequen de extemporaneidad, que la DGRN aprovechara para “poner el contador a cero”, diera ya como desestimados por silencio los recursos no resueltos en plazo y se dedicara a resolver aquellos para los que todavía tiene plazo.

En el caso de que no obstante dicha sentencia, la DGRN dictara alguna resolución extemporánea, se plantearía la cuestión de si la nulidad que proclama el TS puede ser apreciada directamente o no, sin necesidad de ser alegada ante los tribunales. Más concretamente, si el registrador puede rechazar el carácter vinculante que en su caso dimanare de una resolución estimatoria pero extemporánea. Obviamente, ese “rechazo” deberá hacerlo constar en la nota de calificación o en el informe, frente a la pretensión del notario de aplicar la doctrina de la resolución.

Ello enlaza con la cuestión tratada en el apartado anterior, en el cual ha quedado expuesta mi opinión de que en los casos de anulación por extemporaneidad, si la doctrina de la resolución se contenía ya en resoluciones anteriores vinculantes, dicha doctrina mantenía tal carácter, porque el tribunal no había entrado a valorar la cuestión de fondo. Y ello habría que entender que ocurre ahora: si la doctrina de la DGRN se contiene en alguna otra resolución vinculante anterior, dicha doctrina sigue siendo vinculante.

Por lo demás, la resolución no “desaparece”, y su valor como criterio interpretativo emanado del órgano superior de notarios y registradores subsiste, sea o no este criterio vinculante en los términos del art. 327 LH y conforme a lo que acabamos de exponer. De modo que, si bien en principio no parece que la resolución como tal pueda servir de argumento para registrador o recurrente, sí cabe la “expectativa” de aplicación por parte de la DGRN de ese mismo criterio en cualquier futura resolución, siempre que exista identidad de razón en el supuesto de que se trate.

Dicho lo cual, y atendiendo a la situación de hecho en que nos encontramos, resolviendo la DGRN habitualmente fuera de plazo, podemos hacer algunas reflexiones. De una parte, que el interesado en que se le reconozca su argumentación debería ponderar la



opción de presentar el recurso directamente en vía jurisdiccional, conforme permiten los arts. 324 y 328 LH. De otra, que el sistema regulado en el art. 327 LH ha demostrado su imperfección, por lo que sería lógica una modificación del mismo, estudiándose la posibilidad de establecer un plazo para resolver superior a los tres meses actuales y, quizá, sin descartar la variación del sentido del silencio, como en el ámbito administrativo se prevé en el art. 40 de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de “Economía Sostenible”, pese a esas diferencias que el TS señala que existen entre las resoluciones de la DGRN y los actos administrativos en general.

### C) La RDGRN de 2 de diciembre de 2010

En relación con lo hasta ahora comentado, y más concretamente con los efectos de la publicación de las sentencias anulatorias de resoluciones de la DGRN, resulta de interés atender al contenido de la Resolución de 2 de diciembre de 2010.

En una escritura de compraventa, el notario identifica la escritura de poder que utiliza el vendedor, autorizada en su día por el mismo, copia autorizada de la cual dice tener a la vista, pero no parece hacer en este punto mención o referencia alguna a su contenido, es decir, no cita facultades concretas. Luego efectúa el juicio de suficiencia diciendo: «Yo, el Notario, hago constar que a mi juicio del citado poder resultan facultades representativas suficientes para formalizar la presente escritura».

El registrador suspende la inscripción *“al no poder establecer la congruencia entre el juicio notarial de suficiencia con el contenido del título presentado, ya que dicho juicio no queda concretado a lo que sea el objeto del presente otorgamiento (compraventa)”*. Es decir, lo que el registrador demanda es que el notario le diga que a su juicio el poder es suficiente para esa escritura de compraventa, calificando el negocio.

Y la DGRN confirma el defecto, si bien en términos que conviene repasar. Así, recuerda que *“en la Res de 30-9-2002 entendió que ninguna objeción cabía oponer si el Notario expresa que valora suficientes las facultades del apoderado porque del documento auténtico reseñado «resulta estar facultado para formalizar préstamos con garantía hipotecaria y todos los pactos complementarios incluidos en esta escritura», o utiliza otra fórmula semejante. Y en Resolución de 8 de noviembre de 2002 entendió que existía esa semejanza (a efectos de la fuerza legal de la valoración notarial de la suficiencia de las facultades representativas ex artículo 98.2 de la Ley 24/2001), si se expresaba que, a la vista de copias de las escrituras de apoderamiento resulta que los apoderados tienen «facultades representativas suficientes para el préstamo con garantía hipotecaria que se instrumenta en esta escritura»*”. La DGRN, por tanto, consideró en su momento, y ahora —aunque de modo indirecto, por referencia a dichas resoluciones— reitera, que el juicio de suficiencia puede hacerse tanto mediante mención de las facultades del apoderado que guardan relación con el negocio que ahora se formaliza (R. 30-9-2002) como mediante juicio expreso de que en dicho apoderamiento se incluyen facultades suficientes para dicho negocio, pero identificando éste expresamente (R. 8-11-2002). En otras palabras: la referencia al negocio concreto puede hacerse en la reseña de la escritura de apoderamiento (vg. “de dicha escritura resultan facultades suficientes para vender inmuebles”) o en el juicio de suficiencia (“conforme a dicho apoderamiento, el compareciente tiene a mi juicio y bajo mi responsabilidad facultades suficientes para

otorgar esta escritura de compraventa”); pero, de una u otra forma, debe hacerse. En el caso concreto no se hace una cosa ni otra, y la DG, congruentemente con lo expuesto, desestima el recurso.

Por tanto, cuando finalmente la DG basa su desestimación en que el Notario, “al emitir el juicio de suficiencia de las facultades representativas emplea una expresión genérica («... para formalizar la presente escritura...») y no un juicio de suficiencia de las mismas expreso, concreto y coherente con el negocio documentado” —citando a continuación una serie de resoluciones, entre ellas la antes reseñada de 8 de noviembre de 2002— está viniendo a decir que de haberse hecho el juicio de suficiencia en tales términos, no cabría oponer defecto alguno a la inscripción. Y ello es relevante porque tal criterio había perdido recientemente su carácter vinculante como consecuencia de la publicación en el BOE de 10 de agosto de 2010 de la Sentencia de 13 de mayo de 2009 de la Audiencia Provincial de Madrid, anulatoria de la RDGRN de 13 de febrero de 2008 (se reseña en la letra A. de estos comentarios, bajo el número 1.1 del apartado b). En el supuesto de hecho, el Notario había utilizado la siguiente fórmula: *«Yo, el Notario, doy fe, a la vista de la copia auténtica de dicho poder que me ha sido exhibida, que a mi juicio y bajo mi responsabilidad son suficientes las facultades representativas acreditadas para la presente escritura de préstamo y constitución de hipoteca y todos los pactos complementarios incluidos en esta escritura»*, y la DG la admite sin ambages. Frente a la postura de la DG, la citada sentencia de la AP de Madrid sigue un criterio mucho más formalista, al señalar que “el art. 98-1 establece un doble requisito (reseña y juicio de suficiencia), que no puede subsumirse en uno: la reseña ha de ser una narración sucinta de los hechos que sirven de motivación y fundamento al juicio notarial de suficiencia. Todos los funcionarios públicos —y el notario también lo es— han de motivar suficientemente los actos que realicen, de modo que no es concebible efectuar un juicio de suficiencia sin motivación alguna. Dicha narración *sucinta no puede referirse exclusivamente a los datos de intervinientes, autorizante y fecha de escritura de poder sino que ha de incluir una transcripción o relación suficiente (aunque sea sucinta) de las facultades representativas tomadas directamente del poder (sin que basten fórmulas genéricas o lacónicas)*, por tratarse de hechos, en los que después ha de basarse (motivación) el juicio notarial de suficiencia, y no de valoraciones —juicio o interpretación— del notario. La reseña de los datos identificativos se refiere a un hecho pero el juicio de suficiencia es una valoración y el notario debe manifestar el fundamento del cual se deriva su juicio o conclusión. De otro modo se confundiría la reseña de hechos con el juicio de las facultades”.

Pues bien, pese a su anulación, dicha Resolución es citada expresamente en “vistos” de la de 2 de diciembre de 2010. No quiere deducirse de todo ello que ahora, en virtud de esta resolución que comentamos, recupere carácter vinculante el criterio de la DGRN, y no ya porque es un criterio *sensu contrario*, o porque únicamente son vinculantes las resoluciones estimatorias —y ésta no lo es—, sino porque, como decíamos, la sentencia anulatoria lo fue por razones “de fondo”, de aplicación de la misma normativa sustantiva que en su día interpretó y ahora vuelve a interpretar la DGRN. Pero sí parece anticipar que la DGRN mantiene su posición anterior a la sentencia citada, lo que confirmaría las ideas expuestas de que la publicación de dichas sentencias no impide a la DGRN pronunciarse en el mismo sentido en que lo había venido haciendo, y de que, por el contrario, es razonable la “expectativa” de que así lo haga.

## Recensión bibliográfica



### Sistemas jurídicos comparados Lecciones y materiales

Gianmaria AJANI y Miriam ANDERSON, Esther  
ARROYO I AMAYUELAS y Bárbara PASA

Universitat, 47, Barcelona, Publicacions  
i edicions, Universitat de Barcelona, 2010.

La obra que me propongo reseñar no se trata de un manual al uso sobre Derecho comparado, por otra parte muy escasos en lengua castellana, los más célebres —con planteamientos bastante diferentes y en algún caso de fecha ya un tanto antigua— son los de Konrad Zweigert / Heinz Kötz, René David, Alessandro Pizzorusso y, por poderse incluir también en este ámbito, el *Atlas* de Galgano. Si como se resalta en la propia obra es ardua tarea la de comparar sistema jurídicos no lo sería menos la de pretender comparar este Manual con las obras citadas, singularmente por no ser una mera traducción, más o menos adaptada al tiempo y país en que se espera tenga su más amplia difusión, sino que se trata de una auténtica refacción —singularmente en el capítulo 11, sobre responsabilidad

POR ÁNGEL SERRANO DE NICOLÁS  
Notario de Barcelona

extracontractual, en el que las propias autoras hablan de autoría “mancomunada indivisible”— la que han realizado las profesoras M. Anderson, E. Arroyo y B. Pasa, por otra parte sobradamente conocidas y especializadas en Derecho comparado como para qué se las tenga que presentar, aunque por si menester fuese se contiene una elemental presentación en la propia solapa. Tampoco puede dejarse de agradecer su aportación como traductora a la también profesora Beatriz Fernández Gregoraci.

Antes de entrar en la reseña del contenido si conviene ya anticipar que se trata de una sencilla pero cuidada edición, resulta ello trascendental —para su fácil y muy útil consulta y lectura— al mezclarse continuamente el propio texto expositivo con los materiales que sirven de apoyo a lo que se explica, sean unas veces textos legales (en los que no suele faltar a pie de página el pertinente link para su íntegra consulta) y otras trozos de obras o artículos doctrinales —de los más relevantes autores que han escrito sobre la materia— que de forma clara y precisa indican cómo se han ido incorporando las diversas categorías o supraconceptos, valgan, como ejemplo, la recepción de la *Verwirkung* o retraso desleal, pp. 271-274, o del negocio jurídico, pp. 362-363.

La obra en sí se divide en once capítulos y dos partes bien diferenciadas, así la primera parte se destina a cuestiones metodológicas, pues, en efecto, acudir al Derecho comparado requiere de su propia metodología, pues bien sabido es que no se pueden transplantar instituciones de un Ordenamiento como si de cualquier planta vegetal se tratase. Por ello, el primer capítulo se destina a lo que podríamos llamar las herramientas para que sea fértil y productivo el acudir al Derecho comparado. Singularmente interesa destacar las cuestiones relativas al lenguaje jurídico, la terminología y el cómo debe realizarse la traducción, pues, no cabe olvidar, que el lenguaje jurídico no coincide necesariamente con el uso corriente, valga el logrado ejemplo —p. 44— del concepto de productor; ni ciertos conceptos o categoría encuentran fácil traducción, o peor, sí pueden fácilmente traducirse pero no significan o funcionan lo mismo, caso de la hipoteca o de la venta al requerir en unos Ordenamientos jurídicos sólo el título y en otros la *traditio* que tampoco siempre funciona igual. Más difícil se presenta traducir, llegando a ser casi



intraducibles sin una breve explicación, conceptos como la *consideration*, la *equity* o el no unánimemente admitido, ni siquiera en los sistemas del *Civil Law*, negocio jurídico. Como no puede ser de otro modo se acude reiteradamente a las tesis de Trento, que no son sino las integradas en el “manifiesto” que para la comparación jurídica adoptaron un grupo de estudiosos en 1987, *vid.*, al efecto, [http://www.jus.unitn.it/dsg/convegna/tesi\\_tn/le\\_tesi.htm](http://www.jus.unitn.it/dsg/convegna/tesi_tn/le_tesi.htm).

Se cierra este primer capítulo con el estudio de la aportación del, tan en boga todavía a pesar de sus muy menguados frutos, análisis económico a la comparación crítica, con los consabidos costes de transacción y, por la materia, eficiencia comparativa. Como no se trata de considerar dicha teoría del análisis económico, sino de poner en evidencia su posible aportación a la opción de los diferentes sistemas jurídicos por una u otra institución, valga con lo que se dice. Como continuación de esto, en el capítulo segundo, con el que se cierra esta primer parte, se trata de la operatividad de las instituciones, condicionada no sólo por el Derecho (o regulación positiva), sino también por la economía, la política, y, tras referirse —como ejemplo manifiesto de la dificultad del trasplante de instituciones— a la problemática de la desaparición de la legítima en el Quebec (a lo que no es ajeno que derivase de una disposición emanada del Parlamento inglés), se distinguen tres modalidades —el enfoque técnico, el ideológico y el neoromántico— para considerar el trasplante de normas. Pero concluye reconociendo —una vez más con magníficos cuadros y ejemplos de lo que se afirma— que en el trasplante son decisivos los sujetos y los factores tanto endógenos, como exógenos (singularmente en el ámbito comercial), para afirmar que la respuesta del análisis económico del Derecho pone de manifiesto el menor coste en términos de tiempo y recursos financieros “de la imitación respecto a la invención”, aquí sí que la cuestión creo que no es ésta, por otra parte sabido muchísimo antes de que lo afirmarse dicha teoría, sino que lo importante es considerar cómo influyen en los trasplantes de instituciones los estándares internacionales o la necesidad de ingresar —o pertenecer— a “clubs”, en expresión literal que se utiliza para referirse a la Unión Europea, Consejo de Europa o la misma OMC.

La segunda parte, una vez consideradas —en la primera parte— las cuestiones más teóricas o metodológicas, de indudable interés y clara y sugestiva exposición, se centra en la comparación del *Common Law* vs. *Civil Law*. Los cinco primeros capítulos, de esta segunda parte, se dedican al *Common Law*, no sólo inglés, sino también al estadounidense. Para, tras referirse a los otros dos grandes modelos, ampliamente transpuestos a otros países, como son el francés y el alemán, considerar el derecho privado europeo y acabar con la responsabilidad extracontractual.

Así, el tercer capítulo estudia las características del *Common Law* inglés, baste decir que con la lectura de sus escasas treinta páginas se puede tener una clara idea del mismo, y, desde luego, de sus pilares, como son la *equity* (que, como se precisa, nada tiene que ver con la equidad, sino con “las reglas, principios y remedios procesales que tuvieron origen en la jurisprudencia del Tribunal real de la Cancillería (*Court of Chancery*)”, la *undue influence* (que abarcaba desde los vicios de la voluntad a la desigualdad en el poder de negociación, pero en esto última se ha evolucionado como consecuencia de la legislación protectora de los consumidores) o el omnipresente *trust*. Se estudia también la evolución y estructura de los Tribunales, siempre decisivos y singularmente en el *Common Law*.

Los capítulos cuarto a sexto guardan unidad temática en base a la evolución desde el *Bill of Rights* hasta la *Human Rights Act*, tanto en el Derecho inglés como en su influencia en la Constitución federal de EEUU, pero quizás interese más el estudio —tan sintético como esclarecedor— del estilo de las sentencias (el fundamento de la decisión es sobre un principio que se considera “razonable”, sin perjuicio de que podrá haber votos discrepantes o *dissenting opinion*); la doctrina del precedente (esencial en un sistema nacido sin fuentes legislativas, pero cuyos *Year books* evolucionados hasta los actuales *Law Reports* permiten conocer la evolución del derecho inglés desde el siglo XIII hasta la actualidad); la interpretación de la ley (aunque la obra de J. BENTHAM, inspirada en la Revolución francesa, no lograrse totalmente su pretensión, lo cierto es que es creciente la legislación fruto de la integración europea, con magníficos ejemplos, como la resolución de la *House of Lords* sobre las consecuencias del cambio de sexo o la *Interpretation Act* de 1978); la apertura del sistema (consecuencia lógica de que —según se afirma— 2/3 de la población mundial está influida por el *Common Law*, lo que no ha impedido cierta Codificación como en India o Kenia o sistemas mixtos —con el Derecho local— como en Sudáfrica, Israel o la propia India); o el control de constitucionalidad en el derecho norteamericano. Al referirse al sistema estadounidense, capítulo sexto, tras referirse al estilo de la sentencia y la *stare decisis*, en donde se destaca el distinto peso —frente al sistema inglés— del precedente judicial, se recalca el papel de la doctrina, para lo que resulta básico la configuración de sus *law schools*, con su propia revista jurídica, y, singularmente, la recopilación (*restatement*), por expertos, del material jurisprudencial en aquellos sectores faltos de homogeneidad.

El capítulo séptimo es un capítulo de transición al estudio de los dos grandes sistemas, francés y alemán, que tanta influencia han tenido en todos los países del *Civil Law*. Como no puede ser de otra forma comienza por el Derecho romano, sigue la crisis del *ius commune*, agudizada en el siglo XVIII al irse agudizando la falta de claridad de las normas y las distintas interpretaciones, y acaba, tras resaltar que es común al *Common* y *Civil Law* la “repetición y estratificación de reglas, principios y nociones”, con la consideración del mito del código, en lo que implica de pretensión de borrar todo el Derecho del pasado y lograr en sí la integridad, pero, una vez más, superada la mera exégesis se tiene que ir interpretando para adaptarla a las nuevas realidades sociales que van surgiendo. Debe destacarse aquí la excelente síntesis que se hace de la recepción en España de la doctrina de la *Verwirkung*.

Los capítulos octavo y noveno, como decía, se refieren al modelo francés y al alemán, se destaca en cada uno la estructura de su código, y, además, en el octavo, se hace hincapié en la Escuela de la Exégesis que irá perdiendo fuelle a favor de quienes ya aplicarán el método sistemático, como mejor forma de conectar el *Code* a las nuevas realidades sociales. La existencia del *Code*, frente al sistema del precedente, influye en la estructura de la sentencia que sigue un sistema deductivo, aunque —y al margen de que la jurisprudencia no es fuente del derecho— ello no impide dar cabida a nuevas instituciones o reglas no codificadas, caso de la responsabilidad objetiva o el abuso de derecho. En el capítulo noveno se comienza con la codificación austriaca y, tras reseñar la célebre discusión entre THIBAUT y SAVIGNY sobre la necesidad de la codificación, acaba destacando la abstracción (ejemplo paradigmático es su Parte general) y conceptualización (jurisprudencia de conceptos) propia del ámbito del BGB, junto con su enorme influencia en las doctrinas extranjeras

# Bibliografía

(singularmente, italiana y española) y en la adaptación de sus categorías jurídicas, como sucede con el negocio jurídico (en donde SACCO al tratarlo no puede por menos que poner de relieve la influencia de nuestro teólogo moral DE MOLINA en la dicotomía entre mero propósito y declaración vinculante). Concluye el capítulo con la Codificación suiza de la que resalta, quizás como último estadio de la evolución codicial, el amplio margen que deja a la interpretación del Juez.

El capítulo décimo se dedica a la pretensión de un futuro Derecho europeo, se destaca lo que de positivo y negativo puede tener, así como —en su creciente expansión— las técnicas con las que se pretende lograr, sea acudiendo a reglas *soft law* (equiparables a los dichos *restatement*), las leyes Modelo, la interpretación de los Tribunales y, singularmente, la labor de la ciencia jurídica. Concluye el capítulo noveno con el estudio (y estado actual) del Marco Común de Referencia (o intento de crear un acervo común de conceptos fundamentales y categorías abstractas, tales que contrato, daño o efectos del incumplimiento) en lo que no es sino los avatares de la pretensión de un futuro Código civil europeo.

El último, y undécimo capítulo, se refiere a la responsabilidad extracontractual, con la pretensión de facilitar una serie de materiales que puedan servir para un ejercicio didáctico de comparación

jurídica aplicada, dados los distintos enfoques de los diversos Ordenamientos jurídicos internos, verdaderamente es un magnífico ejemplo de cómo los diferentes Ordenamientos pretenden dar solución a un mismo problema que no es sino la de resarcir y, por tanto, sancionar a quien causa daño a otro.

Lo expuesto entiendo que es suficiente para dejar constancia de la gran utilidad de la obra para conocer el sistema del *Common Law* y cómo debe operarse en el ámbito del Derecho comparado, además de herramienta imprescindible para cualquier persona que quiera acercarse al mismo; así como, también, para un curso universitario sobre la materia, a lo que se une la falta de una obra en castellano con su sugestivo enfoque práctico.

Si algo cabe echar de menos, justo por su gran contenido, en las nada excesivas 441 páginas, es la falta de unos índices de autores, resoluciones o textos legales, analítico o conceptual, pues, sin duda, junto a su propia finalidad expositiva lo convertiría en herramienta imprescindible de fácil consulta. En todo caso, ello no empece, reitero una vez más por su claridad y constante utilización de material práctico o legislativo, a que nos podamos felicitar por tener a nuestra disposición una obra de Derecho comparado, sin duda, de referencia.

## La Encrucijada de la incapacitación y la discapacidad

Incluye CD-ROM con comunicaciones adicionales



Director:

José Pérez de Vargas Muñoz

El lector no sólo encontrará en este libro un trabajo de especialistas teóricos, sino también de jueces, notarios y personal dirigente de organismos tutelares. Constituye un estudio riguroso de las medidas adoptadas, o proyectadas, tanto en España como en países tan cercanos como Italia y Francia, para socorrer a los ciudadanos que sufren la incapacitación y la discapacidad.

El Derecho ha de irse acomodando a los cambios que la sociedad va experimentando. En materia de incapacitación, la actual situación social dista mucho de la que regía cuando se aprobó el Código Civil, a finales del siglo XIX.

Desde entonces, la familia ha sufrido una vertiginosa transformación a nivel estructural, lo que ha originado un aumento de las personas en situación de dependencia por diferentes razones.

Por otra parte, la mejora en la calidad de vida y los avances sanitarios han producido un progresivo aumento de personas longevas incapaces de atender autónomamente sus propias necesidades vitales.

El anterior panorama exige acometer importantes cambios legislativos. El libro constituye un estudio riguroso de las medidas adoptadas, o proyectadas, tanto en España como en países tan cercanos como Italia y Francia, para socorrer a estos ciudadanos.

Páginas: 974 • Encuadernación: Tapa dura • ISBN: 978-84-8126-814-0



## Nueva dirección en el Consejo General del Notariado

Manuel López Pardiñas y Joan Carles Ollé han transmitido ya a los notarios su firme voluntad de *“liderar el notariado con la máxima transparencia, seriedad y rigor”*, haciendo especial mención a la democracia interna y al diálogo

Tras las elecciones del pasado 8 de agosto, Manuel López Pardiñas, Decano del Colegio Notarial del País Vasco, y Joan Carles Ollé Favaró, Decano del Colegio Notarial de Cataluña, han asumido la presidencia y vicepresidencia, respectivamente, del Consejo General del Notariado. Se inicia de este modo una nueva etapa en que se ha conseguido el consenso, la cohesión interna y la integración necesaria para ofrecer estabilidad a la institución y dotarla de la fuerza imprescindible para afrontar el presente y el futuro de la profesión. En la votación, 9 decanos se manifestaron a favor —en representación del 68’73% de los notarios de España— y no hubo ningún voto en contra, hecho que pone de manifiesto la recuperación de la unidad, tras una etapa difícil en el seno de la institución.

Entre los objetivos prioritarios de la nueva dirección destaca la búsqueda de soluciones a la difícil situación económica que vive el notariado, como consecuencia de la grave crisis socioeconómica de abasto nacional e internacional. Así mismo, también se reforzarán las relaciones con la Administración, formaciones políticas y con el resto de operadores jurídicos, especialmente con los registradores; se encarará el problema arancelario, y se trabajará en las nuevas atribuciones y las futuras que pueda asumir el notariado. La reconducción del proceso de externalización de Ancert, S.L. y Serfides, S.L., la reconsideración del capítulo de compensaciones institucionales y el abordaje del estudio de la reforma del reglamento notarial en cuanto a la organización corporativa son otras de las cuestiones en las que ya se ha empezado a trabajar. Además, se trabajará en la línea de reforzar la presencia e implicación social del notariado, potenciando la voluntad de servicio a los ciudadanos. Continuarán vigentes estrategias de largo recorrido como: la defensa de la función notarial y del control de legalidad notarial; la unidad de cuerpo; la continuidad en el impulso del proyecto tecnológico del notariado, o la colaboración para combatir el fraude fiscal y el blanqueo de capitales, entre otros.

Manuel López Pardiñas y Joan Carles Ollé han transmitido ya a los notarios su firme voluntad de *“liderar el notariado con la máxima transparencia, seriedad y rigor”*, haciendo especial mención a la democracia interna y al diálogo, *“a través de los cuales —afirman— encontraremos soluciones y permitirán que el Consejo General sea un vehículo útil y eficaz para consolidar nuestra profesión en el contexto jurídico y social, abriéndola también a nuevos horizontes.”*

Desde la dirección del Consejo General del Notariado afirman que transmitir a la Administración la necesidad de adoptar medidas que puedan paliar la situación actual, ofrecer alternativas y ser capaces de asumir nuevos retos deben ser fundamentales para reforzar el notariado en el contexto económico jurídico y social de nuestro país, así como el actual sistema de seguridad jurídica preventiva, que ha demostrado ser altamente eficaz tanto en tiempos de bonanza como en la actualidad.



De izquierda a derecha, Joan Carles Ollé Favaró y Manuel López Pardiñas, Vicepresidente y Presidente, respectivamente, del Consejo General del Notariado



## Conferencia sobre «Poder Judicial y Autonomías»

El pasado 21 de marzo, José Manuel Sieira, Presidente de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, pronunció en el Colegio la conferencia «Poder Judicial y Autonomías», en la que repasó cómo conviven ambos términos en la actualidad y reflexionó acerca de las Sentencias del Tribunal Constitucional 31/2010 y 56/1990.

En el transcurso de su exposición, en que hizo una extensa loanza a la Constitución de 1978, que estableció una clara división entre el poder central y los poderes autonómicos y locales, quiso remarcar que, aun reforzándose en ese momento el Poder Judicial, éste no ha recibido el mismo impulso que los poderes legislativo y ejecutivo. En este sentido, destacó que mientras estos dos no son únicos y cuentan con órganos autonómicos, el Poder Judicial todavía no ha dado este paso como reflejan los artículos 123 y 152 de la Constitución, añadidos al 117.5, que *“inferen, sin ápice de duda, la unidad del Poder Judicial”*.

Así, afirmó que *“la Constitución limita la relevancia del principio autonómico, en el ámbito de jurisdicción, a términos muy concretos”*. Aun así, afirmó creer posible crear Consejos de Justicia autonómicos sin vulnerar la Constitución, una de las peticiones que el Govern de la Generalitat, en las dos últimas legislaturas, ha insistido en promover. El magistrado expresó su convencimiento de que se puede *“abrir una puerta para la descentralización de las funciones de gobierno del Poder Judicial”*, destacando que *“se puede establecer un camino para su existencia sobre las bases de las actuales Salas de Gobierno”*. Según él, dichos Consejos sólo serían inconstitucionales en la medida que se calificaran como órganos de gobierno del Poder Judicial en la Comunidad Autónoma, *“actuando como órganos desconcentrados del CGPJ”*. La cuestión determinante sería *“cuáles son, en cada caso, las competencias atribuidas directamente al Consejo Autonómico en el propio Estatuto”*. *“La pervivencia de estos Consejos —aseguró— dependerá del juicio que merezcan las atribuciones que se les confieran, sin que a priori exista inconveniente para que tales atribuciones sean establecidas conjuntamente en el Estatuto, la Ley Orgánica del Poder Judicial, las leyes que apruebe el Parlamento y las que, si procede, le delegue el Consejo General del Poder Judicial”*.

Entre las competencias que en ningún caso podrían atribuirse a dichos Consejos de Justicia autonómicos —según dictó el Tribunal Constitucional— estaría *“la designación de presidentes de órganos judiciales; la expedición de nombramiento y cese de Jueces y Magistrados temporales; las disciplinarias sobre Jueces y Magistrados; inspección de Tribunales e información sobre recursos de alzada contra acuerdos del órgano de gobierno de los Tribunales y Juzgados que afectan a la función jurisdiccional propiamente dicha; y a la ordenación de elementos consustanciales a la garantía de la independencia en su ejercicio”*.

Entre las competencias que sí tendrían, destacó aquellas relacionadas con el personal al servicio de la Administración de Justicia, como órganos superiores en materia disciplinaria, así como aquellas competencias en materia de plantilla de la oficina judicial, en materia de formación, estudios e informes, documentación, publicaciones, informática o estadística judicial, entre otras, reservándose el CGPJ la competencia en materia de relaciones internacionales. En cuanto

a su composición, habló de incorporar con carácter electivo a miembros de los Tribunales del territorio de la Comunidad, pero también a miembros de procedencia ajena al mundo judicial, aunque relacionados con la actividad jurisdiccional, reservándose las funciones de gobierno interno de los Tribunales exclusivamente a quienes forman parte de los mismos.

La Consejera de Justicia clausuró el acto insistiendo en la necesidad de modificar la actual estructura de Gobierno de la Administración de Justicia para adaptarla al modelo de Estado Autonómico establecido en la Constitución



El ponente fue José Manuel Sieira, Presidente de la Sala Contenciosa Administrativa del Tribunal Supremo



Otra de las cuestiones que Sieira quiso destacar fue la necesidad de recuperar el prestigio del Consejo General del Poder Judicial, para lo que es necesario, según afirmó, *“garantizar la independencia de sus miembros”*. Así, manifestó su desacuerdo con el actual sistema de dedicación de los vocales del CGPJ, ya que en su opinión deben compatibilizar su cargo con el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales. *“Sólo así —afirmó— vivirían directamente los problemas reales de la Justicia”*. Además, afirmó que este sistema *“serviría de contrapeso a los posibles condicionamientos políticos que pudieran pesar sobre ellos”*, lo que redundaría en una mayor *“independencia”* de los miembros del CGPJ.

También puso de manifestó *“la tendencia expansiva del Consejo General del Poder Judicial, cuya razón de existir es sólo defender y exteriorizar la garantía de independencia del Poder Judicial indispensable en un Estado de Derecho”*. Así, afirmó, *“existe una imprecisión en el reparto competencial que afecta a la independencia judicial, produce disfunciones en la gestión que afectan al funcionamiento de la Oficina Judicial y genera dilaciones e ineficacia”*, además de criticar una pérdida de autoridad del Consejo General del Poder Judicial como consecuencia de las acusaciones de politización.

Por su parte, la Consejera de Justicia, Pilar Fernández Bozal, clausuró el acto insistiendo en la necesidad de modificar la actual estructura de Gobierno de la Administración de Justicia para adaptarla al modelo de Estado Autonómico establecido en la Constitución. Bozal recordó que el Govern ha planteado en numerosas ocasiones diversas propuestas para la mejora del autogobierno en materia de Justicia, peticiones que se han centrado, básicamente, en dos ámbitos: la ampliación de las competencias del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña y, por otro lado, la desconcentración del CGPJ. Así, propuso la modificación de la Ley Orgánica del Poder Judicial para dar cabida al Consejo de Justicia de Cataluña, que el Estatuto catalán define como un órgano descentralizado del CGPJ. También aseguró que entre las competencias que se quieren asumir están las plenas competencias normativas, ejecutivas y de gestión personal vinculadas a la Administración de Justicia.

En definitiva, destacó la necesidad de mayor autogobierno en materia de Justicia, alegando que la propia evolución del Estado, junto a los cambios sociales, exigen cambios orientados a aumentar la eficiencia del sistema para conseguir un sistema moderno, cercano al ciudadano y ofrecer el mejor servicio. Destacó también que *“es necesario modificar el actual modelo del sistema de la Administración de Justicia”* y, por ello, instó a reformar la Ley Orgánica del Poder Judicial con el objetivo de dar cabida al Consejo de Justicia en Cataluña, redefiniendo las funciones del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña y promoviendo sus competencias como verdadera última instancia en Cataluña. También reivindicó la importancia del personal de apoyo de la Administración de Justicia, de gran valor estratégico, y calificó de *“fundamental”* la labor a desempeñar desde la nueva Oficina Judicial.

Por su parte, Miguel Ángel Gimeno, Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, reseñó la trayectoria del conferenciante, de quien destacó su perfil universitario, como magistrado, su vasta producción jurídica, y su relevante actuación como asesor en muchos de los convenios internacionales firmados por el Estado español, así como su excelencia como jurista. Además, destacó su vinculación a Barcelona, a su Universidad —donde fue profesor de Derecho Civil— y a la judicatura catalana —donde inició sus primeros pasos profesionales—.

En la jornada se trató el problema de la gran diferencia entre el valor de adjudicación en una ejecución y el valor de tasación, así como los motivos que para un caso concreto han apoyado la aplicación de la denominada «dación en pago»

## Jornada sobre Ejecuciones Hipotecarias

El pasado 30 de marzo, el Colegio acogió en su Sala de Actos la Jornada *“Ejecución hipotecaria y abasto de la responsabilidad del deudor”*, que reunió a más de 200 personas y suscitó un destacado interés mediático, dada la máxima actualidad de la cuestión tratada y la especial sensibilidad del notariado en torno a esta cuestión. La Jornada reunió a destacados representantes del ámbito jurídico y financiero para debatir acerca de cuestiones como la reforma del sistema hipotecario, el papel de las entidades financieras, el impacto de los bienes inmuebles



## Vida corporativa

en los grupos financieros o posibles alternativas al actual principio de responsabilidad patrimonial ilimitada del deudor, entre otros.

Entre los participantes en la Jornada, Guillem Soler, Magistrado del Juzgado de Primera Instancia número 2 de Sabadell, en su ponencia titulada *"Cuestiones de inconstitucionalidad del procedimiento de ejecución hipotecaria"*, habló de la responsabilidad ilimitada del deudor y, muy especialmente, de las nulas opciones con que actualmente cuentan los ciudadanos para presentar sus alegaciones en caso de ejecución hipotecaria. Afirmó, que se trata de *"una relación excesivamente dura y no aceptable desde el punto de vista constitucional"*, y destacó, entre otros aspectos, el hecho de que las hipotecas en España no cuentan con un periodo límite temporal, como sucede en otros países, y tampoco un límite en cuanto al porcentaje del importe solicitado. Por su parte, Gemma Vives, Magistrada del Juzgado de Primera Instancia número 44 de Barcelona, centró su exposición en la *"Situación jurisprudencial de la extinción de la deuda hipotecaria con la propia finca o dación en pago"*, recordando el problema de la gran diferencia existente entre el valor de adjudicación en una ejecución y el valor de tasación, y explicando los motivos que determinaron su decisión de aplicar la dación en pago *"en un caso concreto"* que fue ampliamente tratado por los medios de comunicación. Abogó por incrementar hasta el 80% el precio de adjudicación del inmueble ejecutado, la corrección del artículo 5 de la Ley Hipotecaria con el fin de anular el valor de tasación y recuperar el equilibrio roto entre las partes y finalmente expuso su preocupación por las cláusulas abusivas de las hipotecas, *"que generan una gran indefensión en el ciudadano."*

Jesús Sánchez García, abogado del Bufet Estany, y Vicente Pérez Daudí, profesor titular de Derecho Procesal en la Universidad de Barcelona, expusieron conjuntamente el contenido del documento elaborado por el Consejo General de la Abogacía en colaboración con

el Colegio de Notarios de Cataluña, que se presentó el día anterior en el Congreso. Aclararon inicialmente que *"la seguridad jurídica es vital, y no podemos cambiar las reglas a mitad del juego"* y abogaron por no generalizar y plantear soluciones a cada caso concreto.

Entre las propuestas que recoge el documento destacan la modificación de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que incluye la petición de aumentar hasta el 80% del valor de tasación, la adjudicación mínima para la vivienda habitual, promover el procedimiento notarial extrajudicial —más rápido y sencillo y menos costoso— y, en caso de recurrir a la vía judicial, proceder a la cesión del remate, así como suprimir los intereses de demora.

Ramon Lluís García Torné, Director de la Asesoría Jurídica de Catalunya Caixa, destacó que ha sido el legislador quien ha dotado a los bancos de todos los recursos citados para proceder en el ámbito inmobiliario y aseguró que las críticas al actual sistema han llegado en los actuales tiempos de crisis, pero que la Ley Hipotecaria ha funcionado correctamente durante muchos años. Repasando cifras de Catalunya Caixa de 2010, recordó que se procedió a un total de 1.824 ejecuciones hipotecarias, de las cuales 797 (44%) terminaron con dación en pago y 1.027 (56%) en un proceso judicial de adjudicación. Según los datos del primer trimestre de 2011, el 38% de casos se habían cerrado con dación en pago. Actualmente, en los procesos de subasta, el 96% de los casos no tienen postor, hecho que demuestra que la Ley de Enjuiciamiento Civil no funciona y debe ser revisada. Finalmente, aseguró que es imprescindible activar el crédito, pero para ello son necesarios cambios que permitan recuperar la confianza, *"en beneficio de los deudores y de la sociedad"*.

En la segunda mesa de la Jornada, Miriam Barrera Ubieta, Socia de Garrigues y especialista en Derecho Contable y Fiscal, repasó las *"Cuestiones contables relativas a la adjudicación de inmuebles y su mantenimiento en el balance; impacto en la cuenta de resultados del grupo financiero"*. Expuso que el negocio relacionado con la vivienda representa una parte muy significativa de la actividad de las entidades financieras en España y, en consecuencia, *"el tratamiento de la cobertura del riesgo relativa a dichos préstamos, la valoración de los activos recibidos por las entidades en pago de deudas, así como su valoración posterior tienen un impacto muy significativo en la cuenta de explotación de las entidades y en el cumplimiento de sus"*



La importancia y actualidad del tema convocó gran asistencia de público



En cuanto a la postura institucional del notariado, el Decano del Colegio afirmó que «se debe fomentar la dación en pago, pero teniendo muy claro que en ningún caso debería ser obligatoria, ni tener carácter retroactivo»

*requerimientos de recursos propios*». Citó la Circular 3/2010, del Banco de España, que entró en vigor en septiembre de 2010 y modificó la Circular 4/2004 con el objetivo fundamental de acelerar la cobertura de los préstamos que entraban en mora y del deterioro potencial de los activos adjudicados o recibidos en pago de deudas.

En relación con las coberturas de créditos con garantía real, la abogada explicó que se redujo la base del crédito objeto de dotación, a los efectos de reconocer el valor de los derechos reales recibidos en garantía, pero aplicando unos recortes o coeficientes reductores sobre dicho valor en función del tipo de activo inmobiliario. Por otra parte, expuso que se aceleró la exigencia de cobertura, dado que la parte del crédito considerada no cubierta por el valor de la garantía debe de ser objeto de provisión al 100 por 100 transcurrido un año desde el vencimiento de la primera cuota impagada. Llegados a la fase de adquisición del activo inmobiliario por parte de la entidad financiera, destacó que, salvo en muy raras circunstancias, dicha adquisición no puede dar lugar al reconocimiento de ganancias, siempre que éstos tuviesen la calificación de dudosos.

Por último, destacó que *“la mencionada Circular 3/2010 también exige a las entidades el reconocimiento de provisiones por el mero hecho de que los activos inmobiliarios adjudicados permanezcan en el balance de la entidad financiera o de una sociedad de su grupo, fundamentándose en la premisa de que la antigüedad en balance de dichos activos constituye un indicio de deterioro”*. Así, se exige un porcentaje de cobertura de hasta el 30 por 100 para los activos que permanezcan en balance más de 24 meses.

Por parte notarial, participaron como ponentes Ángel Serrano de Nicolás, quien coordinó la Jornada y expuso el tema *“Soluciones relativas o moderadoras desde el derecho positivo vigente al principio de la responsabilidad patrimonial ilimitada del deudor”*, mientras Javier Micó Giner y José Antonio García Vila, ambos notarios de Sabadell, expusieron *“El procedimiento de ejecución extrajudicial: una alternativa viable”*. En cuanto a la postura institucional del notariado, el Decano del Colegio, Joan Carles Ollé, fue el encargado de exponer en su intervención el posicionamiento de la institución, afirmando que *“se debe fomentar la dación en pago, pero teniendo muy claro que en ningún caso debería ser obligatoria ni tener carácter retroactivo”*. Así, solicitó modificar la Ley de Enjuiciamiento Civil, alcanzando el 70 % como valor mínimo de adjudicación de un inmueble por parte de la entidad financiera; moderar los intereses de demora —que actualmente a menudo superan el 20%—, regular mejor la insolvencia de los particulares —favoreciendo la negociación con los bancos y permitiendo evitar la liquidación—, y dotar de un trato especial a la vivienda familiar —que debería quedar especialmente protegida en caso de ser la única propiedad y donde convive el núcleo familiar— además de crear las condiciones para generalizar y garantizar el crédito responsable, y recurrir más a menudo al procedimiento notarial de ejecución extrajudicial.

Finalmente, Francisco Ramos Méndez, catedrático de Derecho Procesal de la Universitat Pompeu Fabra, repasó *“Aspectos procesales de una futura reforma del sistema de ejecución hipotecaria”*. La clausura corrió a cargo de Santiago Ballester Muñoz, Director General de Derecho y Entidades Jurídicas de la Generalitat de Catalunya.

## Las Asociaciones Notariales opinan sobre la democratización del Consejo General

Entre los objetivos de la nueva dirección del Consejo General del Notariado, abierta al diálogo con todos los miembros del notariado, existe la voluntad de recoger y considerar todas aquellas propuestas enmarcadas en la voluntad de mejora de la democracia interna. De este modo, y especialmente a raíz de la reciente etapa vivida en el Consejo General, se ha establecido un amplio debate acerca del sistema electivo y de organización corporativa por el que se ha regido tradicionalmente el notariado.



# Vida corporativa

Desde LA NOTARIA recogimos, el pasado mes de julio, previamente a la dimisión del anterior presidente y a la convocatoria de elecciones, la visión de las principales asociaciones y plataformas notariales, con el fin de dar voz a los profesionales que se agrupan e identifican con las mismas, en referencia a la profundización en la democratización del Consejo. Recogemos así diversos textos que ilustran su opinión.

## Propuestas en el ámbito del Notariado

*Asociación Iniciativa Democracia-Notariado: «Democracia-Notariado: una iniciativa de futuro»*

Partimos de un hecho que hoy consideramos incontestable: la división del notariado, lo que provoca inacción y esterilidad en unos momentos difíciles en los que lo que necesitamos es unidad de acción, nuevas ideas y esperanza



José Manuel García Collantes  
Notario de Madrid

En los dos últimos meses han sido enviados a todos los notarios españoles diversos comunicados promovidos por Iniciativa Democracia-Notariado en los que se nos insta a la adhesión a un manifiesto que solicita la elección directa del presidente del Consejo General del Notariado y de su cúpula directiva.

Se unen estos comunicados a otros que en los últimos tiempos han existido promovidos por diferentes asociaciones y plataformas que han removido la conciencia crítica en nuestro cuerpo llevándola a cotas impensables no hace más de diez años. Pero Iniciativa Democracia-Notariado no es ni pretende ser una asociación o una plataforma de impulso de determinadas políticas.

Dos son sus características definidoras. Por una parte, sus promotores se han dado a conocer desde el primer momento. Se trata de noventa y tres notarios que cubren la totalidad de los colegios notariales de España y representan a todas las sensibilidades existentes hoy en día en nuestro colectivo. Por otra parte sus propósitos son ambiciosos pero muy concretos y limitados: conseguir que todos los notarios se involucren en una tarea regeneradora de nuestro cuerpo, proponiendo para ello la existencia de una democracia directa y universal.

Partimos de un hecho que hoy consideramos incontestable: la división del notariado. Lo que está provocando inacción y esterilidad en unos momentos difíciles en los que lo que necesitamos es unidad de acción, nuevas ideas y esperanza que pongan delante de todos nosotros una gota de ilusión. Y se considera que la mejor y única forma de escapar de este marasmo es dar la voz a todos los notarios individualmente considerados, para que con su voto eleven a la dirección del notariado a un equipo que, precisamente por ello, va a contar con toda la legitimidad democrática y moral para clarificar la situación e imponer una política que represente al sentir mayoritario del cuerpo.





La iniciativa no pretende ni más ni menos que eso. Y para conseguirlo solamente propone una mínima reforma del Reglamento Notarial en cuanto sea necesario para facilitar ese objetivo. Se trata, pues, de una reforma puramente instrumental, que sirva para abordar, sobre otras bases, los auténticos problemas que afectan al notariado, los de fondo, que son los que a todos verdaderamente nos ocupan y nos preocupan.

Los promotores han lanzado la idea en la creencia de que la misma responde a una necesidad ampliamente sentida por el colectivo notarial. El tiempo transcurrido y las adhesiones recibidas han confirmado plena y sobradamente que se estaba en lo cierto. Las expectativas están siendo cumplidas. Actualmente rondamos los MIL adheridos, lo que confirma que se ha conectado con el sentir de una gran parte del notariado. Nunca una iniciativa notarial ha contado con tal número de adherentes.

Los cambios producidos en nuestros órganos corporativos en el mes de agosto de este año, sin duda significativos, refuerzan aún más esta propuesta. Sin entrar en otras muchas consideraciones, hay algo que tras ellos ha quedado claro y es que el sistema hasta ahora vigente está herido de muerte. Con todo hay que alegrarse por el compromiso de la nueva dirección de estudiar un renovado modelo de organización notarial en la misma línea que desde Iniciativa Democracia-Notariado se propugna.

A todos los que han confiado en este proyecto, GRACIAS. A los que no lo han hecho aún, cabe decirles que pueden conectar con esta iniciativa y adherirse a través de la WEB: [www.democracia-notariado.com](http://www.democracia-notariado.com). Pueden utilizar también el correo electrónico: [democracia@democracia-notariado.com](mailto:democracia@democracia-notariado.com).

### *Plataforma Futuro Notarial: «Por una democracia más real»*



Patricia Olivencia Cerezo  
Notario de Granollers

Nadie duda de que el Notariado es un cuerpo democrático. Decir lo contrario sería mentir, puesto que el actual sistema de elección de nuestros representantes se ajusta estrictamente a la legalidad vigente.

Precisamente por ese carácter eminentemente democrático, creo que debe estar abierto a realizar las reformas necesarias para que todos sus miembros podamos ejercer un derecho tan constitucional como es el de sufragio universal, a fin de conseguir que todos nos podamos sentir debidamente representados por nuestra cúpula directiva.

En contra de esta postura se ha dicho que es la única manera de que los Colegios de menor tamaño puedan intervenir en la toma de decisiones, cosa que me parece correcta, pero dándole la vuelta a este argumento, ¿no tenemos el mismo derecho los que pertenecemos a Colegios más grandes? ¿No es injusto dejarnos fuera de la toma de decisiones?

Es necesario establecer un sistema mixto, que permita aunar los intereses de grandes y pequeños, pero el presupuesto básico es “un notario=un voto”. Sin esto ¿cómo pretenden que nos sintamos identificados con las decisiones que adoptan?

El sufragio universal permitiría además que los Notarios de base tuviéramos un mayor conocimiento de los programas y objetivos de aquéllos que concurren a las elecciones, aunque sólo sea porque tendrán que explicárnoslos a todos, si quieren conseguir nuestro voto.



# Vida corporativa

Somos muchos los que creemos sinceramente que esto debe ser el principio de las necesarias reformas que debe acometer el Notariado en aras de una mejora en nuestros engranajes y funcionamiento internos. Tengo la esperanza de que con ello, estemos más y mejor informados y los que quieran mantenerse al margen, tienen una solución sencilla: no votar o, si no están conformes con ningún candidato, votar en blanco.

Seamos sinceros: esto no es una panacea que solucione los problemas a los que nos enfrentamos, fundamentalmente porque la mayoría de ellos dependen de la coyuntura actual en la que se encuentra sumida nuestra sociedad y ahí poco podemos hacer, pero es un principio y tenemos derecho a elegir a aquéllos que nos representan.

## «Legalidad, legitimidad y participación»



José Alberto Marín Sánchez  
Notario de Barcelona

Las recientes vicisitudes vividas en el Consejo General del Notariado ponen de manifiesto lo imperfecto del sistema de elección de nuestra cúpula.

Concertaciones de un grupo de Decanos permiten acceder a la Presidencia sin programa y sin debate. No es que los notarios de a pie no conozcan la línea de actuación futura del nuevo Presidente; es que hasta los propios Decanos la ignoran pese a haber votado en su elección.

La única defensa que tiene el sistema vigente es su legalidad. Nadie duda de ella; es una opción de política legislativa que existe en numerosas corporaciones profesionales en las que se desarrollan los acontecimientos sin problema alguno. Sin embargo, en nuestra profesión se ha manifestado plenamente insatisfactoria hasta el punto de permitir nombrar un nuevo Presidente por sorpresa y sin debate apurando al límite los plazos reglamentarios.

Esta circunstancia pone gravemente en cuestión la legitimidad de los nombrados por esa vía. En un sistema democrático no basta con cumplir estrictamente las normas legales sino que es necesario respetar los principios generales. Nadie concibe una elección sin una previa exposición de programas y un mínimo debate. Sin embargo, esto ha ocurrido en nuestro Consejo.

Por ello, la única forma de garantizar que estos mínimos requisitos se cumplan es la elección del Consejo General por tres mil electores y no por diecisiete. De esa manera nadie puede ocultarse detrás de una cooptación de un pequeño grupo de personas. Con la elección por sufragio universal será necesario explicar colegio por colegio el programa del candidato y presentar el equipo de gobierno con el que se cuenta. No bastará un pacto de reparto de poder sino que será imprescindible convencer.

Con este sistema de elección se fomentará algo que está bajo mínimos: la participación de los notarios en la vida corporativa estatal. El notario tendrá la sensación de que algo depende de él y de que se cuenta con él. Sentirá más suya la vida corporativa y tendrá más incentivos para participar.

Con el cambio se conseguirá tener un Consejo General del Notario basado en la legalidad, en la legitimidad y en la participación.

En un sistema democrático no basta con cumplir estrictamente las normas legales sino que es necesario respetar los principios generales. Nadie concibe una elección sin una previa exposición de programas y un mínimo debate



### *Libre Asociación de Notarios Joaquín Costa: «Sobre la reforma del Consejo General del Notariado»*



Eloy Jiménez Pérez  
Notario de Zaragoza

En el ideario fundacional de la Asociación ocupaba lugar destacadísimo la reforma de la Junta de Decanos-Consejo General del Notariado para lograr un órgano que, sin merma de eficacia, alcanzase mayores niveles de representatividad.

Esta asociación ha encabezado o participado en cuantas iniciativas se han planteado para el logro de aquellos objetivos, que la última y esperada reforma del Reglamento Notarial ignoró, situándose así dicha reforma totalmente de espaldas al sentir mayoritario del Notariado, contundentemente expresado en publicaciones, foros de opinión y recientes encuestas.

Las reivindicaciones de la Asociación, en lo que a este tema se refiere, son las siguientes:

- Diferenciación entre un órgano de gobierno del notariado (constituido por un equipo directivo integrado por presidente, vicepresidentes, secretario general y vicesecretarios) de carácter representativo y ejecutivo y al que corresponderían las competencias que habitualmente vienen desempeñando la presidencia y la comisión permanente) y un órgano de deliberación y de control, coincidente en composición, competencias y funcionamiento con el actual Consejo General del Notariado y del cual serían presidente, vicepresidentes, secretario y vicesecretarios quienes ostentasen tales cargos en el órgano de gobierno, fuesen o no decanos.
- El órgano de gobierno sería directamente elegido por todos los notarios españoles, entre las candidaturas que, en listas cerradas y con programa de gobierno, presentasen un número determinado de decanos o un número significativo de notarios de un número mínimo de colegios, exigiéndose el mismo número de unos o de otros para presentar mociones de censura al órgano de gobierno, cuya aceptación o rechazo correspondería al pleno del Consejo General, con abstención de los afectados y con la doble mayoría a que más adelante se hará referencia.

### *Asociación Independiente de Notarios: “El Consejo General del Notariado: composición, elección de sus miembros y cargos”*



José Luis Fernández Lozano  
Notario de Ribadesella (Asturias)

Se pueden diferenciar dos aspectos: el orgánico (composición del Consejo General y sistema de elección) y el de la transparencia de actuación, información y control. Pese a la normativa vigente, ¿cuál es la situación real de la organización, composición y funcionamiento

En el ideario fundacional de la Asociación ocupa un lugar destacadísimo la reforma de la Junta de Decanos-Consejo General del Notariado para lograr un órgano que, sin merma de eficacia, alcance mayores niveles de representatividad



## Vida corporativa

Es importante que este estado de cosas cambie. Para ello, hay que reforzar el control de las actuaciones del Presidente, a través del Pleno y de la Comisión Permanente del CGN, estableciendo la regla general de la publicidad corporativa de los acuerdos, y sólo como excepción el secretismo

del Consejo General del Notariado (CGN)?; ¿funciona éste correctamente y no es necesario ningún cambio?; ¿es suficiente la transparencia e información de la que “disfrutamos”?

A nuestro modo de ver, el funcionamiento del CGN es básicamente presidencialista. Son el Presidente y su gabinete, constituido *de facto* (asesores jurídicos, equipo técnico, comisiones delegadas) quienes dirigen la política institucional del Notariado. Cuando, p.ej., el Ministro de Justicia o la Directora General de los Registros y del Notariado, quiere saber cuál es la postura del Notariado español, no habla con el Pleno ni con la Comisión Permanente del CGN, sino con su Presidente. Éste es quien tiene toda la información y todos los contactos, quien “negocia” y decide.

Es necesario adaptar la normativa vigente a la realidad fáctica e inyectarle mayores dosis de democracia (salvo que creamos, como decía irónicamente G. Bernard Shaw, que “la democracia es el proceso que garantiza que no seremos gobernados mejor de lo que nos merecemos”). El sistema actual (elección del Presidente por los Decanos y entre los Decanos) ha sido superado por la realidad política y social. Si tenemos en cuenta, además, que el equilibrio de la concepción única del notario como profesional del Derecho y funcionario público se ha roto, y así hoy hay notarios defensores de la notaría como empresa y actividad comercial, es preciso que la persona que vaya a representar al Notariado como Presidente de éste manifieste públicamente cuál es su concepción del Notariado y cuál va a ser su programa de actuación. El Presidente debe ser elegido directamente por todos los colegiados.

Es, además, necesaria su profesionalización: el Presidente del CGN no puede ser Decano, tiene que ser sólo Presidente, dedicado plenamente a ello; hay que dotar al cargo de los medios materiales y económicos precisos, de manera que cuente con un gabinete o equipo técnico integrado por profesionales brillantes y capacitados. No es suficiente la previsión que en la reforma del Reglamento Notarial se hace de nombramiento de sustituto para la notaría del que va a ejercer de Presidente si después de cesar en el cargo vuelve a la notaría que abandonó y se la encuentra como un solar.

La política institucional tiene que ser desarrollada por el Presidente, que ha de ser fiel a la concepción del notariado y a los principios que expuso en su programa electoral. La gestión interna debe seguir siendo realizada por la Comisión ejecutiva y por el Pleno, los cuales también tienen que asumir un papel de control de las funciones de alta política del Presidente. Podría ampliarse la base participativa, como propugnó, en su momento, la Asociación Joaquín Costa, del CGN, incluyendo, además de a los Decanos, a otros notarios, elegidos en cada Colegio, o independientemente de su base territorial. Ahora bien, siendo realistas, habría que ponderar el número y el sistema de elección de tales notarios-consejeros, si no queremos convertir al CGN en un órgano burocrático e inútil (con la propuesta realizada el Pleno estaría integrado por 17 Decanos, el Presidente, dos Vicepresidentes y unos 30 notarios consejeros; en total, 50 personas).

En cuanto a la transparencia de los criterios de actuación en materia de política institucional del Notariado hoy nos encontramos: 1) que no sabemos quién va a ser Presidente del Notariado; los notarios sólo lo elegimos de forma indirecta, al elegir a nuestro Decano; 2) no sabemos cuál es su concepción del Notariado, cuáles son sus criterios ni qué programa va a desarrollar; 3) no sabemos qué se está haciendo en materias tan importantes como el arancel notarial, las aplicaciones telemáticas, la reforma del RN, una posible fusión con los Registradores; pero, lo que es más importante, no sabemos qué criterios guían a quienes nos representan.

Es importante que este estado de cosas cambie. Para ello, hay que reforzar el control de las actuaciones del Presidente, a través del Pleno y de la Comisión Permanente del CGN, estableciendo la regla general de la publicidad corporativa de los acuerdos, y sólo como excepción el secretismo. Igualmente, yendo más allá si cabe en la necesaria democratización del Notariado y de su órgano de más alta representación, el CGN, no sólo hay que comunicar y hacer transparentes la gestión y los acuerdos; también las decisiones que pueden afectar a la esencia del notariado (como la fusión de cuerpos, la liberalización arancelaria, la liberalización de demarcaciones, distritos notariales, *numerus clausus*, sistema de acceso...) deberían ser consultadas directamente a los colegiados, en referéndum.



Otro tema distinto es la llamada ponderación del voto. No creemos que, habida cuenta de que la organización actual del Notariado se basa en la existencia de Colegios Notariales, sin que, a diferencia de los Registradores de la Propiedad, haya un solo Colegio Nacional, deba establecerse un sistema de voto ponderado, esto es, en función del número de notarios que integran cada Colegio, de suerte que el voto fuese proporcional al número de notarios de cada Colegio. Sí estamos a favor de la elección directa del Presidente por todos los notarios. Una vez elegido el notario —cualquier notario de cualquier Colegio de los diecisiete Colegios Notariales— que se presente, como Presidente del Notariado, entre los varios candidatos, sobre la base de los programas, que, obligatoriamente, habrían de presentar, de forma previa a la elección, habrá de ser el Pleno del Consejo del Notariado el órgano de control, el órgano deliberante y el que ha de marcar los límites a la actuación del Presidente. Ahora bien, reconocemos que, al ser elegido el Presidente directamente por todos los notarios, su base de representación y su legitimación directa pueden hacer que “chirríen” los actuales esquemas de representación colegial encarnadas por los Decanos, por lo que habría que hacer un estudio en profundidad de la cuestión, para tratar de conciliar la mayor democratización del Notariado, obtenida —según entendemos— a través de la elección directa del Presidente con el sistema de organización colegial (17 Colegios Notariales), de modo que el sistema final sea equilibrado y ajustado a lo que ha sido y es la organización del Notariado español, si bien incorporando mayores dosis de democracia y transparencia, sin que ello repugne a la legítima representación de todos y cada uno de los Colegios, como sistema de compensación y control en un sistema claramente presidencialista.

