

www.colnotcat.es

Ja pots consultar la revista **La Notaria**
i el **Butlletí mensual en línia**.

Entra a www.colnotcat.es i accedeix a
la secció **Publicacions**.

Així de fàcil, així de còmode, així de ràpid.

Recorda que els notaris també poden consultar
ambdues publicacions des de la intranet col·legial.



COL·LEGI DE NOTARIS
DE CATALUNYA

Nova cúpula al Consell General del Notariat

País Basc i Catalunya assumeixen la presidència i vicepresidència

«Promourem els instruments necessaris
per facilitar la desjudicialització»

Entrevista a GERMÀ GORDÓ,
Secretari de Govern de la Generalitat de Catalunya

«Els inversors van allà on tenen un sistema jurídic fiable
i segur, i Espanya ofereix totes les garanties»

Entrevista a MIQUEL VALLS,
President de la Cambra de Comerç, Indústria i Navegació de Barcelona

«La qualitat democràtica»
per Antonio GARRIGUES WALKER

TRIBUNA

Eloy Jiménez Pérez
Eladi Crehuet Serra
Joan Roca Sagarra

DOCTRINA

Usdefruit del Dret
de Propietat Intel·lectual
Col·lació de donacions
i successió en Dret Català

PRÀCTICA

Constitució de societats:
què ha canviat
i què més canviarà?

Les adjudicacions
per dissolució del règim
de separació de béns



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

Normes per a la publicació de treballs a **LA NOTARIA**

1. **CORRESPONDÈNCIA.** Els originals es remetràn, en qualsevol cas, a: lanotaria@catalunya.notariado.org
 La primer pàgina ha d'incloure *necessàriament* el títol, el nom complet de l'autor, les dades de contacte, una direcció de correu electrònic i, lliurement, altres circumstàncies identificadores en un màxim de tres mitges línia (alineades al marge dret).
2. **REMISSIÓ I FORMAT.** Cal enviar l'original per correu electrònic i *necessàriament* en format Word (de forma excepcional i prèvia autorització, caldrà enviar-lo en format convertible).
3. **EXTENSIÓ DELS TREBALLS:** Els treballs han de ser *originals*, sense que s'hagin publicat amb anterioritat ni en paper ni en qualsevol altre format. L'acceptació s'entendrà revocada automàticament si es publiquen en l'interim, excepte de forma excepcional i prèvia autorització, en idiomes que no siguin els de treball de la revista o en formats no habituals.
 - *Els articles doctrinals* han de tenir una extensió d'unes 30 cares de foli (inclosos les notes, les conclusions, la bibliografia i els annexos), en *Times New Roman* 12, espai senzill i amb notes a peu de pàgina en *Times New Roman* 10.
 - *Els articles pràctics* no han de superar les 10/15 cares de foli.
 - *Els comentaris de sentències o resolucions*, unes 5 cares de foli, sempre amb divisió en els corresponents epígrafs i subepígrafs.
4. **ACCEPTACIÓ.** La redacció de la revista acusarà recepció, mitjançant correu electrònic, dels treballs que li arribin i els passarà a *informe confidencial*. El resultat dels informes es comunicarà als interessats (en el termini de temps més breu possible, d'acord amb les normes habituals) i només podrà ser un dels següents:
 - L'acceptació del treball i el número en què es publicarà.
 - L'acceptació sempre que s'adapti l'extensió o la presentació del treball.
 - La no acceptació del treball.
5. **PUBLICACIÓ.** S'indica el número de la revista on es publicaran els treballs acceptats, llevat que, per circumstàncies excepcionals, s'hagi de posposar. En aquest cas, es comunicarà amb l'antelació suficient.
6. **NORMES D'EDICIÓ.** Cal remetre *necessàriament* els *articles doctrinals* en català o castellà (l'autor ha d'acceptar la traducció a l'una o altra llengua, atès el caràcter bilingüe de l'edició de *La Notaria*; en el cas d'altres llengües, serà necessària una autorització). A més, els articles han de tenir un apartat bibliogràfic, que no serà necessari en els articles pràctics o en els comentaris de sentències o resolucions.
 - *No pot utilitzar-se negreta* (excepte en el epígraf o subepígraf) ni subratllat en cap cas.
 - *Notes a peu de pàgina.* Les notes s'han de numerar mitjançant caràcters aràbics, en format superíndex i ordre ascendent.
 - *Cites.* Les cites estan subjectes a les regles habituals, segons es tracti d'un llibre, un article de revista, un article en una obra col·lectiva, Internet o revistes electròniques. Cal indicar els cognoms en majúscules i no és necessari el nom tret que pugui haver-hi confusió. Els possibles canvis o comentaris de la cites literals s'han d'indicar entre claudàtors.

Director:

Àngel Serrano de Nicolás

Sotsdirector:

Guzmán Clavel Jordà

Consell de redacció:

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

Consell editorial:

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

Coordinació:

Sandra Purroy Corbella

Diseny i producció: LA LEY

ISSN: 2172-3028

D.L.: BI-2450-2010

Tots els drets reservats

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

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

Notariado 4 - 08001 Barcelona

Edició online disponible www.colnotcat.es

lanotaria@catalunya.notariado.org

La debatuda qüestió de la subsistència de la llegítima

És habitual i recurrent reclamar la supressió de la llegítima, fins i tot on la seva reforma legislativa ja l'ha deixada en un punt equilibrat de quantia, naturalesa i legitimaris. Ara bé, quan s'incideix sobre allò que es reclama en realitat o quan es contraposen idees, ja resulta que no és tan absoluta i radical la supressió que es pretén. No manquen les situacions en què, amb freqüència, es redueix al canvi de la seva naturalesa (de *pars bonorum* a *pars valoris* o *creditorum*), de legitimaris (només els descendents), de possibilitat de la seva renúncia o pagament anticipat en vida, de donacions imputables, etc.

Si el debat se centra en les raons que podrien justificar-ne la supressió o substancial modificació, poden ser des de la pretesa absoluta llibertat de testar o que facilitaria la transmissió de l'empresa o el negoci familiar fins a mantenir l'autoritat del cònjuge supervivent si és el progenitor comú o, precisament per no ser-ho, evitar-li problemes amb els descendents, etc.

Cal preguntar-se, doncs, què és el que es pretén amb el reclam reiterat de supressió de la llegítima i quines raons s'hauran de ponderar per modificar-la, sens dubte i necessàriament al Codi Civil espanyol, però en qualsevol cas no suprimir-la radicalment.

Resulta indubtable que al darrer quart del segle XX i al primer decenni del segle XXI s'ha canviat radicalment el concepte de família patriarcal, i a gran part de l'Espanya agrícola, pel d'una família més oberta i democràtica, en què poden conviure fills de diversos matrimonis o unions (no sempre estables), amb igualtat de tots els integrants, tot i que amb diferent rol, i que en res impedeix el respecte i la consideració deguts als progenitors. Situació en la qual no és indiferent la influència de la Constitució del 1978 i el canvi de costums. Però, en tot cas, s'ha de dir que, de la mateixa manera que l'estabilitat del vincle matrimonial és una qüestió d'elecció moral i personal, el problema de la transmissió del patrimoni, forjat en un gran nombre de famílies mitjançant la feina d'ambdós cònjuges, ha de situar-se en relació amb el règim econòmic matrimonial —singularment per als drets del cònjuge vidu— però també, como ja s'ha escrit, en la certesa i garantia de la identitat i continuïtat de les generacions en el temps. Així, la successió ha de permetre a les successives generacions d'una família que es reconeguin com a filles de les anteriors, mentre que l'estructura i estabilitat de la família respon als canvis de sensibilitat col·lectiva en matèria de llibertat personal.

Tot i que el Tribunal Constitucional alemany (BVerfG) ja va sentenciar el 19 d'abril del 2005 l'exigència constitucional del manteniment de la llegítima, si bé no exclou que

es pugui reduir només als descendents, ni prejutja la seva quantia o naturalesa, el cert és que a la nostra Constitució del 1978 resulta difícil trobar un motiu per al seu manteniment ni en la proclamació del dret a l'herència, art. 33, connectat amb la darrera lliure disposició de la propietat, ni tampoc fàcilment amb la protecció a la família, art. 39. Però aquí sí que es pot dir que una mínima connexió d'una generació amb l'altra és el que permetrà reconèixer a un mateix com el que és, és a dir, reconèixer la pròpia identitat, i en aquest ésser no pot deixar d'estar també present el que és patrimonial.

Difícilment es podrà sostenir que el patrimoni l'ha format exclusivament el causant progenitor i, tot i ser així —segur que no falten casos concrets—, res hauria d'obstar a exigir legalment, si més no, la necessària menció “que res es deixa als possibles legitimaris” ni tan sols per excloure el dret a la llegítima del descendent, la negació de la qual ja implica en si el reconeixement de la seva existència, encara que sigui formal.

Sembla, doncs, que el problema legitimari ha de reduir-se, no a la llibertat de testar, sinó a concretar què ha de ser la llegítima, qui són els legitimaris i com pot o ha de pagar-se o excloure's, fins i tot anticipadament.

Les opcions són múltiples i, segons s'ha exposat ja, sembla que no ha de reduir-se només al fet familiar, sinó que hauria de transcendir-lo i imbricar-se en la pròpia identitat de la persona, com a continuadora de les diverses generacions de persones que l'han precedida al seu propi grup familiar.

Així, i amb indubtable ple reconeixement dels seus drets successoris que poden ser, fins i tot [cf. Dutch Supreme Court, HR 30 November 1945, *NJ* 1946, 62 (*De Visser/Harms*)], segons el cas i la naturalesa dels mateixos, preferents als dels fills —a aquest efecte, destaca el recent Llibre IV del Codi holandès, del 2003— no hi ha cap raó perquè sigui legitimari el cònjuge o la parella estable; de la mateixa manera que sí respecta la continuïtat generacional, que és el reconeixement de la pròpia identitat, un possible salt transgeneracional (com fa la recent reforma francesa del 23 de juny del 2006 al seu *Code*). I, d'altra banda, no sembla justificable l'exclusió absoluta de la llegítima basada en una pretesa facilitat en la transmissió de l'empresa o el negoci familiar. Aquí el problema per a la continuïtat normalment es troba en la dificultat de transmissió de la capacitat de lideratge, d'empenta i d'adaptació als canviants temps econòmics, per tant, i més quan es reclama la “successió anticipada”, s'hauria de reconèixer el possible pacte de pagament anticipat de la llegítima sobre el valor del patrimoni del causant en aquest moment, amb la qual cosa la persona afavorida amb l'empresa familiar o part del seu capital social quedaria lliure del fet que aquests béns es veiessin afectats pel pagament legitimari al moment de la mort del causant.

En conclusió, el problema no és la llegítima, l'absoluta eliminació de la qual en base a la identitat generacional de la persona pot presentar seriosos obstacles constitucionals, sinó la seva quantia i base per al càlcul; la possible forma de pagament, fins i tot anticipat; la mateixa naturalesa i la determinació dels legitimaris que, si més no, hauran de ser necessàriament els descendents. Fins i tot reduïda a aquests, segueix resultant problemàtic si poden ser considerats col·lectivament —res ha d'impedir el repartiment desigual entre els mateixos, però sí un nombre desmesurat de causes de desheretament— o si és suficient una llegítima formal, sobretot quan, en general, n'hi hauria prou per donar-li un contingut material amb imputar allò satisfet en educació no obligatòria, adquisició d'un habitatge, establiment professional o d'altres despeses similars.

Ángel Serrano de Nicolás
Director
Doctor en Dret
Notari de Barcelona



Editorial

- La debatuda qüestió de la subsistència de la llegítima. *Per Àngel Serrano de Nicolás*

3



Tribuna

- La qualitat democràtica. *Per Antonio Garrigues Walker*
- Joaquín Costa, Notari. *Per Eloy Jiménez Pérez*
- El nou paper del Protectorat a les fundacions. *Per Eladi Crehuet i Serra*
- Crisi també jurídica. *Per Joan Roca Sagarra*
- Nova etapa i noves prioritats. Mirant endavant. *Per Joan Carles Ollé i Favaró*

6

9

11

13

15



Entrevistes

- «El gran objectiu serà un nou pacte fiscal per a Catalunya per la via del concert econòmic». *Per Germà Gordó, Secretari de Govern de la Generalitat de Catalunya.*
- «De la crisi en sortirem transformant l'actual model econòmic». *Per Miquel Valls, President de la Cambra de Comerç, Indústria i Navegació de Barcelona*

18

21



Doctrina

- Usdefruit del dret de propietat intel·lectual. *Per Francisco Rivero Hernández*
- Col·lació de donacions i successió en Dret Català. *Per Albert Lamarca i Marquès*

27

44



Pràctica

- Societats: en especial, la seva constitució. De l'1 de setembre del 2010 fins a l'actualitat: què ha canviat i què més canviarà? *Per Javier Micó Giner*
- Les adjudicacions per dissolució del règim de separació de béns i l'Impost de Transmissions Patrimonials i actes jurídics documentats, després de la Sentència del Tribunal Suprem del 30 d'abril del 2010. *Per Benjamín Górriz Gómez*

62

79



Internacional

- Envers un Dret matrimonial europeu: noves passes. *Per Elisabeth García Cueto*

84



Sentències

- Tribunal Suprem. *Per Redacció LA LEY i sota el subministrament del CENDOJ*
- Tribunal Superior de Justícia de Catalunya: corresponents al primer trimestre de 2011. *Per Víctor Esquirol Jiménez*

88

92



Resolucions

- Ressenya de les principals Resolucions de la Direcció General dels Registres i del Notariat i de la Direcció General de Drets i Entitats Jurídiques de la Generalitat. *Per Fernando Agustín Bonaga i Víctor Esquirol Jiménez*
- Efectes de la publicació al BOE de les sentències revocatòries de resolucions de la DGRN. *Per Antonio A. Longo Martínez*

97

111



Bibliografia

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

116



Vida Corporativa

- Notícies corporatives i del món del Dret

119

La qualitat democràtica



ANTONIO GARRIGUES WALKER

Llicenciat en Dret per la Universitat de Madrid. President de la Firma Garrigues, de la Fundació Garrigues i de l'aliança iberoamericana d'advocats "Affinitas". Expert legal en inversions estrangeres a Espanya, ha assessorat grans multinacionals i el Govern espanyol. És President d'honor d'Espanya d'ACNUR, Doctor Honoris Causa per la Universitat Ramon Llull, la Universitat Europea de Madrid i la Universitat Pontifícia de Comillas; i President de la Càtedra Garrigues de Dret Global de la Universitat de Navarra, entre d'altres.

L'estament jurídic espanyol no es pot desentendre de cap tema que afecti la qualitat democràtica perquè seria tant com desentendre's del funcionament del propi sistema jurídic. De fet, hauria de ser l'estament el que hauria de vigilar amb més compte, i amb més rigor, els problemes que estan afectant seriosament el desenvolupament de la vida política.

A Espanya hem renunciat al diàleg. No només al diàleg polític, sinó al diàleg **en totes les seves formes**. El conjunt de la societat s'està radicalitzant d'una forma inquietant. En ocasions sembla que estem tornant a la més vella i antiga dialèctica dreta/esquerra, amb tota la seva intensitat demagògica, expressions d'odi visceral i el component religiós a flor de pell. Hem oblidat, un cop més, que la democràcia és un sistema l'objectiu bàsic del qual és el de facilitar la convivència, no en l'acord, que no tindria gaire mèrit,

sinó justament en el desacord, -que és el que passa habitualment- i aquesta convivència és precisament fruit d'un diàleg en el qual s'ha d'acceptar com a principi rector que no podem tenir —perquè mai es pot tenir— tota la raó i que sempre podem buscar solucions acceptables o, com a mínim, tolerables per a tots.

Una gran majoria dels ciutadans estarien sens dubte disposats a crear, en aquest difícil encreuament, un clima més animós i més esperançat, que és un ingredient essencial, l'actiu bàsic per afrontar qualsevol problema, sigui de l'ordre que sigui, perquè el factor psicològic és molt més important que els factors merament tècnics. Uns cops a l'espatlla i una frase d'ànim oportuna ajuden més eficaçment qualsevol ésser humà que el més elaborat dels consells professionals. Però la veu dels qui així pensen ja no s'escolta. **L'escena pública la monopolitzen i la**

dominen els oportunistes, els sectaris i els radicals. Encara no tenim, per poder lluitar contra aquesta fauna, una societat civil alerta, vigorosa, compromesa, capaç d'exercir, sense cap por al poder, la denúncia ni la crítica i disposada a aportar objectivitat i decència intel·lectual a tots els debats.

En col·locar l'estament polític com una de les seves preocupacions més serioses —després de la crisi econòmica i l'atur— aquesta ciutadania està denunciant un estament al qual tant li fa perdre la seva credibilitat a marxes forçades. Per regla general els polítics ignoren o deprecien aquestes enquestes, i quan se'ls pregunta sobre el tema solen reaccionar amb hàbil sarcasme. Però no és aquest un tema per fer humor i, sobretot, no és un tema menor. **El sistema democràtic es perjudica i es deteriora seriosament si la imatge dels polítics i els partits polítics té rela-**



ció per a l'opinió pública —i és precisament això el que està passant— **amb la corrupció, la falta de principis, el tactivisme, la ineficàcia, la doble moral i altres mals.** S'ha d'afegir immediatament, i fins i tot assegurar, que aquesta imatge **no correspon a la realitat**, que la situació no és ni molt menys tan desoladora, però llavors s'haurà de fer alguna cosa perquè la societat compregui bé i amb claredat el paper necessari i insubstituïble que desenvolupa l'estament polític en un règim democràtic. No és una tasca impossible. Ni tan sols difícil. Però s'ha de fer perquè de tant en tant convé recordar els principis bàsics de tota funció pública per poder replantejar-se, amb bon sentit, conductes, actituds i solucions. Qualsevol cosa menys

continuar un procés de radicalització que, a més de nociu, comença a ser incontrolable i podria arribar a ser irreversible.

En col·locar l'estament polític com una de les seves preocupacions més serioses —després de la crisi econòmica i l'atur— aquesta ciutadania està denunciant un estament al qual tant li fa perdre la seva credibilitat a marxes forçades

Hem de recuperar la capacitat de diàleg. Sense diàleg social, sense diàleg polític, sense diàleg econòmic, sense di-

àleg sobre la justícia i l'educació, sense diàleg sobre l'estructura de l'estat, sense diàleg sobre cap dels temes que requereixen diàleg, ens complicarem massa la vida.

Un exemple concret. **Les relacions entre Espanya i Catalunya han anat empobrint-se i deteriorant-se de forma progressiva en els últims temps.** Es pot i s'ha de revertir aquest procés, però no serà una tasca fàcil. Es tracta d'unes relacions que sempre han estat i sempre seran complexes i canviants. Unes relacions que requereixen aquella "llarga paciència" de què parlava Ortega y Gasset. És inútil, en tot cas, voler simplificar-les acumulant tòpics i llocs comuns;



© Taco Anema / Wolters Kluwer



i perillós, molt perillós, encarar-les amb dogmatismes o prejudicis de qualsevol tipus. És aquest un dels debats en què els ignorants i els fanàtics solen tenir molt més protagonisme del que mereixen. Reduir aquest protagonisme al màxim seria, doncs, un primer objectiu.

El diàleg entre Espanya i Catalunya no es pot limitar exclusivament a qüestions relacionades amb el nacionalisme. La radicalització progressiva ha aconseguit reduir a un mínim, i en ocasions a ressecar completament, altres relacions culturals, socials, fins i tot econòmiques i empresarials

Un primer tema. **El diàleg** entre Espanya i Catalunya **no es pot limitar exclusivament a qüestions relacionades amb el nacionalisme.** La radicalització progressiva que ha anat desenvolupant-se com a conseqüència de l'estatut i altres debats, no només ha bloquejat el diàleg polític. Ha aconseguit reduir a un mínim i, en ocasions ressecar completament, altres relacions culturals, socials, fins i tot econòmiques i empresarials, fins a crear una sensació d'aïllament i de distància summament incòmoda i negativa. **S'han de recuperar totes les relacions en la seva plenitud i aquesta tasca correspon a les societats civils respectives.** Les nostres universitats, fundacions i associacions —ja existeixen alguns projectes en marxa— han de tornar a establir

fonts de diàleg actiu que aconseguixin normalitzar i enriquir la relació entre les dues ciutadanes i que serveixin de contrapès natural a l'extremisme polític i al dels mitjans de comunicació.

Un segon tema. **El debat actual sobre el model autonòmic** —tot i que ha començat amb tots els excessos habituals— **hauria de ser l'ocasió per estrenar un nou estil de diàleg.** No podem desapropiar l'oportunitat i, encara menys, convertir aquest tema en una arma electoral pura i dura, ja que es danyaria greument la convivència a Espanya i retardaria en excés la solució de molts problemes. Acceptem en primer terme que **no estem en condicions polítiques ni sociològiques per afrontar canvis radicals en el model autonòmic a curt termini** i acceptem també que l'actual crisi econòmica no pot condicionar, de cap manera, decisions polítiques que afectin l'essència i l'evolució d'aquest model. Durant la llarga època de creixement econòmic es van produir molts excessos en tots els àmbits i en tots els sectors que estem començant a corregir amb una lentitud exasperant. **Entre aquests excessos** —i de manera destacable— **figura el de la despesa autonòmica, però això no justifica de cap manera el fet de qüestionar o condicionar la viabilitat d'un model que és i serà clarament positiu per a Espanya.** Necessitem un període —per mínim que sigui— de calma i tranquil·litat. No podem amb tots els problemes alhora.

Però això no implica que donem l'esquena a una realitat inquietant. Existeix a Espanya —i molt especialment a Ma-

drid—, una onada centralitzadora profunda que no es limita a grups conservadors i existeix a Catalunya —molt especialment a Barcelona— una onada independentista que ha arribat a una magnitud desconeguda fa pocs anys. Si no controlem, des d'ara, el moviment d'aquestes onades amb prudència i habilitat, ens trobarem sobtadament en una mar agitada sense líders experts en navegació atzarosa, en la qual, per reduir el risc, la norma bàsica serà la de fer proa a les onades sense vacil·lació ni contemplacions.

Molt més útil que obrir sense pausa capítols d'ofenses i deslleialtats, serà **acceptar que tots els temes que s'han exposat es poden debatre i consensuar perfectament.** Als models territorials els succeeix el mateix que als sistemes democràtics: son i seran sempre perfectibles. El nostre model autonòmic —que és una de les formes de ser federal— admet creixements asimètrics que responguin a les diferents sensibilitats històriques; admet, també, concerts fiscals i altres mesures que profunditzin i garanteixin l'autogovern; i admet, finalment, normes i controls que evitin processos de desintegració i assegurin una solidaritat eficaç que augmenti i no empobreixi els nivells d'exigència. **És una qüestió de tacte, equilibri i sensatesa política** que ja hem demostrat en altres ocasions i matèries.

El món jurídic pot i ha d'ofrir en aquests moments i en aquests temes **la seva capacitat per a l'anàlisi objectiva, el diàleg racional i civilitzat i, sobretot, el rigor jurídic.**

Joaquín Costa, Notari



ELOY JIMÉNEZ PÉREZ

Notari de Saragossa. Degà del Col·legi de Notaris d'Aragó

La vida és una successió de moments, que deixen records en cadascun de nosaltres i en els que els comparteixen, directament o indirectament, quan, amb la paraula o la ploma, algú aviva els records del passat i fa història.

Joaquín Costa Martínez, per mi, en principi, és Història; és company Notari d'un segle anterior, ja que els dos vàrem néixer l'any 46, ell del 1800 i jo del 1900.

Però, en el meu record, **Joaquín Costa és més que un company del segle anterior, perquè el seu nom i la seva empremta estan reiteradament presents en el meu exercici professional.**

El 6 de juliol del 1991 a les oficines provisionals —l'edifici estava en obres— del Col·legi Notarial de Saragossa, avui d'Aragó, setze Notaris de diferents Col·legis vam constituir la **Primera Associació Notarial**. Es va nomenar una Comissió Gestora, de la qual jo en formava





1. **DIGUES SEMPRE LA VERITAT.** Ser fedatari és un privilegi, però també una gran responsabilitat. Si no dius la veritat, no ets notari.
2. **DIGUES NO, QUAN NO PUGUIS DIR SÍ.** El control de la legalitat és inherent a la funció Notarial. Si tens dubtes, millor que no intervinguis, perdràs molts números de protocol, però dormiràs bé.

3. **EQUILIBRA LES POSICIONS.** El Notari ha d'assessorar imparcialment totes les parts, però en especial la que tingui més necessitat d'aquesta protecció. Sigues l'advocat de qui no el té.
4. **DEFENSA LA LLIURE ELECCIÓ DE NOTARI.** O el dret que els ciutadans tenen de triar el Notari més adient amb tota llibertat.
5. **HUMANITZA LA TEVA FEINA.** La funció notarial és d'exercici individual, el seu límit quantitatiu màxim ha de ser, en tot cas, la capacitat humana.
6. **GARANTEIX LA SEGURETAT JURÍDICA PREVENTIVA.** Aquesta, basada en l'escriptura pública i el Registre, garanteix les transmissions i gravàmens dels béns, de forma prèvia i pràcticament immediata a la seva firma i és una meravella; un valor econòmic en si mateix. Hem de mantenir-la, millor-

rant-la, com a servei per als ciutadans, que avui la gaudeixen.

7. **DEFENSA LA LLIBERTAT DE PACTE.** Els ciutadans tenen dret a reflectir en el protocol la seva lliure i plena voluntat, sense cap altre límit que la legalitat d'aquesta.
8. **TINGUES ESPERIT DE SERVEI.** Els que exercim una funció pública només estarem justificats si servim els ciutadans de la societat de què formem part i mai si perdem aquest context.
9. **EXPRESSA EL TEU PENSAMENT.** La llibertat d'expressió és un dret de tot notari. Pots tenir grans idees, però si no les expresses ningú no les podrà conèixer.
10. **PARTICIPA I VOTA.** Assisteix a les reunions dels col·legis i totes les corporatives, i participa'n; vota quan puguis i defensa, al seu torn, el poder votar sempre.

part, i em van facultar per gestionar-ne la legalització, perquè era notari de la Plaça. A aquesta Associació la vam denominar "**Libre Asociación de Notarios Joaquín Costa**".

El nom de l'Asociación de Notarios Joaquín Costa, que avui dia presideixo, no és casual, sinó que, a proposta de José Luis Mezquita del Cacho, el vam triar perquè en la seva persona vam trobar les fites que ens proposàvem en constituir-la; i així, al nostre manifest constitucional, podem llegir:

*A la seva obra **Reforma de la fe pública**, Joaquín Costa concep el notari, no només com un mer fedatari, sinó com un «legista», un jurisconsult defensor del bon exercici de la funció notarial en la seva tasca equilibradora*

"Aquesta lliure associació d'opinió notarial sobre els temes i problemes professi-

onals, però més especialment dels que es projectin en les preocupacions de la societat a la qual servim, serà constituïda invocant el nom emblemàtic de Joaquín Costa (...)."

El pensament de Joaquín Costa sobre el Notariat es recull fonamentalment a la seva obra *Reforma de la fe pública*, en la qual, com assenyala Rodríguez Adrados, **recalca el concepte de notari com a fedatari, però no només mer fedatari, sinó un que és **a més un «legista», un jurisconsult; i que també defensa el bon exercici de la funció notarial i la tasca equilibradora**, etc.**

Cada persona té una idiosincràsia derivada de ser una substància individual i, a més, matisada per les circumstàncies del temps i lloc que cadascú vivim, que fa que siguem diferents. Però Joaquín Costa també va destacar en altres camps —com ser polític o escriptor— que fan que sigui una persona especial, una força de la natura difícil d'encasellar; en definitiva, un home de bona voluntat.

Joaquín Costa va morir ja fa un segle i jo voldria catalitzar les seves idees per transmetre-les actualitzades, recollint allò que ell pensava; tot i que en aquesta elucubració es barrejarà indefectiblement el sediment que ha deixat en mi l'exercici de la funció durant gairebé 40 anys. Per aquest motiu, **m'agradaria transmetre**, a través dels seus records i la meva experiència, **un decàleg de com ha de ser el bon exercici de la funció notarial**.

Demano disculpes al senyor Joaquín perquè segurament ell no subscriuria tot el que s'ha dit, però és indubtable que aquestes línies provenen de la seva inspiració i influència, i reflecteixen la meva admiració per ell.

I acabo dient que **si complim aquestes normes, adaptades als nous temps, serem bons notaris. La societat així ho apreciarà, ens necessitarà i assegurarà la nostra supervivència, malgrat els canvis que es produeixin**.

El nou paper del Protectorat a les fundacions



ELADI CREHUET I SERRA

Notari de Barcelona. Ha estat professor de Dret Civil a la Universitat de Girona, és col·laborador a diverses revistes jurídiques i econòmiques, i fundador de la Fundació Àpoca. Autor de diversos llibres, és membre de la Comissió Jurídica Assessora i del Patronat de la Fundació Malalts Mentals de Catalunya.

L'anomenat cas Palau constitueix un exemple paradigmàtic de com la utilització partidista d'un edifici i d'un cognom il·lustres per part d'una fundació pot produir uns efectes socials i jurídics indesitjats, ja que pot arribar a generar un sentiment generalitzat de desconfiança envers totes les persones jurídiques de tipus fundacional, especialment d'aquelles que rebien —i reben— diners d'institucions públiques.

La proposició de Llei del Protectorat respecte de les fundacions i associacions d'utilitat pública, presentada a la mesa del Parlament pel Grup Socialista (BOPC del 14 de febrer de 2011) —norma que, quan es publiqui aquest article, potser ja haurà entrat en vigor, amb les degudes esmenes i modificacions— **demostra clarament l'existència d'una voluntat política de combatre la desconfiança generada pel cas Palau**, mitjançant el reforçament del paper inspector del Protectorat en l'àmbit d'actuació

de les fundacions, tant públiques com privades, **i també** (i això és una novetat) **en l'àmbit de les associacions d'utilitat pública**, si bé respecte d'aquestes darreres només es regulen funcions d'assessorament i suport, de dipòsit de comptes i de seguiment.

La disposició transitòria quarta del Llibre III del Codi Civil de Catalunya preveia que el Govern de la Generalitat havia de presentar un Projecte de Llei del Protectorat en el termini de sis mesos a partir de l'entrada en vigor d'aquella llei, termini que el Govern no ha complert. Aquesta mateixa disposició transitòria, que **quedarà derogada** quan es publiqui la nova Llei del Protectorat, també establia la possibilitat que el Protectorat pogués inspeccionar, quan ho considerés necessari, els llibres, els documents i les activitats de les fundacions i enumerava determinats supòsits d'inspecció (entre d'altres, el de destinar recursos a despeses no relacionades amb

l'objecte fundacional o desproporcionades respecte al volum d'ingressos), supòsits que han estat recollits i ampliats per l'article 6 de la proposició de llei.

La proposició presentada dedica una atenció especial a les funcions del Protectorat respecte a les fundacions, a la regulació de les quals destina gairebé la meitat de l'articulat. Així, al capítol II distingeix entre les funcions d'assessorament i de suport, les de registre i les de supervisió i tutela. Entre aquestes últimes ocupen un lloc preeminent les funcions d'inspecció, que es regulen detalladament al capítol III. En aquest capítol es determinen les actuacions d'inspecció i les potestats inspectores i es diu que, quan les actuacions inspectores ho requereixin, el personal inspector podrà accedir al domicili i als locals de les fundacions, com també sol·licitar una auditoria de comptes de la fundació. Al mateix capítol III es preveu, entre altres mesures, la possibilitat que el Protectorat exerciti determinades



accions d'impugnació d'acords i de responsabilitat civil contra els patrons, en cas de desviament de fons o recursos de la fundació o respecte de les finalitats fundacionals. També s'hi estableix que, en determinats supòsits d'especial gravetat, el Protectorat pugui sol·licitar de l'autoritat judicial la intervenció temporal de la fundació. Finalment, es regulen les facultats de suplència i nomenament de patrons, en els termes reconeguts al Codi Civil de Catalunya.

Cal destacar, d'altra banda, que **el capítol IV de la proposició presentada es refereix a la responsabilitat administrativa** de les fundacions i al règim sancionador, distingint entre infraccions molt greus, greus i lleus. Entre les infraccions molt greus, que poden ser sancionades amb una multa de 3.000,00 a 9.999,00 euros, es tipifiquen la d'executar acords o realitzar actes que requereixin l'autorització del Protectorat sense haver-la obtingut i la d'obstruir la seva funció de supervisió i d'inspecció.

L'anomenat cas Palau constitueix un exemple paradigmàtic de com la utilització partidista d'un edifici i d'un cognom il·lustres per part d'una fundació pot produir uns efectes socials i jurídics indesitjats

A la memòria justificativa de la iniciativa presentada es destaca que el **Protectorat ha de ser el garant del desenvolupament correcte dels drets de les fundacions**, especialment quan reben diners de col·lectius indeterminats de ciutadans i ciutadanes o de les administracions públiques.

A la vista dels preceptes esmentats, sembla clar que el cas Palau ha influït poderosament en l'elaboració de la proposició de llei del Protectorat presentada, fins al punt que, si no s'hagués produït aquest cas, aquesta proposició de llei tindria, probablement, un caràcter menys intervencionista.

El principal retret que es pot fer a aquesta proposició normativa és justament aquest: **el legislador ha deixat de confiar en la gestió dels patrons de les fundacions —almenys en la de determinats patrons de determinades fundacions— i no solament endureix el règim sancionador de les possibles infraccions comeses, sinó que també amplia i reforça les funcions d'inspecció que té atribuïdes el Protectorat**. El Protectorat s'erigeix, així, en una peça clau de cara a la credibilitat i la transparència dels comptes de les fundacions, de manera que es pot dir que, a partir de la promulgació de la llei projectada, el Protectorat pot arribar a formar part —com a membre virtual— del Patronat de cada fundació. Caldrà comprovar, no obstant això, si aquesta activitat fortament fiscalitzadora per part de l'Administració és compatible amb el dret de fundació reconegut per l'article 34 de la Constitució i amb les tendències de la normativa europea en aquesta matèria, que preconitzen un control *ex post* i no *ex ante*.

Tanmateix, no tots els patronats de les fundacions catalanes mereixen aquesta desconfiança per part del legislador. N'hi ha molts, probablement la majoria, que no han desviat mai ni un euro dels diners —públics o privats— que han rebut i que han complert escrupolosament amb les seves obligacions comptables. Tal vegada la Llei del Protectorat hauria de fer alguna re-

ferència a aquestes fundacions i a aquests patronats i evitar que els seus membres puguin ser mirats amb suspicàcia.

D'altra banda, **la Llei del Protectorat**, davant la creixent complexitat de les obligacions comptables que han estat imposades a totes les fundacions —les grans i les petites—, **també podria establir com a funció específica del Protectorat, almenys respecte a les fundacions de mida reduïda, la de col·laborar activament** —i no solament la de verificar o assessorar— **en la confecció d'aquells documents comptables**, per evitar les possibles errades derivades del desconeixement de la normativa aplicable i de les tècniques comptables vigents.

Sembla clar que el cas Palau ha influït poderosament en l'elaboració de la proposició de Llei del Protectorat

Per acabar, cal posar en relleu que la **disposició addicional quarta** de la proposició presentada **es refereix a la col·laboració dels notaris i notàries amb el Protectorat** en aquests termes: «Els notaris i notàries han de trametre d'ofici al Protectorat una còpia electrònica de les escriptures que elevin a públic qualssevol dels actes inscripcionables en el Registre de Fundacions. En el moment d'obrir la successió, els notaris i notàries també han d'informar de les disposicions testamentàries a favor de les fundacions o que manifestin la voluntat del causant de constituir una fundació».

Per tant, **a partir de l'entrada en vigor de la Llei del Protectorat, els notaris i notàries de Catalunya hauran de col·laborar amb el Protectorat**, com a mínim, **en un doble aspecte: trametent-li còpies electròniques d'actes inscripcionables i informant-lo de determinades disposicions testamentàries** (no seria millor parlar d'actes de darrera voluntat?) **a favor de les fundacions**. De fet, aquesta darrera obligació ja està establerta pel Reglament Notarial en un sentit més genèric (article 179), però no és en absolut sobrer que la reculli específicament la Llei del Protectorat de les fundacions catalanes.

Crisi també jurídica



JOAN ROCA SAGARRA

Advocat a Roca i Junyent Associats. Professor a la Facultat de Dret de la Universitat Autònoma de Barcelona. Membre de la Junta del Cercle d'Economia i de la International Bar Association, entre d'altres.

Les **explicacions de la crisi** que s'han estat oferint des d'una perspectiva única-ment econòmica o financera no sembla que siguin suficients. Són cada vegada més els que intenten obrir espai a d'altres **anàlisis i aproximacions que permetin, traspasant la disciplina de l'Economia, una anàlisi des de prismes ètics, des de la filosofia política o els canvis socials que debiliten (o en tot cas afecten) els valors col·lectius**. Resulta especialment interessant la lectura de l'obra col·lectiva *La crisi de 2008. De l'Economia a la política i més enllà*, coordinada pel Professor Antón Costas, qui subratlla que, per a una adequada gestió de la crisi, tant per a la gestió a curt termini de la recessió i la recuperació de l'economia, com per a la dels problemes de llarg termini, **és crucial analitzar les motivacions i causes des d'una pluralitat d'àmbits**, atenent variables que superin les de l'anàlisi econòmica tradicional. Si hi ha alguna cosa que caracteritza aquesta societat globalitzada és la seva diversitat, la seva pluralitat, i és per

això que és de sentit comú escapar d'explicacions unidireccionals, com a veritats úniques i indestructibles, ja que en el món avui tot es troba interrelacionat, per la qual cosa qualsevol anàlisi requereix enfocaments des de diferents prismes.

Un dels camps que no pot ser ignorat, tant per l'anàlisi de la crisi com per posar els ciments per superar-la, és el del Dret. La norma és necessària. Com deien els clàssics, de més seguretat gaudeix un ciutadà en un Estat de Dret que el més poderós i ric dels maharajàs. **No hi haurà persona més lliure que aquella que visqui en un Estat democràtic de Dret**. Sempre sota l'imperi de la Llei, que ofereixi seguretat jurídica per viure coneixent la norma aplicable de forma prèvia i sempre escrita. El Dret és crucial per conformar la vida en societat, per poder facilitar que els valors col·lectius es tradueixin en normes que impulsin l'interès general i que imposin el parer de la majoria dels ciutadans. I és per aquest motiu que el Dret,

que converteix els valors col·lectius en norma, queda sempre darrera de la realitat social que li dona sentit i el conforma.

El Dret serveix per obligar a un determinat comportament col·lectiu, de manera que si els valors no són sòlids, el Dret queda ressentit; en la mesura que els valors han sofert un clar debilitament en les últimes dècades, també s'ha vist indirectament afectat. Quan tot s'hi val, quan —com descriu molt bé Josep Ramoneda en les seves interessants reflexions sobre la «pèrdua de la noció de límit»— s'avança cap al «totalitarisme de la indiferència», el principal perjudicat és el Dret, i tots aquells que el representen. La seva debilitat és absoluta davant del «tot és possible».

Els conflictes, abans de la crisi, se solucionaven amb criteris economicistes; amb l'apogeu del «*Management*» empresarial en el qual tot i tots tenen un preu, sorgeix als Estats Units el concepte de «*Bargaining*» per definir i regular el proce-



diment de negociació previ a una causa judicial, on es poden evitar anys de presó per delatar a altres, o pot finalment aconseguir un acord econòmic per evitar una causa penal. El Dret pateix un desgast, és evident; i és encara més punyent si tenim en compte que la traducció de «*bargain*» és «ganga» o «article d'ocasió». **El Dret s'ha substituït per procediments en els quals les parts acaben transaccionant «gangues» en lloc de sancions que la Llei havia imposat** per delictes que, en el propi procediment de mediació, es reconeixen i accepten com a provats. **Per aquest motiu podem afirmar que la crisi és també jurídica.**

Es diu que una de les explicacions a la crisi és la «pèrdua de confiança»: **la seguretat econòmica (així com també la social i la convivencial) requereix prèviament seguretat jurídica. Necessitem un marc jurídic estable, que no sigui negociable.** Si no hi ha límits, quin paper atorguem al Dret? La professora Victoria Camps recollia que per promoure l'ense-

nyament i l'educació, primer és fonamental «creure en l'educació». I el mateix succeeix **amb el Dret: s'ha de creure en ell perquè resulti un instrument eficaç per facilitar la convivència en societat.** S'ha de tenir clar que es creu en l'educació, per poder imposar els límits i les dureses que aquesta exigeix. Igual succeeix amb el Dret; ningú ha dit que resultaria fàcil imposar una sanció, ni molt menys acceptar-la, però és la base de la llibertat dels altres.

Quan tot s'hi val, quan s'avança cap al «totalitarisme de la indiferència», el principal perjudicat és el Dret i tots aquells que el representen. La seva debilitat és absoluta davant del «tot és possible»

Què ingrat és, en aquest sentit, el Dret! Quantes vegades es conclou, sobre la base d'una normativa concreta, que una o altra solució no és possible! **El Dret és incòmo-**

de. La norma és limitativa i frustrant. I per aquest motiu, el Dret pateix. I no és que s'hagi vist debilitat ara per aquella incidència indirecta d'un món sense límits, sinó que **el propi Dret s'ha vist debilitat perquè, considerat com un obstacle, és esquivat i evitat en un món que volem i pretenem totalment lliure, sense límits ni fronteres.** La debilitat del Dret els últims anys no s'ha produït únicament de forma indirecta per la carència de valors clars, sinó també per si mateix, com a conseqüència directa de la incredulitat que el Dret podia ser un instrument vàlid de solució de controvèrsies. Els mitjans de comunicació recullen en titulars afirmacions que, des dels més diversos àmbits, ignoren la regulació sobre l'assumpte en particular i comencen a opinar des del «jo crec» o «no sembla just». Molts debats podrien ser més eficaços i educatius si els líders de l'opinió publicada tinguessin en compte què exigeix la Llei i com regula la norma les actuacions que estan en discussió.

A les facultats de Dret s'estudiava la diferència entre el «ser» i l'«haver de ser»; doncs bé, **el debat s'ha centrat els últims anys a intentar redefinir l'«haver de ser»,** per la qual cosa les discussions es converteixen en estèrils debats sobre com s'hauria de normar una o altra actuació, mentre qui va incomplir la norma segueix sense ser sancionat i oferint una mostra més que tot s'hi val. Es podrà debatre molt sobre la legitimitat d'«*okupar*» un edifici buit, però el que és cert és que avui dia la norma segueix protegint la propietat privada i, mentre l'interès general no sigui un altre, s'haurà de respectar.

La crisi econòmica va arribar després que durant lustres es parlés tant de la «politització de la justícia» com de la «judicialització de la política». Potser ens **hem adonat massa tard que el problema principal** no era ni una cosa ni l'altra, sinó que **l'autèntica crisi s'estava germinant com a conseqüència de l'«ajuridicitat» amb què se serveix la política o s'administra justícia o, en general, amb què es viu en societat.** La sortida de la crisi passarà necessàriament per reconstruir la noció de «límits». No tot s'hi val. Per aquest motiu existeix la necessitat de recuperar el valor del Dret, com a primer pas cap al respecte a la norma i, així, assegurar-se'n l'eficàcia.



Nova etapa i noves prioritats. Mirant endavant



JOAN CARLES OLLÉ I FAVARÓ

Notari de Barcelona i Degà del Col·legi de Notaris de Catalunya

El Ple del Consell General del Notariat del passat 8 d'agost va deixar enrere, esperem que definitivament, una etapa de forta inestabilitat institucional al notariat que estava perjudicant greument la corporació. No és ara el moment d'analitzar les causes que van conduir a aquesta situació, força conegudes d'altra banda, però en tot cas sí que es pot constatar que el fet d'haver estat rellevats tres Presidents en els darrers tres anys evidencia la necessitat de superar o millorar determinats aspectes de la política corporativa que van acabar per conduir als notaris a una greu crisi interna. **Calia un cop de timó que facilités un canvi de rumb i això és el que s'ha fet.**

Sempre he defensat que no es tractava de canviar les persones i prou, això no ens portaria enlloc, sinó més aviat renovar equips per introduir canvis en aquells aspectes de la política notarial que havien esdevingut inadequats o ineficaços.

La nova direcció va ser escollida amb un programa (que en el seu moment es va remetre a tots els notaris) que és un punt de trobada, d'equilibri entre sensibilitats diferents i entre Degans que en el passat havíem tingut discrepàncies i punts de vista diferents al voltant de temes importants de la nostra professió. Crec sincerament que si Degans que venim de punts de partida diferents hem estat capaços de consensuar aquest programa, de trobar aquest mínim comú denominador, potser **fent un petit esforç entre tots podrem aconseguir que es converteixi en un projecte comú per a tothom o, si més no, de la gran majoria de Col·legis i notaris espanyols.**

El resultat de la recent elecció és ben esperançador: **la nova direcció no va obtenir cap vot en contra, fet que suposa un gest de confiança molt positiu** i un avanç important en el procés de recuperació de la unitat interna. Entre tots, sen-

se mirar enrere ni buscar culpables, estic convençut que serem capaços de superar la greu divisió que ha patit el notariat en els darrers temps. Ara s'obre una nova etapa, en què precisament **el que es proposa és mirar endavant i concentrar-nos en el futur** i en la difícil situació en què es troba la nostra corporació, situació que hauré d'encarar i resoldre. Per descomptat, no hi ha cap voluntat de revenja ni d'exclusió. **Hi ha plena voluntat de comptar amb tots aquells qui vulguin col·laborar i participar en la gestió de la institució.**

El canvi serà fonamentalment d'estil i de prioritats. D'estil, perquè tenim la ferma voluntat d'introduir la màxima transparència, informació i diàleg permanent amb tots els Degans, una demanda generalitzada en l'anterior etapa. No hi haurà propostes tancades, es tracta de que totes les decisions es debatin i es consensuin entre els disset Col·legis,

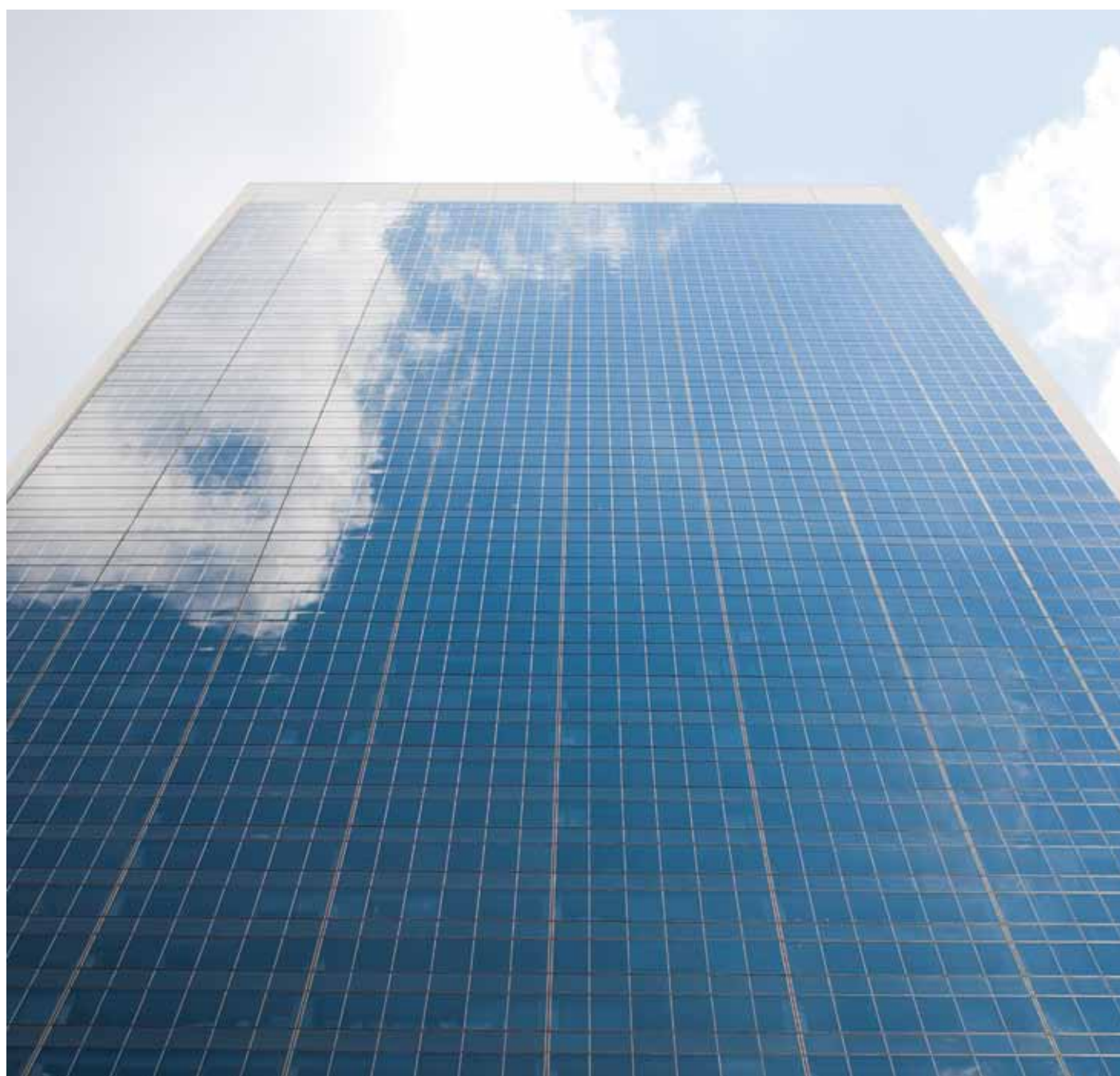


arribant, en la mesura del possible, als més amplis acords. Lògicament, la responsabilitat del President, Manuel López Pardiñas, i la meua com a Vicepresident, és la de dirigir i liderar la corporació i, per tant, impulsar les iniciatives i presentar les propostes. Però **es farà el màxim esforç en consensuar i integrar posicions i en fugir del "corró" i dels "blocs"**, que han estat precisament línies d'actuació

que s'han revelat com enormement nocives per a l'interès general de la nostra professió.

Pel que fa a les prioritats, es mantindran, per descomptat, estratègies de llarg recorregut del notariat: **forta defensa de la funció notarial i del control de legalitat notarial, de la unitat de cos, continuïtat d'impuls del projecte tecnolò-**

gic del notariat, màxima col·laboració amb les Administracions i els tribunals de justícia en el subministrament d'informació per combatre el frau fiscal i el blanqueig de capitals, entre altres directrius. Però, tot i així, és necessari obrir noves línies d'actuació en diversos àmbits de govern corporatiu: es treballarà per exercir **un major control polític del Ple del Consell sobre Ancert, S.L.** i





Serfides, S.L. que freni i reconduïxi el creixent procés d'externalització d'aquestes companyies, també **es reconsiderarà el capítol de compensacions institucionals**, per tal que atenguin estrictament al perjudici objectiu ocasionat al notari que exerceix el càrrec corporatiu, en els termes establerts per la llei i les sentències dels tribunals, i **s'abordarà l'estudi de la reforma del reglament notarial pel que fa a l'organització corporativa**. I s'emfatitzarà en tot allò relatiu a la **defensa i actualització de l'aranzel**, així com en la **qüestió registral**. En general, és necessària una major independència de criteri davant els poders públics en les diferents iniciatives legislatives i, sense perjudici de prioritzar les relacions amb el Govern i el corresponent partit, cal fer créixer en el futur les relacions amb la resta de formacions polítiques de les Corts.

I, per sobre de tot, és imprescindible que des del Consell General del Notariat treballem dur per **buscar solucions a la difícil situació econòmica que actualment viu la professió**. Una situació causada per la important crisi que transcendeix les nostres fronteres, i que ens obligarà, ara més que mai, a dissenyar i aportar propostes i mesures que puguin ajudar als notaris a superar les actuals dificultats. Sens dubte haurem de donar exemple d'austeritat pressupostària des de la direcció notarial, reduint despeses i partides. I és urgent que els responsables notariais siguem capaços de transmetre a la societat el risc de col·lapse del sistema notarial si no es posa en breu remei a la situació límit en què es troba: en aquest moment hi ha moltes notaries en pèrdues i algunes ja en concurs de creditors. En aquest escenari, **ens veiem obligats a proposar a l'Administració la ràpi-**

da adopció de mesures que puguin pal·liar aquesta greu situació.

Per sobre de tot, és imprescindible que des del Consell General del Notariat treballem dur per buscar solucions a la difícil situació econòmica que actualment viu la professió

Certament són temps difícils, amb alguns problemes importants i grans reptes per endavant, entre ells el nou cicle polític que s'acosta. Ara bé, **amb un notariat fort i unit, amb un nou impuls i noves idees**, cal ser prudentment optimistes de cara al futur, ja que la nostra professió continua essent clarament necessària, útil i beneficiosa per a la societat espanyola.

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.

Además, 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 objectiu serà un nou pacte fiscal per a Catalunya per la via del concert econòmic»

Germà Gordó

Secretari de Govern de la Generalitat de Catalunya

Autora: Sandra Purroy Corbella

Nascut a La Pobla de Segur (1963), advocat i fins fa poc gerent de Convergència Democràtica de Catalunya des del 2004, fou fundador de la Joventut Nacionalista de Catalunya l'any 1980 i és Director de l'Associació Barcelona 2020. A més, és diplomat en Estudis Europeus per la Universitat de Ciències Socials de Grenoble, en Funció Gerencial a les Administracions Públiques per ESADE, en Control de Gestió per ESADE, en Funció Directiva a les Organitzacions Públiques i Privades per ESADE i en Lideratge d'Organitzacions per IESE.

Discret, auster i fidel col·laborador a l'ombra del President de la Generalitat. Fent una ullada a la seva dilatada trajectòria, veiem que va ser cap de Relacions Institucionals del Departament d'Ensenyament de la Generalitat de Catalunya (1988-1993) i coordinador de la Secretaria General d'aquest departament (1993-1996). També va ser Secretari General del Departament d'Agricultura, Ramaderia i Pesca (1999-2003) i Secretari General de l'Associació Catalana de Municipis i Comarques, entre 1996 i 2000.



P: Quin balanç fa, tant a nivell personal com des d'un punt de vista estrictament polític, del primer mig any al Govern?

R: Han estat mesos de molta, moltíssima feina. Feina que, com ja va dir el President Mas, ha de servir per equilibrar un vaixell que estava —i està— escorat i que, en qualsevol moment, podria bolcar. Però, malgrat que la situació no és fàcil i cal fer sacrificis importants, el meu compromís i la meua il·lusió continuen intactes —com el primer dia— i, per això, estic convençut que aquest Govern i aquest país se n'acabaran sortint. Cal insistir: tenim país!

P: Pel que fa a les fites aconseguides fins al moment, quines en destacaria?

R: Hem aconseguit una cosa que fins ara no s'havia fet mai en democràcia des de l'Administració Pública: tirar endavant una política d'austeritat, estalvi i control del dèficit. El país ho necessita i és responsabilitat d'aquest Govern capgirar unes finances públiques al llindar del col·lapse. Estem treballant de manera incansable per fer un esforç conjunt que representarà una reducció no lineal del 10% del pressupost per aquest 2011; un exercici de credibilitat i transparència important que cal posar en valor.

És responsabilitat d'aquest Govern capgirar unes finances públiques al llindar del col·lapse

P: Quins són els principals objectius del Govern a curt, mitjà i llarg termini en l'àmbit jurídic i legislatiu?

R: Aquesta legislatura ha de suposar un abans i un després en la relació entre Catalunya i l'Estat espanyol. El gran objectiu serà, doncs, aconseguir un nou pacte fiscal per la via del concert econòmic. Des del meu punt de vista, aquest és, a més a més, un objectiu de país, trans-

versal, i una clara aposta per seguir avançant en l'autogovern de Catalunya.

P: Com valora el sistema de seguretat jurídica preventiva del nostre país? I la figura del notari?

R: Crec que tenim un sistema correcte, però millorable. És en aquest sentit que el paper de professionals com els que componen el Grup de Treball de l'àmbit jurídic, que presideix Joan Carles Ollé, Degà del Col·legi, és cabdal per generar importants aportacions. Pel que fa als notaris, els valoro molt positivament. Són professionals d'alta qualitat i la seva feina és, en general, coneguda i reconeguda.

P: Pel que fa a la Justícia, un dels principals problemes amb què ens trobem és el col·lapse judicial. L'any passat, representants de tots els operadors jurídics, liderats per la mateixa Administració, van elaborar un document que recull destaca des propostes de desjudicialització. Com valora aquest document? Creu que aquesta pot ser la solució a gran part dels problemes de la Justícia actual?

R: Va ser la mateixa consellera Bozal la que va dir que la Justícia té «una estructura més pròpia del segle XIX que del segle XXI», posant en evidència que hi ha un retard important en aquest àmbit. Per això, qualsevol pas endavant, qualsevol proposta, és molt bona notícia. Aquest Govern té el màxim interès en continuar promovent els instruments necessaris que facilitin la desjudicialització, d'acord amb els principis de transparència i simplificació d'estructures pels quals ens regim. La Justícia, en aquest sentit, no ha de ser cap excepció.

P: En aquest document es recull, entre d'altres, la proposta de dotar altres professionals del Dret de noves atribucions que ajudessin a fer efectiva aquesta desjudicialització. Creu que aquest és el camí?

R: Hi ha molts camins com aquest i, per trobar-los, hem de veure què es fa fora del nostre país. Un exemple clar és el dels Estats Units, on, per exemple, en l'àmbit penal no arriben a judici ni el 10% dels processos.

Aquesta legislatura ha de suposar un abans i un després en la relació entre Catalunya i l'Estat espanyol

P: El Govern està treballant en una futura Llei Òmnibus, enfocada a simplificar la legislació catalana i, tanmateix, a reduir els tràmits administratius per als ciutadans i les empreses. En pot destacar les línies principals?

R: Les línies principals d'aquesta futura llei passen per l'«aprimament» de la legislació, per la facilitació de la competitivitat i la productivitat en l'àmbit econòmic, per la racionalització administrativa i per la inclusió d'aquelles iniciatives legislatives que preveuen limitades modificacions en el seu articulat.

P: Quina creu que ha de ser la recepta econòmica que ens permeti superar aquesta etapa de crisi en uns moments amb escassos recursos econòmics?

R: El Govern del President Mas ha entès una cosa important: i és que la Generalitat no pot seguir, com fins ara, vivint per sobre de les seves possibilitats. Serem austers, estalviarem i controlarem el dèficit. El Projecte de Pressupostos 2011 n'és la mostra més evident. Volem «receptar» optimisme perquè som plenament coneixedors que el nostre país té immenses capacitats per fer front a les dificultats. Per això, hem apostat per tenir una actitud *business friendly*, conscients que per reactivar l'economia catalana cal crear llocs de treball: i està en l'ADN dels catalans l'actitud per fer-ho. Farem més amb menys, aquesta serà també la nostra actitud.



Entrevistes

P: Pel que fa a la relació Catalunya-Espanya, en els darrers mesos molt marcada per diverses qüestions politicoeconòmiques, en primer lloc, com creu que ha afectat tot el procés de reforma de l'Estatut? I, en segon lloc, quins són els objectius del Govern pel que fa a l'Estatut en aquests moments?

R: Ha estat un procés convuls que va provocar que el 10 de juliol de l'any passat més d'un milió de catalans sortissin al carrer a mostrar el seu rebuig a la sentència del Tribunal Constitucional. La nostra responsabilitat, com a Govern, és defensar els interessos dels ciutadans de Catalunya i aquest serà el nostre objectiu i el nostre full de ruta els propers quatre anys. La voluntat dels catalans no l'aturarà ni el Tribunal Constitucional, ni el Govern espanyol ni ningú.

La reforma financera a l'Estat espanyol és una oportunitat per enviar un missatge de capacitat d'adaptació, seguretat i solidesa del sector català a nivell internacional

P: Una de les qüestions en què el Govern ha estat més reivindicatiu és la reclamació del fons de competitivitat. Després que el Congrés rebutgés recentment transferir aquest fons, quins són els propers passos previstos pel Govern en aquest sentit?

R: Hem presentat al Parlament un Projecte de Llei de Pressupostos per aquest any que no inclou la partida d'ingressos corresponent al fons de competitivitat: hem fet ja el primer pas amb el màxim rigor i la màxima transparència; sense «maquillatge». El següent pas és sumar esforços a la cambrà catalana per aprovar-los i poder tirar endavant el país. Això, lògicament, no vol dir que ens oblidem del fons de competitivitat ni dels altres drets econòmics dels catalans. Però les traves de l'Estat espanyol no paralyzaran la nostra política.



P: D'altra banda, l'aprovació d'un pacte fiscal, similar al concert basc, continua sent un cavall de batalla per al Govern. És aquesta una condició imprescindible per col·laborar amb el Govern central?

R: És una condició imprescindible per aixecar Catalunya. Per tant, serà habitual que el Govern central trobi el pacte fiscal damunt de la taula en una negociació important per al nostre país.

P: Quant al procés de reestructuració del panorama bancari i la fusió de caixes, quina valoració en fa des d'una perspectiva catalana? (l'any 2008, n'hi havia 15 amb seu a Catalunya i, l'any 2011, n'hi ha 10). Creu que encara seran necessaris més reajustaments?

R: Ja vam posar de manifest que avaríem noves fusions en el mapa financer català, sempre que mantinguessin el centre de decisió a Catalunya. Ens mantenim en aquest sentit. La reforma financera a l'Estat espanyol encara està en marxa i, de ben segur, continuarà patint reajustaments; però ho veiem com una oportunitat per enviar un missatge de

capacitat d'adaptació, seguretat i solidesa del sector català a nivell internacional.

P: Pel que fa a la relació Catalunya-Europa, i com a Coordinador de la Secretaria d'Afers Exteriors del Govern, com valora l'actual encaix de Catalunya en el marc europeu? Quins creu que són els factors clau? En l'àmbit legislatiu, considera que estem en la bona línia? Quines són les prioritats?

R: El President Mas va ser molt clar: «com més Catalunya tinguem i més Europa, millor ens aniran les coses». Estem en bona sintonia amb Europa, que demana als països membres més esforços per reduir el dèficit; i una mostra d'això és el Projecte de Pressupostos 2011 que ha presentat aquest Govern, amb una reducció de la despesa severa però assumible, d'acord amb el compromís català d'assolir els objectius del Pacte d'Estabilitat i Creixement de la Unió Europea. Ara, però, també necessitem que Europa reconegui la seva diversitat, i això passa pel reconeixement del català com a llengua oficial a les institucions europees: d'aquesta qüestió en farem cavall de batalla.

El Grup de Treball de l'àmbit jurídic, presidit per Joan Carles Ollé, Degà del Col·legi, és cabdal per generar importants aportacions

P: El President de la Generalitat, Artur Mas, ha fixat com un dels seus objectius la llei electoral? Creu que finalment en aquesta legislatura s'aconseguirà el consens necessari per aprovar-la?

R: La llei electoral catalana és una de les prioritats d'aquest executiu de cara als propers quatre anys. Per això, és important que ens hi posem en aquests primers compassos de la legislatura, de cara a treballar per als màxims consensos possibles. No volem renunciar-hi.



«Sortirem de la crisi transformant l'actual model econòmic»

Miquel Valls

President de la Cambra de Comerç, Indústria i Navegació de Barcelona

Autora: Sandra Purroy Corbella

Nascut a Barcelona el 1943, llicenciat en Ciències Econòmiques, màster en Gestió Gerencial per l'Escola d'Alta Direcció i Administració (EADA) i diplomat en Direcció d'Empreses per IESE, la seva vida està vinculada a la Cambra des de l'any 1996, i n'ha estat el president des del 2002. Recentment, ha renovat el seu mandat per tercera vegada i també presideix el Consell General de Cambres de Catalunya. És vicepresident del Consell Superior de Cambres de Comerç, Indústria i Navegació d'Espanya, de l'Associació de Cambres de Comerç del Mediterrani (ASCAME) i membre del comitè espanyol de la Chambre de Commerce Internationale (CCI).

Vinculat també molt directament a d'altres institucions com ara Fira de Barcelona, i convertit en un autèntic referent al nostre país, exposa des del seu coneixement, experiència i sinceritat la seva valoració actual del context socioeconòmic i aporta la seva particular visió d'aquells sectors que han d'impulsar l'economia i de les reconversions necessàries per recuperar la confiança empresarial.



Entrevistes

P: Quins són els seus principals objectius en la seva tercera legislatura al capdavant de la Cambra?

R: En aquesta legislatura, que va començar el mes de juny de 2010, les línies bàsiques són: consolidar l'actuació dels últims anys, com a referents en el camp de la defensa de les infraestructures a Catalunya; promocionar la internacionalització de les empreses —que ha estat sempre un dels objectius bàsics de la Cambra de Comerç al llarg dels seus 125 anys d'història—, i promoure tot allò relacionat amb la innovació i la transferència de tecnologia per a les empreses, sobretot per a les petites i les mitjanes. Aquests objectius, a més, es veuen accentuats per la situació de crisi en què vivim, de la qual difícilment en sortirem si no és amb aquesta modernització i aquesta transformació del model econòmic que tenim ara. Es tracta d'un model que, sobretot els darrers quinze anys, s'ha basat en una economia centrada en la construcció i en el món immobiliari, la qual ha produït molta riquesa, però que, a causa de la crisi sistèmica actual —que també és una crisi mundial des de l'agost del 2007—, ens ha portat a una situació en què una part importantíssima d'aquest sector ha quedat malmesa. S'ha destruït la riquesa i



ha desaparegut la capacitat de les Administracions Públiques per generar ingressos. D'una banda, hi ha una situació difícil de les Administracions Públiques, atesa la falta d'ingressos, per a la recaptació d'impostos i, de l'altra, hi ha la gran problemàtica que ha comportat l'augment de l'atur que estem patint en els últims anys, tot i que tradicionalment a Catalunya estem dos o tres punts per sota de l'índex d'Espanya.

P: Per on veu la sortida a la crisi actual?

R: Ningú al món no podia preveure una crisi com aquesta, ni els grans gurus, i s'ha demostrat que, a la llarga, ningú l'encerta. Tot i que el 2005 i el 2006 es parlava de la bombolla immobiliària, en aquest país era absolutament impensable que els valors immobiliaris baixessin de preu; eren un valor refugi per a la societat espanyola i se suposava que la compra d'un pis era el millor sistema per estalviar, es comprava pensant que tindria un efecte renda al cap dels anys. Sempre es deia que els estalvis, abans que al banc, millor en pedra; aquesta era bàsicament la definició de la societat catalana, però també de l'espanyola. Hem vist, sorprenentment, com en els darrers tres anys aquests valors han caigut. I aquesta és una realitat sorprenent, per inesperada, tot i que al final, si mirem enrere ens adonem que això ja ha passat abans i que la història, abans o després, es repeteix. La crisi immobiliària ha col·lapsat, perquè no hi ha més demanda a uns determinats preus. Però els mercats sempre s'equilibren i la prova és que als Estats Units, quan hi va haver la crisi dels 80 —i tal com va fer també el Govern suec a finals dels 90—, es va crear un mecanisme mitjançant el qual es van anar acumulant tots els actius immobiliaris no realitzables. Després els van ficar en un organisme, conegut com a «banc dolent» i, al cap de deu anys en el cas de Suècia, van anar anar construint les propietats i van aconseguir compensar una part important de les pèrdues —tot i que no van arribar a guanyar-hi diners—. En el cas dels Estats Units, van fer lots, els van posar a subhasta i els van treure al mercat; així, una propietat que potser valia un o dos milions de dòlars, la van treure a 50.000 o a 20.000 dòlars, al preu que hi havia demanda, però hi havia gent que deia «jo compro i d'aquí a deu

anys ja hi guanyaré diners». I així és com s'han resolt, al llarg dels anys, les crisis immobiliàries i com es resoldrà aquesta.

Els inversors van allà on tenen un sistema jurídic fiable i segur, i Espanya ofereix totes les garanties

Avui tenim exemples molt clars d'empreses immobiliàries que no estaven palanquejades, que tenen un capital invertit en pedres, i aquest segur que d'aquí a uns anys es tornarà a recuperar si no es necessita per viure o per obtenir una renda. Tot això ens ha fet canviar una mica la visió sobre l'economia clàssica, que aquí sempre havia estat l'economia del treball, la d'anar creant riquesa a poc a poc. En els darrers anys s'havia anat derivant cap a una economia molt especulativa, una economia en què la part de l'economia real era petita i en què la part de l'economia financera lligada a aquesta real s'havia multiplicat exponencialment, amb les *subprimes*, els derivats, els estructurats, etc. I, al final, el que passava era que hi havia un valor real i un gran cercle al voltant amb un valor basat en el que allò valia inicialment; allò tenia un valor real i tota la resta era especulació. Això ara està passant amb les matèries primeres, com ara el petroli i algunes altres. De fet, l'economia és això, la història econòmica reproduceix episodis d'aquest tipus i cada 80 o 90 anys passen coses així i tot es reajusta. Són les crisis sistèmiques, i ara estem immersos en una.

P: Quins destacaria, especialment, d'entre els objectius aconseguits en aquests anys?

R: Jo vull destacar, sobretot, el fet que hem convertit la Cambra de Comerç en un referent de la defensa de la modernització de les infraestructures a Catalunya. Aquest ha estat un tema que hem defensat i pel qual hem lluitat moltíssim, i també en el seu moment va ser el nostre posicionament pel que fa al finançament d'aquestes infraestructures, és a dir, respecte als diners que l'Estat havia de destinar a equilibrar aquestes infraestructures. Vam ser molt actius quan es va signar la clàusula addi-



onal tercera de l'Estatut, que fa referència a la inversió de l'Estat a Catalunya. Aquestes inversions, durant el temps que s'han pogut fer, han estat molt positives i de les més importants de la història. També destacaria la nostra vocació tradicional per la internacionalització de les empreses, que al llarg d'aquests anys ha estat un tema molt destacat. I, sobretot, una de les meves grans preocupacions des del moment que vaig arribar a la presidència, el 2002, ha estat la proximitat del territori. La meua presidència va començar quan teníem set delegacions i ara en som tretze, deu delegacions i tres antenes (Viladecans, Mollet i Manlleu). Una de les grans vocacions de la Cambra de Comerç és la proximitat i la capil·laritat, és a dir, la nostra capacitat d'atendre a les petites empreses, a les pimes, dins el territori; com també la d'apropar els serveis de la Cambra al territori. Esperem consolidar tot això en aquest últim mandat, amb una situació una mica diferent, perquè han canviat els sistemes de finançament en els darrers mesos.

P: Quins sectors creu que han de jugar un paper més destacat per sortir de l'actual crisi financera i econòmica?

R: Nosaltres som uns grans defensors de Catalunya com a país industrial. I en els últims anys estem defensant, juntament amb Foment del Treball, la nova indústria, que no és solament la indústria tradicional manufacturera, sinó també tots els serveis associats a la indústria. En el fons parlem d'una economia de serveis, però molts dels serveis que es presten i gran part del creixement del sector serveis està molt relacionat amb els serveis que necessiten les empreses. Per posar un exemple molt clar, fa 50 o 60 anys les empreses de distribució tenien els seus propis camions i distribuïen amb la seva pròpia logística. Avui dia, la logística és externa, molt poques empreses la tenen incorporada i el que fan és contractar empreses de serveis logístics. Un altre exemple és la indústria de l'automòbil: ara, en una fàbrica el que fan és acoblar una sèrie de peces i moltes vegades els proveïdors estan dins de la mateixa fàbrica i aporten el seu servei o les seves peces a la cadena de valor.

L'economia de serveis, postindustrial, s'ha transformat; és una economia industri-

al que aporta moltíssims serveis, i tots són necessaris per assolir el producte final, però, en canvi, tots aquests serveis o productes, o el mateix disseny, moltes vegades no està incorporat dins la indústria. Pensem que el fet de considerar la nova indústria com tot un sector és una de les característiques més importants del que és la nova economia a Catalunya. És evident que hi ha sectors, dins d'aquesta economia industrial, que estan evolucionant a una gran velocitat: moltes de les aportacions al sector de la salut, als serveis públics o de prestació de serveis públics, com poden ser l'aigua, l'electricitat o el gas..., avui són grans empreses industrials. És a dir que el món està evolucionant molt ràpidament cap a aquesta economia postindustrial, de serveis, que incorpora gran part de la nova indústria a dins i representa més del 50% del PIB. I, en aquest sentit, podríem parlar de tots els subsectors: el químic, el farmacèutic, el metal·lúrgic, el sector de l'automòbil, la indústria de la fusta, la indústria agroalimentària, etc., i de totes aquelles que són indústries clau en l'economia catalana. No oblidem que encara som el 19% del PIB d'Espanya i que assumim el 27-28% de l'exportació espanyola, i aquestes són dades que demostren el gran dinamisme de l'economia catalana en un entorn de crisi.

Aquest és un dels aspectes que ens ha d'ajudar a sortir de la crisi, acompanyat d'un sector que és purament de serveis, el sector turístic, el qual ens ha salvat en els últims dos o tres anys i que, sobretot en aquest últim any, està agafant una empena impressionant a la ciutat de Barcelona, ja que aquesta torna a ser una icona a nivell mundial. Hi ha dos aspectes molt característics del turisme a Barcelona: d'una banda, està salvant el gran comerç, el de primer nivell, el de qualitat, ja que l'està ajudant molt a mantenir-se perquè la demanda interna està molt retinguda; i, de l'altra, l'atur està influint molt i la por i la desconfiança també estan afectant molt, com també el problema de la falta de crèdit —avui, malauradament, es fan poques operacions de crèdit, poques hipoteques i poques coses que es basin en el finançament—. I la veritat és que una economia sense crèdit ho té difícil per créixer. El que interessa és que aquesta reestructuració bancària i de les caixes s'acabi com més aviat millor, per tal que

tinguem entitats que siguin capaces de complir la seva funció, que és donar crèdit. El turisme aquest any anirà molt bé.

Hem convertit la Cambra de Comerç en un referent de la defensa de la modernització de les infraestructures a Catalunya

L'altre sector és la indústria exportadora. En aquests moments, aquesta indústria està creixent amb xifres de dos dígits —ara fa dos anys va caure però s'ha recuperat bé— i això vol dir que som competitiu, perquè estem ampliant la nostra exportació cap a mercats difícils, els mercats emergents —Xina, Índia, Brasil i Rússia—, i estem augmentant les nostres exportacions a nivells molt significatius. Continuem amb el nostre mercat tradicional europeu, amb un 70% que s'exporta a Europa, i també tenim bons mercats a Llatinoamèrica, que està creixent sorprenentment amb xifres no previstes. El continent del futur és l'Àfrica, cosa que ja es deia al segle xx, i en les properes dècades el creixement d'aquest continent serà molt important. I, en aquest sentit, Espanya, i especialment Catalunya, estem ben posicionats respecte a aquests països des del punt de vista geoestratègic.

P: Catalunya és un bon lloc per invertir? Continua sent el motor de l'economia espanyola, tot i la crisi?

R: Catalunya és el motor d'Espanya, sense cap dubte, tot i que el diferencial entre Madrid i Barcelona ha disminuït una mica: Madrid produeix actualment el 17,5% del PIB i nosaltres estem al 18,8%. Madrid ha crescut molt ràpidament, perquè el fet de ser la capital del sector financer, del sector de les grans empreses relacionades amb el Govern, li ha proporcionat en els darrers quinze anys una gran capacitat de creixement. La Comunitat de Madrid avui té uns sis milions d'habitants, i aquesta capacitat d'atraure talent i empreses, pel fet de ser la capital de l'Estat, també té un efecte econòmic molt important i li ha aportat, des del punt de vista de motor econòmic, una gran importància i una corba molt ascendent. Però des del punt de



Entrevistes

vista industrial, de les exportacions, Madrid continua suposant el 12% i nosaltres el 27-28%. L'economia industrial està a Catalunya i una mica al País Basc, aquesta és la realitat del mapa industrial espanyol. I amb una economia de competitivitat en els mercats globals, al marge del que poden ser els efectes financers de la capitalitat, Catalunya té avui la capacitat de competir a nivell mundial, com Madrid, en el sector serveis. La nostra economia està orientada cap al que és l'economia de Baviera, dels *renders* alemanys, o el que és Baden-Württemberg, és a dir *länder* que són molt industrials però que, al mateix temps, tenen una gran fortalesa, una bona agricultura —i nosaltres la tenim— i són estats molt complets. Nosaltres tenim aquesta composició, anem en aquesta línia.

P: Com valora el nostre sistema de seguretat jurídica preventiva? Creu que també és un factor clau per aportar la seguretat necessària per contribuir a impulsar l'economia catalana?

R: La seguretat jurídica és fonamental i bàsica en l'economia moderna. Els inversors van allà on tenen un sistema jurídic fiable i segur, on tinguin garanties de seguretat jurídica. I Espanya té totes les garanties. Després podem discutir si la Justícia podria ser més àgil, més ràpida, i comentar un factor: la modernització de la Justícia i, sobretot, l'agilitat amb què es resolen els temes. Aquest és un dels grans debats que hi ha en el món empresarial, però mai no es discuteix sobre el tema de la seguretat i la fiabilitat. És un sistema lent, i aquest és un component competitiu i econòmic que s'ha de resoldre. Em consta que és una de les grans preocupacions del Ministeri de Justícia i que, juntament amb l'Oficina Judicial, s'està intentant actualitzar, modernitzar i digitalitzar l'Administració de Justícia, però està sent molt difícil. Pel que en sé, el problema és que fins fa poc els sistemes operatius entre els jutjats i entre les diferents regions o Administracions de Justícia eren diferents, de manera que la modernització s'ha anat construint sense un sistema que ho emparés tot. L'Administració de Justícia ha començat, des de fa pocs anys, a fer l'esforç d'estandardització, de tenir un sistema absolutament

estandarditzat, com fan les empreses o els mateixos notaris. I això no és fàcil i sempre comporta molt de temps i diners. L'altre dia, en una conferència, es deia que a l'Administració de Justícia hi entren cada any deu milions d'assumptes nous, que és una bogeria. I administrar tot això és molt segur, però lent.

P: Una de les idees que s'estan estudiant ara és la desjudicialització...

R: Aquest és un dels grans temes, que tot això no vagi als jutjats. Ara es posa en marxa la nova Llei de Mediació, i les cambres tenim aquesta tradició de tribunals arbitral, d'intermediació dels mercats i les llotges, i podem ajudar en aquest procés a administrar tots aquests sistemes amb una garantia de rigor, de certesa. Les cambres som corporacions de dret públic i, per tant, estem subjectes a tot el que suposa el dret públic i a totes les cauteles i el rigor que suposa aquest sistema; i pensem que és absolutament necessària aquesta desjudicialització, portada amb tranquil·litat. El que és complicat és canviar d'avui per demà, perquè aleshores és quan creem caos. Les coses s'han de fer amb ordre, amb temps, amb calendari. Cal anar estructurant sistemes que permetin que els jutjats no es col·lapsin. Tenim, doncs, una bona Administració de Justícia, un dels millors sistemes judicials del món que funciona correctament, els jutges espanyols estan catalogats a primera línia a nivell internacional, però sense mitjans no es pot fer res més.

El món està evolucionant cap a una economia postindustrial, de serveis

P: Quin paper creu que han de jugar els col·legis professionals a la Cambra? Què els pot aportar la Cambra i què li poden aportar ells?

R: Aquest és un sistema que ara s'està modernitzant i està canviant. Nosaltres entenem que tots els organismes que venim d'aquesta naturalesa pública haurem de col·laborar estretament per prestar serveis a aquesta nova economia

amb què ens trobarem, prestar-los de manera conjunta i coordinada, al món empresarial. Ara, el que hem de definir és com i de quina manera. Hem passat d'una economia, fa 30 o 40 anys, en vies de desenvolupament, amb la qual no ens podríem comparar amb la resta d'Europa, a situar-nos, en un breu espai de temps des del punt de vista històric, a un nivell que, en altres moments històrics, ens hagués costat molts més anys assolir. Espanya ha donat un gran pas i ha fet un gran avenç cap a la convergència amb altres països europeus que van fer la revolució industrial al seu dia, quan nosaltres no la vam fer, i que han tingut molt més temps per adaptar-se al món modern. Nosaltres ara ens hi estem adaptant, a causa de la crisi, ja que havíem fet un salt espectacular i ara hem retrocedit d'una manera molt important. Això, a més, ha suposat un creixement extraordinari de les estructures de l'Administració Pública i de les estructures tradicionals des del punt de vista associatiu, ja que amb l'economia del segle XXI, ens veiem obligats a transformar-les i a adaptar-les. Ara, ens hem d'adaptar de manera intel·ligent a aquestes noves circumstàncies, tant els operadors privats com l'Administració Pública, que no pot ser intervencionista i no ha de voler fer-ho tot. Ha de distribuir i gestionar molts d'aquests serveis, que s'han d'oferir a través d'institucions, associacions privades o dels col·legis professionals.

També és important la qüestió de com garantim a la ciutadania que tots aquests processos s'estan fent correctament. Si ho ha de garantir l'Administració, haurà d'incorporar els funcionaris necessaris i, per tant, això ho haurem de pagar els contribuents, no amb taxes, sinó amb impostos. Em sembla que té molt més sentit delegar aquesta tasca i que la facin els professionals, mitjançant acords i convenis, i en aquesta línia ja s'estan començant a fer coses. El que no és lògic és que l'Administració Pública ho vulgui fer tot, perquè això l'únic que fa és entorpir el progrés econòmic i provoca l'alentiment de les coses. Perquè el funcionari, abans de comprometre's amb un tema, l'estudiarà cinquanta-cinc vegades i li és molt més fàcil dir que no, perquè així no assumeix cap responsabilitat. Això és el que ara succeeix sovint. En canvi, hi ha d'ha-



ver unes associacions professionals que, gràcies a convenis, acceptin la responsabilitat de dir «això està bé», associacions que exigeixen un rigor i que permetran que l'Administració no ho hagi de fer tot. El que no és possible és la llibertat total, perquè podria passar qualsevol cosa, però sí que és possible canviar el centre de gravetat. En definitiva, l'Administració ha de prestar el servei públic, però això no vol dir que ho hagi de fer ella, perquè el pot prestar a través d'associacions de professionals. Aquest seria el concepte que defensem. Per això, crec que, cada vegada més, es trobaran noves fórmules de col·laboració entre els col·legis i les Administracions, perquè les Administracions necessiten els col·legis.

P: Com valora el nou Estatut pel que fa al desenvolupament del teixit empresarial a Catalunya?

R: Com deia abans, vam discutir molt sobre el tema del finançament, i ara portem un any real de funcionament. Hem de veure els resultats numèrics de tot això, perquè fins ara ens movem amb sensacions. Aquí hi ha una realitat: si els ingressos a través d'impostos haguessin anat bé, haguéssim tingut una readaptació molt més important. Nosaltres, amb el que som molt crítics és amb el fet que en el seu moment es van pactar una sèrie de sistemes compensatoris, entre els quals el fons de competitivitat era un dels més importants; i el que no ens sembla bé és que, després que el primer any o dos aquest sistema més o menys funcioni i es pagui, arribi un tercer any i, com que no tenen diners o tenen un problema de dèficit, ens diguin «ja ho pagarem d'aquí a dos anys». No diem que no sigui legal, però no és lleial. Haurem d'arribar a un acord després de l'època electoral (municipals del 22 de maig), perquè el fons de competitivitat és precisament un dels instruments compensatoris per disminuir el dèficit fiscal, que és una realitat de Catalunya respecte de la resta d'Espanya. Hem de ser conscients que una de les raons per les quals es va fer el nou Estatut de Catalunya, i per la qual ara el nou Govern de Catalunya vol arribar a un pacte fiscal, és perquè a Catalunya continua havent-hi un dèficit fiscal excessiu respecte al que representen, per exemple, els renders ale-



manys. Allà, cada tres o quatre anys això és motiu de debat, i fins i tot ho tenen previst a la Constitució alemanya.

**Una economia sense crèdit
ho té difícil per créixer**

Tenim un problema d'encaix de les autonomies, i essencialment amb la relació entre Catalunya i el Govern central, pel que fa als dèficits fiscals. I aquest és un tema que s'haurà de resoldre, això ho tenim molt clar. Des de la Cambra, però, no li hem donat cap connotació política perquè ens sembla un tema clarament econòmic. El nostre argumentari és molt clar: Catalunya és absolutament solidària, és el motor econòmic d'Espanya, però en un territori que és absolutament solidari, la solidaritat també té uns límits, i els límits són temporals. La prova la tenim amb els fons europeus cap a Espanya, que han estat molt generosos, però que als 2013 ens diuen que ja hem entrat a la Comunitat, hem tingut ajudes de més de 130.000 milions d'euros de fons europeus, i ara els toca a altres països, perquè nosaltres, amb les inversions que hem tingut, hauríem de començar a ser més productius. A Catalunya, durant molts anys, hem estat solidaris, i ho continuarem sent, però el que no es pot fer és ofegar la pròpia economia catalana, que és el motor

econòmic d'Espanya, perquè al final estem perjudicant tothom. Evidentment, hi ha una certa desmoralització a Catalunya perquè cada vegada que sorgeixen problemes, la solidaritat és més gran i, a més, és una solidaritat mal entesa i no compresa, moltes vegades, per la resta de comunitats autònomes. Aquest és un altre dels grans problemes: que nosaltres no ens sabem vendre o comunicar bé, però els altres tampoc no ens compren el producte.

P: En aquest sentit, com afecta a les empreses l'augment de la pressió fiscal?

R: Al món de l'empresa sempre diem que, com menys pressió fiscal, més capacitat d'inversió hi ha en un territori, perquè la pressió fiscal és un factor dissuasori. És evident que l'Estat i les Administracions Públiques han de fer front a una sèrie d'obligacions i que, un cop creades, són molt difícils de reduir, tal com estem veient ara amb les retallades de l'Administració Pública catalana. Això té una part negativa, que és la part del consum públic, ja que no ajuda gens a la recuperació econòmica, i això és procíclic: si hi ha poca despesa i, a més a més, l'Administració Pública gasta menys, la repercussió és que l'atur no millora i no es crea ocupació. Però l'economia també té elements i mecanismes de difícil apreciació i poden



Entrevistes

passar moltes coses. El que és cert —i ho estem veient en altres països— és que pujant molt la pressió fiscal es redueix una mica el dèficit, però també es redueixen els ingressos, perquè les empreses treballen menys i, al final, tot això no és un cercle virtuós sinó més aviat un cercle viciós. A un país o un estat, el que li interessa és que hi hagi creixement, perquè com més creixement hi ha, més impostos paga la gent. També hi ha un desequilibri a Espanya entre les comunitats autònomes, i caldria fer una anàlisi fiscal per estudiar-ho a fons. La realitat és que, en general, Catalunya és un dels llocs on es paguen més impostos, i no només qualitativament sinó també quantitativament.

Tenim un problema d'encaix de les autonomies pel que fa als dèficits fiscals

P: Com afectarà la recent supressió de les quotes obligatòries a les Cambres de Comerç?

R: En el pressupost d'aquest any, les quotes obligatòries són un 50%, i l'altre 50% prové de l'autofinançament, de la venda de serveis, etc. El pressupost, ja aprovat, és de 26 milions d'euros. El que estem fent és que, com que hi ha un període transitori —que correspon al 2011 i a una part de 2012, en què només pagaran la quota obligatòria les empreses de més de 10 milions d'euros i només per l'impost de societats— tenim aquests dos anys per adaptar la nostra activitat a aquest nou marc. Hem de tenir en compte, i això moltes vegades es desconeix, que la quota obligatòria té una aplicació finalista: dos terços van a la internacionalització i un terç va destinat, obligatòriament, a la formació, la innovació i el desenvolupament empresarial. Per això, no acabem d'entendre per què el Govern es carrega la quota obligatòria, ja que havien de saber que anava adreçada a la internacionalització, que és un dels objectius fonamentals del Govern. Ara, el que hem de fer és reduir el cofinançament de tots aquests programes i cobrar a les empreses el cost complet del servei. D'altra banda, les que pagaven eren les grans empreses —les pimes fa temps

que pràcticament no paguen—, i les que paguen més són les empreses grans de l'IBEX. De manera que si aquestes empreses volen que les cambres continuïn, pagaran X milions i estaran al cap del carrer. El problema, però, seria que la independència es podria qüestionar, en ser entitats absolutament independents. Però creiem que en el futur s'ha d'intentar que les cambres estiguin al servei de les pimes, que és on tenen més sentit. Ara, el que estem fent és adaptar-nos a aquesta realitat, a la nova cartera de serveis, i estem analitzant quins convenis tenim amb les Administracions per tal de, a partir de l'1 de gener de 2012, sortir ja amb un nou plantejament. El 2011 és un any de transició.

P: Com valora la recent dimissió del President del Consell Superior de Cambres de Comerç, Javier Gómez Navarro? I l'elecció de Manuel Teruel com a nou President?

R: És un home de consens, el conec molt bé perquè he col·laborat amb ell en els últims anys. Ha estat una acció consensuada en què el senyor Gómez Navarro, que té un perfil polític molt accentuat perquè va ser Ministre, deixa pas a un empresari que és molt conscient de quins són els problemes de les cambres. Entre tots l'ajudarem perquè això vagi bé.

P: Pel que fa a la transformació del model immobiliari. Quines alternatives planteja la Cambra al problema de l'habitatge i al de l'accés al crèdit?

R: Això és un problema d'oferta i demanda. La banca i les caixes han intentat —i algunes ho han aconseguit— aparcar una sèrie d'actius immobiliaris perquè pels seus comptes consideraven que no els podien donar sortida o que la tindran a mitjà termini. Aquests actius immobiliaris, no realitzables en aquests moments però que poden tenir un valor d'aquí a un temps, es quedaran aparcats. I d'altra banda, hi ha altres actius que són necessaris, perquè cada any se'n necessiten un nombre determinat, però han de ser habitatges que el mercat pugui demanar. Poden ser habitatges per joves amb un lloguer que estigui bé, habitatges protegits o habitatges lliures. El

gran problema de l'habitatge no és el cost de l'habitatge pròpiament dit, sinó el cost del sòl, del terreny. Si un terreny que abans valia 100, ara val 10, el cost de l'habitatge, d'allò que es posa a sobre, tindrà poca variació i tindrà un preu de mercat. Però hi ha hagut aquesta especulació del sòl terrible, provocada per tothom, però especialment per les Administracions Públiques. Ningú no en parla, tothom fa referència a la construcció immobiliària, però algú hauria de parlar del l'especulació que han fet els ajuntaments amb el sòl municipal, aquest és un dels grans problemes. No pot ser que una casa situada a la corona metropolitana de Barcelona sigui més cara que una casa a Baviera, i això és el que passa, i tot a causa del preu del sòl.

P: Finalment, com creu que ha de ser Catalunya des del punt de vista jurídic i empresarial per poder dir que anem pel camí d'avançar amb fermesa en el segle XXI?

R: En primer lloc, hem de tenir connectivitat i unes bones infraestructures. Tenir un bon port i un bon aeroport que ens connectin amb el món, que és el territori on hem de competir. Per tant, hem de tenir una bona infraestructura física i una bona infraestructura tecnològica, que també vol dir connectivitat; és a dir, tot el que són nous mitjans de comunicació, una banda ampla i una bona infraestructura de comunicació, que estigui entre les millors i les més avançades del món, perquè això és el que ens permetrà competir. Un tercer tema bàsic i fonamental és el capital humà, i això requereix formació i universitats, que les tenim; cal continuar treballant en aquesta línia. Tenir serveis públics eficients, moderns i sostenibles, que els puguem pagar, tot i que haurem de discutir com es paguen. I aquí hi incloc l'Administració de Justícia, la Sanitat, el Cossos de Seguretat... i tots els serveis públics que requereix una societat moderna. I, evidentment, necessitem una classe emprenedora que funcioni. Finalment, cal que tinguem unes institucions, uns partits polítics, etc., amb visió de futur, perquè hi ha partits polítics que tenen una visió massa intervencionista. I l'Administració Pública ha de permetre i facilitar la vida dels ciutadans i no coartar la llibertat, ni en l'àmbit de l'empresa ni a nivell social.

Usdefruit del dret de propietat intel·lectual

L'anomenada propietat intel·lectual és un dret subjectiu semblant però no identificable amb el dret de propietat a causa de l'especificitat del seu objecte immaterial, el contingut del qual està format per un conjunt unitari de facultats jurídiques, unes de caràcter patrimonial i d'altres de tipus moral, estretament relacionades, fins i tot quan corresponen a titulars diferents, i sotmeses a la *vis atractiva* del dret ple i unitari a favor de l'autor. Partint d'aquesta premissa, l'autor afegeix també la figura de l'usdefruit, amb la qual cosa sorgeixen —com ens aclareix— més problemes que solucions, perquè —com matisa— un estudi complert requeria la consideració i revisió àmplies de les dues institucions que conflueixen en aquest dret real limitat.

**FRANCISCO RIVERO
HERNÁNDEZ**

*Professor associat del Departament
de Dret Privat d'ESADE*

I. PARTICULARITATS DE L'US- DEFUIT DE PROPIETAT INTEL- LECTUAL AL NOSTRE ORDENA- MENT. VIABILITAT

1. *Naturalesa i particularitat de l'us- defruit de propietat intel·lectual*

L'interès aïllat de cada institució, per la seva banda, es veu potenciat en l'*usdefruit de propietat intel·lectual* en concórrer i creuar-se en aquest dret real l'un i l'altra en interferència recíproca (titularitat/objecte), amb àmbits de poder (drets subjectius ambdós) molt diferents i una naturalesa i un contingut (del dret matriu i del dret objecte del primer) que atorguen a l'usdefruit una notable especificitat i un



© Taco Anema / Wolters Kluwer

colorit original —que no es manifesta en cap altre dret real limitat—.

És, sobretot, la naturalesa particular del dret d'autor el que caracteritza i corromp aquest usdefruit, perquè la propietat intel·lectual és més complexa que els drets patrimonials que són l'objecte habitual d'aquell: és un dret subjectiu absolut, semblant però no identificable amb el dret de propietat a causa de l'especificitat

del seu objecte immaterial, el contingut del qual està format per un conjunt unitari de facultats jurídiques, unes de caràcter patrimonial i d'altres de tipus moral, estretament relacionades fins i tot quan corresponen a titulars diferents, i sotmeses a la *vis atractiva* del dret ple i unitari a favor de l'autor⁽¹⁾. La convivència d'aquest doble contingut determina una tensió constant entre el personalíssim (aspecte moral) i la patrimonialitat (drets d'explo-



tació), en equilibri inestable, no sempre ben resolt per la Llei de Propietat Intel·lectual [LPI], tot i que, en cas de conflicte, predomina gairebé sempre el primer. Tot això condiona no només l'estructura sinó també, i sobretot, el funcionament d'aquest usdefruit, fet que transcendeix a tot el seu règim jurídic, des de la constitució, durant tota la vida i vigència jurídica (contingut, límits) i fins a l'hora de l'extinció.

Així, la presència i preeminència de les facultats morals, personalíssimes, condiona la disponibilitat i l'exercici de les patrimonials, i l'autonomia pròpia quan sobre aquestes es constitueixen drets reals limitats (usdefruit, hipoteca), de manera que els titulars d'aquests drets, cessionaris de l'explotació econòmica del dret d'autor (els anomenats «drets d'explotació»), es troben limitats en l'exercici per la necessitat del respecte de quelcom tan subtil com l'autoria i integritat de les obres, el dret de l'autor a la modificació del contingut de les mateixes o la retirada de la circulació, i altres extrems. Aquesta limitació excedeix jurídicament i qualitativa el que és propi d'aquests *iura in re aliena* (per exemple, el *salva rerum substantia* en l'usdefruit, que aquí interessa), a la qual cosa se superposa⁽²⁾. El caràcter immaterial de l'objecte del dret d'autor afegeix, al seu torn, subtilesa a la titularitat del dret i al gaudi, i la seva rellevància social (funció social de la cultura, valor i protecció constitucional d'aquesta) es tradueix en límits nous i particulars en l'explotació *inter privatos* (que en això consisteix, substancialment, l'usdefruit), fet que transcendeix per aquest altre conducte el seu règim funcional.

Tot i que no hi ha cap referència directa a aquest usdefruit a la Llei de Propietat Intel·lectual, segons l'autor sí que existeix una al·lusió indirecta que n'avalua l'existència

De l'usdefruit de propietat intel·lectual, amb les especificitats citades, només n'abordaré aquí els aspectes fonamentals —de vegades, suggerint problemes més que solucions—, perquè un estudi complert del mateix requeriria una consideració i revisió àmplia de les dues

institucions que conflueixen en aquest dret real limitat. Això m'obligarà a remetre'm sovint a llocs i qüestions concretes i a altres treballs i comentaris de les normes afectades (sobre usdefruit i sobre propietat intel·lectual), amb la convicció, no obstant això, de l'oportunitat i necessitat d'un tractament complet de la matèria, que deixo per a d'altres (bona ocasió per a una tesi doctoral ambiciosa, o similar).

2. Qüestions relacionades amb la viabilitat de l'usdefruit al nostre ordenament

Superat el debat vuitcentista, amb una càrrega dogmàtica excessiva, relatiu als drets sobre drets, i admès de manera unànime l'usdefruit de drets al nostre sistema jurídic amb un ampli recolzament legal i múltiples casos indiscutits, sembla que ni s'hauria de plantejar la qüestió de la viabilitat de l'usdefruit del dret de propietat intel·lectual al nostre ordenament. No obstant això, he de citar-ne alguns dels problemes —més que respecte de la possibilitat real i la realitat efectiva en el tràfic (vídua a qui el marit ha deixat en testament l'usdefruit del seu dret d'autor de tres òperes d'èxit)—, a causa de la citada naturalesa i entitat jurídica del dret d'autor i el règim poc clar de la «cessió» de drets d'explotació de l'article 43 LPI (i concordants), que ha fet dubtar a cert sector doctrinal de la possibilitat de constituir drets reals limitats segons els esquemes formals i títols habituals de Dret comú. Això ha determinat algunes particularitats i discussions —de construcció i justificació formal, sobretot— en relació amb la transmissibilitat dels drets d'explotació a aquell efecte (constitució de l'usdefruit)⁽³⁾.

Tot i que no hi ha cap referència directa a aquest usdefruit a la Llei de Propietat Intel·lectual del 1987, avui Text refós del 1996 (Decret Legislatiu 1/1996, del 12 d'abril), modificat per la Llei 23/2006, del 7 de juliol, és indubtable —al meu parer— la seva possibilitat, indirectament al·ludida en diversos preceptes. Heus aquí, resumidament, les raons que avalen aquesta asseveració:

a) Quant a l'objecte d'aquest usdefruit, la propietat intel·lectual, en particular, les seves facultats patrimonials, reu-

neixen els requisits ordinaris per a ser-ho: (i) poden proporcionar un gaudi o una utilitat directa o indirecta, considerada en el sentit més ampli (social, jurídica); (ii) quant a l'*utilitas*, els «drets d'explotació», es tracta d'entitats jurídiques transmissibles (cf. arts. 42 i 43 LPI), exigència tècnico-jurídica en vista de la naturalesa de la constitució d'aquest dret real —que comporta sempre una cessió limitada del mateix o transmissió d'algunes de les facultats del titular del dret—; (iii) les facultats patrimonials objecte d'aprofitament tenen autonomia funcional respecte del dret subjectiu complex que és la propietat intel·lectual.

b) Normativament, aquest usdefruit d'un dret pot recolzar-se en els arts. 42 (transmissió *mortis causa* dels drets d'explotació) i 43 (transmissió *inter vivos*) abans citats, més problemàtica en aquest segon cas per una redacció deficient, però del qual no es pot deduir que no sigui possible la constitució de drets reals limitats; i a l'art. 1 del Reglament del Registre de la Propietat Intel·lectual del 2003 (RD 28/2003, del 7 de març), que estableix que poden ser objecte d'inscripció o anotació al mateix «els actes i contractes de constitució, transmissió, modificació o extinció de *drets reals* [...] que afectin els drets inscripcionals»; d'acord amb l'art. 145.1 LPI: «Podran ser objecte d'inscripció al Registre els drets de propietat intel·lectual relatius a les obres [...] protegides per la present Llei».

c) Junt amb els arguments de tipus legal que acabo d'assenyalar, n'hi ha d'altres d'igualment favorables: (i) explicitada la possibilitat de constitució d'hipoteca sobre els drets d'explotació d'una obra protegida (art. 53.1 LPI), difícilment es pot negar la mateixa possibilitat jurídica respecte de l'usdefruit, la mecànica constitutiva i funcional del qual (cessió limitada de facultats) amb prou feines difereix de la primera; (ii) la transmissió *mortis causa* dels drets d'explotació per qualsevol mitjà admès en dret (art. 42) obliga a admetre la constitució per títol voluntari o legal d'aquesta classe d'usdefruit sobre drets d'explotació que són al patrimoni del causant (cf. STS del 30 d'octubre del 1995), i el llegat d'usdefruit sobre els mateixos; (iii) admès legalment i expressa l'usdefruit de patents (art. 74.1 de la Llei



11/1986, del 23 de març, de Patents) i que les marques poden «ser objecte d'altres drets reals» (a més de donar-se en garantia), de la Llei 17/2001, del 7 de desembre, de Marques (art. 46.2), és inevitable una viabilitat idèntica de l'usdefruit de drets d'explotació de la propietat intel·lectual, tan propers conceptualment i funcional a aquests drets de propietat industrial.

A la doctrina espanyola és majoritària —tot i recalcar-ne les particularitats— la tesi de la possibilitat de l'usdefruit del Dret de propietat intel·lectual⁽⁴⁾. En el mateix sentit la doctrina italiana, tant l'especialitzada en propietat intel·lectual⁽⁵⁾ com en usdefruit⁽⁶⁾; i, amb menys profusió, la francesa⁽⁷⁾.

Quant als ordenaments forans, a títol d'exemple, el Codi de la propietat intel·lectual francès (1992), art. L 123-6, reconeix l'usdefruit *mortis causa* del dret d'explotació de l'autor a favor del cònjuge vidu, i la Llei de propietat intel·lectual portuguesa del 1985 (del 17 de setembre) admet expressament aquest usdefruit (art. 45). L'art. 107 de la Llei de Propietat Intel·lectual italiana del 1941 diu que els drets d'utilització que corresponen a l'autor «poden ser adquirits, alienats o transmesos de totes les maneres i formes permeses per la llei»; expressió de la qual la doctrina italiana (PUGLIESE, ASCARELLI, GRECO-VERCELLONE) dedueix la possibilitat de constitució d'usdefruit.

A la jurisprudència espanyola, tot i que molt pobra en aquesta qüestió, no he trobat cap referència directa a l'usdefruit de propietat intel·lectual, però sí alguna indirecta quan afirma la transmissibilitat «per qualsevol títol» de la propietat intel·lectual (SAP de Guipúscoa del 31 de juliol del 2001)⁽⁸⁾.

II. CONSTITUCIÓ DE L'USDEFUIT DE PROPIETAT INTEL·LECTUAL

1. Títols hàbils. Constitució per acte inter vivos

Atès que l'usdefruit de propietat intel·lectual és una forma de presentació de l'usdefruit d'un dret (és a dir, dret sobre un dret), l'explicació millor acceptada per la doctrina moderna de la constitució d'aquest usdefruit és la de considerar-la

com una cessió o transmissió limitada del (contingut del) dret-objecte, i en aquest cas del gaudi de les facultats de tipus patrimonial del dret d'autor, úniques transmissibles. En aquesta intel·ligència, i amb les particularitats a les quals em vaig referir a l'inici, són aplicables, en principi, a aquest usdefruit les regles generals de la seva constitució, en el context de les quals es pot afirmar que aquesta és possible (i) per títol voluntari (onerós o gratuït) i legal, per acte *inter vivos* (art. 43 LPI) i *mortis causa* (art. 42); (ii) per usucapió —tot i que no procedeix per a l'adquisició de la propietat intel·lectual, sí, en canvi, la del seu usdefruit, per possessió i exercici continuat en aquesta qualitat dels drets d'explotació pertinents (tots o algun) durant el termini legal—; (iii) i també és possible l'adquisició *a non domino* —adquirent de bona fe amb títol vàlid (de constitució de l'usdefruit) d'un transmissor d'aquest dret no titular o no legitimat per transmetre'l (per manca de poder de disposició *ad hoc*)—.

Avui predomina a la nostra doctrina la tesi que es poden constituir, per la via de l'article 43 de la Llei de Propietat Intel·lectual, drets reals limitats sobre els drets d'explotació de la propietat intel·lectual

En aquest sentit, interessen dos extrems en relació amb la constitució per acte *inter vivos* atenent a la particular naturalesa de la propietat intel·lectual, que també repercuteix en aquest ordre:

a) La redacció deficient i la difícil comprensió de l'art. 43 LPI (que no aclareixen els seus concordants) suscita dubtes sobre què és allò *transmissible* per acte *inter vivos* (si la propietat intel·lectual o les seves facultats d'explotació: el precepte menciona «els drets d'explotació») i *per quin mecanisme jurídic* (a títol de dret real o de dret personal)⁽⁹⁾. Avui predomina a la nostra doctrina la tesi que sí es poden constituir per la via de l'art. 43 drets reals limitats sobre els drets d'explotació de la propietat intel·lectual —en el mateix sentit, la SAP de Guipúscoa del 31 de juliol del 2001, abans citada—, i entre ells, de manera qualifica-

da, el d'usdefruit, tot i que amb limitacions notables (només els drets d'explotació) i restriccions (espai-temporals i de contingut), atès que el dret d'autor no és un dret real de propietat susceptible de transmissió normal o íntegra (no és possible per a les facultats d'índole moral), tot i que sí un dret absolut amb caràcters propis, també en aquest ordre. Tot això sense perjudici d'idèntiques possibilitats de constituir drets personals de gaudi derivats de contracte (en els quals sembla que va pensar més el legislador), fet que és perfectament compatible amb la primera explicació.

b) Amb la constitució de l'usdefruit per acte *inter vivos*, atesa la naturalesa de dret absolut de la propietat intel·lectual de la qual formen part, la transmissió a tercers de les facultats patrimonials per via negocial no es desenvolupa de la manera clàssica, amb el caràcter relatiu dels contractes, sinó que opera i es constitueix a favor del transmissari (sic) un dret també absolut, de la mateixa classe que al cap del titular inicial. La transmissió (limitada) dels «drets d'explotació» implícita en la constitució de l'usdefruit de dret d'autor, sobretot la que es fa *inter vivos*, no és tant una transferència normal d'aquestes facultats, sinó una espècie de cessió o concessió de la d'ús i gaudi dels mateixos igualment condicionada o limitada⁽¹⁰⁾. Això es veu amb més claredat al Dret alemany, per exemple, on l'article 31 de la Llei del 1965 porta la rúbrica «concessió de drets d'ús», i tota la regulació d'aquest mecanisme jurídic està separada de la transmissió o successió en els drets d'autor. També al Dret espanyol, on, tot i que la qüestió no és tan clara (la terminologia és diferent), es produeixen algunes conseqüències d'aquest règim jurídic diferenciat (a la manera de la Llei alemanya) i, així, pot observar-se que l'autor cedent té un dret de revisió del contracte de cessió en alguns casos (art. 47 LPI), i a una participació proporcional en els ingressos de l'explotació *ex lege* (cf. art. 46.1), ben diferent tot això del que passa en la transmissió *inter vivos* d'altres drets patrimonials. Tot això no impedeix, en canvi, l'oposabilitat del dret de l'adquirent davant de tercers.

En qualsevol cas, amb la «transmissió per actes *inter vivos*» de l'art. 43 hi ha una constitució de drets absoluts a favor del cessionari (l'usufructuari); no una simple transmissió de drets personals (com passa en la cessió de tipus contractual:



contracte d'edició), sinó una successió constitutiva de drets⁽¹¹⁾.

Aquesta transmissió per acte *inter vivos* pot ser per acte gratuït tipus donació (art. 632 CC) o, a la manera dels drets reals sobre coses, «a conseqüència de certs contractes mitjançant la tradició» (art. 609 CC), que requerirà de tradició, que en aquest cas serà de tipus espiritual (arts. 1.462 i 1.464)⁽¹²⁾.

2. Capacitat, legitimació i poder de disposició

A) Quant a *capacitat*, atès que la constitució d'usdefruit és un acte de disposició, es requerirà la capacitat pròpia dels actes d'aquesta classe (major d'edat no incapacitat). L'article 44 LPI s'ocupa només del menor de divuit anys i major de setze que visqui de manera independent amb consentiment dels seus pares o tutors o de la persona que el tingui al seu càrrec, a la qual concedeix «plena capacitat per cedir drets d'explotació». Això vol dir que aquest menor —no només el subjecte a potestat paterna, sinó el subjecte a tutela o un altre tipus de guarda— no està sotmès a les restriccions i els assentiments de l'art. 323 CC, encara que la seva obra pugui considerar-se «objecte de valor extraordinari» (té «plena capacitat per cedir drets d'explotació»). Però l'art. 44 LPI, especial respecte del règim de capacitat d'obrar del menor emancipat (arts. 323 i 319 CC), deixa irresolts no només els altres supòsits d'emancipació, sinó també altres casos.

En qualsevol cas, amb la transmissió per actes *inter vivos* hi ha una constitució de drets absoluts a favor del cessionari (l'usufructuari); no una simple transmissió de drets personals (com passa en la cessió de tipus contractual: contracte d'edició), sinó una successió constitutiva de drets

Als menors emancipats per altres procediments els seran aplicables les regles generals, és a dir, tenen capacitat per a la cessió de referència —opinió prevalent—, i si s'ha de considerar «objecte d'extraordinari valor» l'obra dels drets d'explotació de

la qual es disposarà, es requerirà l'assentiment que preveu l'article 323. Solució que s'aplicarà també al menor emancipat que pretengui disposar dels drets d'explotació dels quals sigui titular per adquisició *mortis causa*, no per autoria personal.

Per tractar-se d'un menor no emancipat, sigui autor o titular derivatiu dels drets d'explotació, la seva disposició (per constituir usdefruit) restarà sotmesa al règim general de l'art. 166 CC (per als titulars de la pàtria potestat, amb autorització judicial), i el que escaigui en cas de sotmetiment a tutela; també per al major d'edat incapacitat.

B) *Legitimació*. Com que la constitució d'un usdefruit significa disposar el titular d'un dret (sobre el bé que s'ha de gravar) per crear-ne un altre de més limitat objectivament, cal que el constituent sigui titular d'una situació jurídica subjectiva que compregui, quant al contingut institucional o en el cas concret, la facultat susceptible de restar constituïda i, si s'escau, transmesa com a tal dret real.

Partint d'aquest principi, estan *legitimats* per constituir usdefruit sobre els drets d'explotació:

a) *L'autor* de l'obra protegida, no només respecte de tots els drets d'explotació (dels quals és titular nat) sinó d'aquells dels quals no hagi disposat si n'ha cedit abans algun (autonomia dels drets d'explotació, art. 23 LPI). A aquest efecte, haurà de cenyir-se a la norma interpretativa de l'article 43.2 LPI quan en la cessió anterior no s'hagin determinat específicament les modalitats d'explotació cedides. Juntament amb l'autor en sentit estricte (el de l'art. 5.1 LPI), està legitimat per constituir usdefruit qualsevol altre titular originari de drets d'explotació protegits com a propietat intel·lectual, és a dir, els titulars «dels altres drets de propietat intel·lectual i la protecció de les bases de dades», a què es refereix la rúbrica i el contingut del llibre II LPI: els artistes intèrprets o executants (Tít. I), que tenen drets específics de fixació, reproducció, comunicació pública i distribució; els productors de fonogrames (Tít. II), amb drets d'explotació semblants als anteriors; els productors d'enregistraments audiovisuals (Tít. III) i les entitats de radiodifusió (Tít. IV), etc. Per a ells, l'art. 132 LPI preveu l'aplicació subsidiària dels articles 17 a 23, «en allò pertinent»,

a aquests «altres drets de propietat intel·lectual» regulats al citat llibre II. Per això, les referències que faci en endavant a l'autor i la disposició dels seus drets d'explotació per constituir usdefruit han d'entendre's comprensives d'aquests altres titulars (originaris) de drets d'explotació i assimilats.

b) En cas de *coautoria*: (i) si es tracta d'obra en col·laboració, s'apliquen les normes de la comunitat de béns per a l'explotació conjunta (art. 7.3 LPI), i cada coautor pot explotar i disposar (constituir usdefruit) separatament de la seva aportació, amb les excepcions del 7.2; (ii) en el supòsit d'obra col·lectiva, l'art. 8 reserva a la persona que l'editi (coordinador) els drets d'explotació i la seva transmissió, llevat de pacte en sentit contrari; (iii) per a l'obra composta, podrà constituir usdefruit el titular de l'obra nova que incorpori una altra de preexistent sense la col·laboració de l'autor d'aquesta, sense perjudici dels drets que li corresponguin i de la necessària autorització per part seva (art. 9 LPI).

c) *Titulars derivatius dels drets d'explotació*. No deixa cap dubte la legitimació dels successors *mortis causa* en aquests drets (únics transmissibles), atenent a l'estat i contingut de la seva titularitat. Pel que fa als cessionaris per acte *inter vivos*, d'acord amb l'art. 43 i amb els 48 i 49 LPI, m'inclino —malgrat algunes objeccions de certa doctrina— per la possibilitat de constitució d'usdefruit per part dels cessionaris en exclusiva que siguin titulars, en aquest concepte, del dret absolut (oposabilitat *erga omnes*) sobre la o les facultats d'explotació pertinents. No és tan segura la disponibilitat d'aquests drets en cas de cessió no exclusiva, i de cessió de tipus obligacional (contracte d'edició, per exemple); sembla que en tot cas es requeriria l'autorització o el consentiment exprés del cedent (art. 49 LPI). No obstant això, caldrà atènyer-se a cada tipus de cessió (acte, objecte) per determinar amb més precisió la possibilitat, l'amplitud i els requisits de la cessió-constitució de l'usdefruit, perquè hi ha cessions en exclusiva que no comprenen tots els drets d'explotació, ni la no exclusiva impedeix algunes formes d'explotació i la seva transmissibilitat per aquest cessionari.

d) *Pluralitat de titulars*. Si la pluralitat procedeix de la coautoria, cal cenyir-se a les regles dels arts. 7 a 9 LPI, ja comentats. Si



es tracta de titularitat plural derivativa (*inter vivos* o *mortis causa*), la disposició dels drets d'explotació es regeix per les regles de la comunitat de béns, sempre que l'obra ja hagi estat divulgada. En cas de no divulgació prèvia de l'obra i titularitat per transmissió *mortis causa* dels drets d'explotació a una persona diferent de la titular dels drets morals (art. 15), serà aquell a qui correspongui el dret de decidir si es divulga o no l'obra qui decideixi al respecte, amb impossibilitat de constitució d'usdefruit per part del primer si el segon decideix en sentit negatiu (art. 15.2 en relació amb el 14.1 LPI).

C) El constituent, a més d'aquesta legitimació, ha de tenir *poder de disposició* —aptitud per realitzar vàlidament l'acte de disposició de què es tracti, referit a l'objecte disponible (qualitat intrínseca)— suficient sobre les facultats patrimonials objecte de l'usdefruit. I com aquestes facultats són disponibles, per regla general, aquesta exigència es tradueix en una altra de tipus negatiu: *que no hi hagi prohibició de disposar* referida al dret o drets d'explotació que van a ser objecte de l'usdefruit.

3. Objecte. Determinació en l'acte i títol constitutiu

La qualificació de la constitució de l'usdefruit com a una espècie de cessió limitada a l'usufructuari de certes facultats corresponents al constituent i relatives a l'objecte de l'usdefruit obliga a atènyer-se al règim de transmissió dels drets d'explotació regulat als arts. 43 i concordants LPI, i al dels drets d'explotació (arts. 17 i seg.).

Diverses regles delimiten aquesta qüestió al nostre ordenament:

a) com que l'usdefruit pot comprendre totes o part de les utilitats de què és susceptible el bé gravat (art. 469 CC), en la intel·ligència que, per tractar-se d'un dret real de gaudi de contingut general (comprensiu de totes aquelles utilitats, llevat exclusió concreta), resulta que per tal que l'usdefruit afecti una sola o algunes d'aquestes utilitats —aquí, drets d'explotació, i modalitats específiques— cal que consti al títol constitutiu (cf. SAP Astúries, Secció 7a, del 13 d'octubre del 2004);

b) com a acte de transmissió que és el de constitució de l'usdefruit, si referida a drets d'explotació, restarà «limitada la cessió al dret o drets cedits, a les modalitats d'explotació previstes expressament i al temps i àmbit territorial que es determinin» (art. 43.1 LPI); després, per tal d'evitar la regla de l'article 43.2, hauran de concretar-se al títol constitutiu les facultats i modalitats d'explotació cedides a l'usufructuari i, a més, que se citen al núm. 1 del citat precepte;

c) el principi d'especialitat, que també regeix en aquest cas, i usdefruit (cf. arts. 12 a 14 del Reglament del Registre de Propietat Intel·lectual), exigeix la mateixa concreció si ha d'inscriure's al citat Registre;

d) els «drets d'explotació» són independents entre si (art. 23 LPI), independència funcional⁽¹³⁾ que permet el gaudi total o parcial (unitari) dels mateixos i contribueix a aquesta mateixa concreció.

Conseqüència de tot això és la necessitat de determinar correctament al títol constitutiu l'objecte, la o les facultats patrimonials (i, si s'escau, modalitats corresponents) incloses a l'usdefruit. En un altre cas, davant la vocació de gaudi omnicomprensiu de l'usdefruit, s'imposarà la regla interpretativa de l'art. 43.2, i l'usufructuari adquirirà les facultats d'explotació que es dedueixin necessàriament del títol constitutiu i siguin indispensables per complir la finalitat del mateix, amb la limitació temporal i espacial que indica aquesta norma⁽¹⁴⁾.

4. Forma. Inscripció al Registre de la Propietat Intel·lectual

L'art. 45 LPI exigeix que la cessió de què tracta (apta per a la constitució d'usdefruit) es faci per escrit; si el cessionari, requerit a l'efecte de forma fefaent, incomplís aquesta exigència, l'autor pot optar per la resolució del contracte. Aquella norma és de caràcter imperatiu —que es justifica en proporcionar major seguretat a l'autor—; però la infracció de la mateixa no comporta nul·litat de l'acte perquè el mateix precepte preveu una conseqüència diferent (cf. art. 6.3 CC): la facultat resolutòria que menciona, fet que demostra que no hi havia nul·litat absoluta⁽¹⁵⁾.

La constitució per acte *mortis causa* segueix les regles generals quant a forma

i en l'efecte jurídic (cf. art. 42 LPI i STS del 30 d'octubre del 1995).

Es recomana atènyer-se a cada tipus de cessió (acte, objecte) per determinar amb més precisió la possibilitat, l'amplitud i els requisits de la cessió-constitució de l'usdefruit

El dret d'usdefruit sobre aquests drets d'explotació és inscripció al Registre Central de Propietat Intel·lectual, segons anuncia l'art. 145.1 LPI, inscripció que ja no és necessària per al ple reconeixement dels drets de propietat intel·lectual, sinó facultativa; serveix només com a mesura d'especial protecció del dret inscrit. Una manifestació d'aquesta protecció deriva de la mera constància registral: «es presumirà, tret que es provi el contrari, que els drets inscrits existeixen i pertanyen al seu titular de la manera determinada en l'assentament respectiu» (art. 145.3 LPI). El principi d'especialitat (cf. art. 12 a 14 del Reglament) obliga a fer constar a la inscripció el contingut material, temporal i territorial de l'usdefruit constituït, a l'efecte del qual no és suficient la clàusula d'integració de l'art. 43.2 LPI⁽¹⁶⁾.

III. ESTRUCTURA D'AQUEST USDEFUIT

1. Subjectes

La citada naturalesa especial de la propietat intel·lectual —substancialment, el caràcter complex d'aquest dret, integrat per facultats d'índole moral i altres de tipus patrimonial, amb submissió d'aquestes a aquelles i recíprocament interrelacionades— i la seva repercussió en tot el règim jurídic de l'usdefruit, determina, entre altres conseqüències, que juntament amb el règim jurídic (ordinari) dels drets d'explotació, objecte del *ius fruendi*, n'hi hagi un altre propi dels drets morals que competeixen a l'autor, mentre viu, i a persones concretes (cf. arts. 15 i 16 LPI) un cop mort; règims i titulars respectius que poden no coincidir (i no coincidiran la majoria de les vegades).

Això es tradueix funcionalment en el fet que, als nostres efectes (usdefruit),



s'hagin de diferenciar dos plans personals i de relacions jurídiques ben diferenciats: a) la relació usufructuari/nu propietari; b) la relació entre l'autor (o titular del dret moral) i el titular dels drets d'explotació (aquí, l'usufructuari).

A) Relació usufructuari/nu propietari

En aquest ordre i qualitats respectives, no hi ha cap particularitat rellevant pel que fa a això, i tant les persones que poden ser usufructuàries i nues propietàries, com els seus requisits subjectius, estan sotmesos als criteris i les regles generals. *Usufructuàries* de propietat intel·lectual poden ser persones naturals i jurídiques, una de sola o diverses, i aquestes de manera simultània o successiva; en cada cas, amb la casuística i les especificitats corresponents, segons les normes pertinents. El mateix es pot dir del *nu propietari*, que uns cops pot ser el propi autor (constituït de l'usdefruit per acte *inter vivos* a favor d'algú altre) i, d'altres, el titular dels drets d'explotació causahavent d'aquell (hereu, legatari, cessionari per acte *intervivos*) amb prou legitimació per constituir aquest usdefruit.

B) Relació autor (o titular del dret moral)/usufructuari

Aquesta relació és rellevant perquè la propietat intel·lectual comprèn facultats que excedeixen les pròpies de l'usdefruit, fa palesa altre cop la típica tensió personalisme/patrimonialitat que caracteritza el dret de autor, subjacent a tot el règim d'aquest dret real. En aquest sentit, interessa sobretot la relació entre l'autor i l'usufructuari, perquè el primer és titular més ampli del dret moral (les set facultats que assenyalava l'art. 14 LPI), doncs els altres titulars, després de la seva mort, només poden exercir la primera, la tercera i la quarta de les de l'art. 14 en els termes que indiquen els arts. 15 i 16. Per això, i per simplificar, em referiré a la relació usufructuari/autor —com a prototip—, en aquesta intel·ligència, i tot el que digui ara serà aplicable a la relació usufructuari/titular del dret moral (diferent de l'autor), amb les excepcions oportunes.

Doncs bé, en aquesta relació i context l'autor pot exercitar el dret moral amb in-

dependència de qui sigui el titular dels drets d'explotació (usufructuari o un altre) i, atesa la (relativa) submissió d'aquests darrers al primer, l'autor conserva sempre cert domini sobre l'obra i les facultats que la Llei inclou com a «dret moral», de manera que pot controlar i interferir l'exercici d'algunes facultats o modalitats d'explotació que corresponen a l'usufructuari per estar subordinades a aquest dret moral i a l'autor. Per exemple, aquest darrer pot modificar l'obra (dins dels límits de l'art. 14-5è LPI), retirar-la de la venda per canvi de les seves conviccions intel·lectuals o morals (art. 14-6è), prohibir (per il·lícita) l'exposició pública de l'obra d'art subjecta a usdefruit si lesiona algun dels drets morals —si s'omet el nom i la identitat de l'autor, si s'exhibeix sense el seu nom o amb el d'un altre autor (art. 14-3r), o si no se'n respecta la integritat, es deforma o altera (art. 14-4t), etc.—.

L'usufructuari adquirirà les facultats d'explotació que es dedueixin necessàriament del títol constitutiu i siguin indispensables per complir la finalitat del mateix, amb la limitació temporal i espacial que indica l'article 43.2

Ocasió assenyalada de conflicte en relació amb el que aquí ens ocupa es presenta en el cas de transformació, adaptació i altres formes de modificació de l'obra original, consentides per l'art. 21 LPI, exercitables per l'usufructuari. En aquest sentit, cal subratllar la necessitat del respecte per aquest últim, sobretot, del dret moral d'integritat de l'obra (art. 14-4t LPI) que competeix a l'autor, dret que pot entrar en conflicte amb l'«alteració» o modificació que comporta la transformació⁽¹⁷⁾. Així, deixa de ser lícita aquella transformació o adaptació, d'una banda, si l'autoritzat a fer-la abusa del seu dret i perjudica l'autor en l'honor o en el dret moral o de qualsevol altra manera; altres vegades, modificant l'essència de l'obra original utilitzada per a la transformació o alterant elements essencials de la mateixa, sense oblidar els supòsits d'apropiació il·lícita d'uns o altres en profit de l'autor de la transformació en l'obra derivada⁽¹⁸⁾.

Aquestes facultats concretes de l'autor, i la interferència citada en l'exercici dels drets d'explotació que competeixen a l'usufructuari, es produeixen amb independència que aquell sigui o no nu propietari —aquest últim pot tenir facultats de control idèntiques o semblants en interès de l'objecte de l'usdefruit, els drets d'explotació dels quals és nu propietari i que podrien veure's afectats per l'actuació de l'usufructuari—; són facultats que li competeixen exclusivament en qualitat d'autor, ex art. 14 LPI; i, un cop mort, corresponen a les persones que citen els arts. 15 i 16, com a titulars del dret moral i en nom d'aquest.

No obstant això, els drets morals de l'autor en aquest terreny no són absoluts i apareixen modalitzats en alguns casos (modificació de l'obra, retirada de la venda) en interès de tercers afectats —aquí, l'usufructuari— en termes que diré més endavant.

2. Objecte

En relació amb això, sorgeixen dues qüestions: (i) una eminentment dogmàtica, quin serà l'objecte d'aquest usdefruit, si la propietat intel·lectual com a entitat jurídica complexa o els drets o facultats d'explotació; (ii) una altra de més important i pràctica, i cenyida al nostre ordenament, que és la de quines facultats, entre les que comprèn la propietat intel·lectual, poden ser objecte efectiu del *ius fruendi* propi del dret real que m'ocupa.

2.1. Propietat intel·lectual o drets d'explotació, com a objecte de l'usdefruit

Discutida aquesta qüestió, com a propi i paral·lela, respecte de la hipoteca de propietat intel·lectual⁽¹⁹⁾, i encara massa teòrica, no puc defugir-la perquè l'objecte i títol d'aquest treball és «usdefruit del dret de propietat intel·lectual» (habitual a la doctrina). No obstant això, aquesta expressió no deixa de ser excessiva i inapropiada, i requereix un aclariment immediat.

Si la constituït de l'usdefruit comporta una cessió limitada de facultats jurídiques, és requisit primer de l'objecte de qualsevol usdefruit la transmissibilitat del mateix (principi general en aquesta matèria). És



evident, per tant, que no és possible aquesta transmissió de la propietat intel·lectual *in complexu*, doncs, de les facultats que comprèn, n'hi ha algunes (les morals, el dret de participació de l'article 24 LPI) que són intransmissibles per acte entre vius, per la qual cosa no podrien ser objecte d'aquella cessió ni d'usdefruit; i la transmissibilitat *mortis causa* d'alguns «drets morals» és innòcua en la major part dels casos perquè, a més de regir-se per regles diferents (cf. art. 15 LPI), l'exercici i la funcionalitat de la mateixa difereixen del que és propi dels drets patrimonials i de l'usdefruit.

En conseqüència, només són objecte efectiu de l'usdefruit les *facultats patrimonials* de la propietat intel·lectual —millor que «drets d'explotació», ho precisaré immediatament—, i, més exactament, aquells que siguin transmissibles pel títol jurídic pel qual es constitueixi usdefruit; no ho és, en canvi, ella mateixa, per més que sigui una expressió habitual i una mica simplista.

2.2. Facultats pròpies de la propietat intel·lectual susceptibles de ser objecte d'usdefruit

He al·ludit en més d'una ocasió als drets d'explotació com a objecte típic d'aquest usdefruit, amb certa imprecisió; era, sobretot, per excloure de l'usdefruit el dret moral per inalienable (art. 14 LPI), la transmissió *mortis causa* del qual es regeix per altres criteris i atén a altres fins molt diferents dels propis d'aquell dret real limitat. Amb més propietat s'ha de dir —ja ho he suggerit— que l'objecte de l'usdefruit del dret de propietat intel·lectual es limita als drets o *facultats patrimonials* del dret d'autor, perquè junt amb els drets d'explotació (típics de l'usdefruit) hi ha altres drets econòmics (anomenats «de simple remuneració»), diferents dels «d'explotació» ordinaris, vinculats a la propietat intel·lectual, que també poden ser objecte d'usdefruit per patrimonials i quan siguin transmissibles (tot i que sigui limitadament). Vegem-los separatament.

A) Dels drets d'explotació com a objecte de l'usdefruit —que comprendran, en general, no només els que corresponen a l'autor *stricto sensu* (art. 5.1 LPI) sinó als titulars «dels altres drets de propietat intel·lectual i la protecció sui

generis de les bases de dades» a què es refereixen la rúbrica i el contingut del llibre II LPI—, per ara només faig aquestes observacions:

L'autor sempre conservarà cert domini sobre l'obra i les facultats que la Llei inclou com a «dret moral», de manera que pot controlar i interferir l'exercici d'algunes facultats o modalitats d'explotació que corresponen a l'usufructuari

Poden ser tots objecte d'usdefruit (típics i atípics), o només un o diversos, però no tots, i alguna, diverses o totes les modalitats d'exercici: hauran de quedar perfectament enumerats i definits al títol constitutiu, pels motius i en els termes als quals em vaig referir (apartat II.3), i el *ius fruendi* només abastarà els concretats d'aquesta manera.

En funció del requisit de la transmissibilitat de les facultats objecte de l'usdefruit, encara inclòs entre els drets d'explotació, tinc dubtes sobre el fet que correspongui a l'usufructuari el dret de l'autor de publicar les seves obres reunides en col·lecció escollida o completa, de l'art. 22 LPI, doncs penso —a diferència d'altres autors, que hi veuen un dret estrictament patrimonial i transmissible *inter vivos* i *mortis causa*⁽²⁰⁾— que es tracta d'una atribució a l'autor *intuitu personae*⁽²¹⁾, i una concessió als valors morals i personals de la producció intel·lectual i artística, al prestigi de l'autor, que gràcies a aquest dret excepcional pot veure juntes totes les seves obres, o les millors, amb independència d'altres reproduccions de les mateixes⁽²²⁾. Però, malgrat la meva convicció i aquestes raons, la meva posició no és irreductible —és tan arriscat fer afirmacions absolutes, en un o altre sentit—, i no desestimo radicalment la contrària. Si hagués de considerar-se també patrimonial i transmissible el dret de col·lecció ex art. 22 LPI, i restés inclòs expressament per l'autor en el títol constitutiu (sobretot, en aquest cas), podria ser objecte del gaudi usufructuari com altres drets d'explotació.

D'altra banda, hi ha formes d'explotació que, per la seva naturalesa, només corresponen a l'autor, no a un tercer (aquí, l'usufructuari): així, senyaladament, la facultat de realitzar una rèplica de l'obra original propietat d'un tercer. La rèplica de l'obra original és una «reproducció» (potser quelcom més) d'aquesta última feta pel mateix autor amb petites (de vegades, imperceptibles) alteracions —potser per la impossibilitat de fer-la exactament igual per segon cop— o modificacions causades per l'intent de l'autor de realitzar una obra que, tot i que nova, conservi la idea, la inspiració i els caràcters d'aquella. En alguns casos, podrà ser una còpia veritable i pròpiament dita realitzada per l'autor amb fins merament repetitius de l'obra original⁽²³⁾. La realització de la rèplica, la motivació de la qual pot ser molt diversa —des de la intenció de tornar a vendre un altre exemplar, la rèplica, per l'èxit i alt preu de l'original, fins a raons purament sentimentals o estètiques— és competència exclusiva de l'autor, doncs ell és l'únic que per definició pot portar-la a terme; no, en canvi, l'usufructuari⁽²⁴⁾. Així, la rèplica té un règim diferent del de la mera reproducció d'obra d'arts plàstiques, perquè, en tractar-se aquesta d'una reproducció *stricto sensu* i no ser personalíssima de l'autor, no hi ha inconvenient en què pugui ser objecte d'usdefruit.

B) Quant als *altres drets econòmics*, em refereixo, substancialment, a dos: la «compensació equitativa per còpia privada», ex art. 25 LPI, i el «dret de participació» (*droit de suite*) de l'art. 24.

a) La «compensació equitativa per còpia privada»

Situada aquesta «compensació» entre els «altres drets», diferents i a continuació dels d'explotació al Capítol III del Títol II del Llibre I LPI, i sota la idea general que només era possible l'usdefruit respecte d'aquests últims —prejudici ja al·ludit, i opinió de la doctrina majoritària—, hi havia la temptació d'excloure aquella de l'àmbit i objecte de l'usdefruit⁽²⁵⁾. No obstant això,



una lectura detinguda de l'art. 25 LPI, interpretat en el context general en què es produeix, obliga a reconsiderar aquesta exclusió precipitada i concloure que el *ius fruendi* abasta aquesta «compensació» —també, crec, en aquest cas, la «remuneració equitativa» de l'art. 108.3 LPI (artistes intèrprets i executants), i, versemblantment, la «remuneració» de l'art. 90 (autors d'obra audiovisual)—, com a objecte d'usdefruit de propietat intel·lectual.

S'ha de partir d'una premissa bàsica i és que l'objecte efectiu de l'usdefruit només són les «facultats patrimonials» de la propietat intel·lectual —millor que «drets d'explotació»—

En efecte: com diu el núm. 1 d'aquell article, la compensació de referència va «destinada a compensar els drets de propietat intel·lectual que es deixin de percebre a causa de la reproducció descrita» [per a ús privat, per «còpia privada»]: és compensació d'un dret legítim —de retribució per reproducció de l'obra: dret exclusiu de l'autor (art. 17 LPI)— per allò que cedeix en nom d'una limitació legal (còpia privada). Es tracta —ha dit encertadament CASAS VALLÉS⁽²⁶⁾— de compensar a l'autor per aquest mitjà un dany sofert injustament, però no causat injustament, doncs deriva d'una activitat lícita de reproducció per a ús privat. És un procediment i mecanisme jurídic de compensar adequadament el titular del dret de reproducció (autor o causahavent) per les reproduccions de l'obra protegida que es facin per a ús privat (art. 31.2 LPI), per a la qual cosa no es requereix el consentiment ni la retribució d'aquell —per tant, en detriment seu (econòmic)—, amb la qual cosa es busca un equilibri equitatiu entre el respecte del dret de propietat intel·lectual i el citat límit legal (cf. arts. 33 CE i 17 LPI) de l'art. 31.2⁽²⁷⁾.

Un dubte sobre la inclusió d'aquesta «compensació equitativa» com a objecte d'usdefruit podria provenir del caràcter d'irrenunciable que li assigna l'art. 25.1 LPI, que equivaldria, per a alguns, a indisponibilitat. Davant aquesta assimilació i tesi d'exclusió de l'objecte de l'usdefruit, es pot adduir: a) Irrenunciabilitat és un concepte més estricte i limitat que indisponibilitat (de la qual és una forma concreta de presentació), fet que permet pensar en actes de disposició que no consistixin en una renúncia abdicativa (l'únic prohibit expressament); observi's que l'LPI diferencia ambdós conceptes per a un dret pròxim, el de «participació» (art. 24.3 LPI), irrenunciable i intransmissible *inter vivos* (però transmissible *mortis causa*). b) La irrenunciabilitat al·ludida té com a finalitat reforçar la protecció d'aquest dret davant de les exigències i la possible coacció (sobre el creditor) dels deutors per tal de no pagar la compensació; en el mateix sentit i amb el mateix propòsit aniria la previsió legal del seu exercici col·lectiu. c) El caràcter objectiu, equitatiu, d'aquesta «compensació» (fonament legal dit), més que subjectiu o personalíssim de l'autor; prova d'això és que creditors d'aquesta no només són els autors de l'obra protegida, sinó també «els editors, els productors de fonogrames i videogrames i els artistes intèrprets o executants» (art. 25.4-b LPI); és a dir, els perjudicats per la «còpia privada» més que l'autor *intuitu personae*.

Però, fins i tot en el cas d'indisponibilitat d'aquest dret (vinculada a la irrenunciabilitat) —no ho crec, però la meua posició no és irreductible—, penso que afectaria només els actes voluntaris *inter vivos* del titular del dret, però no és tan segur que arribés als supòsits de successió *mortis causa* —recorde de nou l'art. 24.3 LPI— i menys a la successió *ex lege* en forma d'usdefruit (successió intestada en alguns ordenaments autonòmics, legítima del cònjuge vidu),

en els quals no es comprèn bé que no pugui gaudir-la el cònjuge viu successor *mortis causa* de l'autor en ser un dret patrimonial no personalíssim (irrenunciable no vol dir personalíssim) incorporat, com a tal, a la massa hereditària.

Subjecte creditor de la compensació citada és l'autor de l'obra protegida i titular nat del dret de reproducció (cf. art. 25.4-b); autor en sentit general, com a titular, és a dir, comprensiu dels causahavents per títol legítim⁽²⁸⁾ —en aquest sentit, als arts. 17 i ss. LPI, i concordants—. I en l'usdefruit de propietat intel·lectual, el titular del dret de reproducció és l'usufructuari: és ell qui veu disminuïts els rendiments de l'explotació (gaudi usufructuari) a causa de l'exercici del dret de còpia privada, de l'art. 31; després, cal compensar-lo pel mecanisme previst per la Llei a l'art. 25 LPI. Perquè en un altre cas passaria el següent: bé que s'atribuís aquesta compensació al nu propietari, fet que és clarament improcedent —no li correspon, per regla general (excepte pacte), cap manifestació de l'aprofitament o gaudi de l'objecte de l'usdefruit—; o bé que no es pagués la compensació legal (ni a l'usufructuari ni a cap altre), fet que beneficiaria el deutor sense causa justificada i que resulta absurd i contrari a Dret (enriquiment sense causa).

En conclusió: la «compensació equitativa per còpia privada» resta inclosa en l'objecte de l'usdefruit de propietat intel·lectual i el creditor de la mateixa és l'usufructuari com a titular actual de la facultat de reproducció: crèdit, exacció i forma de pagament que es regiran pel que disposa l'extens (i massa reglamentista) art. 25 LPI, al qual em remeto.

- b) El «dret de participació» de l'art. 24 LPI

Aquest dret dels autors d'obres plàstiques «a percebre del venedor una participació en el preu de qualsevol revenda que de les mateixes es re-



alitz i en subhasta pública» —en les condicions i amb les excepcions que expressa aquesta norma— ha plantejat menys dubtes: resta inclòs, en efecte, com a possible objecte d'usdefruit (el dret de participació és un dret patrimonial i ha de tractar-se com a tal, diu CASAS VALLÈS⁽²⁹⁾), però en casos molt limitats: només en el de transmissió per successió *mortis causa*, i s'extingeix transcorreguts setanta anys des de la mort o declaració de mort de l'autor (amb el còmput que indica l'art. 24.3 LPI); perquè és un dret intransmissible *inter vivos* i irrenunciable per a l'autor (també per als hereus, tesi preponderant entre especialistes). Això vol dir que només restarà inclòs com a objecte d'usdefruit quan hagi estat constituït directament per l'autor i per acte i títol *mortis causa* (herència o llegat); en canvi, no serà així si hi ha una constitució de l'usdefruit per l'hereu o legatari (del dret de propietat intel·lectual) de l'autor, doncs aquests —titulars, sí, del «dret de participació»— no podran disposar-ne en forma d'usdefruit a favor de tercers en consideració a la citada intransmissibilitat (que per als hereus seria *inter vivos*).

IV. CONTINGUT DE L'USDEFUIT DE PROPIETAT INTEL·LECTUAL

1. Idea primària i general

Com a dret real (limitat), el contingut i exercici de l'usdefruit està format, substancialment, pel conjunt de facultats que competeixen a l'usufructuari, que n'és el titular, amb els límits institucionals, en particular la temporalitat i la conservació de la forma i la substància del bé gravat (que inclourà avui el respecte del seu destí econòmic). D'altra banda, com a dret en cosa aliena, requereix preservar el dret actual del propietari (i potencial de recuperar quan s'escaigui el dret gravat); i acompanyen aquelles facultats certes obligacions (en sentit ampli, doncs no totes ho són en l'accepció tècnico-jurídica) a càrrec de l'usufructuari; les quals signifiquen, alhora, possibilitats d'exigència per al nu propietari. Aquest últim, al seu torn, juntament amb el seu dret essencial de pro-

prietat, tot i que desprovista actualment del *usus et fructus*, conserva totes les facultats del domini que siguin compatibles amb el gaudi aliè (cf., molt expressiu, l'art. 541-1.2 CCC); i, alhora, resta afectat per certs deures jurídics en relació amb el bé.

Tinc dubtes sobre el fet que correspongui a l'usufructuari el dret de l'autor de publicar les seves obres reunides en col·lecció escollida o completa, doncs penso —a diferència d'altres autors, que hi veuen un dret estrictament patrimonial i transmissible *inter vivos* i *mortis causa*— que es tracta d'una atribució a l'autor *intuitu personae*

Davant la impossibilitat de fer aquí una descripció completa d'aquest contingut, i pensant en l'especificitat d'aquest usdefruit a causa del l'objecte, abordaré la qüestió des de la perspectiva, eminentment, de l'usufructuari, i em referiré a les *facultats* que com a tal té —l'aspecte més interessant—, a les *limitacions* —les institucionals *ex usdefruit* i les específiques derivades de la propietat intel·lectual—, i a les *obligacions* que li corresponen. La consideració del dret d'autor com un bé deteriorable per la temporalitat específica —progressiva disminució del valor econòmic del dret usufructuat fins a l'extinció pel pas al domini públic—, i l'aplicació del règim de l'usdefruit d'aquesta classe (art. 481 CC) —com suggereix certa doctrina italiana (TENCATI: cf. nota 5)—, no té, al meu parer, gairebé cap transcendència, tant per l'escassa incidència en el gaudi del bé d'aquella temporalitat *ex art. 41 LPI* com per la poca repercussió en aquest usdefruit del règim especial de l'art. 481 CC (que no difereix gaire de l'ordinari).

La posició jurídica del nu propietari restarà definida com la de l'«altra part» en la relació usufructuària, revers de les facultats i els deures o obligacions de l'usufructuari.

2. Facultats de l'usufructuari

Són dues les fonamentals: la de *gaudi* i la de *disposició*, perquè, atès el caràcter

immaterial de l'objecte, a l'usdefruit (la propietat intel·lectual, no el suport de l'obra protegida) no li pertoca la possessió o l'ús del bé usufructuat com a facultat diferenciada de l'exercici del dret.

2.1. Facultat de gaudi de l'usufructuari

A) *En general.* El gaudi usufructuari dels drets d'explotació de propietat intel·lectual és pràcticament idèntic al que corresponia el constituent de l'usdefruit (excepte limitacions concretes en l'acte constitutiu), d'acord amb les notes típiques dels drets d'explotació; és possible, fins i tot, un contingut parcial del gaudi usufructuari (per exemple, alguns, que no pas tots, els drets d'explotació: art. 469 CC). L'exercici d'aquest usdefruit exigeix —com per a l'autor o un altre titular— que els drets que gaudeixen siguin susceptibles ja de possible explotació, i amb els requisits propis d'aquesta. És precís, doncs, que l'obra hagi restat exterioritzada o fixada en un suport material de qualsevol classe (art. 10.1 LPI), i, en termes generals, divulgada. Els actes d'explotació es caracteritzen per tractar-se d'activitats dirigides tendencialment o potencial a obtenir un guany (la «significació econòmica» de què parla l'art. 31.1), fet que exclou d'aquesta consideració les utilitzacions d'una obra protegida sense finalitat lucrativa (tot i que la gratuïtat o utilització no patrimonial de l'obra no és un criteri suficient); i ser d'utilització col·lectiva, actual o potencial, és a dir, que desbordin l'àmbit privat (ús personal, de l'art. 31.2; comunicació en un àmbit estrictament domèstic, de l'art. 20.1-2n LPI).

Els drets d'explotació tenen una *doble manifestació jurídica*, que es projecta en el seu gaudi: a) *d'ordre negatiu*, en el sentit d'oposició del titular (l'usufructuari) al seu exercici per altres persones sense la seva autorització, llevat de les excepcions legals, i poder accionar contra qualsevol intromissió il·legítima; i b) *d'ordre positiu*, consistent en l'exercici i l'explotació efectius de les facultats usufructuades (totes o algunes), si vol i quan vulgui, per ell ma-



teix, directa o indirectament (contracte d'edició o de representació, entre els més coneguts i senzills). L'exclusivitat en l'exercici de tals drets es troba avui molt afectada per les excepcions i limitacions legals a què al·ludeix l'art. 17 LPI (cf. arts. 31 a 40 bis LPI), no només en la previsió normativa i d'un correcte ús, sinó pel senzill exercici abusiu de tals excepcions i limitacions, propiciat darrerament per les modernes tècniques de reproducció privada i en massa o de comunicació pública⁽³⁰⁾.

La «compensació equitativa per còpia privada» resta inclosa en l'objecte de l'usdefruit de propietat intel·lectual i el creditor de la mateixa és l'usufructuari com a titular actual de la facultat de reproducció: crèdit, exacció i forma de pagament que es regiran pel que disposa l'article 25 LPI

L'al·lusió de l'art. 17 LPI a l'explotació per l'autor (o per l'usufructuari, el seu causahavent) de la seva obra *en qual-sevol forma* és l'expressió d'un tipus obert d'exercici que caracteritza en aquest ordre la nostra Llei de Propietat Intel·lectual; la menció posterior en el mateix precepte d'unes quantes formes (reproducció, distribució, etc.), «en especial», indica que el sistema legal és de *numerus apertus*; fet que es tradueix en la possibilitat de facultats, modalitats i formes atípiques d'explotació (sobretot, en l'àmbit de la comunicació pública), l'aprofitament i gaudi de la qual correspondrà, si s'escau (segons el títol constitutiu i la seva interpretació), a l'usufructuari⁽³¹⁾. No obstant això, no poden ser objecte d'usdefruit les modalitats d'utilització o els mitjans de difusió (que és comunicació pública) inexistents o desconeguts en el moment de la constitució d'aquell dret real, perquè n'està prohibida la transmissió (art. 43.5 LPI); la infracció d'aquesta prohibició comportarà la nul·litat absoluta del pacte.

L'usufructuari, com a causahavent, té legitimació per a l'exercici d'aquests drets (*rectius*, facultats), reservat en

exclusiva, *prima facie* i en abstracte, a l'autor de l'obra protegida (cf. article 17). L'exigència del «consentiment de l'autor» per a l'explotació de l'obra que la Llei reconeix al titular del dret d'explotació (art. 17) competeix en aquest cas a l'usufructuari: ell és el legítim per donar els consentiments o les autoritzacions que cada facultat d'explotació (reproducció, distribució, comunicació pública, transformació; i les atípiques) i modalitat (vegeu les moltes de l'art. 20), si s'escau, requereixin. Aquest consentiment no consisteix en un simple i asèptic acte volitiu, sinó que va referit a una forma o modalitat d'explotació, a un objecte (el que ho és de dret d'autor usufructuat) i a unes condicions de particular rellevància: preu de l'original o dels exemplars, participació econòmica del titular d'aquesta facultat, àmbit temporal o territorial de difusió de l'obra, subordinació de la comercialització a un determinat esdeveniment, etc. L'incompliment per l'altra part contractual de certes clàusules sobre les quals es projecta tal consentiment —convé destacar-lo— tindrà una transcendència particular en relació amb certs efectes, per exemple, de la facultat de distribució (l'extinció o esgotament).

A la pràctica, l'exercici per part de l'usufructuari dels drets d'explotació de l'obra donada en usdefruit no difereix substancialment i funcional del que pot fer el propi autor: a) el primer i més senzill consistirà a explotar directament l'obra de creació sense mediació de cap tercer: ja sigui exposant les obres d'art (quadres, escultures), fotografiant-les i filmant-les (i, després, comercialitzant aquestes reproduccions); ja sigui cantant l'autor o executant al piano el músic la seva obra, o bé utilitzant en exclusiva el creador un programa d'ordinador; aquesta seria la forma més simple, tot i que menys freqüent també, de l'exercici exclusiu d'aquestes facultats d'explotació. b) Però pot l'usufructuari optar per gaudir dels rendiments econòmics de la seva obra cedint a una altra persona alguna de les facultats o formes d'explotació que la Llei preveu, per mitjà d'un contracte *ad hoc*.

El més habitual, en canvi, serà l'explotació de l'obra d'aquesta última

manera, indirecta, per mitjà de la transmissió *inter vivos* (cessió qualitativament parcial de l'exercici) del dret o drets d'explotació de què es tracti, per a la qual cosa l'usufructuari, titular dels mateixos en aquest concepte, té legitimació suficient (art. 43 LPI): es tractarà d'algun dels múltiples contractes típics i atípics possibles, des dels clàssics d'edició i representació fins als nous i complexos relacionats amb la facultat o el dret de comunicació pública ex art. 20 LPI (radiodifusió per cable o via satèl·lit, transmissió o retransmissió de programes radiofònics o televisats, accés públic a obres incorporades a bases de dades, entre d'altres). Aquesta transmissió per negoci *inter vivos* resta sotmesa al règim i les limitacions de la cessió dels arts. 43 i seg. LPI. El contracte de cessió de drets que porti a terme l'usufructuari es resoldrà a l'extinció del seu propi dret (art. 480 CC).

B) Facultats concretes. Casos especials. Davant la impossibilitat d'examinar amb cert deteniment el joc funcional de cada facultat d'explotació, em permeto fer alguna observació sobre aspectes rellevants de les mateixes en relació amb l'usdefruit.

a) Correspon a l'usufructuari —com a l'autor, el seu causant— el dret de reproducció, amb la facultat exclusiva de promoure i efectuar, o autoritzar, la multiplicació de l'obra de creació en còpies o exemplars fidels a l'original: només ell (com abans l'autor) pot exercir-la (*ius prohibendi*). L'autorització a tercers (cessionaris per contracte) té efecte sempre que la reproducció es faci dins de l'àmbit autoritzat, tant objectiu com territorial i altres que procedeixin. Tot el que no es produeixi així (llevat de les excepcions i limitacions pertinents) fa que la reproducció per l'autoritzat deixi de ser ajustada a Dret, té el caràcter d'il·lícita i prohibida, amb conseqüències. La prohibició abans citada afecta la reproducció (il·lícita) sigui quin sigui el nombre de còpies reproduïdes, doncs allò antijurídic no radica tant en el perjudici econòmic a l'usufructuari (fet que es reflectirà en l'import de la indemnització,



si s'escau), sinó en haver-se realitzat quelcom que jurídicament li està reservat en exclusiva (o al cessionari del seu dret); i això, fins i tot, amb la reproducció d'un únic exemplar o còpia, o de només uns pocs. És indiferent també, a efectes de prohibició i il·licitud de la reproducció, la finalitat de l'efectuada sense aquell consentiment, o el destí que pensi donar-se, o s'hagi donat, a les còpies o els exemplars obtinguts; i tot i els avantatges econòmics aconseguits. De la mateixa manera que també és indistint el procediment tècnic o la forma de la reproducció no autoritzada (observi's que tot això ocorre aquí en relació amb l'autor, fet en el qual insisteixo).

- b) Quant al dret o la *facultat de distribució*, competeix a l'usufructuari tant la introducció en el tràfic econòmic-jurídic i ulterior comercialització de l'obra o exemplars —la «posada a disposició del públic de l'original o de les còpies de l'obra...», de l'art. 19.1 TRLPI—, com el control d'aquest procés, més enllà de la comercialització que acompanya la noció jurídica de distribució, implícita en el límit que estableix el número 2 del propi article: la menció legal de l'*esgotament* d'aquest dret (de distribució) amb la venda o un altre acte de transmissió de la propietat dels exemplars de l'obra, i només amb ella, mostra que el control sobre els mateixos (consentiment, retribució) acaba amb aquesta alienació, i no amb altres actes propis de la distribució. Arriba, doncs, a l'usufructuari «l'esgotament» del dret de distribució: venuda per primer cop l'obra original o els seus exemplars en l'àmbit de la Unió Europea («esgotament comunitari»), el seu comprador, propietari ja de la cosa material a la qual està incorporada l'obra intel·lectual o artística, pot disposar-ne sense interferències de l'autor o causahavent, doncs el seu dret de comercialització i distribució s'ha esgotat o extingit amb aquella primera venda (cf. art. 19.2 LPI). S'extingeix en tal cas el *ius prohibendi* o control per a actes d'alie-

nació posteriors que realitzi l'adquirent de l'obra. Però no es produeix tal esgotament en cas de venda per part del titular de l'original o de les còpies fora de la Unió Europea (Directiva 2001/29). Només es produeix l'esgotament del dret de distribució si l'alienació de l'original o les còpies de l'obra protegida es van fer correctament i amb el consentiment de l'autor o causahavent (és a dir, dins de l'àmbit i les condicions que hagi autoritzat)⁽³²⁾. La distribució o comercialització de l'obra, com qualsevol altra forma d'explotació, sense el consentiment de l'autor ha de considerar-se il·lícita (regla general), amb les sancions i conseqüències pertinents en cada cas, segons el tipus d'infracció (cf. arts. 138 seg. LPI, i 270 CP). D'això deriva que els actes que realitzi l'usufructuari, com a cessionari de drets d'explotació, al marge de la modalitat d'explotació cedida en usdefruit, o més enllà del temps i de l'espai per al qual es va autoritzar, hauran de considerar-se il·lícits, i el nu propietari (autor o algú altre) pot oposar-s'hi i perseguir-los d'acord amb els arts. 138 i seg. LPI.

Són dues les facultats fonamentals de l'usufructuari: la de gaudi i la de disposició, perquè, atès el caràcter immaterial de l'objecte, a l'usdefruit (no al suport de l'obra protegida) no li pertoca la possessió o l'ús del bé usufructuat com a facultat diferenciada de l'exercici del dret

- c) Pel que fa a la *comunicació pública* (art. 20 LPI), és avui, amb l'espectacular desenvolupament tecnològic i els mitjans de comunicació, en molts casos la principal forma d'explotació, no només social i jurídica, sinó també econòmica. En relació amb això, i amb aplicació particular per als actes de teledifusió, es parla del «sistema de graus» (de retribució), en el sentit que l'acte pel qual es deu retribució al titular del dret d'autor

ja no és aquell pel qual es gaudeix efectivament de l'obra difosa (fet molt difícil de controlar), sinó l'acte que pot permetre al públic accedir-hi i gaudir-ne. Tenint en compte l'autonomia que tenen les diverses formes de comunicació pública, cadascuna requereix de l'autorització corresponent, ara de l'usufructuari, i li genera una remuneració independent. El dret de comunicació pública pot ser objecte de transmissió o cessió *inter vivos* a una altra persona (cf. art. 43.1 LPI), freqüent en la pràctica. L'LPI regula un dels contractes de cessió onerosa, la de representar o executar públicament una obra literària i altres (arts. 74 a 85); no d'altres, i són moltes les que menciona l'art. 20.2; però aquesta tipificació legal permet aplicar algunes de les seves solucions als contractes atípics (cf. art. 84.1 LPI per a la cessió del dret de comunicació a través de la radio-difusió).

D'entre les diverses modalitats de comunicació pública que competeixen a l'usufructuari, té una particularitat interessant l'*exposició pública d'obres d'arts plàstiques* o d'obres fotogràfiques: es permet al propietari del suport exposar-lo, tret que l'autor hagués exclòs expressament aquest dret en l'acte d'alienació de l'original (art. 56.2 LPI) —però no reproduir l'obra, ni tan sols en catàlegs, publicitat o guies d'exposició sense autorització de l'usufructuari (titular del gaudi d'aquest dret concret)—. Si s'hagués produït aquesta exclusió, si el dret d'exposició el conserva l'autor, pot passar a l'usufructuari, que portarà causa del títol (*inter vivos* o *mortis causa*) constitutiu. D'altra banda, en el cas que un museu adquireixi l'obra a un propietari diferent de l'autor, si es va excloure expressament el dret d'exposició al contracte inicial de venda (primera), aquesta exclusió seguirà operant per al museu, perquè el primer comprador no pot transmetre el que ell no va adquirir ni té (el dret d'exposició). Per tant, el museu haurà de negociar



directament amb l'usufructuari aquest dret reservat amb la primera venda: forma d'explotació sotmesa a les regles generals.

- d) De la doble projecció de la *transformació* (art. 21 LPI) —facultat del titular d'aquest dret d'autoritzar-la (respecte de l'obra original) i acte d'explotació per a ell, i, al mateix temps, una activitat d'una altra persona (traducció, adaptació o qualsevol altra modificació), de la qual deriva una obra diferent d'aquella i també protegida—, competeix a l'usufructuari la primera: només ell pot efectuar o autoritzar a una altra persona la transformació de l'obra originària, i aquest acte produirà la plenitud dels seus efectes si s'acomoda en la tècnica, forma i abast a allò establert legalment. El consentiment per a la transformació de l'obra preexistent és per obtenir una (determinada) obra derivada, però no per a la transformació d'aquesta última (també possible: obra derivada d'una obra derivada, com una traducció d'una obra inicial anotada i actualitzada), que requerirà l'autorització de l'usufructuari i de l'autor de la derivada. L'instrument jurídic més comú per autoritzar la transformació d'una obra original és l'anomenat «contracte de transformació». D'altra banda, atès que en l'obra derivada concorren drets dels dos autors —l'obra derivada és de l'autor de la transformació i li corresponen els drets «de propietat intel·lectual» (art. 21.2), entre d'altres, els d'explotació—, pot ser problemàtica la coordinació amb els drets que corresponguin a l'autor de l'obra preexistent (ara gaudits per l'usufructuari). Si no es va preveure al contracte de transformació, les normes generals aplicables semblen ser les de la transmissió de drets *inter vivos*, dels arts. 43 i seg. LPI. El fet base (i problemàtic) és l'existència d'una obra al naixement de la qual han contribuït l'autor de la preexistent i el de la derivada: hi ha, doncs, certa col·laboració (tot i que no és la de

l'obra «en col·laboració» de l'art. 7). Hi ha, d'altra banda, interessos comuns i drets de tots dos en la mateixa obra resultant, compatibles jurídicament i per conjugar.

A la pràctica, l'exercici per part de l'usufructuari dels drets d'explotació de l'obra donada en usdefruit no difereix substancialment i funcional del que pot fer el propi autor

- e) A conseqüència de la tensió personalisme/patrimonialitat a la qual m'he referit, i la relativa submissió dels drets d'explotació als morals que corresponen a l'autor, el gaudi usufructuari pot veure's afectat pels límits que li imposen aquests darrers drets o el seu exercici. Així, el gaudi per part de l'usufructuari de les facultats i modalitats d'explotació de certes obres pot restar afectat per la modificació d'aquestes per part de l'autor, amb el límit del respecte dels drets adquirits (art. 14-5è LPI) —que es pot traduir en l'assumpció de despeses per part de l'autor i la indemnització de perjudicis, entre altres conseqüències—; o per la retirada de l'obra de la venda per canvi de les conviccions intel·lectuals o morals, que donarà lloc a una indemnització de danys i perjudicis a l'usufructuari, i altres conseqüències si l'autor reemprèn l'explotació de l'obra (art. 14-6è); i, pel que fa a l'exercici de la facultat d'exposició pública d'obres d'arts plàstiques o d'obra fotogràfica, l'autor pot controlar-la i prohibir-la si considera que lesiona algun dels seus drets morals o es realitza en condicions que perjudiquen el seu honor o la seva reputació (art. 56.2 LPI).
- C) *Protecció de l'usdefruit i de l'usufructuari.* Com a titular de l'usdefruit i «dels drets reconeguts» a l'LPI, l'usufructuari pot exercitar: (i) *les accions (reals) que protegeixen el dret d'usdefruit* —una *vindicatio usufructus*, la confesòria, l'acció declarativa, i d'altres—;

(ii) *les accions derivades de l'acte i títol constitutiu del dret real, sigui inter vivos o mortis causa*; (iii) *les accions i la protecció dels drets derivats de la propietat intel·lectual* dels arts. 138 i seg., incloses les mesures cautelars de l'art. 141 LPI. Les dues primeres es regeixen per les regles generals. Pel que fa a aquestes últimes, reformes legals recents dispensen una nova protecció dels drets d'explotació, molt vulnerables, que afecta l'usufructuari com a titular d'un dret real limitat. Es manifesta no només en l'ordre processal civil (arts. 138 a 141 LPI) i penal (modificació de l'art. 270 CP per LO 15/2003, del 25 de novembre), sinó amb la nova «protecció de les mesures tecnològiques i de la informació per a la gestió de drets» (arts. 160 a 162, redacció del 2006), que amb mesures tecnològiques (art. 160.3) i dispositius informàtics (com encriptació, antipirateria, mecanismes que impedeixen la còpia privada en DVD) permeten als titulars controlar l'accés i l'ús de les seves obres en l'entorn digital.

2.2. Facultat de disposició

Opera la facultat de disposició en l'usdefruit, en general, de la mateixa manera que en altres àmbits i per a altres drets i titularitats. També els requisits (sobretot, legitimació i disponibilitat de l'objecte) i els mecanismes jurídics de disposició/transmissió. Al nostre ordenament hi ha una indeterminació inicial de les formes d'exercici d'aquesta facultat: així, de forma molt generalitzada, es produeix l'art. 480 CC. No obstant això, l'àmbit d'aquesta facultat de disposició és més limitat en aquest àmbit, atesa la naturalesa de l'objecte d'aquest usdefruit i, a més, perquè amb el de l'usufructuari conflueix el dret del nu propietari sobre el mateix bé.

La *facultat de disposició* té aquí, com en altres casos, tres formes fonamentals de manifestar-se: a) *la transmissió actual o potencial* (gravamen) del dret d'usdefruit a una altra persona, o de les pròpies facultats per mitjà de contracte típic o atípic (d'edició, de representació, cessions obligacionals d'explotació de certes modalitats d'explotació), a l'empara de l'art. 480 CC; b) *la constitució a favor d'un tercer* d'un



dret menor de gaudi (qualitativa, quantitativa o temporalment); i c) *la renúncia abdicativa*. Alhora, la disposició d'aquest dret pot fer-se pels títols materials i formals ordinaris de Dret comú. Són d'aplicació, doncs, les regles generals (incloses les relatives a la propietat intel·lectual: arts. 43 i seg. LPI), amb poques excepcions, tot i que sí algunes particularitats derivades, altre cop, de la interferència del dret moral en la dinàmica de les facultats patrimonials, objecte de l'usdefruit: pensem en el cas del traductor o adaptador d'una obra, transformació consentida i cedida per l'usufructuari, i l'obligació de respecte del dret moral d'autor d'integritat (art. 14-4t LPI), que pot entrar en conflicte amb la modificació autoritzada.

3. Limitacions

Com tot usdefruit, l'exercici té, junt amb els límits i les limitacions pròpies d'aquest, les que ho són de la propietat intel·lectual. Diferenciaré, doncs, les institucionals de l'usdefruit, de les específiques, derivades de la particular naturalesa de la propietat intel·lectual i de la submissió de les facultats patrimonials als drets morals de l'autor (o un altre titular: arts. 15 i 16 LPI). Al·ludiré després a les obligacions de l'usufructuari. Cal entendre que amb prou feines puc portar aquí una idea general mínima i una referència breu del que és particular en relació amb l'objecte de l'usdefruit.

3.1. Limitacions institucionals «ex usdefruit»

Per aplicació de les regles ordinàries d'aquest dret real —del Codi Civil, de la *Compilación Navarra* i del Codi Civil de Catalunya, que contenen un règim legal general de l'institut—, l'usufructuari té en l'exercici el gaudi del seu dret el límit típic del *salva rerum substantia* de la propietat intel·lectual concreta objecte del gaudi (obra protegida, facultats concedides), així com els deures habituals de conservació del dret usufructuat (amb la diligència de l'art. 497 CC; cf. també art. 561-8 CCC) i preservar l'entitat i substància, i el destí econòmic (en alguns casos, de notable importància: pensi's en l'explotació sota múltiples formes de comunicació). Com a concreció i cas particular de la diligència exigible a l'usufructuari (art.

497 CC), qui alieni o ofereixi en arrendament el seu dret d'usdefruit serà responsable del menyscabament que pateixin els drets d'explotació usufructuats per culpa o negligència de la persona que el substitueixi (art. 498 CC); és assimilable a aquests contractes la cessió a un tercer d'alguna facultat o forma d'explotació (contracte d'edició o de representació, o altres d'atípics). En el cas de l'arrendament, es tracta d'una responsabilitat per fet aliè, i en el de l'alienació, de tipus legal; en un i altre cas es requereix culpa o negligència del substitut, però la responsabilitat de l'usufructuari és independent de la seva pròpia diligència o negligència (responsabilitat de tipus objectiu)⁽³³⁾.

A exposició pública d'obres d'arts plàstiques o d'obres fotogràfiques es permet al propietari del suport exposar-lo (tret que l'autor hagués exclòs expressament aquest dret en l'acte d'alienació de l'original), però no reproduir l'obra, ni tan sols en catàlegs, publicitat o guies d'exposició sense autorització de l'usufructuari (titular del gaudi d'aquest dret concret)

En aquest aspecte i intel·ligència, atesa la subtilitat de la propietat intel·lectual, competeix a l'usufructuari l'exercici puntual de les facultats usufructuades (contingut, abast) i l'exquisit respecte dels drets morals de l'autor connexos als d'explotació i que afecten més directament l'obra: per exemple, exigir a qui correspongui (segons la forma d'explotació) el reconeixement de l'autoria, el respecte de la integritat de l'obra i que no sigui modificada o alterada ni s'hi atempti en contra (art. 14-3r i 4t LPI); tenir cura que no desaparegui del mercat o àmbit cultural pertinent, etc.

3.2. Limitacions vinculades a la naturalesa de la propietat intel·lectual

Són variats els límits i les limitacions (no és fàcil separar uns i altres aquí) d'aquesta classe, que afecten també l'usufructuari. Podríem diferenciar:

- A) Els límits legals descrits al Capítol II del Tít. III (arts. 31 a 40 bis LPI), d'espectre molt ampli, com es dedueix de la lectura (n'hi ha prou amb aquesta remissió), afecten l'usufructuari, titular de l'exercici dels drets d'explotació, en els mateixos termes que a l'autor. Vull subratllar només, com a realitat social i jurídica canviant, l'ampliació recent —modificacions diverses del Text refós de l'LPI del 1996— dels «límits» (sic) als drets d'explotació com a resposta a l'ampliació paral·lela d'aquests últims: així, pel que fa a la còpia privada (cf. arts. 25 i 31.1 LPI), en actuacions administratives i respecte de persones amb discapacitat (art. 31 bis), cita i il·lustracions en l'ensenyament (art. 32) o per a fins d'investigació (art. 37), etc. —compari's la redacció actual dels arts 31 a 40 LPI amb l'original del 1987—. També pel que fa al control i a certs límits a les mesures tecnològiques de protecció (cf. art. 161), que pretenen deixar fora de perill la lliure utilització (còpia privada) i que no s'impedeixi l'accés legal a obres d'acord amb el que es preveu als arts. 31 a 38.
- B) Els derivats de la relació de les facultats patrimonials amb els drets morals. Tenen aquí, en efecte, especial rellevància aquests darrers, doncs el gaudi dels patrimonials està atribuït a una persona diferent de l'autor i a causa de la subordinació d'aquests a aquells. M'he referit ja, en al·lusió a casos concrets, a com afecten a l'usufructuari, com a límits en l'exercici de les facultats corresponents, els drets que l'art. 14 LPI reserva a l'autor (en especial, els dels apartats 4t, 5è i 6è)⁽³⁴⁾. D'alta banda, l'interès social en l'obra i la cultura, que permet parlar d'una funció social de la propietat intel·lectual (dret a la cultura com a forma i mitjà de perfeccionament i de desenvolupament de la personalitat), determina altres limitacions per a l'usufructuari (com per a l'autor) en l'exercici del seu dret (cf. arts. 31 a 40 bis LPI). Aquestes raons precisament són a la base dels límits i les limitacions dels drets de l'autor, en general, i dels d'explotació, que repercuteixen en l'usufructuari en els mateixos termes.



C) Hi ha, també, les *restriccions legals* de l'art. 43 (constituïció per acte *inter vivos*): limitació de la cessió de drets a les modalitats d'explotació previstes al títol constitutiu, i al temps i àmbit territorial que es determinin; la manca de menció del temps limita la transmissió a cinc anys i la de l'àmbit territorial al país en què es realitzi la cessió; en cas de no especificació de les modalitats d'explotació de l'obra, resten limitades a aquella que es dedueixi necessàriament de l'acte i sigui indispensable per complir la finalitat del mateix, i resten excloses sempre les modalitats d'utilització o mitjans de difusió inexistents o desconeguts en el moment de la constituïció de l'usdefruit. En aquest mateix context, no és possible la cessió de drets d'explotació respecte del conjunt de les obres que pugui crear l'autor en el futur, i són nul·les les estipulacions per les quals l'autor es compromet a no crear cap obra en el futur.

La facultat de disposició té aquí tres formes fonamentals de manifestar-se: la transmissió actual o potencial; la constituïció a favor d'un tercer d'un dret menor de gaudi i la renúncia abdicativa

3.3. Obligacions que competeixen a l'usufructuari

També en aquest punt l'usufructuari s'ha d'atènyer a les regles ordinàries de l'usdefruit: l'afecta l'obligació de prestar fiança (l'inventari pot quedar substituït per la descripció de l'objecte de l'usdefruit en el títol constitutiu i els límits legals), amb el règim dels arts. 492 i seg. CC. Per la naturalesa de l'objecte (propietat intel·lectual) és difícil pensar en reparacions ordinàries o extraordinàries, però sí en millores en l'aprofitament d'algunes facultats i modalitats d'explotació, sobretot en el camp, cada dia més ampli, de la de comunicació pública, oberta a noves tecnologies; s'aplicaran a aquestes possibles millores les regles ordinàries (arts. 487 i 488 CC). En cas de «mal ús» o abús

de l'usufructuari que perjudiqui l'obra usufructuada i el nu propietari (l'autor o els seus causahavents), el perjudicat podrà sol·licitar l'aplicació de l'art. 520 CC (cf. també l'art. 561-8 CCC) i mesures corresponents (adaptades aquí a l'especificitat de l'objecte).

V. EXTINCIÓ D'AQUEST USDEFRUIT

1. Causes. Efecte general

El de propietat intel·lectual s'extingeix, com altres usdefruits de drets, per les causes pròpies i ordinàries de l'usdefruit (art. 513 i seg. CC; art. 561-16 i seg. CCC; Llei 421 Comp. nav.), algunes de difícil o impossible presentació en aquest cas (pèrdua de la cosa, expropiació, amb prou feines pensable); i per les específiques de la propietat intel·lectual, el seu objecte. És important i típica d'aquesta la caducitat dels drets d'explotació pel transcurs del temps (art. 26 i seg. i concord. LPI), i el pas d'aquella al domini públic (art. 41 LPI). A aquests casos i aspectes s'apliquen les regles generals (citades i les concordants), amb les particularitats, de nou, vinculades en aquest ordre a l'objecte d'aquest dret real.

L'efecte general de l'extinció de l'usdefruit és la desaparició del mateix com a entitat jurídica, i el *ius fruendi* resta reabsorbit per la nua propietat per formar la propietat plena; el nu propietari esdevé propietari, sense més. L'extinció de l'usdefruit no suposa una transmissió al nu propietari del *ius fruendi*, sinó que hi ha una expansió ex lege de la nua propietat per la desaparició del gravamen sobre el bé usufruat (en què consistia el dret extingit).

L'extinció de l'usdefruit suposa l'esgotament de certes relacions jurídiques entre usufructuari i nu propietari (i, de vegades, amb tercers) i el naixement d'altres, de les quals aquella constitueix un pressupost: així, les que deriven de la restitució de la cosa al nu propietari, la liquidació de relacions obligacionals entre aquells titulars (indemnització per danys, liquidació de millores, etc.). Les conseqüències, doncs, de l'extinció de l'usdefruit són àmplies i complexes, amb projeccions múltiples personals i objectives, que varien segons quina sigui la cau-

sa extintiva i situació col·lateral afectada o de l'objecte (aquí, molt particular).

Són altres *conseqüències de l'extinció* de l'usdefruit: a) la restitució al nu propietari del dret gravat, en la forma específica que el dret d'autor requereix; b) liquidació de comptes pendents entre usufructuari i nu propietari; c) retenció del bé usufruat per l'usufructuari en els supòsits que autoritza la Llei; d) cancel·lació registral de la inscripció de l'usdefruit, si afecta a béns immobles.

A més d'aquestes conseqüències, típiques *inter partes*, n'hi ha d'altres que afecten a tercers, que examinaré breument a continuació.

2. Efectes de l'extinció d'aquest usdefruit respecte de tercers

Aquesta qüestió té una particular importància en aquest cas i usdefruit perquè, per a l'explotació de les facultats patrimonials de la propietat intel·lectual, l'usufructuari necessitarà gairebé sempre la celebració de contractes amb tercers (edició, representació, distribució, difusió...). Un cop extingit l'usdefruit, en quins termes afecta aquesta terminació als tercers, causahavents obligacionals de l'usufructuari?

Els efectes de l'extinció de l'usdefruit afecten a tercers segons la relació que aquests hagin tingut amb el dret usufruat, i amb el nu propietari i l'usufructuari, atès que el no personalisme actual de l'usdefruit permet al titular disposar-ne com un bé autònom (art. 480 CC); també el nu propietari pot disposar del seu dret (art. 489 CC), fet que afecta la relació usufructuària i els tercers causahavents.

La regla general en aquest punt és el principi d'accessorietat: un cop decaïgut o extingit el dret base (aquí, l'usdefruit) del qual deriva o sobre el qual es va constituir un altre dret (el de l'editor, o de l'empresa de televisió), s'extingeix aquest com a accessori respecte d'aquell. En conseqüència, els drets i les relacions jurídiques constituïts sobre l'usdefruit o per l'usufructuari sobre els drets patrimonials (cessió de tipus real o obligacional), s'extingeixen un cop desaparegut el dret matriu. En aquest principi es basen els arts. 480 i d'altres d'aplicables. Això



no obstant, hi ha excepcions: unes recol·lades en les pròpies normes, d'altres en funció de qui sigui el disposador, i de la causa d'extinció.

Respecte dels causahavents de l'usufructuari, opera aquí amb més rigor la regla general, és a dir, que un cop extingit l'usdefruit, decauen amb ell tots els drets constituïts a la seva empara, les relacions jurídiques constituïdes per l'usufructuari, en la titularitat de les quals es fundava el seu naixement

Respecte dels *causahavents de l'usufructuari*, opera amb més rigor la regla general: un cop extingit l'usdefruit, decauen amb ell tots els drets constituïts a la seva empara, les relacions jurídiques constituïdes per l'usufructuari, en la titularitat de les quals es fundava el seu naixement. Segueixen aquesta regla l'art. 480 CC i la Llei 408 FN; cf. també el 107-1r LH, d'aplicació analògica en el nostre cas. Però en aquestes normes hi ha excepcions i matisos: per exemple, per als drets reals constituïts en relació amb les causes voluntàries d'extinció: així, el mateix art. 107-1r LH per a la hipoteca, la regla general del qual podria generalitzar-se per a altres drets reals i la mateixa causa voluntària. Respecte dels drets personals constituïts per l'usufructuari, opera també, en principi, la regla general: extingit l'usdefruit, s'extingeixen els drets d'aquesta classe que transmeten facultat d'ús i gaudi a un tercer (cf. de nou arts. 480 CC, 561-9.3 CCC i Llei 408 FN).

Quant als *tercers causahavents del nu propietari* més afectats per l'extinció de l'usdefruit —titulars de drets reals i de crèdit constituïts per ell referents a una facultat de gaudi que pot interferir (o veure's interferida per) l'usdefruit, al qual, no obstant això, no han de perjudicar (art. 489 CC)—, un cop extingit l'usdefruit, els drets i les relacions jurídiques mencionades recuperen tota la virtualitat un cop desaparegut el gravamen que els comprimia o limitava.

(1) La STS del 3 de juny del 1991 (i la del 9 de juny del 1998, que el reitera) diu que «el dret d'autor, que és inescindible i ha de ser contemplat en unitat, té un

contingut plural de facultats pròpies i projeccions [...] que poden enquadrar-se en dos grups: a) un de contingut patrimonial, derivats de l'explotació econòmica de l'obra, i ens porta a la configuració de drets previstos i protegits en l'ordenament jurídic i en la consideració de propietat especial; b) un altre, de caràcter personal, que són les facultats o els drets morals dels autors, a conseqüència de la paternitat de les obres, que pel seu talent, art, inspiració i enginy, ha aconseguit realitzar». I la SAP de Castelló del 29 de març del 1997 va qualificar la propietat intel·lectual com un dret subjectiu de caràcter absolut, que concedeix a l'autor el dret d'explotar i disposar a voluntat de l'obra creada; li atribueix el caràcter de dret real, doncs no té com a subjecte passiu una persona individualment determinada, sinó un subjecte col·lectiu i indeterminat.

(2) Va dir LACRUZ BERDEJO que «de la propietat intel·lectual poden destacar-se, com del poder sobre la cosa, facultats singulars d'aprofitament, però sotmeses també a la *vis atractiva* del dret ple, doblegada aquí per la presència de l'aspecte moral o personal que condiciona en notable mesura l'autonomia dels *iura in re aliena* constituïts sobre el dret de l'autor. Mostra d'aquest condicionament és el fet que, d'una banda, el concessionari per títol real o obligacional de l'explotació pecuniària de la producció intel·lectual estigui molt més limitat que un arrendatari o usufructuari en l'exercici de tals drets per un deure de respecte a la integritat i autoria que excedeix àmpliament de la regla *salva rerum substantia*; doncs el creador conserva (hi ha excepcions) el dret de recuperar la facultat de multiplicar i difondre l'obra que havia cedit, mitjançant l'exercici del "dret de pene-diment", i també que, d'altra banda, la creació de *iura in re aliena* sobre el dret d'autor es trobi més limitada que sobre les coses: tant pel que fa a la naturalesa de tals drets (pràcticament, només l'usdefruit i la hipoteca mobiliària) i el seu contingut, com als modes d'adquirir-los, [...]» (Coment. art. 2 LPI, a *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual* (coord. R. Bercovitz), 2a ed., 1997, pàg. 34; pàg. 31 de la 3a ed., 2007).

(3) GETE-ALONSO CALERA, C., tot i reconèixer l'admissibilitat de drets reals limitats sobre la propietat intel·lectual, diu que «no ha de deixar de ressaltar-se la perplexitat que això produeix. Efectivament, caracteritzat el dret de propi-

etat intel·lectual com el poder jurídic exclusiu atribuït a l'autor, en règim de monopoli i amb eficàcia *erga omnes*, sobre l'obra, la vessant econòmica de la qual es tradueix en l'obtenció de rendiments de la mateixa a través de l'exercici de les facultats d'explotació, aquest és contradictori amb la coexistència de dos (o més) poders plens (drets reals) diferents de diverses persones, en règim de concurrència, sobre la mateixa. Sobretot si es té en compte que la cessió-típus prevista està pensada en l'àmbit contractual, que és l'ídoni per proporcionar a l'autor els rendiments econòmics de l'obra sense desprendre's dels mateixos de manera definitiva i que no són compatibles les decisions obligatòries amb els poders reals menors» [Coment. art. 43 LPI, *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual* (coord. R. Bercovitz), 3a ed., 2007, pàg. 761]. RAMS ALBESA i FERNÁNDEZ-TRESGUERRAS GARCÍA també diuen en aquest sentit: «És clar que l'L.P.I. no qualifica en cap moment que la "cessió" de drets d'explotació pugui fer-se sota l'esquema formal i material que és propi dels drets reals limitats. De la dada acceptada relativa al fet que en l'esquema general de la Llei no cap un dret de domini ple sobre una obra aliena (amb el problema afegit de la successió *mortis causa*) la doctrina no pot deduir, a partir del silenci equívoc de la Llei, la impossibilitat de creació de drets reals limitats, la pròpia admissió de la hipoteca posa en qüestió l'argument; a més, històricament trobem múltiples manifestacions de creació de drets reals limitats sobre béns intransmissibles entre vius, és més, aquesta situació és la font principal i primera del naixement històric d'aquests drets limitats específics d'indubtable naturalesa 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-juny 1994, pàg. 186 i 187).

(4) Cf. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales* (dir. Albaladejo i Díaz Alabart), Madrid (EDERSA), t. V-2, pàg. 828; LACRUZ, *ad art. 2 LPI, Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual* (coord. R. Bercovitz), 1a ed., pàg. 38; i LACRUZ-RIVERO, *Elementos*, t. III-2n, ed. 1991, pàg. 82; RAMS ALBESA, coment. art. 43 LPI, a *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales* (dir. Albaladejo i Díaz Alabart), t. V, vol. 4-A, Madrid (EDERSA), 1985, pàg. 692; GETE-ALONSO CALERA, *op. loc. cit.*, pàg. 760 i 761; BERCOVITZ, Germán, *Obra plástica y*



derechos patrimoniales de su autor, Madrid (Tecnos), 1997, pàg. 200.

- (5) ASCARELLI, *Teoria della concorrenza e dei beni immateriali*, Milano, 1960, pàg. 319 i seg., i 895; DE SANCTIS, V., *Contratto di Edizione*, Milano, 1965, pàg. 38; GRECO-VERCELLONE, *I diritti sulle opere dell'ingegno*, Torino, 1974, t. II, pàg. 317 i seg.; JARASCH, G., *Manuale del Diritto d'Autore*, Milano, 1991, pàg. 182; MARCHETTI-OBERTAZI, *Commentario breve alle legislazione sulle proprietà industriale e intellettuale*, Padova (Cedam), 1987, pàg. 538; TENCATI, A., «Il diritto di utilizzazione economica delle opere dell'ingegno dopo la morte dell'autore», *Il diritto di autore*, 1989, pàg. 27 i seg. —qui estima aplicable a aquest usdefruit el règim del de coses deteriorables perquè el transcurs del temps disminueix el valor econòmic en ús i en canvi del dret usufructuat fins a la seva extinció pel pas al domini públic (pàg. 33 i 34)».
- (6) VENEZIAN, *Dell'usufrutto, dell'uso e dell'abitazione*, 2a ed., Napoli-Torino, 1931-1936, t. II, pàg. 461 i seg.; PUGLIESE, *Usufrutto, uso e abitazione*, 2a ed., Torino (UTET), 1972, pàg. 720 i seg.; BARBERO, *L'usufrutto e i diritti affini*, Milano (Giuffrè), 1954, pàg. 120.
- (7) Cf. COLOMBET, C., *Propriété littéraire et artistique et droits voisins*, París (Dalloz), 1994 (7a ed.), pàg. 200; BERGEL J.L., BRUSCHI, M.-CIMAMONTI, S., *Traité de Droit civil* (dir. J. Ghestin), *Les biens*, París (LGDJ), 1999, pàg. 263; CORNU, G., *Droit civil. Introduction. Les personnes. Les biens*, París (Montchrestien), 2003, 11a ed., pàg. 709 (fa al·lusió a la seva disposició, com a bé *in commercium*).
- (8) Pot veure's aquesta sentència a *Actualidad Civil*, Audiencias, núm. 4 (21-27 gener 2002, @ 32; i referència suficient a rev. *Pe.i.*, *Revista de Propiedad Intelectual*, núm. 10 (gener-abril 2002, pàg. 129 i 130. La SAP Alacant (Secció 8a) del 5 de novembre del 2007 també va resoldre en un cas de cessió de drets per la via de l'art. 43 LPI: «[...] en el cas —que es tracta d'una aportació social— la referència genèrica de transmissió per aportació societària de la nova propietat i l'usdefruit dels drets d'autor pels promotors de la societat, hereus de l'obra de SAINT EXUPERY, en relació a l'objecte social en si (exercir al món sencer la gestió del conjunt de l'obra d'Antoine DE SAINT EXUPERY)».
- (9) Cf. RAMS ALBESA, *op. loc. cit.*, pàg. 688 i seg.; i GETE-ALONSO CALERA, coment. art. 43 LPI, a *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual* (coord. R. Bercovitz),

3a ed., Madrid (Tecnos), 2007, pàg. 757 i seg.

- (10) En consideració a la complexa naturalesa del dret de propietat intel·lectual i el seu contingut, i per la submissió d'allò patrimonial a allò personal i moral en aquesta institució, tot i transmesos alguns drets o facultats d'explotació, l'autor conserva sempre cert domini sobre l'obra i les facultats que la Llei inclou com a «dret moral»: modificar l'obra (dins dels límits de l'art. 14-5è), retirar-la de la venda en certes condicions, accedir a l'exemplar únic o rar de l'obra quan es trobi en poder d'un altre, per exercitar el dret de divulgació o altres (vegeu art. 14.6è i 7è). Altres limitacions, als arts. 43.5 i 49 LPI.
- (11) Cf. MARCO MOLINA, coment. art. 145 LPI, *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual* (coord. R. Bercovitz), 3a ed., cit., pàg. 1.734; CARRASCO, coment. art. *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual* (coord. R. Bercovitz), 2a ed., Madrid (Tecnos), 1997, pàg. 1.755; Germán BERCOVITZ, *op. cit.*, pàg. 191, núm. 44. Sobre aquesta qüestió, la SAP Astúries (Secció 7a) del 13 d'octubre del 2004 va dir que «[...] en relació amb l'explotació *inter vivos* de la reproducció de l'obra i dels drets d'explotació en general regulada als arts. 42 i seg. del TRLPI, la doctrina ha manifestat que no es tracta d'una veritable i autèntica transmissió o cessió, sinó més aviat d'una constitució a favor de l'acquiens o cessionari de certs drets d'explotació que expiren i retornen al cedent de forma semblant a com ocorre en l'usdefruit».
- (12) PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., *Derechos reales. Derecho Hipotecario*, Madrid (Centro de Estudios Registrales), 1999, t. I, pàg. 410.
- (13) «La independència dels drets d'explotació entre si, de la qual parla l'article 23 —deia jo al meu comentari del mateix, a *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual* (coord. R. Bercovitz), 3a ed., 2007, pàg. 405—, gairebé no tindria transcendència, ni necessitaria d'un pronunciament legal d'aquesta classe, si es limités a una autonomia de tipus estàtic simplement, ser drets diferents, que no es confonen entre si perquè la reproducció és diferent de la comunicació pública, i ambdues ho són de la traducció, de l'adaptació, etc. Aquesta autonomia deriva ja de l'enunciat separat i la definició diferent, dels requisits diferents exigits per a cadascun, de la respectiva delimitació diferencial..., tot això es dedueix de la seva tipificació legal. Així, l'art. 23, precedit de tots els altres, resultaria in-

necessari, inútil. Aquest darrer precepte es justifica millor, en canvi, si pensem en una independència funcional d'aquells drets i actes d'explotació, la transcendència i les conseqüències dels quals són molt superiors [...]. A la nostra LPI (i a gairebé totes les altres) hi ha, en efecte, una autonomia funcional entre tots els drets d'explotació i, dins d'aquests, entre els diferents actes en què poden manifestar-se. Autonomia funcional que es reflecteix en dos aspectes: a) en el règim jurídic de cadascun, i en relació amb el temps, l'espai i la protecció que se'ls dispensa; b) pel que fa als actes de transmissió d'aquestes facultats d'explotació per separat, i la seva interpretació».

- (14) Cf. GETE-ALONSO CALERA, *op. loc. cit.*, pàg. 764 i seg.
- (15) En el mateix sentit, TORRES LANA, J. A., Coment. art. 45 LPI, *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual* (coord. R. Bercovitz), 3a ed., 2007, pàg. 793.
- (16) MARCO MOLINA, *op. loc. cit.*, pàg. 1.371 i seg.; MORALES IMBERNON, N., «El Registro de la Propiedad Intelectual», *Pe.i.*, *Revista de Propiedad Intelectual*, núm. 26 (maig-agost 2007), pàg. 31 i seg., amb àmplies referències a la legitimació per demanar la inscripció, el joc d'altres principis (rogació, prioritat...) que governen el citat Registre, procediment i d'altres.
- (17) En relació, per exemple, amb l'adaptació d'una obra literària com a guió d'obra cinematogràfica, on pot produir-se un particular desviament respecte de l'obra original, diu BERCOVITZ ÀLVAREZ que, tret que sigui objectivament lesiva per a aquesta última o per als seus interessos legítims, el dret moral d'integritat haurà d'interpretar-se de manera conjunta amb el de paternitat (art. 14.3: que es vinculi l'autor amb la seva obra), de manera que el públic no percebi com a deformada o alterada l'obra original (Cf. RIVERO HERNÁNDEZ, coment. art. 17 LPI, *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual* (coord. R. Bercovitz), 3a ed., cit., pàg. 387 i seg. amb les cites pertinents).
- (18) La SAP Alacant (Secció 8a) del 5 de novembre del 2007 va considerar *Le petit prince* infracció del dret moral per deformació de l'obra gràfica d'Antoine DE SAINT EXUPERY, «doncs s'aprecia a "l'al·legoria", reproducció o obra publicitària de Panama Jack, (que, en efecte, és una transformació no autoritzada d'una obra protegida) un evident perjudici en els legítims interessos dels hereus, els relatius a la integritat mateixa de l'obra dels drets de la qual gaudeixen, tot i que no s'hagi produït menyscabament a la seva repu-



tació, ni per la forma atorgada al dibuix, que no resulta degradant, vergonyós, indecorós o caricaturesc respecte de la representació de l'obra de Saint Exupéry". També va trobar infracció del dret d'autor per la infracció de drets d'explotació de la propietat intel·lectual per no haver-se obtingut l'autorització de l'explotació de l'obra derivada: "és evident [...] que el dibuix utilitzat a la campanya publicitària de Panama Jack constitueix una derivació, modificació o transformació del que és titularitat de l'actora, doncs omple amb plenitud les característiques més pròpies de l'obra gràfica del citat autor en una de les seves làmines més universals [la figura d'El Petit Príncep]".

- (19) Vegeu, per exemple, a PAU PEDRÓN, «La hipoteca de propiedad intelectual», *RCDI*, núm. 641 (juliol-agost 1997), pàg. 1.749 i seg.; RAMS ALBESA i FERNÁNDEZ-TRESGUERRES GARCÍA, *op. loc. cit.*, pàg. 196 i seg.; DOMÍNGUEZ LUELMO, A., *La hipoteca de propiedad intelectual*, Madrid, 2006, pàg. 39 i seg. i 96 i seg.
- (20) Entenen que el de col·lecció és un dret patrimonial —i, com a tal, transmissible *inter vivos* i m.c., hipotecable, de rendiments embargables i renunciable— RODRÍGUEZ TAPIA i BONDÍA ROMÁN, *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Madrid (Civitas), 1997, pàg. 126 i 127, basant-se, substancialment, en la ubicació de l'art. 22, en els seus antecedents legals i desenvolupament reglamentari (art. 32 Regl. LPI 1880). Abans d'ells era de la mateixa opinió (caràcter patrimonial) i justificació RAMS ALBESA, a *Comentarios EDERSA*, cit., t. V, vol. 4-A, Madrid, 1994, pàg. 423.
- (21) De manera ben diferent al que preveia el Reglament del 1880 (i va entendre a la seva empara la S. Del 24 de juny del 1965), l'actual article 22 LPI diu que «la cessió [...] no impedirà a l'autor publicar-les [...]». Aquest canvi d'expressió, la no menció de la facultat de vendre expressament a una altra persona el dret de col·lecció de l'article 20 del Reglament 1880 i l'omissió dels «hereus», que mencionava explícitament l'article 21 del citat Reglament —omissions ambdues que cal entendre deliberades i no un simple oblit, en principi—, permet pensar que el legislador del 1987 ha volgut limitar al creador de les obres aquest benefici, i no a altres persones.
- (22) El que és estrictament patrimonial —deia jo en comentar l'art. 22 LPI a *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, cit., pàg. 398— la nostra Llei ho ha deixat sotmès a l'autonomia de la voluntat dels qui participen als contractes d'explotació o als mecanismes de cessió dels drets

d'aquesta classe. En alguns casos, atorga certs avantatges o drets econòmics, com els previstos als articles 24, 25, 47 i algun altre, amb clara definició patrimonial. En el supòsit que contemplem ara, crec que es tracta d'una altra cosa. Tot i que el dret de col·lecció a la secció 2a («drets d'explotació») del Capítol III, no figura entre els quatre que cita *expressis verbis* l'article 17; i considerat com a mer acte d'explotació, difícilment pot tractar-se l'exercici del dret de col·lecció de quelcom diferent d'aquells quatre; ni pot restar inclòs a les paraules «explotació de la seva obra de qualsevol manera», perquè la publicació en col·lecció és una forma de reproducció. Si és així, doncs, el dret de col·lecció de l'article 22, malgrat la seva situació, no és un dret simple i nou (patrimonial) d'explotació, com els de l'article 17, sinó una facultat diferent i autònoma reconeguda a l'autor.

- (23) No s'ha de confondre amb la rèplica els casos en què es fan diversos exemplars d'originals (els «múltiples») d'una mateixa obra de creació, inicialment, seguint certes tècniques: així, el gravat (litografia, aiguafort, etc.), l'emmotllament (es fonen diverses escultures), amb la qual cosa s'obtenen diversos exemplars i cadascun és l'original, tot i que no únic.
- (24) Cf. el meu comentari a l'art. 18 LPI, *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, cit., pàg. 295 i 302 i seg.
- (25) Em vaig pronunciar en aquest sentit, apressadament, al meu llibre *El usufructo*, Pamplona (Thomson-Civitas), 2010, pàg. 816.
- (26) «La fotocopia y su régimen jurídico», *Aranzadi civil*, 1993, pàg. 20.
- (27) En el mateix sentit, respecte de la hipoteca de propietat intel·lectual (el seu objecte), PAU PEDRÓN, *op. loc. cit.*, pàg. 1.753.
- (28) Així, també, GARROTE FERNÁNDEZ-DIEZ, coment. art. 25 LPI, *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual* (coord. R. Bercovitz), 3a ed., Madrid (Tecnos), 2007, pàg. 471; i VALLÉS RODRÍGUEZ, *ad art. 25 LPI, Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual* (coord. R. Bercovitz), 2a ed., Madrid (Tecnos), 1997, pàg. 533 i 538 (al·ludeix aquí als «titulars d'un dret de reproducció»).
- (29) Comentari de l'art. 24 LPI, a *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual* (coord. R. Bercovitz), 3a ed., cit., pàg. 423. A la pàg. 421 diu que pot catalogar-se com a un dels drets de simple remuneració (amb interessants observacions al respecte i cites pertinents).
- (30) RIVERO HERNÁNDEZ, coment. art. 17 LPI, *Comentarios a la Ley de Propiedad Inte-*

lectual (coord. R. Bercovitz), 3a ed., cit., pàg. 271.

- (31) Aquest gaudi (per qualsevol titular) i la seva amplitud qualitativa ha canviat notablement amb els avenços tecnològics recents (que segueixen augmentant). En l'entorn digital, la reproducció amplia notablement el seu concepte i formes de presentació i, en alguns casos, esdevé l'inici, la fase intermèdia i el final d'alguns processos de comunicació pública: la digitalització de l'obra per transmetre i la seva càrrega en un ordinador connectat a la xarxa (totes dues coses són actes de reproducció), les còpies intermèdies que s'originen en el procés de transmissió digital, i les que s'obtinguin al final del mateix, provisionals o permanents, davant de o per mitjà de l'ordinador de l'usuari. La presència de la reproducció en tots els actes d'accés directe o indirecte al públic esdevé un element insubstituïble i omnipresent entre els actes d'explotació i fa que la diferència institucional entre reproducció i comunicació pública vagi desapareixent (tot i que no s'han de confondre) a l'entorn digital per solapar-se uns cops o per la contribució de la primera a la realització de la segona. D'això deriva també que la separació entre reproducció, distribució i comunicació pública es difumini notablement; la distinció ara és més difícil i matisada. El concepte de «públic» i comunicació pública han canviat i, ahora, s'han ampliat notablement en la societat de la informació i amb els avenços tecnològics (emissió via satèl·lit i altres).
- (32) Sobre aquesta qüestió, vegeu el que dic (amb les cites pertinents) al meu comentari de l'art. 19 LPI, a *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, cit., pàg. 319 i seg., d'on extrec les idees fonamentals i algun paràgraf.
- (33) Cf. RIVERO HERNÁNDEZ, *El usufructo*, Pamplona (Thomson-Civitas), 2010, pàg. 385 i seg.
- (34) Duen aquest article i apartats: «Corresponen a l'autor els següents drets irrenunciabls i inalienables: [...] 4. Exigir el respecte de la integritat de l'obra i impedir-ne qualsevol deformació, modificació, alteració o atemptat que suposi un perjudici per als seus interessos legítims o un menyscabament de la seva reputació.- 5. Modificar l'obra respectant els drets adquirits per tercers i les exigències de protecció de béns d'interès cultural.- 6. Retirar l'obra de la venda, per canvi de les seves conviccions intel·lectuals o morals, prèvia indemnització per danys i perjudicis als titulars dels drets d'explotació. [...]».

Col·lació de donacions i successió en Dret Català

De forma crítica, i amb recurs a la tradició jurídica catalana, es posen en relleu els importants equívocs existents sobre el sentit de l'institut de la col·lació, que de retruc abasta la mateixa naturalesa de les donacions en Dret Privat. Aquests equívocs han donat lloc a greus contradiccions i a una manca de coherència en la normativa vigent.

ALBERT LAMARCA I MARQUÈS

*Professor Titular de Dret Civil
Universitat Pompeu Fabra^(*)*

I. INTRODUCCIÓ

El Llibre IV del Codi Civil de Catalunya regula als art. 464-17 a 464-20, juntament amb la partició de l'herència, l'institut de la col·lació entre descendents que són hereus del causant, al seu Títol VI dedicat a l'adquisició de l'herència⁽¹⁾. Els quatre nous preceptes del CCCat que tracten de la col·lació han introduït substancials millores tècniques en relació amb els arts. 43 i 44 del Codi de Successions que se n'ocupaven⁽²⁾. En efecte, si bé el contingut dels preceptes esmentats no ha suposat cap



modificació de fons en relació amb allò previst al dret precedent, la divisió de les disposicions legals en diversos articles, com també una redacció molt més acurada, en facilita la comprensió en un àmbit normatiu complex de mena.

En el nou Llibre IV del CCCat, en matèria de col·lació es mantenen inalterades les regles que fins a la seva entrada

en vigor havien regit a Catalunya, d'acord amb la normativa del CS. Aquestes eren les relatives a col·lació de les donacions imputables a llegítima o amb atribució expressa del caràcter de col·lacionables, la col·lació per part dels néts del causant o en lloc d'ascendents, la restricció dels efectes de la col·lació als cohereus que són descendents del causant, com també el moment de valoració dels béns col·

^(*) Aquest treball està dedicat a la *Miscel·lània en homenatge a Josep M. Puig Salellas*, que publicarà la Societat Catalana d'Estudis Jurídics, filial de l'Institut d'Estudis Catalans.



lacionables a l'obertura de la successió. La nova legislació, però, hi afegeix expressament una regla sobre dispensa de la col·lació, un esment a la possibilitat de renúncia, i explicita la regla de la col·lació per imputació, amb la destinació de l'escreix. Amb tot, aquestes regles ja es podien considerar vigents i d'aplicació sota la vigència del CS.

A Catalunya, el règim jurídic de la col·lació es presenta en concordança amb el de la imputació legitimària. Es refereix, però, a les quotes hereditàries, en allò que excedeixen la llegítima, i s'insereix en la partició que posa fi a la comunitat hereditària, sorgida entre els cohereus a l'obertura de la successió. Per bé que aparentment només s'hi han introduït millores tècniques, i que com a tal la col·lació no ha estat objecte de reforma en el nou Llibre IV CCCat, sí que hi ha hagut canvis importants en matèria d'imputació de donacions a la llegítima (art. 451-8.2.a) i aquests canvis també han incidit en el règim jurídic de la col·lació⁽³⁾.

En aquest treball s'analitza el règim jurídic de la col·lació de donacions en el dret de successions català, tenint en compte la seva relació amb la imputació legitimària⁽⁴⁾. De forma crítica, i amb recurs a la tradició jurídica catalana, es posaran en relleu els importants equívocs existents sobre el sentit de l'institut de la col·lació, que de retruc abasta la mateixa naturalesa de les donacions en Dret Privat. Aquests equívocs han donat lloc a greus contradiccions i a una manca de coherència en la normativa vigent, que resulta dels canvis introduïts pel Llibre IV del CCCat, tot allunyant-la del principi de llibertat civil que secularment ha informat el Dret Civil català en matèria de relacions de família i de successions⁽⁵⁾.

II. COL·LACIÓ HEREDITÀRIA I IMPUTACIÓ LEGITIMÀRIA

Col·lació hereditària i imputació legitimària són dos àmbits estretament relacionats i, juntament amb el de la computació, fan referència a l'impacte que poden tenir en la successió per causa de mort les donacions atorgades en vida pel causant. En funció de si aquests instituts se superposen amb coincidència en l'àmbit de les donacions a les quals s'apliquen,

hi haurà més tendència a la confusió, per la irrellevància pràctica de la distinció. Els seus respectius àmbits d'aplicació es presenten, però, normativament ben diferenciats als art. 451-5, 451-8 i 464-17 CCCat, sense perill de confusió. Ara bé, malgrat que aquesta distinció a nivell conceptual és indubtable, en la translació a la pràctica estarà en funció del règim jurídic concret que tinguin aquests instituts. Si, en termes generals, en un determinat ordenament és poc rellevant escatir el caràcter de les donacions, perquè totes són alhora computables, imputables i col·lacionables, sense distinció, el perill de confusió conceptual serà més gran⁽⁶⁾. Per contra, si l'àmbit de les donacions computables és diferent al de les imputables i, en darrer terme, al de les col·lacionables, tal com succeeix per al Dret Civil de Catalunya, la distinció conceptual es trasllada també a la pràctica i té gran utilitat per als operadors jurídics.

En la computació es tracta d'afegir idealment el valor de les donacions atorgades pel causant als efectes de calcular la quantia de la llegítima, obtenint la quarta, que consisteix en la suma dels anomenats *relictum* i *donatum*, és a dir, el cabal relict o herència, més les donacions realitzades en vida (art. 451-5)⁽⁷⁾. Pel que fa a la imputació, les donacions atorgades es prenen en consideració per disminuir allò a què té dret cada legitimari en la successió, en termes de reclamació a l'hereu. En funció de si el legitimari ha rebut en vida donacions que són imputables a la llegítima, el seu valor es restarà del que li correspon percebre en l'herència per aquest concepte (art. 451-8). Segons els ordenaments, pot succeir que totes les donacions siguin computables (amb o sense límits temporals), mentre que només algunes siguin imputables, com regeix a Catalunya; en d'altres ordenaments succeeix que totes les donacions computables són alhora imputables, llevat d'excepcions, o bé que només les donacions imputables siguin les computables, com regia tradicionalment a Catalunya abans de la CDCC⁽⁸⁾. Tocant a la col·lació, suposa tenir en compte les donacions rebudes pels cohereus descendents del causant per tal de considerar si s'han d'agregar idealment a la massa hereditària sotmesa a partició, als efectes de la formació dels lots que corresponen a les respectives quotes⁽⁹⁾. Segons els ordenaments, podrà haver-hi coinci-

dència entre col·lació i imputació i, per tant, també amb la computació, d'acord amb els models esmentats.

La col·lació és una institució força estranya a la pràctica jurídica catalana més tradicional i que no s'adiu gaire amb la manera com s'entenen les relacions familiars i successòries, com a mínim fins a temps recents, d'acord amb el principi de llibertat imperant, amb prevalença al d'igualtat

A banda d'aquestes possibles confusions conceptuales, motivades per la superfluïtat pràctica de la distinció en alguns ordenaments, cal dir d'antuvi que la col·lació és una institució força estranya a la pràctica jurídica catalana més tradicional i que no s'adiu gaire amb la manera com s'entenen les relacions familiars i successòries, com a mínim fins a temps recents, d'acord amb el principi de llibertat imperant, amb prevalença al d'igualtat. En primer lloc, per raó de la vigència majoritària de la institució d'hereu únic, contractual o testamentari, amb la consegüent inexistència de comunitat hereditària sotmesa a partició i, per tant, de col·lació possible. En segon lloc, i de forma principal, perquè en Dret Català la imputació de donacions a la llegítima era l'excepció, la qual cosa feia que també ho fossin les donacions col·lacionables, restringides al dot i a les donacions per raó de matrimoni, conegudes com a donacions *ob causam* en contraposició amb les altres, qualificades com a donacions *simplices*. Aquesta absència de pràctica viscuda —que poden acreditar els notaris que han exercit a Catalunya i que reflecteix la minsa jurisprudència existent—, juntament amb la influència teòrica de la regulació singular del Codi Civil espanyol, han fet que la col·lació es presenti com una institució amb uns contorns no prou ben definits. Amb el Llibre IV del CCCat se n'ha ampliat clarament l'àmbit d'aplicació, per efecte de la remissió a la normativa sobre imputació de donacions a la llegítima (art. 451-8.2.a), d'una manera que cal criticar obertament en termes de benestar social i familiar, atès que pot generar conflictivi-



tat i incertesa en l'aplicació de les normes jurídiques i es basa en assumpcions antropològiques errònies, tal com tot seguit es podrà comprovar.

III. LA COL·LACIÓ ENTRE DESCENDENTS

La col·lació regulada als art. 464-17 a 464-20 del CCCat és l'anomenada col·lació de descendents del causant que són alhora cohereus. Aquest és el primer pressupòsit o requisit per a l'aplicació de l'institut en la regulació que en fa el nostre dret de successions codificat. Només si el causant ha instituït hereus dos o més dels seus fills o néts hi haurà possibilitat de col·lació, la qual es produeix únicament entre ells i deixa de banda la resta de cohereus i de beneficiaris en la successió (art. 464-19). Entre els cohereus descendents, la col·lació es dona tant en la successió intestada com en la testada, i amb independència de si les quotes establertes pel causant són desiguals, en la primera, i si s'han ordenat prelleghats a favor dels cohereus. Pel que fa a la successió contractual, tradicionalment la col·lació s'hi considerava exclosa, atès que aquesta pressuposava l'hereu únic. Amb la nova regulació, però, es pot plantejar si també li és aplicable, i entenc que no hi ha res que s'hi oposi, si pensem en la vigència comuna del règim d'imputació de donacions a la llegítima en aquesta successió (art. 451-8)⁽¹⁰⁾.

En la col·lació, doncs, es tracta d'un institut que té en compte els vincles familiars del causant amb els cohereus instituïts, la qual cosa resulta de l'aplicació que s'hi fa de la regla d'imputació de donacions a la llegítima. Atès que la llegítima només es dona a favor de parents en línia directa, la col·lació també està restringida a aquests, però només pel que fa als descendents, i no inclou els ascendents del causant. En Dret Català, i d'acord amb l'art. 464-17.1, la col·lació estén a la comunitat hereditària i, per tant, a les quotes que serveixen de base a la partició, la regla de la imputació de donacions a la llegítima. En aquesta darrera, la imputació reverteix en benefici de la llibertat de testar del causant, que s'incrementa, mentre que en la col·lació l'efecte es produeix sobre les quotes dels

altres cohereus descendents del causant, que resulten incrementades en la partició dels béns que integren el cabal relict. A la pràctica, en la col·lació es tracta de tenir en compte, als efectes només de la partició, les atribucions atorgades pel causant als descendents amb la voluntat d'anticipar l'herència, i com a tals són considerades⁽¹¹⁾.

IV. TRADICIÓ ROMANISTA I FONAMENT DE LA COL·LACIÓ

Els orígens històrics de la institució en el Dret Romà estan vinculats al règim jurídic diferenciat d'adquisició de béns per part dels fills del causant durant la vida d'aquest, en funció de si estiguessin emancipats o no. Aquesta situació va donar lloc a la *collatio emancipati*, per posar-hi remei en la successió, en el Dret Romà clàssic. En canviar aquest estat de coses, i com a final d'una llarga evolució i successió de normatives diferents, la col·lació es va orientar a considerar en la successió l'impacte del dot, les donacions per raó de matrimoni i les donacions *ad emendam militiam* rebudes en vida pels descendents cohereus, coneguda de forma conjunta com a *collatio descendentium*⁽¹²⁾.

Els orígens històrics de la institució en el Dret Romà estan vinculats al règim jurídic diferenciat d'adquisició de béns per part dels fills del causant durant la vida d'aquest, en funció de si estiguessin emancipats o no

El Dret Romà Justinianeu era el que la doctrina considerava que regia com a rebut a Catalunya, amb anterioritat a la Compilació de 1960, d'acord amb la cabdal Constitució de la Cort de Montsó de 1547 (CIADC 1,6,5,1)⁽¹³⁾, que estengué per al dret general de Catalunya la Pragmàtica concedida per Pere III l'any 1343 a instàncies dels consellers de Barcelona (CIADC 2,6,3,2)⁽¹⁴⁾, la qual constitueix el precedent de la regla que recull actualment l'art. 464-18 com a col·lació en lloc d'ascendents⁽¹⁵⁾. Aquest Dret Romà rebut es combinà amb la pràctica catalana esmentada de l'hereu únic, molt sovint contractual, i la del pacte d'acontenta-

ment, de manera que la col·lació és una institució pràcticament no tractada per la doctrina clàssica de la tradició jurídica catalana⁽¹⁶⁾, com tampoc no és objecte de gaire atenció l'estudi de la partició de l'herència en la operativa en la qual la col·lació s'insereix⁽¹⁷⁾.

Per entendre el sentit originari de la col·lació que ha regit a Catalunya, cal tenir ben present que, per efecte de la codificació moderna, la fesomia d'aquest institut ha quedat profundament trastocada i ha provocat una pressió uniformitzadora a favor del nou model a la qual el Dret Català va resistir —paradoxalment— fins al canvi de criteri en matèria d'imputació al nou Llibre IV del CCCat. En efecte, el Codi Civil francès de 1804, d'acord amb l'esperit igualitari que l'informa pel que fa als fills en la successió, va generalitzar la col·lació a totes les donacions atorgades en vida pel causant, i aquesta regulació, reactiva envers l'anterior d'Antic Règim, i al component de llibertat i discriminació subjacent en les donacions, es va rebre i reproduir en els codis civils vuitcentistes que la prengueren de model⁽¹⁸⁾. Això fa que la regulació de la col·lació que es recull en els codis civils d'influència francesa tingui poc a veure amb la que regia amb anterioritat i que ha pervingut en ordenaments com el català⁽¹⁹⁾.

Com a fonament de la col·lació entre descendents, i d'acord amb el trastocament de l'institut produït pel model francès, s'apunta la idea d'igualtat que s'ha d'aconseguir, per voluntat presumpta, en l'herència del causant que n'és ascendent comú. Si la part rebuda en vida s'ha de tenir en compte a l'hora de repartir el cabal relict, és que la llei pressuposa en els causants la voluntat que tots els fills siguin tractats per igual, en el conjunt que formen la vida i la mort representades per donacions i herència. Aquesta idea, però, és estranya al sentit tradicional i al fonament històric de l'institut de la col·lació, clarament en Dret Català, i pressuposa, d'entrada, una llegítima llarga i que els legitimaris siguin hereus o tinguin dret a una quota de l'herència, a més del fet que totes les donacions per defecte siguin col·lacionables i, per tant, imputables a la llegítima. En Dret Català, per contra, i com tot seguit es veurà, la llei, en reflectir la voluntat dels particulars, no ha volgut



la igualtat dels fills en la successió i les donacions no s'han considerat com una anticipació de l'herència⁽²⁰⁾. Pròpiament, en Dret Català, les donacions s'han vist sempre com una manera de tractar els fills de forma desigual, d'acord amb allò que lliurement els pares consideren que correspon fer amb cadascun d'ells, i, per descomptat, els pares no han estat mai vinculats per una obligació de donar en els mateixos termes a tots els fills o de compensar aquestes donacions per via hereditària.

La idea de la igualtat en la successió i en la partició és estranya als principis successoris catalans, en què preval la llibertat del causant, com també a la manera com hi ha operat tradicionalment la col·lació, que hauria de reflectir en la partició l'escreix que s'hagués pogut donar en la imputació a la llegítima del dot i les donacions per raó de matrimoni, res més. Per contra, les donacions no eren per regla general part anticipada de l'herència, a compensar en un futur en la successió. Aquesta idea falsament estesa té molt a veure amb la recepció doctrinal de la regulació que de la col·lació fa el CC espanyol d'acord amb el model del CC francès, i poc amb la concepció tradicional a Catalunya, on no complia aquesta funció, en haver quedat al marge de la influència de les primeres codificacions⁽²¹⁾.

El principi de la igualtat dels fills parteix de l'apriorisme del punt de vista dels descendents, en funció de si poden resultar-ne afectats negativament, però no del punt de vista del causant ascendent, que no s'hi ha pronunciat. La successió de normes en el Dret Romà, amb regulacions clarament divergents a què de manera anacrònica i descontextualitzada s'ha pogut recórrer, també ha contribuït en l'assumpció d'aquestes falses premisses i equívocs existents. Les relacions familiars a Catalunya, entre pares i fills, han estat presidides pel principi de la llibertat, essent-hi aliè i bandejat el d'igualtat o uniformitat, llevat d'allò mínim que la llei preveu en vida en forma d'aliments i el que resulta de la potestat, com també de la llegítima en ocasió de la mort. Altres postures són defensables, i regeixen per a d'altres ordenaments, fins a punts d'asfixiant uniformitat, però no hi ha res que ens porti a afirmar per a Catalunya

l'existència d'una voluntat presumpta dels pares de tractar tots els fills per igual, de manera que s'hagin de dissenyar les institucions jurídiques per tal que s'acompleixi aquest principi d'igualtat en les relacions familiars⁽²²⁾.

En Dret Català, les donacions s'han vist sempre com una manera de tractar els fills de forma desigual, d'acord amb allò que lliurement els pares consideren que correspon fer amb cadascun d'ells, i, per descomptat, els pares no han estat mai vinculats per una obligació de donar en els mateixos termes a tots els fills o de compensar aquestes donacions per via hereditària

En efecte, a l'obertura de la successió, cal pensar que el causant ha disposat en testament la seva lliure voluntat, tenint en compte totes les circumstàncies necessàries per formar la seva decisió, i el mateix cal dir de les donacions atorgades en vida, en què no s'ha fet cap referència al fet que constitueixin una anticipació de l'herència. De manera que la igualtat que resultaria d'aplicar a la successió d'aquest testador una errònia concepció de la col·lació, com a instrument per aconseguir una presumpta igualtat desitjada, seria contradictori amb el que es té com a assumit en la pràctica catalana, i només s'hauria de procedir a col·lacionar donacions si el causant així ho ha volgut i manifestat expressament.

De la institució dels fills del causant per parts iguals no s'hauria de deduir que el testament serveix per compensar les donacions fetes en vida, mitjançant la seva artificiosa col·lació *ex lege*, ans tot el contrari. Seria de la institució en quotes desiguals dels fills o de la ordenació de prelegats, o bé l'apartament de l'herència d'algun d'ells, restringint-ne la participació a la llegítima, i l'ordenació de llegats a favor d'algun dels fills o descendents, que caldria deduir la voluntat del causant de compensar mitjançant la successió allò disposat en vida, si és que així ho vol. Si el testament per llei es restringeix a ordenar la successió, la institució de fills cohe-

reus en parts iguals no hauria de portar a cap altra conclusió que aquesta. El dret de successions ofereix al causant multitud d'instruments per tal d'aconseguir la participació igual o desigual en el seu patrimoni dels descendents, tècnicament superiors a la complexa col·lació de donacions. Essent el testament la llei de la successió, per imperatiu legal no s'hauria de permetre'n la correcció amb una col·lació de les donacions fetes lliurement en vida pel causant, sobre les quals aquest no es va manifestar en termes d'anticipació de l'herència ni d'igualtat amb els altres descendents. Una altra cosa succeeix quan això darrer ha estat expressament volgut i declarat pel causant. Amb tot, i com en molts d'altres ordres, aquesta concepció tradicional viscuda entre nosaltres es va difuminant per la concurrència de circumstàncies i influències diverses dels temps presents.

V. LES DONACIONS COL·LACIONABLES

La col·lació implica que determinades atribucions fetes en vida a favor del cohereu es considerin com si idealment formessin part de l'herència, hi tornen als efectes de la partició i s'imputen a la part que correspon adjudicar al beneficiari, amb el corresponent increment de participació efectiva dels altres cohereus. Hom parla, a la pràctica, de donacions col·lacionables, si bé l'apartat 1 de l'art. 464-17, i per comprendre tots els supòsits possibles, es refereix de forma més oberta a atribucions fetes pel causant per actes entre vius en favor dels descendents⁽²³⁾. La noció d'aquestes atribucions col·lacionables la dóna l'art. 451-8, en seu d'imputació de donacions i atribucions a la llegítima, per la remissió que hi fa l'art. 464-17, però només per a les atorgades per actes entre vius. Això ens emmena a considerar únicament les donacions a les que el causant ha atribuït expressament el caràcter d'imputables, com també les que ho són per defecte o *ex lege*, d'acord amb la lletra a) de l'apartat 2 de l'art. 451-8.

En Dret Català existeix una simetria entre col·lació i imputació legítima d'actes atorgats entre vius, de manera que, a reserva de disposició en un altre sentit del causant, tot allò que és col·lacionable en



la quota hereditària ho és perquè també és imputable a la llegítima individual. Per contra, no tot allò que és imputable a la llegítima en sentit ampli, com resulta de l'art. 451-7.1, és col·lacionable. Els prelegats ordenats a favor dels cohereus no estan sotmesos a col·lació, com tampoc no ho estan les donacions per causa de mort, ni les atribucions particulars en pacte successori ni les assignacions de béns al pagament de llegítimes si no s'han fet efectives en vida del causant⁽²⁴⁾. D'acord amb l'art. 464-17, la col·lació es restringeix estrictament a les donacions o atribucions gratuïtes imputables atorgades entre vius.

La col·lació implica que determinades atribucions fetes en vida en favor del cohereu es considerin com si idealment formessin part de l'herència, hi tornen als efectes de la partició i s'imputen a la part que correspon adjudicar al beneficiari, amb el corresponent increment de participació efectiva dels altres cohereus

Com ja s'ha apuntat, en el dret tradicional la col·lació ha estat una institució poc viscuda a la pràctica, com tampoc no ho ha estat la partició de l'herència fins a temps recents. En la nostra tradició jurídica, es tractava de la imputació de donacions a la llegítima, amb l'estricta limitació a les conegudes com a donacions *ob causam*, les quals eren també les úniques que podien estar subjectes a col·lació. En el Dret Romà Justinianeu *dos*, *donatio propter nuptias* i *donatio ad emendam militiam* eren les atribucions col·lacionables, i aquest fou el dret rebut a Catalunya, amb el mateix fonament material que en el Dret Romà. Així es reflecteix en la Pragmàtica de 1343, de vigència general a Catalunya des de 1547, que fa referència només al dot i a les donacions per raó de matrimoni: «donationem Patri propter nuptias, seu dotem Matri donatam», que eren les úniques a imputar a la llegítima o a col·lacionar en la partició⁽²⁵⁾.

En la col·lació es tractava d'afegir a la massa hereditària els béns que havien

sortit del patrimoni del causant en vida en compliment d'un deure, i per anticipar la llegítima. Atès que amb el dot o les donacions per raó de matrimoni es considerava que el causant estava complint amb una obligació familiar o natural, en cas que aquesta obligació no s'hagués complert en vida a favor dels altres descendents legítims s'hauria d'igualar en la successió mitjançant la col·lació⁽²⁶⁾. No hi ha en la col·lació, doncs, tal com s'ha entès des de sempre a Catalunya, un fonament d'igualtat dels descendents pel que fa a les donacions o liberalitats atorgades pel causant, ans tot el contrari. En la col·lació només s'igualava o es compensa el mínim a què tots els descendents tenen dret en concepte de llegítima, que si s'ha anticipat per mitjà de dot o donació per raó de matrimoni s'haurà de compensar en la successió, en cas que els altres descendents no l'hagin rebut en vida. Tornen idealment al patrimoni del causant convertit en herència els béns que igualment haurien sortit d'aquesta per pagar la llegítima, però no les altres donacions que porten causa de la llibertat de disposició que té el causant en vida.

Suposa una greu preterició del sentit mateix de les donacions en Dret Català pensar que l'institut de la col·lació persegueix la igualtat dels fills del causant sobre la totalitat d'aquestes. En la nostra tradició es distingia entre donacions *ob causam* i donacions *simplices*. Les primeres eren les úniques imputables a la llegítima i, per tant, col·lacionables si excepcionalment es donava la situació de comunitat hereditària. En les donacions *ob causam* es considerava que s'atorgaven per necessitat o obligació i que n'estava exclòs l'ànim liberal propi de les donacions, de manera que tal com afirmava FONTANELLA: «ob causam necessariam, liberalitatem excludentem, nec a liberalitate procedit, nec non jure cogente»⁽²⁷⁾, i per això implicaven una anticipació de la llegítima tal com apuntava CÀNCER: «donatum filio ob causam matrimonii contrahendi censeatur pro legitima datum»⁽²⁸⁾. Aquestes donacions, que eren el dot i la donació per raó de matrimoni, s'atorgaven pel compliment del que es considerava un deure natural amb els fills (en el dot amb les filles i en les donacions *propter nuptias* amb els fills), i no es podien considerar participants de l'ànim liberal, perquè es feien per necessitat o obligació⁽²⁹⁾. En efecte, en paraules de

PEGUERA, «quia donatio ob causam non est proprie donatio nec liberalitas», més aviat s'entenia com a una *permutatio*⁽³⁰⁾. Es consideraven, aleshores, com una bestreta del deure legítim i com a tals havien de ser imputades i col·lacionades, amb la simetria esmentada entre tots dos instituts⁽³¹⁾. La doctrina catalana les restringia a aquestes dues atribucions, i així es preveia a l'esmentada Pragmàtica de 1343, generalitzada per a tot Catalunya amb la Constitució de 1547.

En els termes tradicionals esmentats es va recollir l'institut de la col·lació a la CDCC de 1960, a l'art. 273, amb una lleugera ampliació de supòsits per la influència doctrinal de la romanística, en traslladar pel Dret Civil vigent a Catalunya el Dret Romà Justinianeu, en el qual eren col·lacionables les donacions dels pares per facilitar l'establiment dels fills (l'anomenada *donatio ad emendam militiam*)⁽³²⁾ i que va provocar en el text compilat una asimetria amb el règim de la imputació a la llegítima en l'art. 132 CDCC, corregida ja al CS.

En la pràctica catalana, doncs, s'entenia que només en les donacions fetes en vida en compliment d'una obligació dels ascendents amb els descendents hi havia deure de col·lacionar, perquè s'afirmava que aquests béns havien sortit forçosament del patrimoni del causant i s'hi havien de considerar inclosos al moment de l'obertura de la successió. Es tractava de supòsits clarament tipificats i sobre els quals a la pràctica no hi havia dubte del caràcter d'anticipació de la llegítima, amb sovint renúncia al suplement. És il·lustratiu d'aquesta pràctica que FALGUERA inclogui, juntament amb els formularis del dot, la clàusula de renúncia a la llegítima, d'acord amb el tradicional pacte d'accontentament⁽³³⁾, i que també BROCA s'hi refereixi en tractar les donacions per raó de matrimoni, que incorporaven la renúncia a la llegítima futura i al suplement⁽³⁴⁾.

VI. LA REGLA GENERAL EN MATÈRIA D'IMPUTACIÓ

La remissió que l'art. 464-17 CCCat fa a la imputació de les donacions a la llegítima, com a supòsit en què opera la col·lació de béns en la quota hereditària, porta a examinar el règim de la matèria en Dret Català, atès que la col·lacionabi-



litat resultarà en la majoria de casos de la imputació a la llegítima de la donació. Com ja s'ha apuntat, el règim de col·lació i imputació és coincident pel que fa a les atribucions per actes entre vius i ambdues participen de les consideracions que suara s'han fet.

La imputació legitimària està regulada a l'art. 451-8, com a forma extrahereditària amb què la llegítima es pot percebre, complementant l'art. 451-7, que regula les formes hereditàries d'atribució de la llegítima. L'art. 451-8.1 formula amb nitidesa la regla general tradicional pel que fa a les donacions, i que només la desafortunada redacció de l'art. 359 CS impedi que fos assumida sense dubtes a la pràctica de manera generalitzada. Partint del fet que el dret a la llegítima s'adquireix amb la mort del causant, que la llegítima és de reduïda extensió i que les relacions patrimonials familiars estan presidides pel principi de la llibertat civil, a Catalunya les donacions fetes pel causant en vida a favor dels legitimaris no són un acompte o una anticipació de la seva llegítima futura i, com a tals, no s'imputen per defecte a la llegítima en la successió del donant. Conseqüentment, el mateix cal dir en matèria de col·lació de donacions en les quotes hereditàries. Aquesta ha estat la regla immemorial en Dret Català, viscuda pels particulars, assumida així per generacions dels nostres pràctics i afirmada reiteradament pels autors de la millor doctrina⁽³⁵⁾.

A l'anterior argument legal se n'hi afegeix un altre de caràcter negocial que també és clàssic en Dret Català: per tal que una donació pugui ser considerada com a bestreta o acompte de la llegítima, cal que el donatari conegui expressament el caràcter anticipatori de la llegítima que implica la donació i l'aprovi en acceptar aquesta. Sense l'aprovació del donatari a la voluntat revelada pel causant, no hi haurà imputació possible. Així resulta de l'art. 451-8.1, que es refereix al «pacte exprés d'imputació». El causant podrà dispensar posteriorment aquest caràcter de forma lliure, en cas d'haver-lo acceptat el donatari, però no podrà afegir-lo després sense el consentiment del donatari. La llei exigeix la constància expressa del caràcter imputable en el moment d'atorgar la donació, és a dir, que el causant digui de

forma tècnica que és imputable o bé col·lacionable o, de forma més oberta, que es fa en pagament o a compte de la llegítima⁽³⁶⁾. Aquesta regla planteja problemes amb les donacions verbals, en les quals la constància per escrit no es dona. La validesa d'aquestes donacions (art. 531-12.2) no hauria de ser incompatible amb la possibilitat d'atribuir el caràcter d'imputable, que s'haurà de provar posteriorment. En la jurisprudència s'ha considerat que és possible la imputació «de forma expressa, encara que no escrita», que de vegades es «reitera» amb posterioritat en testament o en document notarial⁽³⁷⁾. Per descomptat que la manifestació feta pel testador en el sentit que els legitimaris ja han rebut en vida allò que els corresponia, fins i tot amb escreix, no té cap efecte en termes d'imputació legitimària i la prova de l'existència de la donació i el caràcter d'imputable correspondrà a l'hereu⁽³⁸⁾.

VII. LES EXCEPCIONS A LA REGLA GENERAL SOBRE IMPUTACIÓ

El dret de la Compilació i el Codi de Successions recollia els supòsits tipificats socialment i jurídicament en què es produïa una imputació d'atribucions a la llegítima per defecte, que eren els del dot, l'aixovar, les donacions matrimonials i les capitulars, a més de les quantitats assignades o assignades pel causant en capítols en concepte de llegítima (art. 132 i 134 CDCC i art. 359 1r i 2n CS). En aquests casos, hi havia la consciència social de complir amb un deure i, per tant, d'estar satisfent ja en vida a favor de tots els fills allò que la llei reservava com a llegítima als descendents en l'herència futura. En ocasions, les anteriors atribucions anaven acompanyades d'un pacte anomenat d'acompliment, en què el descendent renunciava al suplement sobre la llegítima futura, i que ara recull l'art. 451-26.2.c⁽³⁹⁾.

El Llibre IV, però, amb un gran desentencament en la meua opinió, ha introduït de forma radicalment nova en Dret Català uns supòsits d'imputació per defecte o *ex lege* de determinades donacions, qualificades per la seva finalitat. La mesura és criticable per diversos motius. En primer lloc, perquè la regla és contrària als fonaments seculars del Dret Català de successions, que és basa en la llibertat de testar

i no pressuposa la igualtat dels fills. En segon lloc, i com es veurà, perquè els supòsits de fet són clarament indeterminats i no hi ha una tipificació clara de les donacions que s'hi han d'entendre compreses. En cada cas caldrà procedir a qualificar *ex post* la donació feta per veure si recau en les que la llei preveu com a imputables. En tercer lloc, perquè no té cap sentit distingir entre tipus de donacions per la finalitat a què responen, atès el context actual de llibertat en les relacions familiars, d'inexistència d'una obligació de dotar els fills i d'atipicitat negocial en Dret Patrimonial. Les donacions es qualifiquen per ser una disposició a títol gratuït del donant, i no per la finalitat a què responen⁽⁴⁰⁾. La categoria de les donacions *ob causam* no té aquí cap sentit, als efectes de desigualar successòriament els fills en la llegítima i, de retruc, en les quotes hereditàries per efecte de la col·lació. Com és obvi, la riquesa adquirida pel donatari es pot transformar i esmerçar de formes molt diverses al llarg del temps, sense respectar la finalitat inicial de la donació. El que en un moment va constituir el primer habitatge, pot ser venut i adquirir amb posterioritat el donatari amb el seu producte qualsevol bé. En darrer terme, la mesura és criticable d'acord amb els fonaments negocials de la imputació de donacions en Dret Català, perquè pressuposen que en cada cas hi haurà una informació cabal al donatari sobre el caràcter de la donació, perquè s'hi pronunciï amb fonament, cosa que la llei no exigeix.

Suposa una greu preterició del sentit mateix de les donacions en Dret Català pensar que l'institut de la col·lació persegueix la igualtat dels fills del causant sobre la totalitat d'aquestes

Aquests supòsits estan previstos a la lletra a) de l'art. 451-8.2 i, d'una manera que es pot considerar capriciosa, estableixen una excepció a la regla general de no imputació de donacions quan aquestes estiguin destinades a una determinada finalitat, que consisteix en l'adquisició del primer habitatge del donatari o que aquest emprengui una activitat professional, in-



dustrial o mercantil que li proporcioni independència personal o econòmica. Els supòsits legals són d'interpretació estricta. És a dir, no s'hauria d'admetre fer-ne una interpretació extensiva, de manera que totes les donacions destinades a habitatge fossin imputables. Sí que ho serien tant la mateixa donació de l'habitatge com dels diners per adquirir-lo⁽⁴¹⁾, però no ho són la donació per adquirir una segona residència, ni tampoc la destinada a adquirir un segon o ulterior habitatge, i encara ho és menys la destinada a la rehabilitació d'habitatge, com tampoc no hi encaixa la cessió gratuïta de l'ús d'un habitatge. No s'inclouen tampoc dins el segon supòsit les donacions, molt freqüents, d'accions o participacions de l'empresa familiar quan el donatari ja té independència personal o econòmica, que són la majoria de casos, i que solen produir-se quan el donant es jubila, atesos els beneficis fiscals existents. Per descomptat que la inclusió o exclusió d'aquests supòsits, en termes de qualificació *ex post*, donarà lloc a conflictivitat judicial a la pràctica i a resolucions *ad hoc*⁽⁴²⁾, a més d'una incomprendible sensació d'injustícia entre els afectats, tot el contrari d'allò que la llei hauria de perseguir. Més encara si tenim en compte que el donant pot haver fet donacions de quantitat igual o similar a tots els fills, amb finalitats o objecte ben diferents, on l'únic que compta és el seu valor, i en aquests casos, a reserva de previsió expressa, la llei procedirà sense solta ni volta a desigualar els fills quan han rebut donacions d'import igual. Al desgavell creat, cal afegir-hi el problema del dret transitori sobre aquesta mena de donacions pel que fa a les anteriors a l'1 de gener de 2009, atorgades sota la vigència dels art. 43, 44 i 359 CS, a més del conflicte mòbil en el dret aplicable que es pugui donar⁽⁴³⁾.

Per tal que una donació pugui ser considerada com a bestreta o acompte de la llegítima, cal que el donatari conegui expressament el caràcter anticipatori de la llegítima que implica la donació i l'aprovi en acceptar aquesta

L'excepció introduïda es restringeix a aquests supòsits concrets, i es manté la

regla general per a la resta de donacions, tot i que la distorsió en el sistema, prou important, pot portar a un desequilibri que en el futur emmeni el Dret Català a cedir inevitablement en el seu criteri i a incorporar la regla d'imputació i col·lació general vigent al CC espanyol. En el fons, la nova regla pressuposa un cert paternalisme social i una voluntat dirigista sobre les relacions econòmiques dels pares amb els fills. A Catalunya ha regit la llibertat en aquest àmbit i els pares tenen dret a decidir si fan donacions als fills i si volen compensar-les en vida o bé en la seva successió. No és tasca del legislador pressuposar una conducta igualitària dels progenitors amb els fills en funció de la finalitat de les donacions que els fan⁽⁴⁴⁾. En aquesta matèria calia haver mantingut la regla tradicional o bé canviar-la radicalment i acceptar resignadament el canvi de mentalitat, amb la victòria de la influència del CC espanyol, que representa la concepció contrària i que pressuposa una llegítima llarga, que iguala els fills i que dona lloc a conflictivitat sobre la prova de les donacions⁽⁴⁵⁾.

VIII. LES DONACIONS NO COL·LACIONABLES

No seran col·lacionables les donacions que no siguin imputables, és a dir, les conegudes tradicionalment com a simples: aquelles en què el donant no ha advertit el donatari d'aquest caràcter ni la llei el pressuposa com a supòsit que excepciona la regla general. D'antuvi cal afirmar que no hi ha res més allunyat i contrari al principi d'igualtat o uniformitat entre els fills que l'atorgament de donacions a favor seu. Tal com ja s'ha insistit prou, el Dret Català no ha perseguit la igualtat entre els fills, mentre que aquest principi sovint informa d'altres ordenaments en què la llegítima és igual o superior a la meitat de l'herència. Per als juristes catalans de la tradició clàssica, les donacions servien pròpiament per desigualar els fills, per mostrar les preferències del progenitor donant envers ells, per fer el que es creia que calia amb cadascun, fins i tot per atreure el seu favor i atenció durant la vellesa, i en cap cas es consideraven sotmeses a col·lació. Així, CÀNCER afirmava que només hi havia d'haver igualtat i, per tant, col·lació,

en aquelles donacions que es fessin per necessitat o obligació —les *ob causam*—, mentre que per a les donacions simples, que es fan per distingir els fills, imposar-ne la col·lació en desnaturalitzaria el sentit⁽⁴⁶⁾. Segles més tard es pronunciaria en termes semblants de continuïtat catalana PELLA I FORGAS, considerant que si determinats béns han sortit lliurement del patrimoni del causant en vida en forma de donacions, no hi han de tornar idealment a la mort per afegir-los a l'herència, atès que les donacions simples es fan per mostrar la preferència envers un fill⁽⁴⁷⁾.

Aquest és el sentit que s'ha estat donant a Catalunya a les donacions entre pares i fills i que el Llibre IV ha trastocat amb la inclusió d'uns supòsits a l'art. 451-8.2.a), que, si bé poden reflectir el que antigament eren les donacions *ob causam*, com a dotació o per l'establiment dels fills, en l'actualitat no tenen cap mena de sentit i s'allunyen de la realitat social a què s'han d'aplicar. Deixant de banda la indeterminació dels supòsits de fet a l'art. 451-8.2, qüestió ja apuntada, i de la tragèdia que pot arribar a ser que, a la mort dels pares, els fills es puguin retreure o fer-se qüestió de les donacions que els van fer lliurement en vida, en aquests nous supòsits falla el requisit tradicional que es donava en el dot i la donació *ob causam matrimonii*, que era el sentit d'obligatorietat i d'igualtat en la relació entre els fills, com a bestreta de la llegítima. Actualment, no hi ha res que obligui un progenitor a donar a un fill per ajudar-lo a establir-se, ja sigui en forma d'habitatge o per emprendre una activitat professional o empresarial.

La dotació dels progenitors a favor dels fills no forma part dels deures que resulten de la relació de filiació. Això vol dir que un progenitor podrà perfectament atorgar una donació de les esmentades a la lletra a) de l'art. 451-8.2 a favor d'un descendent i no voler-ho fer per a un altre, o bé atorgar una donació *simple* a favor d'aquest, en igualació voluntària de l'altra donació, d'una quantitat de diners perquè en faci el que vulgui. A dia d'avui, no té cap sentit parlar de donacions finalistes a favor dels fills —*ob causam*— i menys encara sostenir que la llei ha de procurar la igualtat entre els fills pel que



fa a les donacions. En el dret tradicional el què qualificava una donació com a *ob causam* era el context o la raó per la qual s'atorgava, el matrimoni, i no la destinació material que es donés als béns rebuts. No té cap base real, doncs, establir com a presumpció *ex lege*, i invertir la vigència general del principi de llibertat, que tots els catalans tenen la intenció de tractar igual patrimonialment a tots els fills, ni tan sols per a determinats tipus de donacions com serien les de l'art. 451-8.2.a). Afirmar que l'herència serveix per a compensar per causa de mort el lliure capteniment dels pares amb els fills en vida pel que fa a donacions, suposa allunyar-se de la pràctica real catalana i dels principis que informen el nostre dret de successions. Per confirmar-ho seria suficient consultar els notaris de Catalunya sobre les col·lacions en què han intervingut en el seu exercici professional, àdhuc per a les herències no sotmeses al Dret Català. La manca de sentit de la regla introduïda amb el Llibre IV es pot percebre fàcilment de les disfuncions que a la pràctica pot portar, assumint que el donatari-testador no té una informació perfecta sobre el règim jurídic vigent, com sol passar en la gran majoria de casos, a banda del dret transitori i de la llei aplicable. En primer lloc, perquè a manca d'informació sobre el caràcter de col·lacionable d'una donació ja atorgada, el fet d'atorgar-ne una de posterior no col·lacionable a favor d'un altre fill suposarà clarament una desigualtat no volguda per ell, amb efectes perplexos, atès que precisament el causant podia perseguir la igualtat. En segon lloc, perquè l'atorgament de prelegats o l'establiment de quotes desiguals en la successió per compensar les donacions fetes en vida, pot portar igualment a resultats no desitjats, si s'ignora el caràcter *ex lege* de la donació realitzada. En tercer lloc, perquè el donant ha pogut voler atorgar donacions, que la llei considera col·lacionables, amb la voluntat clara de desigualar els fills donataris dels fills que no han rebut cap donació. En tots els casos, la disfunció que introdueix la llei a la pràctica és notable, per efecte d'una falsa presumpció de voluntat d'igualtat només per un tipus de donacions. Amb la nova regulació s'imposa, doncs, el consell jurídic detallat als donataris-testadors catalans sobre el règim jurídic de la im-

putació legitimària i la col·lació hereditària, cosa que no sempre succeeix a la pràctica, i s'hi afegeix la imprecisió per qualificar els supòsits de fet de l'art. 451-8.2.a). Amb tot, encara que la informació del donant-testador fos perfecta sobre el règim jurídic de la imputació i la col·lació de les donacions atorgades, la complicació que la regla legal de defecte imposa en el sistema és criticable, perquè és molt més senzill permetre al donant ordenar la col·lació voluntària en tots els casos que no pas alterar la presumpció de llibertat que hauria de resultar de la llei.

En la meua opinió, a Catalunya totes les donacions haurien de ser considerades per defecte com a lliures, és a dir, ni col·lacionables ni imputables. Aquest efecte anticipatori de la successió només hauria de resultar d'una declaració expressa del donant en el moment de fer la donació. Les donacions en vida, com les disposicions per causa de mort, han de reflectir la lliure voluntat del causant, de manera que si no hi ha hagut pronunciament d'aquest sobre la col·lació, la llei no l'ha d'imposar. Tal com recollia la màxima de la Novel·la 18 de Justinià: «si testamento facto nihil de illis dixerint *collationibus locus non esset*». Només si el causant ho vol hi ha d'haver col·lació, altrament, la voluntat expressada lliurement al testament, i en atorgar la donació, és la que ha de regir la successió sense que tingui sentit parlar d'una presumpta voluntat igualitària envers els descendents que no hi apareix⁽⁴⁸⁾. Aquesta idea es reflecteix en el Dret Alemany, fins al punt que la col·lació només es dona en cas de successió legal o intestada, és a dir, en els supòsits en què el causant no hagi exercit el seu dret de repartir lliurement l'herència en testament (§ 2050 BGB), o excepcionalment en cas de successió testada si del testament en resulten les mateixes quotes que de la successió legal (§ 2052 BGB).

IX. LA DISPENSA DE COL·LACIÓ

De forma concordant amb el règim de la imputació de donacions de l'art. 451-8.5, en matèria de col·lació, l'art. 464-17.2 estableix que el caràcter de col·lacionable de la donació no es pot afegir després de l'atorgament, però sí que es pot dispensar amb posterioritat. Igual

que per a la imputació, el donant podrà invertir la regla de la col·lació *ex lege* per a determinats supòsits (art. 451-8.2.a)) i declarar expressament que la donació no és col·lacionable. També podrà atribuir caràcter d'imputable o col·lacionable a la donació que la llei considera com a lliure, i en qualsevol cas manifestar que la donació no és col·lacionable o que sí que ho és, a desgrat del que es pugui deduir del dret vigent en el moment d'atorgar-la. Aquestes decisions hauran de manifestar-se expressament a l'atorgament de la donació i ser acceptades pel donatari, encara que no cal fer servir el terme tècnic de col·lació i podrà resultar d'una altra manera⁽⁴⁹⁾.

El Llibre IV, amb un gran desencert en la meua opinió, ha introduït de forma radicalment nova en Dret Català uns supòsits d'imputació per defecte o *ex lege* de determinades donacions, qualificades per la seva finalitat

Amb posterioritat, l'únic que s'admet és la dispensa de la col·lació, que podrà ser feta de forma singular per a una o diverses donacions, fins i tot parcialment, o bé de forma general per a totes les atorgades en vida a favor dels descendents, entesa com a dispensa general, prohibició o exclusió de la col·lació en la successió del causant. Aquesta dispensa posterior es podrà fer en acte de darrera voluntat, revocable fins a la mort del causant, o bé per acte entre vius, que ja no es podrà revocar, ja sigui en pacte successori, amb les limitacions de l'art. 451-8.5 *in fine*, o en escriptura pública a aquest efecte⁽⁵⁰⁾. L'apartat 2 de l'art. 464-17 en seu de col·lació no ho preveu així expressament, és a dir que per a aquests darrers supòsits s'aplica allò que de manera més detallada preveu l'art. 451-8.5⁽⁵¹⁾.

Pel que fa a la dispensa, però també per a la imposició de la col·lació, i atesa la comunicació d'efectes, a la pràctica es planteja el sentit que cal donar a l'ús indistint dels termes *imputació* i *col·lació*, per part del donant-testador, en atorgar una donació o bé en testament. Per efecte del conjunt



de clàusules de formularis de donacions i de testaments, i per influència forastera, en la pràctica catalana sovint s'utilitza de forma imprecisa el terme genèric de *col·lació* —imposant-la o dispensant-la— per comprendre tant la imputació a la llegítima com la mateixa col·lació hereditària. Cal pensar, sens dubte, que quan hom es refereix a la imputació de la donació també està parlant de la col·lació, i no hi ha altre remei que admetre que quan es refereix a la segona també s'entén inclosa la primera. Ara bé, la qüestió a plantejar és si el causant pot discriminar ambdós efectes i considerar que una donació no és imputable però sí col·lacionable i viceversa. Entenc que no hi ha cap obstacle a aquest règim jurídic diferenciat de les donacions en la successió, que resultarà de la voluntat del donant-testador, i ha de constar expressament tant en l'atorgament de la donació com amb posterioritat en forma de dispensa. Si no hi ha distinció feta, a la pràctica cal assumir els efectes indistints de l'ús d'ambdós termes.

X. LA RENÚNCIA A LA COL·LACIÓ

A diferència de la imputació legitimària, que reverteix en ampliació de l'àmbit de llibertat de testar del causant i que, de retruc, pot fer-ho en la quota disponible per l'hereu, la col·lació produeix un increment de la quota hereditària dels cohereus beneficiaris. La imputació de donacions a la llegítima individual no incrementa la quota legitimària a percebre pels altres descendents del causant, com tampoc no ho fan la renúncia o el desheretament (art. 451-6), mentre que la col·lació sí que resulta en increment de la quota atribuïda als cohereus beneficiaris. Per aquesta raó, la llei preveu la renúncia a l'efecte positiu que resulta de la col·lació per part dels cohereus, que no tindria cap sentit en la imputació, a la qual els altres legitimaris són aliens.

Atès que l'efecte de la col·lació es manifesta en seu de partició, aquesta renúncia no es pot considerar com a renúncia parcial al títol hereditari i no entra en contradicció amb els art. 461-1 i 461-2, sobre l'exercici de la delació. La possibilitat de renúncia a la col·lació és individual de cada cohereu⁽⁵²⁾, que sí que podrà ser feta parcialment, és a dir, només en relació amb determinades donacions o per a determinats cohereus, i no reverteix en benefici dels no renun-

ciant ans només del cohereu obligat a col·lacionar. El sentit de la renúncia a la col·lació resulta també del fonament de la norma, que descansa en una presumpció d'anticipació de l'herència per a determinades donacions i que pot declarar-se contrari a la realitat pels propis cohereus. Entenc que aquesta renúncia es produeix per manifestació expressa, però també resulta un cop s'ha acceptat la partició per part dels cohereus (art. 464-10), i aquesta també s'hauria de produir en el supòsit freqüent a la pràctica de conversió de la comunitat hereditària en comunitat ordinària sobre cadascun dels béns de l'herència⁽⁵³⁾.

No seran col·lacionables les donacions que no siguin imputables, és a dir, les conegudes tradicionalment com a simples: aquelles en què el donant no ha advertit el donatari d'aquest caràcter ni la llei el pressuposa com a supòsit que excepciona la regla general

Diferent de la renúncia a la col·lació és l'efecte que la repudiació de l'herència té sobre la col·lació, que la impedeix i l'evita pel cohereu repudiant, atès que només estan subjectes a col·lació els cohereus que han acceptat l'herència i no els que l'han repudiat⁽⁵⁴⁾. Per descomptat que la repudiació a l'herència d'un o algun dels cohereus beneficiaris de la col·lació no obsta el deure de col·lacionar pel total del cohereu obligat en benefici de la resta de cohereus o dels que arribin a ser-ho, ja sigui com a substituïts vulgars o per dret d'acréixer.

XI. LA COL·LACIÓ EN LLOC D'ASCENDENTS

La regla tradicional de la Constitució de la Cort de Montsó de 1547, que va estendre a tot Catalunya la Pragmàtica de Pere III de 1343 referida a Barcelona, constitueix el precedent de l'art. 464-18 en matèria de col·lació en lloc d'ascendents⁽⁵⁵⁾. A la Pragmàtica s'hi declarava l'obligació dels nèts de sotmetre a imputació legitimària, en l'herència dels avis, les atribucions rebudes pels progenitors, és a dir, el dot i les donacions per raó de matrimoni. La Pragmàtica de 1343 es va

dictar com a reacció a les al·legacions contràries a la imputació per part dels nèts que arribaven a ser legitimaris per dret de representació, amb l'argument que l'atribució no havia estat feta directament a ells, i es va considerar que havia de regir igualment a tot Catalunya en forma de Constitució l'any 1547. Aquesta regla es recull en termes semblants a l'art. 451-8.3 per a la llegítima, però l'art. 464-18 l'adapta a la col·lació, atès que en la llegítima el nèt ho és per dret de representació en una atribució legal que és forçosa pel causant i, per tant, és indiferent que s'hagi beneficiat directament o no dels béns donats als fills representats, mentre que en la col·lació el nèt és cohereu per institució voluntària o crida intestada, i aquí sí que és rellevant el benefici directe de les atribucions fetes al progenitor perquè l'efecte de la col·lació és a favor dels cohereus.

En la col·lació en lloc d'ascendents, que és el supòsit de fet previst a l'art. 464-18, es tracta de l'obligació de col·lacionar les atribucions rebudes pel progenitor, per part d'un nèt que arriba a ser cohereu en la successió de l'avi, juntament amb altres descendents. No és una col·lació d'atribucions rebudes directament, sinó de les adquirides de forma indirecta mitjançant la successió del progenitor. A diferència del que succeeix per a la llegítima, en què el nèt ha d'imputar les donacions rebudes pel progenitor, amb independència de si han arribat d'alguna manera al seu poder o no, en la col·lació en lloc d'ascendents només es dona l'obligació si efectivament el nèt s'ha beneficiat de les donacions fetes per l'avi al progenitor. En la llegítima la imputació afecta la pretensió del legitimari sobre l'atribució legal, cosa que no succeeix en la col·lació que beneficia els hereus.

Els requisits són estrictament els que s'estableixen a l'art. 464-18 i els altres supòsits de fet en queden exclosos. Així, si el progenitor ha mort abans que l'avi causant sense instituir hereu el nèt que és cridat en la successió d'aquest, directament o per substitució vulgar, no hi ha col·lació en lloc d'ascendent. En canvi, si el nèt ha rebut donacions per part de l'avi directament, i sempre que tinguin aquest caràcter segons l'art. 464-17.1, sí que les haurà de col·lacionar en concurrència a l'herèn-



cia amb d'altres descendents, encara que siguin de diferent grau. Igualment, si el progenitor del nét sobreviu a l'avi, no hi ha obligació de col·lacionar de cap mena per part del nét que hagi estat instituit hereu. En termes semblants, si l'hereu del descendent obligat a col·lacionar —per exemple el seu cònjuge— arriba a ser hereu també del causant sense ser-ne descendent, tampoc no hi ha obligació de col·lacionar.

Per tant, l'obligació del nét hereu de col·lacionar donacions en l'herència de l'avi ho serà tant per les rebudes directament d'aquest, com per les que ha rebut indirectament en l'herència del pare o de la mare. Cal que el nét sigui hereu del progenitor premort; si fos el cas que ha estat instituit legatari en aquesta successió, rebent el bé donat per l'avi o l'àvia, i hereu en la successió d'aquest darrer, l'obligació de col·lacionar teòricament no concorre. Per contra, si el nét és hereu en la successió del pare o de la mare, i en la de l'avi o àvia, però el bé donat al primer ha estat objecte de donació en vida a una altra persona o de llegat en l'herència o d'atribució a un altre cohereu, tampoc no concorre estrictament l'obligació de col·lacionar. En cas que operi el dret de transmissió (art. 461-13), no hi ha dubte quant a l'obligació de col·lacionar, que és la que corresponia a l'hereu cridat, encara que el transmissari no sigui el nét, atès que aquí ocupa el lloc del transmissent en la successió del causant, i com a tal estarà obligat a col·lacionar⁽⁵⁶⁾. Pel que fa a la crida en la successió intestada per dret de representació (art. 442-1), caldrà, a més, que concorri en el nét la condició d'hereu del representat, perquè regeixi la col·lació en lloc d'ascendent, cosa que no sempre succeirà⁽⁵⁷⁾. En aquests termes, i atès el principi de subrogació real o d'enriquiment que resulta de la donació, pot plantejar problemes de difícil solució a la pràctica l'apreciació del compliment del requisit d'identitat que el bé donat hagi arribat a poder del nét cohereu⁽⁵⁸⁾.

XII. ELS BENEFICIARIS DE LA COL·LACIÓ

La col·lació es produeix només entre els cohereus que són descendents del causant. Té el mateix efecte que si es produís

un creixement entre els instituïts dins una mateixa quota o porció d'herència (art. 462-1.2). Cal que concorrin alhora els dos requisits: descendent del causant i hereu en la successió. Si concorre en la successió un altre descendent del causant però ho fa amb un títol que no és el de cohereu, aquest no tindrà dret a beneficiar-se de la col·lació, però tampoc no hi estarà obligat. Això succeirà clarament en cas d'ésser afavorit amb un llegat. No cal que els cohereus ho siguin en una mateixa quota o part d'herència perquè els aprofiti la col·lació, que ho és en proporció a la seva participació individual en la successió com a hereu, que pot ser desigual, amb independència del que pugui percebre per altres títols. Tampoc no cal que els descendents ho siguin en el mateix grau i podran concórrer a l'ensens germans, cosins, oncles i nebots. La col·lació, doncs, no es produirà amb preferència dins d'un mateix grup de descendents o pel que fa a una quota o porció d'herència, sinó en relació amb la participació global a l'herència dels descendents⁽⁵⁹⁾.

Els cohereus que no són descendents del causant no participen dels efectes de la col·lació, tot i que de forma reflexa els pugui afectar, per l'increment de participació que pot suposar per als cridats, en portar a terme la partició i formar els lots que han de ser adjudicats, o per a la divisió o adjudicació de béns concrets, encara que sembla que l'increment de quota no els hauria d'afectar pel que fa a la regla de l'art. 464-8.2 (que remet a l'art. 552-11). La quota que correspon a cada cohereu es manté teòricament inalterada, per molt que, a efectes només de la col·lació, la d'alguns cohereus descendents del causant es pugui concretar en la partició en lots superiors als que, per efecte del testament, els correspondrien.

Pel que fa als creditors de l'herència, l'efecte que pogués tenir la col·lació s'hauria de concretar un cop s'hagués portat a terme la partició; fins aleshores el règim de divisió dels deutes hereditaris entre els cohereus, en proporció a les seves quotes, s'haurà produït a l'obertura de la successió, tal com estableix l'art. 463.1, sense solidaritat entre ells. Però la col·lació no altera aquest règim de responsabilitat envers els creditors, que mantenen les seves pretensions envers cadascun dels cohereus en proporció a les quotes hereditàries, com

tampoc no el modifica la partició (art. 464-16). L'increment dels béns adjudicats en la partició en proporció a la quota hereditària resultant del testament i la incrementada amb la col·lació no té cap reflex en el vesant passiu de la successió, que es manté en l'estricta proporció del testament⁽⁶⁰⁾. L'absència de benefici pels creditors derivat de la col·lació, que prescriu l'art. 464-19, com a efecte extern d'aquesta, no es tradueix tampoc en una modificació de les relacions internes entre els cohereus afectats per la col·lació. És a dir, si bé la proporció de deute atribuïda inicialment es manté a efectes de responsabilitat, la variació en la partició que suposa la col·lació no provoca cap increment o disminució del deute assumit a efectes interns entre els cohereus, sense que doni lloc a cap acció de repetició entre ells per l'escreix, del tipus que es preveu a l'art. 464-16.2. Entre els creditors de l'herència cal distingir els creditors de l'hereu, que sí que es poden beneficiar de la col·lació en cas de repudiació de l'herència en perjudici seu (art. 461-7).

En la meua opinió, a Catalunya totes les donacions haurien de ser considerades per defecte com a lliures, és a dir, ni col·lacionables ni imputables

En relació amb els legataris, la llei també prohibeix qualsevol canvi de règim jurídic de les pretensions que puguin tenir contra els cohereus per efecte de la col·lació. En la mesura en què el llegat pot gravar a diversos cohereus alhora (art. 427-8), en la col·lació, en afectar les quotes hereditàries als efectes d'incrementar-les o disminuir-les per a l'adjudicació de béns en la partició, podria estendre's aquest efecte a la responsabilitat pel compliment dels llegats, que ho és en proporció a la respectiva quota hereditària. La llei considera, de nou, que l'efecte de la col·lació es restringeix només al de l'adjudicació de béns en la partició, sense incidir en els altres aspectes de l'execució de la successió, com serien el del compliment dels llegats. En els mateixos termes, l'adjudicació de béns resultant de la col·lació no pot tenir tampoc cap conseqüència pel que fa a les pretensions dels



cohereus envers els legataris relatives a la reducció dels llegats per quarta falcídia, que s'ha de considerar al marge dels efectes de la col·lació. En aquests termes és perceptible clarament el sentit d'incardinar la col·lació en seu de partició hereditària⁽⁶¹⁾.

XIII. LA VALORACIÓ DE LES ATRIBUCIONS COL·LACIONABLES

La regla del segon incís de l'art. 44 CS, tocant a la valoració de les atribucions col·lacionables, ha estat recollida al darrer precepte en seu de col·lació, l'art. 464-20, i s'hi ha afegit una nova disposició relativa a la pràctica de la col·lació. Sobre el valor de les donacions o atribucions a col·lacionar, el criteri vigent és el mateix que resulta de la computació de donacions de les lletres c) i d) de l'art. 451-5, al qual també fa remissió l'art. 451-8.4 en seu d'imputació. Per tant, ni de forma teòrica ni a la pràctica hi ha diferències entre la valoració de les atribucions computables, les imputables i les col·lacionables, que participen d'uns mateixos criteris atesa la interrelació existent entre aquests instituts⁽⁶²⁾.

El criteri de la valoració de les atribucions col·lacionables en el moment de l'obertura de la successió ja es va establir a l'art. 273.5 CDCC. L'art. 518 PCDCC 1955, que remetia a diversos articles del CC espanyol en la matèria (art. 1.045 i art. 1.047 a 1.050), especialment excepcio-nava aquesta regla per ser la pròpia del Dret Romà rebut a Catalunya (C. 6,20,6), diferent al d'altres codificacions, i disposava que «no obstante, el valor de los bienes colacionable será el que tuvieren al fallecer el causante»⁽⁶³⁾. Pel que fa al moment de valoració en la imputació de donacions, és coherent amb el càlcul de la llegítima, que es fa a l'obertura de la successió, i amb la meritació d'interessos que les atribucions imputables es valorin també en aquell moment. Per contra, els béns de l'herència objecte de la partició es valoren en el moment en què aquesta es porta a terme en correspondència amb les quotes hereditàries. Cap precepte del Capítol IV, Títol VI del Llibre IV ho disposa expressament, però de la regla de l'art. 464-8 és el que cal entendre, com també de l'art. 464-13, que relaciona el valor dels béns en el moment en què s'adjudiquen amb la quota hereditària.

El valor de les atribucions a col·lacionar es calcula, doncs, en un moment diferent al dels béns objecte de partició, com també succeeix en la llegítima per als béns amb què se'n fa el pagament (art. 451-13). Aquest valor s'afegirà idealment al valor dels béns a partir i conformarà la participació efectiva dels cohereus descendents del causant en la part de l'herència que els correspon. Les diferències de valor, en positiu o en negatiu, incidiran en el resultat a què, per a cada cohereu, porta la col·lació, en més o en menys. La regla és coherent amb la de la imputació a la llegítima, i difícilment se'n podria establir una de diferent que fos operativa, atesa la interrelació que hi ha entre ambdues institucions.

XIV. LA COL·LACIÓ PER IMPUTACIÓ

La forma com la col·lació s'ha de portar a terme a la pràctica és objecte de regulació a l'apartat 2 de l'art. 464-20. A Catalunya regeix l'anomenada col·lació per imputació, en contraposició amb la col·lació *in natura*⁽⁶⁴⁾. En la col·lació es tracta només d'aportar o agregar idealment al conjunt de béns a partir entre els cohereus descendents del causant el valor de les atribucions col·lacionables, però no els mateixos béns. L'efecte de la col·lació per imputació és que la massa hereditària a partir entre els cohereus s'haurà incrementat amb aquest valor que s'imputarà a la part corresponent al cohereu beneficiari de les atribucions, el qual no rebrà béns corresponents, atès que ja ha rebut els col·lacionats. Es tracta, doncs, d'una operació merament comptable⁽⁶⁵⁾. Tal com succeeix per a la imputació legitimària (art. 451-10.1), la col·lació mai no es concretarà en una obligació de restitució de l'escriu pel cohereu afectat en relació amb les quotes que resulten de l'herència⁽⁶⁶⁾. Aquesta regla, per descomptat, no exclou les possibles conseqüències en termes de reducció o de supressió de les donacions per inofici-sitat legitimària (art. 451-22 i seg.).

En termes pràctics, l'operativa de la col·lació seria com en el exemple següent: en cas que el causant hagi instituït per parts iguals en la seva successió el cònjuge en una meitat i els seus quatre fills en l'altra, la col·lació només operaria en aquesta segona. Posat que l'herència tingui un valor de 2.000 i hi hagi donacions col·lacionables

per import de 600, la quota a partir entre els fills cohereus s'hauria incrementat fins a un valor de 1.600, de manera que les quotes iguals dels quatre fills tindrien un valor de 400. En funció de si han rebut donacions col·lacionables, la seva quota de 400 s'haurà de concretar o no en béns de l'herència pel valor corresponent. Si un dels fills ha rebut una donació de 500, aquest no tindrà dret a que li sigui adjudicat cap bé de l'herència, però tampoc no haurà de restituir l'excés de 100, que hauria percebut via donació en vida. Si un altre dels cohereus hagués rebut una donació de 100, la seva quota hereditària es concretaria en l'adjudicació de béns per valor de 300, mentre que els dos restants tindrien dret a un lot cadascun de 400, en relació amb els 200 a què originàriament en virtut del testament tenien dret. Com que és clar que aquests valors superen en 100 el total dels béns a partir (1.000-1.100), caldrà reduir aquesta quantitat. La llei no preveu res per a aquest cas, així doncs, hom podria reduir aquest escriu en proporció a les respectives quotes o bé, d'acord amb el model del § 2056 BGB, prescindir alhora de la col·lació i de la quota que correspon al cohereu donatari.

La llei preveu la renúncia a l'efecte positiu que resulta de la col·lació per part dels cohereus, que no tindria cap sentit en la imputació, a la qual els altres legitimaris són aliens

Una qüestió que ha plantejat algun dubte en el dret tradicional és la dels fruits dels béns que són objecte de col·lació. En la mesura en què pot transcórrer un període de temps llarg entre l'obertura de la successió i la pràctica de la partició, es planteja si cal col·lacionar també els fruits dels béns donats, atès que la llei preveu la partició proporcional entre els cohereus dels fruits i els rendiments percebuts del béns que componen l'herència (art. 464-9). El dret vigent no hi fa referència i es limita a imposar la col·lació pel valor dels béns a l'obertura de la successió. La conclusió que hom pot extreure d'aquest silenci és que les quotes resultants de la col·lació són les que regeixen també per a fruits i rendiments entre els cohereus afectats, de manera que els



fruits dels béns a col·lacionar queden en benefici exclusiu del seu titular⁽⁶⁷⁾.

XV. DONACIONS DISSIMULADES I COL·LACIÓ

Sense donacions del causant en vida a favor dels seus descendents no hi ha col·lació possible. Per aquesta raó, cal fer referència als supòsits freqüents a la pràctica en què la donació ha estat dissimulada mitjançant un contracte de compravenda. Per motivacions diverses pot succeir que el causat formalitzi en aparença una compravenda amb un dels seus fills, en què no hi ha lliurament de preu en contraprestació, com a mitjà per aconseguir encobrir o dissimular una donació. La compravenda no és volguda, no hi ha preu, i el que realment es vol és atorgar una donació però sense que aparegui externament i se'n conegui l'existència. Es tractaria d'un cas qualificat com de simulació relativa, en què se simula o es fingeix la formalització d'un determinat negoci —la compravenda— quan se'n vol un altre —la donació—, que és el que es formalitza realment. Si s'admet la validesa d'aquesta simulació, aleshores caldrà declarar que no existeix la compravenda però sí la donació a tots els efectes, entre els quals la computació per al càlcul de la llegítima i, eventualment, la seva imputació i col·lació. Per contra, si la simulació no s'admet, aleshores caldrà declarar nuls ambdós negocis, tant la compravenda com la donació, i reintegrar els béns donats al patrimoni del causant⁽⁶⁸⁾.

Els supòsits de simulació que es poden donar a la pràctica són molt variats i poden respondre a motivacions diverses, que inclouen la simulació absoluta adreçada al frau de creditors, però també les donacions remuneratòries. Als efectes específics del tema que ens ocupa, el cas recurrent ha estat el del progenitor que simula la compravenda d'un immoble amb un fill encobrint una donació, com també a favor del cònjuge, del convivent o d'altres persones del seu cercle més proper. En principi, la simulació relativa porta a la qualificació correcta i real del negoci i a declarar la inexistència de la compravenda simulada i l'existència de la donació dissimulada, però pressuposant el compliment dels requisits legals per a la validesa d'aquesta darrera⁽⁶⁹⁾. Res a dir, doncs, per a

la donació de béns mobles, però es planteja certament el compliment del requisit de forma en escriptura pública per a l'atorgament d'una donació dissimulada d'un immoble, tal com preveu expressament l'art. 531-12⁽⁷⁰⁾. En funció de la decisió que es prengui sobre la validesa d'aquesta simulació negocial, el resultat pot arribar a ser molt diferent en la successió per causa de mort del donant, tant pel que fa a la planificació i distribució de béns que aquest hagi pogut fer, assumint l'existència de la donació, com respecte a la seva autèntica voluntat.

Pel que fa a l'específica pràctica catalana en aquesta qüestió, d'antuvi cal tenir en compte l'abast reduït de la llegítima, la seva naturalesa de dret de crèdit i l'absència de participació o de drets del legitimari sobre els béns de l'herència. A més, tant la computació com la imputació i la col·lació es consideren operacions merament comptables, en què no hi ha aportació en natura dels béns que es valoren a l'obertura de la successió, i la regla tradicional de defecte ha estat la de no imputació ni col·lació de les donacions fetes pel causant. D'aquesta manera, i als efectes que ens ocupen aquí, és poc rellevant que els béns es considerin donats o bé propietat del causant en el moment de la mort, de resultes d'una declaració de nul·litat de la donació dissimulada⁽⁷¹⁾. La computació dels béns es produirà de la mateixa manera⁽⁷²⁾, no hi haurà cap impacte en matèria d'imputació o col·lació⁽⁷³⁾, atès que res no s'haurà dit en l'escriptura de compravenda, i el legitimari —en la gran majoria de casos— no tindrà cap garantia addicional per al seu dret. El principi favorable a la llibertat civil en Dret Català proclamat a l'art. 111-6 també s'ha de prendre en consideració, i més encara el de vinculació de l'hereu als actes propis del causant⁽⁷⁴⁾.

De la jurisprudència dels tribunals catalans es palesa que si l'herència ha donat lloc a litigi entre hereus i legitimaris, sovint germans, i hi ha hagut simulació negocial en cas de donacions, majoritàriament els tribunals han procedit a declarar l'existència i validesa de la donació i a computar-ne el valor per a calcular la quantia de la llegítima⁽⁷⁵⁾. Res més no exigeix el sistema successori català per mitigar els efectes que la simulació negocial —amb una donació que es podria escapar de la computació— hagi pogut tenir sobre els

drets dels legitimaris⁽⁷⁶⁾. De ben segur els principis que informen el Dret Català i la dinàmica mateixa del sistema successori aconsellen optar per aquesta solució. Si el progenitor en vida voluntàriament ha decidit donar un immoble a un fill, malgrat la simulació, aquesta donació feta en escriptura pública de compravenda davant notari s'hauria de respectar i mantenir, ja que poca cosa afegiria la seva nul·litat en relació amb els altres fills legitimaris, sempre que es consideri que era certa la voluntat del donant i que aquesta ha de prevaldre.

Diferent de la renúncia a la col·lació és l'efecte que la repudiació de l'herència té sobre la col·lació, que la impedeix i l'evita pel cohereu repudiant, atès que només estan subjectes a col·lació els cohereus que han acceptat l'herència i no els que l'han repudiat

La nul·litat de la donació dissimulada, contràriament, s'hauria de produir per entendre que no s'ha complert l'específic requisit de forma en escriptura pública que prescriu l'art. 531-12, i que amb anterioritat resultava per al Dret Català de l'aplicació de l'art. 633 del CC espanyol. Tots dos preceptes exigeixen l'escriptura pública per a la validesa d'una donació d'immobles, com a forma *ad solemnitatem*, si bé el darrer fa referència al seu segon apartat a una «escriptura de donación», mentre que l'art. 531-12 només disposa que la donació s'ha d'atorgar en «una escriptura pública» i àdhuc davant la possibilitat d'acceptació de la donació mitjançant una diligència d'adhesió. Deixant de banda l'argument literal que afegeix el Dret Català a l'exegesi de la norma⁽⁷⁷⁾, hom pot interpretar estrictament aquest requisit, exigint que l'escriptura pública sigui específica de donació, la qual cosa implica l'exclusió radical de la simulació relativa per a les donacions d'immobles, o bé entendre que l'important no és tant la qualificació autònoma del document sinó el fet que la transmissió de l'immoble s'hagi instrumentat en una escriptura pública⁽⁷⁸⁾. La qüestió ha donat lloc a un llarg debat doctrinal, amb opcions contraposades, sovint radicals o maximalistes, de principis en què es nega la validesa de la donació,



amb motivacions diverses, i a una jurisprudència oscil·lant del Tribunal Suprem, però que sembla haver pres un tombant rígid excloent de la validesa de la simulació relativa a partir de la sentència del Ple de la Sala 1a d'11 de gener de 2007 (RJ 1502), i que, malgrat el vots particulars formulats, s'ha mantingut i confirmat en sentències posteriors del mateix TS⁽⁷⁹⁾.

Els cohereus que no són descendents del causant no participen dels efectes de la col·lació, tot i que de forma reflexa els pugui afectar, per l'increment de participació que pot suposar per als cridats, en portar a terme la partició i formar els lots que han de ser adjudicats, o per a la divisió o adjudicació de béns concrets

El Tribunal Superior de Justícia de Catalunya, com a tribunal de cassació per al Dret Civil català, s'havia pronunciat per l'opció d'admetre la validesa de la simulació negociada en la donació d'immobles en escriptura pública de compravenda, assumint que «aquest Tribunal Superior s'inclina per la solució més flexible i menys formalista»⁽⁸⁰⁾. La nova jurisprudència del TS, amb voluntat excloent de la simulació, basada en el dret del CC i que no admet excepcions, planteja la seva aplicació per al Dret Català, en modificació de la mateixa doctrina cassacional prou reiterada del TSJC i de l'aplicació i la observança en apel·lació que n'havien fet les audiències catalanes. Així ha succeït per primer cop a la sentència del TSJC de 19 de maig de 2008 (RJ 2010/1615), en què tot recollint expressament la darrera doctrina del TS, entengué que calia privar l'hereu del dret a la quarta falcídia per no haver inclòs en l'inventari realitzat a aquest efecte tots els béns del causant, en concret els que havien estat objecte d'una donació al propi hereu mitjançant una compravenda simulada. Per aquest motiu, la transmissió s'havia de considerar nul·la per defecte de forma i entendre que els béns havien estat omesos per formar part del cabal relicte, però tot això sorprenentment sense que en el moment de fer l'inventari se n'hagués declarat judicialment la nul·litat⁽⁸¹⁾.

Com s'ha apuntat, i llevat de casos excepcionals, res no afegeix en interès d'un legitimari català la declaració de nul·litat d'una donació i la reintegració del bé a la massa hereditària. Per contra, l'actual doctrina rigorosa del TS pot portar a actuacions clarament oportunistes al si del procés successori i que poden contribuir a una revisió d'allò fet lliurement i de manera conscient pels progenitors en vida. El cas paradigmàtic seria el del progenitor amb dos fills que en vida ha fet donació d'un immoble a un d'ells mitjançant una compravenda simulada. Per aquest motiu l'ha exclòs de l'herència i ha instituït hereu l'altre fill que no ha rebut res en vida. Seria clarament contrari a la voluntat del causant permetre que el fill hereu instés la declaració de nul·litat de l'esmentada donació per defecte de forma, amb la consegüent reintegració de l'immoble donat a la massa hereditària en benefici exclusiu seu, llevat de la participació que com a llegítima correspondria al seu germà.

Cal tenir en compte que el nou criteri jurisprudencial del TS sobre nul·litat de donacions dissimulades per defecte de forma es pot aplicar a tots els casos que s'hagin de resoldre en el futur pels tribunals, amb independència de quan s'hagin atorgat els negocis simulats, per tant, no només als esdevenidors ans tot el contrari⁽⁸²⁾. Amb la reforma de la tributació de les donacions a Catalunya a partir de l'any 2008, és probable que la problemàtica sobre aquestes donacions dissimulades disminueixi en el futur, però no pel que fa als casos que es plantegin davant els tribunals en relació amb donacions anteriors per a successions obertes en els anys que vindran⁽⁸³⁾. La problemàtica, en allò que ens ocupa, es restringeix a les donacions d'immobles, però també se'n pot plantejar l'extensió —amb efectes socialment devastadors— a la transmissió de participacions socials en les societats de responsabilitat limitada, que han de constar en document públic segons l'art. 106 del RD Legislatiu 1/2010, de 2 de juliol, «por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital»⁽⁸⁴⁾. En la meua opinió, el TSJC, i pel que fa als plets successoris, assenyaladament quan del que es tracta és de la computació d'una donació per a obtenir la quantia de la llegítima, s'hauria de mantenir en la seva reiterada doctrina jurisprudencial referida al Dret Català, i que ha estat aplicada de

forma majoritària en apel·lació, que admet la simulació relativa pel que fa a les donacions d'immobles dissimulades mitjançant contractes de compravenda⁽⁸⁵⁾.

- (1) Llei 10/2008, de 10 de juliol, del Llibre quart del Codi Civil de Catalunya, relatiu a les successions (DOGC núm. 5175, de 17 juliol de 2008). Per a una exposició de conjunt sobre el Llibre IV CCCat, Josep FERRER RIBA, «Tradició heretada i innovació en el nou llibre quart del Codi Civil de Catalunya», a 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, pàg. 15 i seg.; Albert LAMARCA I MARQUÉS, «El llibre IV del Codi civil de Catalunya, relatiu a les successions», *Activitat Parlamentària* 16/2008, pàg. 54 i seg.; vegeu també sobre el conjunt del Llibre IV, Joan EGEA FERNÁNDEZ; Josep FERRER RIBA (dir.); 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, *Instituciones del Dret Civil de Catalunya. Volum III. Dret de Successions*, Ed. Tirant lo Blanch, 7a. ed., València, 2009.
- (2) Llei 40/1991, de 30 de desembre, del Codi de successions per causa de mort en el Dret Civil de Catalunya (DOGC núm. 1544, de 21 de gener de 1992). En relació amb el CS, el Llibre IV del CCCat ha procedit a una reordenació sistemàtica de la matèria regulada, de manera que la col·lació ha passat a ubicar-se en el Títol VI del nou text, darrere de tot el Llibre, en comptes de al Títol I en què s'integrava al CS, i de forma subsegüent a la partició, mentre que en el CS la precedia. Segons el Preàmbul de la Llei 10/2008, «aquesta reordenació sistemàtica, que té un precedent en el Projecte de compilació del 1955, s'ajusta a l'ordre temporal de les fases en què es desenvolupa el fenomen successori.»
- (3) Així es reconeix al Preàmbul de la Llei 10/2008: «La naturalesa de l'operació de col·lació, com també la definició dels supòsits en què escau i dels seus efectes, es manté inalterada respecte al dret anterior, si bé, lògicament, es veu afectada per les modificacions introduïdes en el règim d'imputació legitimària.»
- (4) La matèria relativa a la imputació de donacions a la llegítima, cabdal per a l'estudi de la col·lació, va ser tractada magistral-



ment pel nostre homenatjat en un treball publicat l'any 1975: Josep M. PUIG SALELLAS, «Sobre preterición no errónea y desheredación injusta (Sentencia de 30 de enero de 1973)», *Revista Jurídica de Catalunya*, 1975, pàg. 119 i seg.

(5) Als canvis en el dret civil cal afegir-hi la important modificació de la tributació de les donacions a Catalunya des de l'any 2008, que ha tingut un fort impacte a la pràctica, trastocant el que venia essent habitual i raonable. La incentivació de les donacions, per raó dels avantatges en relació amb d'altres tributs, tindrà conseqüències greus en l'àmbit que ens ocupa en forma de plets entre germans en el futur. Segons la memòria de l'Impost de Donacions de l'exercici 2009, publicada per la Direcció General de Tributs de la Generalitat de Catalunya (www.e-tributs.cat), l'any 2009 hi va haver 18.653 donacions, per un import total de 2.087 milions d'euros, equivalent a l'1% del PIB català. Un 84% d'aquestes donacions van ser a favor de cònjuges o parents en línia directa. L'any 2008 les donacions van ser 16.063 per un import total de 1.721 milions d'euros. En el mateix exercici 2009 les successions a Catalunya presentades a liquidar per l'Impost de Successions ho van ser per un import de 6.384 milions d'euros, en un total de 36.539 herències (per més de 60.000 defuncions). Els valors consignats ho són sovint segons criteris fiscals, diferent del preu real de mercat.

(6) Cf. Lluís ROCA-SASTRE MUNCUNILL, *Derecho de Sucesiones. Tomo II*, Ed. Bosch, Barcelona, 1991, pàg. 45.

(7) Sobre la computació en Dret Català, continua sent de referència el treball de Lluís PUIG i FERRIOL, «Cómputo de la legítima», a *Revista Jurídica de Catalunya*, 1971, pàg. 475 i seg.; més recentment, id., «Cuestiones sobre computación legitimaria en el Código de Sucesiones por causa de muerte en el Derecho Civil de Catalunya», a J. M. GONZÁLEZ PORRAS; F. P. MÉNDEZ GONZÁLEZ (coord.), *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, pàg. 3.987 i seg.; també, ROCA-SASTRE MUNCUNILL, *Derecho de Sucesiones. Tom II*, cit., pàg. 43 i seg.; Albert LAMARCA i MARQUÉS, «Relacions familiars i atribucions successòries legals. Legítima i quarta vi dual al Llibre IV del Codi Civil de Catalunya», a 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, pàg. 263 i seg., pàg. 273; Encarna ROCA TRIAS, «Comentari als arts. 451-1 a 451-6», a EGEE FERNÁNDEZ;

FERRER RIBA, *Comentaris al llibre quart del Codi civil de Catalunya. II*, cit., pàg. 1.315 i seg. Cf. Encarna ROCA TRIAS, *Natura i contingut de la llegítima en el Dret Civil Català*, Ed. Càtedra Duran i Bas, Barcelona, 1975, pàg. 174 i seg.; id., «Comentari als arts. 122 a 146», a Manuel ALBALADEJO, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales. Tomo XXVIII. Vol. 2. Artículos 122 a 161. Compilación de Cataluña*, Ed. Edersa, Madrid, 1982, pàg. 1 a 275, pàg. 120; vegeu també sobre imputació legitimària, PUIG SALELLAS, *Sobre preterición no errónea y desheredación injusta*, cit., pàg. 138 i seg.; PUIG i FERRIOL, *Cómputo de la legítima*, cit., pàg. 528; Joan Manuel ABRIL CAMPOY, «Determinación de la legítima. La protección del título de legitimario y de su contenido económico», a *La Llei de Catalunya i Balears*, 1991/2, pàg. 742 i seg.; Lluís JOU i MIRABENT, «Comentari als arts. 350 a 378», a id. (coord.), *Comentarios al Código de Sucesiones de Cataluña. Ley 40/1991, de 30 de diciembre. Tomo II*, Ed. Bosch, Barcelona, 1994, pàg. 1.190 i seg., pàg. 1.216; LAMARCA i MARQUÉS, *Relacions familiars i atribucions successòries legals*, cit., pàg. 286; id., «Comentari als arts. 451-7 a 451-16», a EGEE FERNÁNDEZ; FERRER RIBA, *Comentaris al llibre quart del Codi civil de Catalunya. II*, cit., pàg. 1.335 i seg.

(9) En matèria de col·lació en el nostre dret, Carlos J. MALLUQUER DE MOTES, «Comentari als arts. 273 i 274», a 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, pàg. 498 i seg.; José Luis MEZQUITA DEL CACHO, «Comentari als arts. 43 i 44», a 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, pàg. 154 i seg.; 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, 2a. ed., Barcelona; Madrid, 2009, pàg. 821 i seg.; Lluís PUIG i FERRIOL; Encarna ROCA i TRIAS, *Instituciones del Dret Civil de Catalunya. Volum III. Dret de Successions*, Ed. Tirant lo Blanch, 7a. ed., València, 2009, pàg. 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)», a 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, pàg. 601 i seg.; Albert LAMARCA i MARQUÉS, «Comentari als arts. 464-17 a 464-20», a

EGEE FERNÁNDEZ; FERRER RIBA, *Comentaris al llibre quart del Codi civil de Catalunya. II*, cit., pàg. 1.655 i seg.; DEL POZO CARRASCOSA; VAQUER ALOY; BOSCH CAPDEVILA, *Derecho Civil de Cataluña. Derecho de sucesiones*, cit., pàg. 591 i seg.

(10) Cf. MEZQUITA DEL CACHO, *Comentari als arts. 43 i 44*, cit., pàg. 162.

(11) Així, en el cas resolt per la sentència de l'AP de Barcelona de 27.11.2006 (JUR 2007/194672), en què es distingeix clarament entre computació, imputació i col·lació, igualment a la sentència de l'AP de Girona de 12.7.2004 (AC 1614) i a les de l'AP de Barcelona de 26.11.2009 (JUR 2010/43635) i de 29.10.2009 (JUR 2010/45809).

(12) Sobre la diacronia de l'institut, per a tots, Pasquale Voci, *Diritto ereditario romano. I. Introduzione. Parte generale*, Ed. Giuffrè, 2a. ed., Milà, 1967, pàg. 756; també, Felipe CLEMENTE DE DIEGO; José M. NAVARRO DE PALENCIA, «Fuentes legales de la colación en Derecho catalán común», *Revista de Derecho Privado*, 1914, pàg. 283 i seg., pàg. 286; BASSOLS i PARÉS, *La col·lació en el dret civil de Catalunya*, cit., pàg. 21.

(13) El text de la Constitució de 1547 és el següent: «Així mateix, per quant lo Rey en Pere, en lo Any M.CCC.XXXXIII. a suplicatio 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 Catalunya, y Comtats de Rosselló, y Cerdanya, perçò statuim, e ordenam, que la dita Pragmàtica sie haguda per Constitució, y sie de ací avant Generalment observada en lo Principat de Catalunya, y Comtats de Rosselló, y Cerdanya, sense perjudici dels plets pendents.»

(14) El text en llatí de la Pragmàtica de 1343 és el següent: «Considerantes qualiter pro parte Consiliariorum, & Proborum Hominum Universitatis Civitatis Barchinonae fuit noviter proposita 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 eorum, petunt legitimam, aut supplementum ejus in bonis dicti Avii, seu Aviae, allegando quod donaciones propter nubias datas patri, vel dotem Matri donatam in compotum Legitimae, admittere, seu recipere non tenentur, propter quod fuit nobis humiliter supplicatum, ut cum hoc valde durum, & inconveniens sensetur, dignaremur super eo decens remedium adhibere, nos igitur supplicatione admissa providemus, statuimus ac etiam Ordinamus perpetuo, quod talis allegatio nullatenus admittatur, quin potius ipsa non obstante, jam dicti Nepotes, dona-

tionem Patri propter nubtias, seu dotem Matri donatam, in compotum Legittimae admittere teneantur. Mandantes cum praesenti, & c.»

- (15) Antoni M. BORRELL I SOLER, *Derecho civil vigente en Cataluña. V. Sucesiones por causa de muerte*, Ed. Bosch, 2a. ed., Barcelona, 1944, pàg. 496; Josep PELLA FORGAS, *Código civil de Cataluña. IV*, Ed. Bosch, Barcelona, 1916, pàg. 113; BASSOLS I PARÉS, *La col·lació en el dret civil de Catalunya*, cit., pàg. 40.
- (16) Amb l'assenyalada excepció, com veurem a les pàgines que segueixen, de Joan Pere FONTANELLA, que sí que s'hi refereix expressament, mentre que a Jaume CÀNCER I LLUÍS DE PEGUERA es dedueix pel tractament que fan de l'institut de la imputació en la llegítima.
- (17) Llevat del tractament que fa de l'*actio familiae erciscundae* Antoni OLIBA, *Comentaris sobre «De actionibus»*, vol. II, Barcelona, 1606 (edició facsimil, amb estudi introductori de Carlos J. MALUQUER DE MOTES I BERNET; Antoni VAQUER ALOY, Ed. Generalitat de Catalunya - Departament de Justícia, Barcelona, 1998) pàg. 413 i seg., i també en els heretaments, Joan Pere FONTANELLA, *De pactis nuptialibus sive de capitulis matrimonialibus tractatus. I*, Ginebra, 1752, clàusula IV, glossa IX, part 2. És simptomàtic d'aquesta realitat el fet que en la primera edició del seu *Formulario de notaría*, Ed. Imprenta de José Rubió, Barcelona, 1836, el notari Fèlix M. FALGUERA no inclogués cap formulari de partició de l'herència.
- (18) Richard HYLAND, *Gifts. A Study in Comparative Law*, Ed. Oxford University Press, Nova York, 2009, explica detalladament aquest canvi de paradigma, que va arribar fins al punt, en els primers temps revolucionaris, d'establir la prohibició de les donacions de pares a fills; tal era l'odi cap a la pràctica de la primogenitura i l'efecte discriminatori que les donacions produïen entre els fills dins una mateixa família, que va provocar aquesta reacció antagònica cap a allò que les donacions havien significat fins aleshores. El canvi radical operat es pot copsar amb les pràctiques familiars de transmissió de la riquesa a El Rosselló abans de la Revolució, Joan PEYTAVI DEIXONA, *La familia nord-catalana: Matrimonis i patrimonis (s. XVI-XVIII)*, Ed. Trabucaire, Perpinyà, 1996. Sobre les pràctiques jurídiques familiars tradicionals catalanes, són d'interès els treballs de Josep M. PUIG SALELLAS, *De remences a rendistes: els Salellas (1322-1935)*, Ed. Fundació Noguera, Barcelona, 1996; id., *Història difícil de quatre dones*, Ed. Edicions 62, Barcelona, 2008.
- (19) BASSOLS I PARÉS, *La col·lació en el dret civil de Catalunya*, cit., pàg. 151.
- (20) PUIG I FERRIOL, *Instituciones del Dret Civil de Catalunya*, cit., pàg. 663, ROCA TRIAS, *Natura*

i contingut de la llegítima en el Dret Civil Català, cit., 174.

- (21) Cf., Lluís PUIG I FERRIOL a les notes de l'obra de Theodor KIPP, *Derecho de Sucesiones. II. Estudios de comparación y adaptación a la legislación y jurisprudencia españolas de Ramón María Roca Sastre. Segunda edición a cargo de Luis Puig Ferriol y Fernando Badosa Coll*, Ed. Bosch, Barcelona, 1976, pàg. 307.
- (22) Amb tot, la visió contrària està força estesa, per les raons apuntades, cf. Enric BRANCÓS NUÑEZ, «Estructura i contingut del futur Codi civil de Catalunya. Successions», a ÀREA DE DRET CIVIL - UNIVERSITAT DE GIRONA (COORD.), *El Dret civil català en el context europeu. Materials de les Dotzenes Jornades de Dret Català a Tossa. 26 i 27 de setembre de 2002*, Ed. Documenta Universitària, Girona, 2003, pàg. 195 i seg.
- (23) Així, DEL POZO CARRASCOSA; VAQUER ALOY; BOSCH CAPDEVILA, *Derecho Civil de Cataluña. Derecho de sucesiones*, cit., pàg. 593, hi entenen també compresos supòsits com els de la donació d'un deute.
- (24) Pel que fa a les donacions *mortis causa*, així s'afirma a la sentència de l'AP de Barcelona de 28.7.2000 (JUR 306780). Contràriament s'hi pronuncien: PUIG I FERRIOL, *Instituciones del Dret Civil de Catalunya*, cit., pàg. 663; BASSOLS I PARÉS, *La col·lació en el dret civil de Catalunya*, cit., pàg. 150.
- (25) Així es pot llegir també a la sentència del Tribunal de Cassació de 23.9.1936, que qualifica com a no col·lacionables les donacions *simplices*, mentre que sí que ho són les dotals i les antenupcials, d'acord amb el Dret Romà rebut. Sobre la Pragmàtica, ROCA TRIAS, *Natura i contingut de la llegítima en el Dret Civil Català*, cit., pàg. 190.
- (26) Amb suport en la doctrina dels autors de la tradició jurídica catalana, Encarna ROCA TRIAS, «La extinció de la legítima», a *Estudios sobre la legítima catalana*, Ed. Càtedra Duran i Bas, Barcelona, 1973, pàg. 361 i seg., pàg. 392.
- (27) FONTANELLA, *De pactis nuptialibus I*, cit., clàusula IV, glossa I.
- (28) Jaume CÀNCER, *Variorum resolutionum iuris universalis caesarei, pontificii et municipalis Principatus Cathalauniae*, Venècia, 1760, part I, cap. II, núm. 7 i 8.
- (29) Cf. Joan EGEA FERNÁNDEZ, «Comentari als arts. 340 i 341», a Manuel ALBALADEJO, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales. Tomo XXX. Artículos 277 al final. Compilación de Cataluña*, Ed. Edersa, Madrid, 1987, pàg. 775 i seg., pàg. 791.
- (30) Lluís DE PEGUERA, *Decisionum aurearum ex variis Sacri Cathalonie Senatus conclusionibus collectarum, discursuq. theorico & practico compactarum*, Barcelona, 1611, vol. II, cap. 15.
- (31) Tocant a aquesta simetria amb la col·lació, afirmava FONTANELLA, *De pactis nuptialibus I*,

cit., clàusula IV, glossa I, sobre la qüestió, «ad imputationem in legitimam eodem modo respondemus».

- (32) Cf. PELLA FORGAS, *Código civil de Cataluña*, cit., pàg. 113; BORRELL I SOLER, *Derecho civil vigente en Cataluña*, cit., pàg. 500; també CLEMENTE DE DIEGO; NAVARRO DE PALENCIA, *Fuentes legales de la col·lació en Derecho catalán común*, cit., pàg. 295.
- (33) FALGUERA, *Formulario de notaría*, cit., pàg. 126.
- (34) Guillem M. DE BROCA I MONTAGUT, *Historia del Derecho de Cataluña, especialmente del Civil y exposición de las Instituciones del Derecho civil del mismo territorio en relación con el Código civil de España y la Jurisprudencia*, Ed. Herederos de Juan Gili, Barcelona, 1918 (reproducció anastàtica de la Generalitat de Catalunya, Barcelona, 1985), pàg. 743; en els mateixos termes, Pere Nolasca VIVES I CEBRIÀ, *Traducción al castellano de los Usages y demás derechos de Cataluña que no están derogados o no son notoriamente inútiles, con indicación del contenido de éstos y de las disposiciones por las que han venido a serlo, ilustrada con notas sacadas de los más clásicos autores del Principado. Vol. II, 2a. ed.*, Barcelona, 1862 (edició anastàtica amb estudi introductori de Joan EGEA FERNÁNDEZ, Ed. Generalitat de Catalunya - Departament de Justícia, Barcelona, 1989), pàg. 263.
- (35) Cf. ROCA TRIAS, *Natura i contingut de la llegítima en el Dret Civil Català*, cit., pàg. 165; id., *Comentari als arts. 122 a 146*, cit., pàg. 112; PUIG SALELLAS, *Sobre preterición no errónea y desheredación injusta*, cit., pàg. 141. En la jurisprudència de cassació, s'ha afirmat així, entre d'altres, a la sentència del TSJC de 4.4.2005 (RJ 2007/1812): «Per tal que les donacions atorgades entre vius pel testador puguin ésser imputables a la llegítima, és necessari que la donació s'hagi fet amb l'expressa prevenció que l'acte de liberalitat sigui imputat al pagament de la llegítima o que serveixi de pagament o bestreta d'aquesta, prevenció que s'ha de fer en el moment d'atorgar la donació, i no per declaració efectuada amb posterioritat en testament o en una altra declaració fefaent de voluntat del *de cuius*, posat que en resultar afectat el donatari en un dret de caire forçós i irrenunciable (almenys *a priori*), és clar que ha de conèixer les circumstàncies referents a la imputació, per decidir si accepta allò donat amb l'expressa atribució legitimària.»
- (36) MEZQUITA DEL CACHO, *Comentari als arts. 43 i 44*, cit., pàg. 159.
- (37) Cf. sentència del TSJC de 4.4.2005 (RJ 2007/1812).
- (38) Així a les sentències 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) i de l'AP de Barcelona de 23.11.2006 (JUR 2007/194814).



- (39) Sobre aquest pacte, en el nou Llibre IV, Paloma de BARRÓN ARNICHES, «Comentari als arts. 451-25 a 451-27», a EGEA FERNÁNDEZ; FERRER RIBA, *Comentaris al llibre quart del Codi civil de Catalunya. II*, cit, pàg. 1.432 i seg.; al Codi de Successions, JOU I MIRABENT, «Comentari als arts. 350 a 378», cit., pàg. 1.268; Paloma de BARRÓN ARNICHES, «El pacto de renúncia a la legítima futura en el Derecho civil de Cataluña», *Revista Jurídica de Catalunya*, 1993, pàg. 325 i seg.; en el marc del dret tradicional i sota la Compilació, Ferran BADOSA COLL, «Comentari als arts. 26 a 37», a 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, pàg. 484 i seg., pàg. 495; ROCA TRIAS, *Comentari als arts. 122 a 146*, cit., pàg. 247; Pablo SALVADOR CODERCH, «Comentari al Títol IV. De la successió intestada», a 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, pàg. 1 i seg., pàg. 16.
- (40) Sobre la qüestió, amb els antecedents de la tradició jurídica, ROCA TRIAS, *Comentari als arts. 122 a 146*, cit., pàg. 112 i seg.
- (41) Malgrat els problemes de computació a què això pot donar lloc a la pràctica, cf. sentència del TSJC de 6.3.2008 (JUR 284859).
- (42) Així ho reconeix, malgrat la valoració favorable de la norma, FERRER RIBA, *Tradició heretada i innovació en el nou llibre quart del Codi civil de Catalunya*, cit., pàg. 25.
- (43) Sobre les qüestions de dret transitori en el dret de successions català, Ferran BADOSA COLL, «Comentari a les disposicions transitòries», a EGEA FERNÁNDEZ; FERRER RIBA, *Comentaris al llibre quart del Codi civil de Catalunya. II*, cit, pàg. 1.684 i seg.
- (44) Cal tenir en compte, a més, que a aquest estat de coses s'hi ha afegit la Llei 19/2010, del 7 de juny, de regulació de l'impost sobre successions i donacions, amb la introducció, als arts. 47 i seg., d'una «Reducció per la donació de diners per constituir o adquirir una empresa individual o un negoci professional o per adquirir participacions en entitats.» a favor de descendents que no tinguin més de quaranta anys, com també, als arts. 54 i seg., d'una «Reducció per la donació d'un habitatge que ha de constituir el primer habitatge habitual o per la donació de diners destinats a l'adquisició d'aquest primer habitatge habitual.» a favor de descendents que no tinguin més de trenta-sis anys. En tots dos casos sembla que hi hagi un cert paral·lisme amb els nous supòsits de donacions imputables i, per tant, col·lacionables de la lletra a) de l'art. 451-8.2.
- (45) Es pronuncia favorable al canvi de criteri, GARRIDO MELERO, *Derecho de Sucesiones*, cit., pàg. 826.
- (46) CÀNCER, *Variae resolutiones*, cit., part I, cap. II, núm. 7 i 8. En aquests termes, i per bé que hom pugui entendre que la imputació per defecte eixampla indirectament l'àmbit de llibertat de testar, tal com ho apunta FERRER RIBA, *Tradició heretada i innovació en el nou llibre quart del Codi civil de Catalunya*, cit., pàg. 24, això suposa incidir en contra de la naturalesa i sentit de les donacions, els quals queden distorsionats i afaïxonada aquesta com a mera anticipació de l'herència i no com a acte lliure de liberalitat entre vius que són les donacions.
- (47) PELLA FORGAS, *Código civil de Cataluña*, cit., pàg. 113, el qual explica com les *simplificadas donaciones* consisteixen 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., pàg. 296.
- (49) Cf. sentències del TSJC de 30.5.2007 (RJ 4857) i de l'AP de Barcelona de 31.10.2006 (JUR 2007/227564), encara que si no consta de cap manera no podrà ésser col·lacionable, sentència de l'AP de Barcelona de 15.3.2005 (JUR 115759) i de l'AP de Girona de 12.7.2004 (AC 1614).
- (50) GARRIDO MELERO, *Derecho de Sucesiones*, cit., pàg. 878.
- (51) Com també, VIOLA DEMESTRE, *La col·lació al llibre quart del Codi civil de Catalunya*, cit., pàg. 610.
- (52) PUIG I FERRIOL, *Instituciones del Dret Civil de Catalunya*, cit., pàg. 668.
- (53) La renúncia a la col·lació del cohereu planteja la possibilitat del seu exercici en via subrogatòria pels creditors afectats, PUIG I FERRIOL, *Instituciones del Dret Civil de Catalunya*, cit., pàg. 662.
- (54) MALUQUER DE MOTES, *Comentari als arts. 273 i 274*, cit., pàg. 502.
- (55) Cf. PUIG SALELLAS, *Sobre preterición no errónea y desheredación injusta*, cit., pàg. 140.
- (56) JOSÉ LUIS VALLE MUÑOZ, «Comunidad hereditaria y partición», a 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, pàg. 325 i seg., pàg. 341.
- (57) PUIG I FERRIOL, *Instituciones del Dret Civil de Catalunya*, cit., pàg. 660.
- (58) PUIG I FERRIOL, *Instituciones del Dret Civil de Catalunya*, cit., pàg. 661; JOSÉ GASSIOT MAGRET, *Comentarios a la Compilación del Derecho Civil Especial de Cataluña*, Ed. Bosch, Barcelona, 1962, pàg. 307.
- (59) Si es tracta d'un hereu en cosa certa o d'un hereu en usdefruit, la col·lació només el beneficiarà o obligarà en cas que arribi a ser considerat hereu i no mer legatari (arts. 426-3 i 5), cf. PUIG I FERRIOL, *Instituciones del Dret Civil de Catalunya*, cit., pàg. 662.
- (60) DEL POZO CARRASCOSA; VAQUER ALOY; BOSCH CAPDEVILA, *Derecho Civil de Cataluña. Derecho de sucesiones*, cit., pàg. 596.
- (61) D'incident en la partició la qualifica la sentència del TSJC de 10.7.2000 (RJ 2001/8166): «la col·lació hereditària, segons l'art. 273 del text compilat català, no és altra cosa que un incident que es pot presentar en el procés de partició de l'herència, en el supòsit que concorrin una pluralitat de descendents cohereus en la successió».
- (62) Sobre el tema, Joan Manuel ABRIL CAMPOY, «La valoración de los bienes y derechos del relictum y la aplicación del principio nominalista al pago en dinero de la legítima», a *La Llei de Catalunya i Balears*, 1995/1, pàg. 825 i seg.
- La valoració dels béns es farà d'acord amb el principi de valor real o de mercat, sobre el qual hi ha una consolidada jurisprudència en matèria de llegítima; pel que fa a la de cassació, entre d'altres, les sentències del TSJC de 6.3.2008 (JUR 284859) i 16.12.1993 RJ 10200; per a una relació més extensa de jurisprudència sobre la qüestió, LAMARCA I MARQUÉS, *Relaciones familiares i atribuciones sucesorias legales*, cit., pàg. 275, núm. 25.
- (63) Cf. 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, pàg. 314; GASSIOT MAGRET, *Comentarios a la Compilación del Derecho Civil Especial de Cataluña*, cit., pàg. 308.
- (64) Cf. Carles E. FLORENSA TOMÁS, «El régimen sucesorio de la Comunidad Autónoma de Cataluña», a Juan Luis GIMENO Y GÓMEZ-LAFUENTE; Enrique RAJOY BREY (coord.), *Regímenes económico-matrimoniales y sucesiones. Derecho común, foral y especial. Tom II*, Ed. Civitas, Madrid, 2008, pàg. 1.025 i seg., pàg. 1.168; DEL POZO CARRASCOSA; VAQUER ALOY; BOSCH CAPDEVILA, *Derecho Civil de Cataluña. Derecho de sucesiones*, cit., pàg. 591.
- (65) Així, Anna CASANOVAS MUSSONS, «La comunitat hereditària. La partició i la col·lació», a Ferran BADOSA COLL (dir.), *Manual de Dret civil Català*, Ed. Marcial Pons, Barcelona; Madrid, 2003, pàg. 648, i de forma semblant al que PUIG FERRIOL, *Cuestiones sobre computación legitimaria en el Código de Sucesiones*, cit., pàg. 3.989, afirma per a la computació, entesa com a «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., pàg. 691.



- (67) PUIG I FERRIOL, *Institucions del Dret Civil de Catalunya*, cit., pàg. 666; BASSOLS I PARÉS, *La col·lació en el dret civil de Catalunya*, cit., pàg. 269.
- (68) S'ocupà de la simulació en Dret Català, Antoni M. BORRELL I SOLER, *Derecho civil vigente en Cataluña. I. Preliminares*, Ed. Bosch, 2a. ed., Barcelona, 1944, pàg. 141 i seg.; sobre la simulació negocial ha tingut gran influència l'exposició de Federico DE CASTRO Y BRAVO, *El negocio jurídico*, Ed. Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1971, pàg. 334 i seg.; per a una exposició crítica recent, Pablo SALVADOR CODERCH, «Simulación negocial, deberes de veracidad y autonomía privada», a 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, pàg. 14 i seg.
- (69) Paradigmàtic d'aquesta doctrina és l'art. 1414 del Codi Civil italià: «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) Cf. Antoni VAQUER ALOY, «Comentari als arts. 531-7 a 531-15», a 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, pàg. 275 i seg., pàg. 302.
- (71) Així a la SAP de Barcelona d'1.4.2004 (JUR 154268): «Bona mostra, en definitiva, de la contundència dels arguments que serveixen per a proclamar la simulació absoluta d'aquella venda és que l'apel·lant diu ara que en realitat es tractaria d'una donació i que, per tant, només ens trobaríem davant d'una simulació relativa. Admetent a títol estrictament hipotètic aquesta nova tesi, el cert és que no produeix cap conseqüència favorable a la hereva demandada, tota vegada que els béns donats pel causant també cal incloure'ls en la determinació del càlcul de la llegítima (art. 355.2 CS)»; i a 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 legitimaria 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) Ara bé, per al cas en què la donació sigui anterior als deu anys de la mort del causant (art. 451-5.b), aleshores sí que pot tenir molta importància, perquè si és vàlida no s'hauria de computar com a donació mentre que si es declara nul·la el bé s'hauria de reintegrar a la massa hereditària, cf. Miriam ANDERSON, «Conseqüències successòries de la nul·litat de donacions dissimulades sota escriptura de compravenda», a *Indret* 4/2009, pàg. 13.
- (73) Llevat dels nous supòsits d'imputació —i col·lació— per defecte de l'art. 451-8.2.a).
- (74) Sobre qüestions de forma i actes propis, per bé que referides a accions de filiació, són d'interès les sentències del TSJC de 22.12.2008 (JUR 2009/295671) i 27.9.2007 (RJ 8520), en la primera de les quals s'afirma que «En Dret Civil de Catalunya, que ha de ser interpretat conforme a la seva tradició jurídica (art. 111-2.1 de la Llei primera del CC de Catalunya), encara és més accentuat el criteri espiritualista per la doble influència del Dret Romà i canònic, que estaven inspirats en la llibertat de forma dels actes o negocis jurídics.»
- (75) Cf. cf. STSJC de 3.4.2000 (RJ 7441), 18.6.1998 (RJ 10057), 29.9.1997 (RJ 6763), 29.7.1996 (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); sentències de l'AP de Barcelona de 2.3.2010 (JUR 166024), 1.10.2009 (JUR 491072), 3.4.2009 (JUR 394850), 30.7.2007 (JUR 1008/34874), 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 l'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 l'AP de Lleida de 14.7.2008 (JUR 321200), 13.2.2008 (JUR 136810) i de l'AP de Tarragona de 3.6.2004 (JUR 209010), per a més referències jurisprudencials, LAMARCA I MARQUÉS, *Relaciones familiares i atribuciones successòries legals*, cit., pàg. 277.
- (76) Cf. 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 qual recorre expressament el TS en la sentència 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) Així, de forma prou raonable, Juan VALLET DE GORTISOLO, «Las donaciones de bienes inmuebles disimuladas según la Jurisprudencia del Tribunal Supremo», a *Anuario de Derecho Civil*, 1972, pàg. 669 i seg., pàg. 713, argumentava a favor de la validesa de les donacions dissimulades en el sentit 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 consumir 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 *accipiendo* ni a la causa liberal, sino a la *realidad de la transmisión*.»
- (79) Cf., tot i que resolen supòsits prou diferents, 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) i 26.2.2007 (RJ 1769).
- Sobre la qüestió, ha tingut una gran influència la posició negadora de la validesa de la donació simulada de Federico DE CASTRO, «La simulación y el requisito de la donación de cosa inmueble», a *Anuario de Derecho Civil*, 1953, pàg. 1003 i seg.; id., *El negocio jurídico*, cit., pàg. 353; arran d'aquesta jurisprudència recent del TS, entre d'altres, i amb crònica jurisprudencial i referències a la doctrina precedent, María Ángeles PARRA LUCÁN, «Comentari a la sentència del Tribunal Suprem d'11 de gener de 2007 (RJ 2007, 1502)», a *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil* 75/2007, pàg. 1293 i seg.; 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)», a *Revista de Derecho Patrimonial* 19/2007, pàg. 173 i seg.; Miriam ANDERSON, «Comentari a la sentència del Tribunal Suprem de 26 de



febrer de 2007 (RJ 2007, 1769)», a *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil* 76/2008, pàg. 65 i seg.; Àngel CARRASCO PERERA, «El retorno del problema de la forma de la donación disimulada», a *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», a Mariano YZQUIERDO TOLSADA, *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina (Civil y Mercantil)*. Vol. 1.º (2005-2007), Ed. Dykinson, Madrid, 2008, pàg. 223 i seg.; Ramón DURÁN RIVACOBBA, *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», a *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil* 84/2010, pp. 1263 i ss.; vegeu també, Manuel ALBALADEJO GARCÍA; Sílvia DÍAZ ALABART, *La donación*, Ed. Centro de Estudios Registrales, Madrid, 2006, pàg. 237 i seg.

(80) Cf. STSJC de 6.2.1995 (RJ 4463) i les sentències de 28.10.2004 (RJ 7462), 22.5.2003 (RJ 5396), 6.3.1997 (RJ 2129), 15.12.1994 (RJ 1995/489) i 16.7.1992 (RJ 10278), a més de les esmentades a la nota 75. En aquest àmbit el dret català planteja problemàtiques específiques derivades de la vigència del règim de separació de béns com a règim legal, la qual cosa pot donar lloc a transmissions de béns entre els cònjuges que en altres règims són menys habituals o necessàries.

(81) El TSJC reconeix que «la Sala Primera del Tribunal Suprem en ple —competent per fixar la doctrina relativa a l'art. 1276 del CC— ha establert últimament doctrina legal en relació amb aquest punt, tan llargament discutit tant per la doctrina com per la jurisprudència mateixa», admetent el TSJC, en modificació sense més fonament de la seva pròpia doctrina, que «una compravenda simulada no podria convertir-se en una donació vàlida perquè faltarien els requisits legals exigits en l'art. 633 del Codi civil»; sobre aquest cas i les conseqüències d'ordre successori de la doctrina esmentada, ANDERSON, *Conseqüències successòries de la nul·litat de donacions dissimulades sota escriptura de compravenda*, cit., pàg. 12.

(82) Així ho posava en relleu de forma crítica el magistrat Jesús Corbal Fernández —ponent de les cabdals STSJC esmentades de 6.2.1995 (RJ 4463) i 3.9.1994 (RJ 1977)— al seu vot particular em la STS d'11.1.2007 (RJ 1502), tot assenyalant 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 aquesta qüestió, ANDERSON, *Comentari a la sentència del Tribunal Suprem de 26 de febrer de 2007*, cit., pàg. 81.

(83) A Catalunya els tipus impositius per a donacions entre pares i fills anaven del 7,42% al 32,98%, en funció del valor del bé donat, amb possibilitat de revisió a l'alça, per uns coeficients multiplicadors, en funció del patrimoni preexistent del donatari. A partir de l'1 de gener de 2008, amb la Llei 17/2007, del 21 de desembre, de mesures fiscals i financeres, els tipus van passar a ser del 5%, 7% i 9%, en funció del valor del bé donat, però sempre que la donació es formalitzés en escriptura pública. Aquests tipus s'han mantingut —amb importants reduccions en supòsits singulars— per la Llei 19/2010, del 7 de juny, de regulació de l'impost sobre successions i donacions. Cal tenir en compte, a més, les obligacions formals derivades de la normativa sobre frau fiscal, com ara la Llei 36/2006, de 29 de novembre, de mesures per la prevenció del frau fiscal, que limiten les possibilitats de la simulació relativa en el cas de la transmissió d'immobles.

(84) Així ho ha afirmat ja el TS en sentència de 3.2.2010 (RJ 421) d'una manera prou discutible, atès que no semblen predicables de la simulació relativa en les transmissions de participacions socials els mateixos fonaments jurídics que en justifiquen la nul·litat en el cas de donació d'immobles, amb tot el TS és categòric i 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». Amb la doctrina d'aquesta sentència, les actuacions oportunistes tendents a declarar la nul·litat de les donacions dissimulades de participacions socials, als efectes de reintegració dels béns en la massa hereditària en interès propi com s'han exposat, es poden multiplicar en els propers temps també en aquest àmbit. Ara bé, sembla que el TS ha rectificat aquesta jurisprudència en la recent sentència de 17.4.2011 (JUR 184069), en què entén que és vàlida la donació dissimulada de participacions socials en escriptura pública de compravenda simulada, atès que el requisit legal de forma no ho és «ad solemnitatem» i «cabe, como se expuso, que la donación de bien mueble se perfeccione de palabra, con entrega simultánea de la cosa», ja 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 1564/1989, 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 ejercitó sin oposición conocida los derechos de socio».

(85) Han tractat de la qüestió, Lluís PUIG I FERRIOL; Encarna ROCA I TRIAS, *Instituciones del Dret Civil de Catalunya. Volum IV. Drets reals*, Ed. Tirant lo Blanch, València, 2007, pàg. 188; VAQUER ALOY, *Comentari als arts. 531-7 a 531-15*, cit., pàg. 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, pàg. 84.

Societats: en especial, la seva constitució. De l'1 de setembre del 2010 fins a l'actualitat: què ha canviat i què més canviarà?

(Refosa de diverses aportacions doctrinals)

Les previsions normatives contingudes al Reial Decret-Llei 13/2010 relatives al procediment de constitució de societats i a la publicitat de convocatòria de la junta general, així com pel que fa als estatuts tipus aprovats per l'Ordre JUS/3185/2010, han estat objecte d'interpretacions divergents en l'aplicació pràctica, per la qual cosa la Direcció General dels Registres i del Notariat ha emès diverses Instruccions aclaridores.



JAVIER MICÓ GINER
Notari de Sabadell

El desembre del 2010 em van sol·licitar una conferència per al Col·legi d'Advocats on expliqués els canvis que suposava la Llei de Societats de Capital i el Reial Decret-Llei 13/2010, del 3 de desembre. Per a *LA NOTARIA* va ser necessari passar d'un treball divulgatiu per a Advocats a un per a Notaries, introduint elements pràctics (models notarials) bàsics per a una unificació de les formes i els costos i consideracions d'abast corporatiu. També vaig recollir tot el publicat per notaris i registradors sobre la matèria, treballs que, en la majoria dels casos, ja es troben a Internet, d'autors com 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 d'altres.

Aquest fet, sumat a les constants vicissituds de les normes noves que donen lloc a Resolucions i Instruccions diverses, va fer que el treball s'estengués fins a superar les 100 pàgines.

La impossibilitat de publicar un treball d'aquesta extensió en aquesta revista ha fet necessària la supressió de gran part del mateix. Així, de cada sis pàgines inicials només se'n salvarà una. Aquest és el motiu de l'ús constant dels punts suspensius. L'única opció és introduir les tisores sense pietat, citar autors diversos i deixar un treball que amenaça amb ser un resum «sin-copat». Perd brillantor i explicació, però segur que amb els coneixements previs i lectures es poden omplir els buits.

El treball queda reduït a 34 fulls que semblen més un conjunt de titulars que un treball sistemàtic. Atesa l'actualitat, l'article s'inicia amb les Instruccions més recents de la Direcció General dels Registres i del Notariat (a 15 de juny del 2011). En qualsevol cas, em reservo el dret de publicar-lo íntegre al lloc web o en alguna editorial, perquè es pugui usar íntegrament o remetre'l a qui ho sol·liciti.

1. Les Instruccions de la DGRN

1.a. Instrucció del 18 de maig del 2011

Quan s'ha de reescriure i reinterpretar una norma un cop i un altre, no és una bona senyal.

Al marge de les Resolucions sobre la matèria, s'ha dictat la Instrucció del 18 de maig del 2011.

És una veritable llàstima que les revistes jurídiques triguin en publicar els articles doctrinals. Si el meu s'hagués publicat quan el vaig remetre, al gener del 2011, ara podria atribuir-me facultats profètiques. Els que em coneixen o van assistir a la Conferència en sabran les raons. El cert és que les meves crítiques (junt amb les de molts altres) han motivat que la pròpia DGRN reconegui les ombres pràctiques de les normes dictades. Així, la Instrucció diu:

«Les previsions normatives contingudes al citat Reial Decret-Llei 13/2010 relatives

al procediment de constitució de societats i a la publicitat de convocatòria de la junta general, així com quant als estatuts-tipus aprovats per l'Ordre JUS/3185/2010 han estat objecte d'interpretacions divergents en l'aplicació pràctica.

Era i és molt més senzill imposar en totes les escriptures la remissió telemàtica als Registres i no limitar-ho a un tipus d'escriptures o de societats

A més, el control previ sobre el compliment de les obligacions fiscals com a requisit perquè pugui practicar-se la inscripció de la societat, en aplicació del que es disposa als articles 86.1 del Reglament del Registre Mercantil i 54 del Text refós de la Llei sobre l'Impost de Transmissions Patrimonials i Actes Jurídics Documentats, ha plantejat dubtes sobre si ha d'acreditar-se documentalment l'exempció o no.

Per tot això, i tenint en compte els problemes sorgits sobre l'aplicació de les referides normes del Reial Decret-Llei 13/2010, així com de l'Ordre JUS/3185/2010, del 9 de desembre, i en exercici de les competències atribuïdes a aquest Centre Directiu pels articles 260 i següents de la Llei Hipotecària en matèria d'organització i funcionament dels Registres de la Propietat, Mercantils i de Béns Mobles, els articles 309 i 312, apartats 1 i 4, del Reglament Notarial, així com pel Reial Decret 1203/2010, del 24 de setembre, pel que es desenvolupa l'estructura orgànica bàsica del Ministeri de Justícia, dispo:...

Vegem cada article:

Primer

«Les societats de capital es constituïran preferentment per mitjans telemàtics. En especial, les societats de responsabilitat limitada el capital social de les quals no superi els 30.000 euros, que tinguin entre els socis només persones físiques i en què l'estructura de l'òrgan d'administració sigui un administrador únic, dos amb facultats mancomunades o diversos solidaris, es constituïran preferentment per via telemàtica, segons el procediment previst als apartats 1 i 2 de l'article 5 del Reial Decret-Llei 13/2010, del 3 de desembre.»

A qui es dirigeix? La veritat és que ens seguim trobant en presència d'un brindis al sol. «Preferentment» no exclou altres sistemes. Insisteixo, era i és molt més senzill imposar en totes les escriptures la remissió telemàtica als Registres i no limitar-ho a un tipus d'escriptures o de societats.

Per tant, no podem obligar ningú a usar la via telemàtica; podem aconsellar-ho, però poc més.

Segon

«Els notaris hauran d'informar els seus clients sobre el procediment de constitució telemàtica quan es pretengui la constitució d'una societat de responsabilitat limitada amb les característiques descrites als apartats 1 i 2 de l'article 5 del Reial Decret-Llei 13/2010, del 3 de desembre. Aquesta informació contindrà tots els elements caracteritzadors del procés constitutiu, amb indicació expressa dels terminis i la reducció de costos previstos al citat precepte.»

Com només podem aconsellar-ho, l'únic que podem fer és informar. La violència d'aquesta informació en l'acte de la signatura, quan l'Assessor pot haver optat pel sistema presencial perquè part dels seus honoraris van vinculats a l'obtenció del CIF, al pagament d'impostos, la redacció d'estatuts, etc., sembla innegable. No seria improbable que tinguem demandes de responsabilitat civil per no haver informat degudament. Proposo, doncs, que consti a totes les escriptures una advertència (es complica molt si ens hem d'aturar en totes a verificar abans si compleixen el tipus legal del 5. U i Dos, per la qual cosa el més senzill és fer-ho constar a totes com a informació).

Així, la primera clàusula que no ha de faltar en tota escriptura és la de compliment de l'obligació d'informació.

Tercer

«Llevat d'indicació expressa en sentit contrari de l'atorgant o atorgants, que haurà de figurar en l'escriptura de constitució, els notaris hauran de seguir el procediment telemàtic previst al citat Reial Decret-Llei, amb especial observança dels terminis previstos per a l'autorització de l'escriptura pública de constitució, el compliment de

les obligacions addicionals i l'aplicació dels aranzels reduïts.

L'incompliment d'aquestes obligacions podrà desencadenar per al notari una responsabilitat disciplinària, sempre que l'incompliment li fos imputable, d'acord amb les normes legals que regeixen el seu règim disciplinari».

El «preferentment» es vincula ara amb el fet que, si no se segueix el procediment telemàtic, ha de ser per indicació expressa dels atorgants en sentit contrari. De nou, per evitar reclamacions, caldrà consignar a les escriptures aquesta indicació expressa.

La segona clàusula que no ha de faltar en l'escriptura és la indicació dels atorgants contrària a la tramitació telemàtica i, per tal d'evitar aquesta omissió, res millor que incorporar un paràgraf on optin per aquesta via o no.

Quart

«Quan la còpia autoritzada de l'escriptura pública que remeti el notari que l'autoritza al Registre mercantil per via telemàtica documenti la constitució d'una societat de responsabilitat limitada amb les característiques descrites als apartats u i dos de l'article 5 del Reial Decret-Llei 13/2010, el registrador mercantil haurà de complir els terminis de qualificació i inscripció i les obligacions addicionals previstos al citat precepte, amb aplicació dels aranzels reduïts que s'hi estableixin. L'acte de constitució quedarà exempt en tot cas de les taxes de publicació al Butlletí Oficial del Registre mercantil.

L'incompliment per part del notari de les obligacions previstes a l'article 5 del citat Reial Decret-Llei 13/2010, no podrà ser causa de denegació d'inscripció pel registrador mercantil ni, en general, impedirà la continuació del procés constitutiu. Aquest incompliment del notari en cap cas eximirà el registrador mercantil del compliment de les obligacions relatives al procés de constitució, ni de l'aplicació dels aranzels reduïts previstos al mateix.

L'incompliment d'aquestes obligacions podrà desencadenar per al registrador mercantil una responsabilitat disciplinària, sempre que l'incompliment li fos imputable, d'acord amb les normes legals que regeixen el seu règim disciplinari.

Amb independència de la funció de qualificació, el Registrador mercantil només entendre que la constitució de la societat no se sotmet al règim previst als apartats u i dos de l'article 5 del Reial Decret-Llei 13/2010, quan la societat que es pretén constituir no reuneixi les característiques tipològiques descrites a la norma (tipus social, capital social, socis persones físiques, estructura de l'òrgan d'administració i, si s'escau, incorporació d'estatuts-tipus) o quan, ajustant-se a les mateixes, s'hagués fet constar expressament a l'escriptura pública la voluntat dels atorgants de no sotmetre aquest procés constitutiu al que estableix el precepte citat».

La norma aclareix que els incompliments del notari que en determinen la responsabilitat disciplinària no impedeixen que el procediment continuï (en especial, els de terminis).

La qüestió és curiosa. El primer que haurà de fer un Registrador és plantejar-se dues preguntes:

- 1) M'han remès una societat de les que reuneixen les característiques tipològiques del RDL 13/2010?
 - Si no les reuneix, s'apliquen terminis ordinaris de qualificació;
 - Si les reuneix, passarà a la segona pregunta.
- 2) S'ha exclòs el procés de tramitació telemàtica del RDL 13/2010?
 - Si s'ha exclòs, s'apliquen terminis ordinaris de qualificació;
 - Si no s'ha exclòs, ha de qualificar en els terminis del RDL.

La primera clàusula que no ha de faltar en tota escriptura és la de compliment de l'obligació d'informació

És a dir, haurà de qualificar la societat per qualificar el termini que té per qualificar (ens permetem el joc de paraules per cridar l'atenció). No seria més senzill unificar tots els terminis de qualificació? La immensa majoria de societats usen uns Estatuts que la notaria ha emprat una i mil vegades i que el Registrador ha qualificat

una i mil vegades. Tan senzill o més és qualificar aquestes escriptures com les del RDL 13/2010 i crec que compliquem la vida al Registrador amb dos o tres sistemes.

Tindrem la deferència d'avisar-lo en la qualificació notarial de l'escriptura per tal d'ajudar-lo a no haver de llegir-la tota per saber el termini en el qual ha de qualificar?

Seria educat o convenient, tot i que mai imperatiu, que en la qualificació que el notari realitza de l'instrument indiqui si es compleixen les característiques tipològiques del RD. L'opció o no per la tramitació telemàtica anirà en una clàusula separada.

Recordem que els notaris qualifiquem els documents i, per això, el Reglament Notarial disposa al seu article 156,9 que hem de consignar:

«La qualificació d'aquest acte o contracte amb el nom conegut que en dret tingui, llevat que no en tingui d'especial».

La referència a «L'acte de constitució quedarà exempt en tot cas de les taxes de publicació al Butlletí Oficial del Registre mercantil» ha d'entendre's referida únicament a les societats que compleixin els requisits tipològics de l'art. 5 U i Dos.

Cinquè

«El mateix procediment, amb els beneficis previstos, serà aplicable fins i tot si l'interessat presenta la certificació negativa de denominació expedida en format paper pel Registre Mercantil Central. En aquest cas, el termini establert per a l'autorització pel notari de l'escriptura de constitució de la societat començarà a comptar des que li sigui aportat aquest certificat (com un dels antecedents necessaris per a l'autorització de l'escriptura) i no des de la recepció per part del sol·licitant. El notari deixarà constància a l'escriptura de la data en què li sigui lliurada la certificació i la resta d'antecedents».

En aquest article se surt al pas de la problemàtica sobre si el procediment és aplicable o no quan la certificació de denominació s'ha expedit en format paper, qüestió resolta en diverses Resolucions.

La clàusula que s'ha d'incloure a l'escriptura és la de la data en què es lliuren



al notari la certificació i la resta d'antecedents.

El cert és que la dura realitat és que gairebé mai tenim tots els antecedents fins a cinc minuts abans de signar. La norma no exigeix discernir entre la data en què es rep la denominació i la dels antecedents. Per a això, creiem que estem abocats a una clàusula d'estil. La norma té un diagnòstic erroni de la situació: senzillament, mai hi ha demora en autoritzar una escriptura de constitució de societat des que es disposa de les dades.

Sisè

«L'escriptura de constitució de societats de responsabilitat limitada els estatuts de la qual s'adaptin als aprovats per l'Ordre JUS/3185/2010, del 9 de desembre, haurà de contenir el text íntegre de les disposicions estatutàries, indicant l'opció triada als casos així previstos (objecte social, estructura de l'òrgan d'administració, nombre d'administradors quan sigui preceptiu, caràcter retribuït i forma de retribució, etc.). En cap cas serà suficient la mera remissió, total o parcial, als Estatuts aprovats per l'Ordre citada».

Amb aquest incís s'intenten aclarir diversos aspectes en línia amb el que havíem defensat.

- Sí és possible optar en seu d'objecte social sense que sigui necessari enumerar tots els possibles objectes dels Estatuts Tipus.
- També es podria optar per l'estructura de l'òrgan d'administració (en rigor, a les SL l'opció no és matèria estatutària, sinó de l'acord concret dels socis que ha de constar en escriptura i inscriure's al Registre, però sense que la modificació ulterior exigeixi cap modificació dels Estatuts).
- Com sempre vam defensar, en cas d'administradors solidaris, haurà d'indicar-se'n el nombre o el màxim o mínim.
- I, com sempre es feia, s'indicarà el caràcter retribuït o no, sense haver d'usar el trist sistema de marcar amb una X.

Força raonable.

Adicionalment, es rebutja el sistema de remissió a l'Ordre sense transcripció d'Estatuts, contra el qual nosaltres també ens havíem manifestat, malgrat que companys de prestigi el defensessin.

El que em preocupa és l'«etc.» Quines altres opcions es poden triar? En concret, ens qüestionem si seria possible introduir un sistema de convocatòria diferent del previst als estatuts tipus i si, malgrat això, estaríem gaudint encara de les limitacions aranzelàries... No oblidem tot el que hem exposat sobre canvis al sistema de convocatòria.

Setè

«La delimitació estatutària de l'objecte social podrà realitzar-se mitjançant la transcripció total o parcial de l'enumeració d'activitats contingudes a l'article 2 dels Estatuts tipus aprovats per l'Ordre JUS/3185/2010, del 9 de desembre.

Escollida una, diverses o totes les activitats previstes a l'article 2 dels Estatuts tipus, a efectes de determinació de l'objecte social, la disposició estatutària podrà contenir una referència concreta a un tipus de productes o serveis que delimitin més específicament l'activitat de què es tracti, d'acord amb els articles 23.b de la Llei de Societats de Capital i 178 del Reglament del Registre Mercantil, sense que, pel caràcter complementari, aquesta menció estatutària permeti denegar la qualificació i inscripció en la forma previnguda al Reial Decret-Llei 13/2010.

La referència a activitats professionals admesa a l'article 2.4 dels estatuts tipus ha d'entendre's relativa a les activitats professionals que no poden considerar-se incloses en l'àmbit d'aplicació de la Llei 2/2007, del 15 de març, de societats professionals».

El tema de l'objecte cueja. En indicar l'objecte es pot:

- Transcriure totes les opcions previstes als Estatuts Tipus (opció que no ens convenç gaire perquè dóna lloc a societats d'objecte indeterminat),
- O seleccionar-ne algunes,
- O, seleccionades algunes, determinar-les restringint-les a un servei o producte concret.

Fins aquí ens sembla molt raonable i coincideix amb el que hem estat defensant.

Finalment, la norma intenta aclarir que «les activitats professionals d'aquestes societats són les no incloses a l'LSP». La veritat és que això sembla molt forçat. És embolicar la troca. A partir d'ara, hi ha:

1. Activitats professionals-professionals subjectes a l'LSP.
2. Activitats professionals-no-professionals no subjectes a l'LSP.

Els informàtics tenen una dita: «KISS» (*keep it simple, stupid*). No hem complicat molt això? Ens aclarirem?

La segona clàusula que no ha de faltar en l'escriptura és la indicació dels atorgants contrària a la tramitació telemàtica

Tornem a la Llei de Societats Professionals, l'article 1 de la qual diu: «Definició de les societats professionals.

1. Les societats que tinguin per objecte social l'exercici en comú d'una activitat professional, hauran de constituir-se com a societats professionals segons els termes d'aquesta Llei.

Als efectes d'aquesta Llei, és activitat professional aquella per a l'exercici de la qual es requereix titulació universitària oficial, o titulació professional per a l'exercici de la qual sigui necessari acreditar una titulació universitària oficial, i inscripció al Col·legi Professional corresponent.

Als efectes d'aquesta Llei s'entén que hi ha exercici en comú d'una activitat professional quan els actes propis de la mateixa són executats directament sota la raó o denominació social i s'atribueixen a la societat els drets i les obligacions inherents a l'exercici de l'activitat professional com a titular de la relació jurídica establerta amb el client».

Per tant:

- Activitats professionals subjectes a l'LSP són aquelles «per a l'exercici de les quals es requereix titulació universitària oficial, o titulació professional per a l'exercici de la qual sigui necessa-



Pràctica

ri acreditar una titulació universitària oficial, i inscripció al Col·legi Professional corresponent».

- La resta seran activitats professionals no subjectes a l'LSP.

Vuitè

En cas que l'estructura de l'òrgan d'administració inclogui diversos administradors solidaris, haurà de completar-se la menció estatutària amb un nombre concret d'administradors, almenys, amb un nombre mínim i màxim, en aplicació del que es disposa a l'article 23.e de la Llei de Societats de Capital.

Molt raonable. Ja havíem defensat que no podia ser d'una altra manera.

Novè

«En els casos en els quals s'optés per la publicació de la convocatòria de la junta general a la pàgina web de la societat, en aplicació del que preveu l'article 173.1 de la Llei de Societats de Capital, després de la reforma introduïda pel Reial Decret-Llei 13/2010, la societat haurà de, bé determinar la pàgina web als estatuts de la societat, bé notificar a tots els socis l'existència i adreça electrònica d'aquesta pàgina web i el sistema d'accés a la mateixa.

L'anunci de convocatòria haurà d'estar publicat a la pàgina web de la societat des de la data d'aquella fins a l'efectiva celebració de la Junta General. El contingut de la convocatòria s'ajustarà al que disposa l'article 174 de la Llei de Societats de Capital».

No ens detindrem en aquest article novè perquè queda alterat per la Instrucció del 27 de maig.

Sí precisa que l'anunci es «pengi» i es mantingui publicat a la web fins a la celebració de la Junta. Era una de les qüestions que la doctrina es plantejava. No diu res sobre la manera d'acreditar-ne la publicació. El dubte sobre si n'hi haurà prou amb una manifestació de l'administrador o si serà necessària una acta notarial de comprovació aleatòria subsisteix.

Desè

«En atenció a l'exempció aplicable a la constitució de societats mercantils segons el

que disposa l'article 45, apartat I, paràgraf B, incís 11 del Text refós de la Llei de l'Impost sobre Transmissions Patrimonials i Actes jurídics documentats, aprovada per Reial Decret Legislatiu 1/1993, del 24 de setembre, després de la modificació introduïda per l'article 3 del Reial Decret-Llei 13/2010, seguint la doctrina ja consolidada en altres àmbits i en consonància amb els fins d'agilització i reducció de càrregues administratives d'aquest últim, per a la qualificació i inscripció de societats de capital al Registre mercantil, no serà necessària la presentació del document d'autoliquidació amb al·legació de l'exempció.

En aquests casos, un cop realitzada la inscripció, el registrador mercantil, de manera immediata, remetrà d'ofici per via telemàtica a l'administració tributària de la Comunitat Autònoma corresponent la notificació que s'ha efectuat la inscripció, sense perjudici de les comunicacions que, si s'escau, realitzin els notaris a l'empara de les normes legals o els convenis que els siguin aplicables».

És important destacar que la norma només regula el que pot regular, és a dir, la innecessarietat d'acreditar la presentació amb al·legació d'exempció a efectes de la inscripció al Registre Mercantil; però no regula el que no pot regular, és a dir, que a efectes fiscals els actes subjectes però exempts han de presentar-se al·legant l'exempció.

Ens qüestionem si seria possible introduir un sistema de convocatòria diferent del previst als estatuts tipus i si, malgrat això, estaríem gaudint encara de les limitacions aranzelàries

D'altra banda, després d'anys de declarar-se exemptes les cancel·lacions, el cert és que hi ha moltíssims Registres de la Propietat que mantenen un criteri diferent del de la DGRN i exigeixen l'acreditació de la presentació del document d'autoliquidació amb al·legació de l'exempció.

Convé recordar que les CCAA tenen competències en matèria tributària. Així, determinades cancel·lacions sí paguen impostos al País Basc.

Ens sembla arriscat no informar els clients de la necessitat de complir els tràmits fiscals, siguin o no necessaris als efectes de la inscripció.

Recapitem: què suposa la Instrucció en la redacció de les escriptures públiques?

- 1) La primera clàusula que no pot faltar en tota escriptura és la de compliment de l'obligació d'informació.
- 2) La segona clàusula que no pot faltar en l'escriptura és la indicació dels atorgants contrària a la tramitació telemàtica i, per evitar tal omisió, res millor que incorporar un paràgraf on optin per aquesta via o no.
- 3) Seria educat o convenient, tot i que mai imperatiu, que en la qualificació que el notari realitza de l'instrument indiqui si es compleixen les característiques tipològiques del RD. L'opció o no per la tramitació telemàtica anirà en una clàusula separada.
- 4) La clàusula que s'ha d'incloure a l'escriptura és la de la data en què es lliuren al notari la certificació i la resta d'antecedents.
- 5) Els estatuts han d'elegir les opcions sobre objecte, nombre d'administradors solidaris i caràcter retribuït o no. No queda clar quines altres opcions es poden triar a l'empara de l'«etc.». En concret, el dubte és si podria alterar-se tot l'article 5 dels estatuts tipus a l'empara del 173 de l'LSC.
- 6) En indicar l'objecte, es pot:
 - Transcriure totes les opcions previstes als Estatuts Tipus (opció que no ens convenç gaire perquè ocasiona societats d'objecte indeterminat),
 - O seleccionar-ne algunes,
 - O, seleccionades algunes, determinar-les restringint-les a un servei o producte concret.
- 7) Les activitats professionals són les no incloses a l'LSP. Aquest incís no acaba de quedar clar. La clau sembla que radicarà en si és preceptiva o no la titulació universitària (encara que sigui professional) i la inscripció al Col·legi.



- 8) En relació amb els administradors solidaris, se n'indicarà el nombre o, almenys, el màxim i mínim.
- 9) No queda clar si és possible modificar l'art. 5 dels Estatuts tipus per acollir-se (com una opció més, compresa dintre de l'«etc.» de la instrucció sisenal) al sistema de la instrucció novena, modificada al seu torn per la Instrucció del 27 de maig. Sembla més sòlida la negativa.
- 10) No serà necessari, als mers efectes de la inscripció, la tramitació telemàtica de l'impost; si es realitza, serà un acte de gestió que segueix essent necessari a efectes fiscals; convindrà no oblidar que la pràctica no s'ha consolidat ni tan sols en el cas de les cancel·lacions (on, per cert, hi ha CCAA on tributen —p. ex., País Basc— en certs casos); el més prudent serà sempre realitzar la presentació a efectes fiscals com a acte de gestió extraaranzelari.

1.b. Instrucció del 27 de maig del 2011 per la qual es corregeix la del 18 de maig

Ja ho hem dit amb anterioritat en dues ocasions: canvia la norma o instrucció novena.

«Al paràgraf primer de l'article novè, on diu:

En els casos en què s'optés per la publicació de la convocatòria de la junta general a la pàgina web de la societat, en aplicació del que preveu l'article 173.1 de la Llei de Societats de Capital, després de la reforma introduïda pel Reial Decret-Llei 13/2010, la societat haurà de, bé determinar la pàgina web als estatuts de la societat, bé notificar a tots els socis l'existència i l'adreça electrònica d'aquesta pàgina web, i el sistema d'accés a la mateixa ha de dir:

En els casos en què s'optés per la publicació de la convocatòria de la junta general a la pàgina web de la societat, en aplicació del que preveu l'article 173 de la Llei de Societats de Capital, després de la reforma introduïda pel Reial Decret-Llei 13/2010, la societat haurà de, bé determinar la pàgina web als estatuts de la societat, bé notificar aquesta pàgina web al Registre Mercantil, mitjançant declaració dels administradors,

perquè en quedi constància mitjançant nota al marge».

A nosaltres ens sorgeix un dubte. És cert que la Resolució del 21 de març del 2011 sembla enfrontar-s'hi. Però en aquesta resolució la qüestió sembla que no es produïa en els termes que ens preocupen.

A la Resolució acaba dient que sí estava previst als Estatuts el doble sistema... Recomano la lectura de la Resolució.

Insistim, o el Registrador deia quelcom absurd (doncs la DGRN diu que l'art. 12 recull el sistema alternatiu) o volia dir quelcom que no s'ha entès. Potser el preocupa el mateix que a mi.

Què diu l'art. 173 LSC?

«Article 173. Forma de la convocatòria.

1. La junta general serà convocada mitjançant anunci publicat al Butlletí Oficial del Registre Mercantil i a la pàgina web de la societat o, en el cas que no existeixi, en un dels diaris de major circulació de la província en què estigui situat el domicili social.

2. Els estatuts de les societats de responsabilitat limitada podran establir, en substitució del sistema anterior, que la convocatòria es realitzi mitjançant anunci publicat a la pàgina web de la societat o, en el cas que no existeixi, en un determinat diari de circulació al terme municipal en què estigui situat el domicili social, o per qualsevol procediment de comunicació, individual i escrita, que assegurï la recepció de l'anunci per tots els socis al domicili designat a l'efecte o en el que consti al Llibre-Registre de socis. En cas de socis que resideixin a l'estranger, els estatuts podran preveure que només seran convocats individualment si haguessin designat un lloc del territori nacional per a notificacions».

Com hem dit abans, l'art. 173 planteja aquest esquema:

- Règim general: BORME i anunci a la web.
- Si no existeix la web (només si no existeix o en qualsevol cas?): BORME i anunci en un diari de major circulació (noteu l'expressió «en el cas que no existeixi» la web).

— Només per a les SL els Estatuts poden substituir aquest sistema per:

- només la web
- en cas que no existeixi (només si no existeix o en qualsevol cas?)

— En un diari

— O per procediment de comunicació individual i escrita que n'asseguri la recepció.

La Instrucció de la DGRN precisa que l'anunci es «pengi» i es mantingui publicat a la web fins a la celebració de la Junta, però no diu res sobre la manera d'acreditar-ne la publicació.

La qüestió ens retrotrau a una problemàtica antiga sobre si, en cas de sistemes alternatius, n'hi ha prou de dir que són possibles o si cal seleccionar-ne un.

És a dir, les interpretacions possibles a la seu de l'SL depenen de si els Estatuts diuen quelcom o no diuen res.

1) Si els Estatuts no diuen res:

- Ha de publicar-se al BORME i a la web.
- Si no hi ha web, al BORME i al diari.

Ara bé, el dubte és si es pot deixar a l'articulat aquests dos sistemes com a alternatius, però només per al cas de no existir web, o si no seria necessari deixar clar si la web existeix o no. Atès que la Instrucció del 27 de maig del 2011 planteja que la web pot constar per nota al marge a petició dels administradors, sembla que els Estatuts no necessàriament han d'indicar la web. Poden indicar si existirà o no? Amb les Resolucions de la DGRN sembla que sí.

2) Si els Estatuts sí diuen que substitueixen aquest sistema poden optar:

- Per publicar només la web
- En cas que no existeixi (només si no existeix o en qualsevol cas?)
- Publicar en un diari



- O per procediment de comunicació individual i escrita que n'asseguri la recepció.

És possible deixar el sistema de web i només per al cas que no existeixi un dels altres dos? O, fins i tot, es podrien deixar tots dos com a alternatius? Compleix l'art. 5 dels Estatuts del Ministeri de Justícia amb l'art. 173 LSC?

Ens sembla arriscat no informar els clients de la necessitat de complir els tràmits fiscals, siguin o no necessaris als efectes de la inscripció

Al meu parer, el que ha volgut dir el Registrador és que:

- La web existeix (i en aquest cas no procedeix un sistema supletori)
- O la web no existeix (i en aquest cas els sistemes alternatius són el diari o la comunicació individual).

La DGRN sembla dir-nos que, en el moment de constituir l'SL, els Estatuts poden no aclarir al soci si els anuncis seran a través de web o per burofax. Sembla mantenir que si hi ha web, preval el sistema de comunicació via web.

Si no hi ha web, podrien no aclarir tampoc els Estatuts si es convocarà mitjançant burofax o diari?

Arribats a aquest extrem: poden els Estatuts limitar-se a transcriure totes les opcions de l'art. 173,2 sense triar-ne cap?

Tenim dubtes que sigui un sistema òptim. Sobretot perquè passar del burofax o la carta certificada a la web dependrà només de la voluntat dels administradors fent constar per nota al marge una adreça web i sense preavisar els socis. Això pot donar lloc a picaresques i Juntres fantasma.

Em sembla bé, per simplificar, que els sistemes quedin als estatuts com a alternatius (el mateix passa amb el sistema d'administració); però que una cop consti la web, els administradors donin un preavís o, almenys, la primera Junta posterior a l'existència de la web la convoquin pels dos sistemes per evitar als socis sorpreses desagradables. Finalment, queda el dubte de si els Estatuts també poden limitar-se,

en cas de no haver-hi web, a indicar dos possibles sistemes (diari o comunicació). I queda el dubte de si ha d'indicar-se un diari concret (fet que ofereix més garanties, però obliga a canviar els estatuts si desapareix el diari). I per rematar els dubtes, queda el dubte de si les societats subjectes als Estatuts del Ministeri de Justícia compleixen correctament aquest article 173 LSC. Al meu parer, no. Llevat que interpretem que cap d'aquestes societats tindrà pàgina web, doncs el sistema de comunicació individual només és admissible si no hi ha web.

Perquè l'art. 5 diu:

«La convocatòria es comunicarà als socis a través de procediments telemàtics, mitjançant l'ús de signatura electrònica. Si no fos possible, es farà mitjançant qualsevol altre procediment de comunicació, individual i escrit, que garanteixi la recepció per part de tots els socis».

És a dir, descarta la web (fet que només és possible si no existeix).

Indica un procediment de signatura electrònica i, només si no és possible, amb comunicacions per escrit. Per tant, no segueix l'esquema del 173 LSC.

Finalment, mantindrem als Estatuts les referències especials a les convocatòries per als casos de fusió, escissió, cessió global de l'actiu i passiu i trasllat de domicili a l'estranger? La Llei de Modificacions Estructurals exigeix que la Junta sigui convocada mitjançant anunci publicat al *Butlletí Oficial del Registre Mercantil* i en un dels diaris de major circulació del terme municipal en què estigui situat el domicili social; i aquesta mateixa norma imposa terminis especials:

- en general, entre la convocatòria i la data prevista per a la celebració de la Junta, haurà de transcórrer un termini d'almenys quinze dies;
- però és com a mínim d'un mes en els casos de fusió, escissió i cessió global de l'actiu i passiu;
- i d'almenys dos mesos en el cas de trasllat de domicili a l'estranger.

S'ha alterat aquest esquema en modificar un altre cop l'art. 173 LSC? És apli-

cable a les societats regides pels Estatuts tipus del Ministeri?

Al meu parer, no hi ha dubte que l'LSC no ha alterat les normes específiques de modificacions estructurals.

Tenint en compte tot això, per què no realitzem un model d'estatuts tipus per als diversos tipus de societats i de constitució consensuat entre notaris i registradors de manera semblant al que vam fer quan es van modificar l'LSA i l'LSL amb motiu de la transposició de les Directives al Dret nacional? Hauríem acabat abans.

N'hi ha prou d'entendre's tècnicament.

2. Algunes conclusions crítiques no estrictament jurídiques. Addenda per a notaris.

“Cal exagerar perquè t'entenguin. Un problema que és tècnic a un nivell, si s'eleva a instàncies superiors, corre el risc de convertir-se en un problema polític, de conseqüències difícils de preveure”.

El Reial Decret-Llei 13/2010, del 3 de desembre, d'actuacions en l'àmbit fiscal, laboral i liberalitzadores per fomentar la inversió i la creació d'ocupació, que va entrar en vigor el 3 de desembre, pretén introduir al nostre ordenament jurídic la possibilitat de constituir Societats Limitades amb una celeritat notable.

Si se'm demana quina és la meua conclusió com a notari, diré que la norma plasma un propòsit lloable en les actuals circumstàncies i, tot i que pot proposar-se la millora d'alguns aspectes, qualsevol ajuda a l'emprenedor és poca; el notari, com no podia ser menys, assumeix la seva part d'esforç per a la sortida de la crisi.

No obstant això, se sol dir que «el diable és als detalls»; però de vegades convé recordar la frase de Charles BAUDELAIRE, «la major victòria del diable és convèncer-nos que no existeix».

Si, com es pressuposa pel públic al qual es dirigeix aquesta publicació, són juristes, amb una mica de sort hauré aconseguit que estiguin perplexos perquè el comentari a una norma legal es barregi amb advocacions al diable. Aquesta perplexitat és, efectivament, el que pretenc. Per dos motius.



El primer és que siguin conscients (a compte i risc seu) del caràcter atípic de les meves conclusions. «No diguis que mai no t'ho han advertit», com diu el *El llibre negre de l'emprenedor* de TRIAS BES.

El segon és que siguin conscients de l'extraordinària tendència dels juristes a analitzar i esmicolar les normes, a destacar aspectes fins i tot trivials de la redacció, a fixar-nos en els detalls i a perdre de vista el conjunt, la idea general que les anima. Els detalls poden ser dolents, però la idea general pot ser... pitjor.

Com ja he realitzat la clàssica anàlisi notarial de la norma, crec que ara procedeix una conclusió general, per a la qual cal que em despregui de la condició de notari. Per què? Perquè el notari no és avui en condicions d'emetre judicis crítics sobre la legislació per tres causes:

- La primera és la teoria del «mal menor». Davant de qualsevol canvi legislatiu que afecti la funció pública, sempre, des d'una instància o altra, interna o aliena, el notari sent l'afegit «podria ser pitjor». Naturalment: sempre és cert.
- La segona és la por. El notariat es regeix per un Aranzel vigent des del 17 de novembre del 1989. Des de llavors, i malgrat que l'Aranzel ha de servir per a la cobertura de les despeses i que aquestes s'han multiplicat en 21 anys, només ha estat revisat per reduir-lo, malgrat que fins i tot als taxistes se'ls ha apujat l'aranzel l'any 2011. Millor no cridar l'atenció.
- La tercera és una mena de complex de culpa per creure's ingènuament l'únic beneficiari de la bombolla immobiliària que va arribar fins a finals del 2007, oblidant que tota la societat se'n va beneficiar en aquells temps sense ser ell el més important (taxes per Llicències, recaptació d'IVA, impostos, especulació que van practicar moltíssimes persones, etc.).

Per tot això, m'estimo més elaborar les meves conclusions com ho faria un lliurepensador. Necessito enjudiciar la norma des de les meves altres formacions acadèmiques o experiències personals. Encara que sigui per acumulació de fracassos, crec disposar de galons per fer-ho.

Quin és el problema a què fa front el Reial Decret? Segons totes les fonts, Espanya va començar a sortir malparada als informes «Doing Business», que indicaven l'extraordinària demora que l'emprenedor havia d'assumir per iniciar els seus projectes. La manca de competitivitat i la manca d'agilitat —se suposa— en la constitució de societats.

L'Exposició de Motius diu: «*El Reial Decret-Llei també recull reformes contingudes al Projecte de Llei d'Economia Sostenible que tenen la finalitat d'incidir directament en la millora de la competitivitat del teixit econòmic espanyol, permetent l'agilització de la constitució de societats i de l'adopció d'actes societaris*».

Quin és el problema real? Jorge LÓPEZ NAVARRO aporta amb bon criteri el següent comentari (*El Economista*, 14 de desembre del 2011), que indica:

«La reducció de terminis, des del lliurament de la certificació bancària acreditativa del capital de la societat al Notari fins a la comunicació ja sense provisió de fons, al Registre Central per part del Registrador Mercantil és notable i respon a la resolució d'un problema posat de manifest en la totalitat dels informes *doing business* que situaven Espanya en mal lloc pel que fa als terminis, tot i que no per a la Notaria (1 dia). Una bona mesura legislativa que es complementa amb la publicació d'estatuts tipus per Ordre del 9 de desembre del 2010, publicats al *BOE* el dissabte 11 i que requeriran un comentari separat. Però després d'aquestes normes, és més fàcil crear empreses a Espanya? La resposta és no! La constitució de societats mercantils crea un empresari i, des de la creació, s'igualen en personalitat a un autònom (a Espanya, malgrat la crisi continuada, hi ha més de 3.500.000 persones físiques empresàries) Un cop igualades en la personalitat, encara han de crear l'empresa, és a dir, organitzar una sèrie d'elements personals, materials i immaterials dirigits a la creació de riquesa i, per tant, d'ocupació o, almenys, d'autoocupació. I ambdós: societats i autònoms, tenen les mateixes dificultats regulatòries. A Espanya existeix un veritable embull d'autoritzacions municipals i autonòmiques (que, afegeixo jo, són intocables i a les quals el Decret no ha posat termini); altes a diversos organismes, habilitacions, assegurances,

avals; registres de productes, sol·licitud de llicències, etc. En això haurien d'incidir amb rotunditat les lleis de l'Estat, regulant un mercat únic, per a tota Espanya, sobre la base de la liberalització. Crear una empresa hauria de ser més fàcil per a un emprenedor amb una idea viable i, per a això, cal invertir l'actuació de les Administracions: és a dir, l'empresa començaria a treballar sense requerir cap autorització, només, i si s'escau, comunicació, amb la qual cosa s'invertiria la càrrega de la prova. L'activitat de l'empresa es presumiria lícita i adequada, excepte comprovació a posteriori, taxada. Si corresponguessin taxes i impostos (multitud) haurien de suprimir-se, com fa el *BORME*, i, si de cas, es girarien per sota del cost de l'inflat servei administratiu perifèric. Mentre no sigui així, fer negocis a Espanya no serà atractiu».

En resum, el problema mai va ser a les notaries, on pràcticament una societat queda autoritzada pel notari com a màxim al cap de quinze minuts de tenir totes les dades. Els tràmits ulteriors, la inscripció o la necessitat de llicències no eren la competència del notari ni, per tant, responsabilitat seva.

Primera conclusió

La primera conclusió és evident: si us equivoqueu de problema, necessàriament us equivocareu de solució. El problema mai ha estat, ni és, a les notaries.

Passar del burofax o la carta certificada a la web dependrà només de la voluntat dels administradors fent constar per nota al marge una adreça web i sense preavisar els socis. Això pot donar lloc a picaresques i Junes fantasma

El fet que anteriors reformes hagin fracassat (qui es recorda de les Societats Limitades Nova Empresa?) hauria de provocar una reflexió. Un cop acceptat el fracàs de la SLNE, si convenim en el fet que el problema no és ni pot ser el notari que autoritza el mateix dia que se li lliuren les dades, pot intentar desplaçar-se el problema de la demora al termini que necessita el registrador mercantil per qualificar i ins-



criure. Pensem que si aquest fos el problema, la solució era més senzilla: escurçar un mica el termini; sembla excessiu arribar a l'extrem de les set hores hàbils o de condicionar el contingut dels Estatuts. No és competència meua la defensa dels registradors, però no m'acabo de creure que — en aquesta matèria — fossin el problema.

Tot i que sigui una fal·làcia, suposant que el problema fos la lentitud de notaris i registradors, havia de dictar-se una nova norma legal?

Ja existia una norma adequada. El Reial Decret Legislatiu 1/2010, del 2 de juliol, va aprovar el Text Refós de la Llei de Societats de Capital, l'entrada en vigor de la qual es va produir l'1 de setembre del 2010. A la Disposició Final Primera ja resol·lia el problema dels terminis del Registre Mercantil establint un termini màxim de quaranta-vuit hores. L'únic problema que restava per resoldre era el de la liquidació d'impostos. El més senzill seria permetre la inscripció al marge del pagament d'impostos (com succeeix amb l'IIVTNU o l'IRPF), atès que avui els documents estan perfectament localitzats per l'Administració Tributària gràcies als índex notarial. I, sinó, declarar que els actes exempts poden inscriure's sense liquidació prèvia.

Segona conclusió

La segona conclusió és que, en la matèria que ens afecta, el Reial Decret sembla perfectament redundant, superflu o contradictori respecte del Text Refós de la Llei de Societats de Capital, vigent des de tot just tres mesos abans. Sembla inconcebible que una solució adequada al setembre es consideri inadequada al desembre.

Podria defensar-se, no obstant això, que les distorsions que provoca la repetició del mateix de manera fragmentària i, fins i tot, contradictòria en diverses normes que no arriben a tenir acceptació es compensen amb l'efecte d'anar modelant la consciència social. No és així.

Cito: «Cal donar seguretat jurídica. Quan abans, millor». «Espanya té massa lleis». «Aquest excés de legislació porta de cap els empresaris i professionals del dret. No m'atreveiria a afirmar que amb aquest govern hi hagi més inseguretat jurídica en

tot, però sí que l'ha provocada en alguns sectors». Si això ho diu un jurista pràctic com el notari o el registrador, ningú prestarà atenció. Imagineu qui és l'autor de la cita? El polític català Josep Antoni Duran i Lleida (*Expansión*, 29 de gener del 2011).

Tinc cites similars de Josep Oliu (en una conferència a la Xina), Salvador Alemany o Juan María Nin. Aquest últim a «Economía y empresa después de la tormenta» deia: «En efecte, la seguretat jurídica és bàsica perquè existeixi la confiança que requereix un funcionament econòmic eficient».

Tercera conclusió

La tercera conclusió és que la seguretat jurídica és un «prius», un element previ perquè l'activitat econòmica pugui desenvolupar-se. L'emprenedor necessita seguretat jurídica perquè ha d'anticipar decisions d'inversió i les seves conseqüències previsible. La inseguretat jurídica es percep com un element perjudicial, a Espanya i a la Xina. El canvi constant penalitza la inversió.

Aquest tipus de canvis generen desconfiança. Des de les obres del guru empresarial Tom PETERS tots sabem que, al món actual, «la formulació de l'estratègia ja no és una activitat que generi valor si no pot traslladar-se a l'acció». És a dir, la capacitat de definir una estratègia no té importància si no es té l'aptitud d'implementar-la.

En conseqüència, definir una estratègia amb efectes a 1 de setembre; no implementar-la; plantejar una altra el 3 de desembre... no és que no sigui positiu, és que resulta negatiu per a la imatge del dirigent. No és seriós. És contraproductiu.

Quarta conclusió

La quarta conclusió és que deixar sense implementar una estratègia (la solució normativa) passant sense solució de continuïtat a definir una altra estratègia (una altra norma) transmet la imatge d'improvisació i manca de rigor en el desenvolupament de les idees i les estratègies que allunya l'inversor o emprenedor de les economies o societats que es comporten així.

Malgrat tot, considerant correcte que la publicació d'una nova norma fos convenient, el cert és que no ens agrada. No ens agrada perquè projecta una triple imatge espectral. En efecte, a la norma, l'emprenedor és un ser compulsiu; l'assessor és un fantasma que ni hi és, ni se l'espera; el notari és un cost transaccional que no aporta res. No som a la Caverna de les Idees del filòsof PLATÓ; sembla més aviat que som al davant de l'Esperpent de Ramón María DEL VALLE-INCLÁN, reflectint en un mirall còncav aquests tres personatges.

El problema mai va ser a les notaries, on pràcticament una societat queda autoritzada pel notari com a màxim al cap de quinze minuts de tenir totes les dades

Absurds són l'emprenedor, l'assessor i el notari que reflecteixen la norma. Comencem amb l'emprenedor.

Emprendre és un negoci arriscat. Exigeix un mínim de reflexió. L'emprenedor ha de confeccionar, com a mínim: un pla de viabilitat, la definició estratègica de l'empresa, el disseny organitzatiu; els plans operatius i de màrqueting... A més, recomanaria tenir un Quadre de Comandament Integral contemplant els aspectes recomanats per Norton i Kaplan.

Aquest emprenedor té alguna oportunitat d'èxit. Al davant d'aquest emprenedor, l'intrús, el que creu que «tot són flors i violes», el que no es prepara, està condemnat al fracàs.

Sun Tzu, a *El arte de la guerra*, ja destacava la necessitat de conèixer l'enemic i a un mateix. Un emprenedor, com a mínim, ha de dedicar un instant a conèixer-se a si mateix. És la versió empresarial de l'aforisme «Coneix-te a tu mateix» que apareix al temple d'Apol·lo a Delfos.

Davant d'això, quina imatge d'emprenedor projecta la norma? La d'un ésser compulsiu que amb una urgència notable necessita que la Societat quedi constituïda el mateix dia o, com molt, en les set hores hàbils posteriors. Els únics que compulsivament han necessitat societats han estat els protagonistes de la bombolla



immobiliària. Són aquestes les Societats que es volen tornar a fomentar?

Cinquena conclusió

La cinquena conclusió és que la norma projecta una visió esperpèntica de l'emprenedor com un ésser compulsiu, incapaç d'elaborar un pla de creació del seu negoci i sotmès a una urgència de tot just unes hores per poder desenvolupar la seva empresa. Ans al contrari, creiem que el gran problema d'aquest país és l'absència de coneixements empresarials o de gestió empresarial. Emprendre no és, no ha de ser, suïcidat-se. Si de veritat ens entrebanquéssim amb un emprenedor l'empresa del qual depèn de disposar de la societat en set hores, li resoldríem el problema, però per humanitat li hauríem de recomanar que abandonés el món empresarial. Fins i tot si tingués èxit a la primera ocasió, s'arruïnaria. M'atreviria a dir que, al contrari, hauria d'existir una norma que impedeixi al notari autoritzar escriptures de constitució de societat si l'emprenedor no protocol·litza en acta anterior com a mínim el Pla de Viabilitat.

L'emprenedor mitjanament sensat sap el que sap i el que no sap. Sap de la seva especialitat, però no ha de saber de tot. Se centrarà en el seu *core business* i delegarà la resta. Aquí sorgeix la figura de l'Assessor en una modalitat d'*outsourcing*. Cap empresa, per més petita que sigui, no en té almenys un.

Aquest Assessor compleix la funció de prescriptor respecte del tipus o la forma social. Sovint, fins i tot els petits, obtenen part dels seus ingressos de complimentar els Estatuts (el model dels quals, sotmès a revisions freqüents i que ha passat múltiples vegades els «tests d'estrès» del Registre mercantil, li acostuma a facilitar el notari). Una altra part dels seus ingressos procedeix de la tramitació posterior, que cobra. Com justificà els seus honoraris inicials per aquests conceptes si ha de dir que no ha fet res i que el notari cobra només 60 euros i el registrador 40 euros? És normal (potser no és ètic, tot i que veurem que hi ha arguments ètics després) que es negui a fomentar aquestes societats tan fungibles.

Sisena conclusió

La sisena conclusió és que la norma ignora el procés normal de constitució de societats, on la figura de l'assessor o prescriptor és present; aquest té un incentiu negatiu a fomentar una figura que menysvalora tant la funció de notaris i registradors que qualsevol factura que presenti semblarà un abús exorbitant. Èticament podrà semblar reprovable, però en economia tots coneixen la funció d'utilitat del gerent (l'interès del qual no sempre coincideix amb el de la seva empresa). És un cas semblant. A més aquí, com veurem, disposarà de prou arguments per asseverar la inadequació del tipus legal de la societat telemàtica exprés amb estatuts preconfigurats.

Finalment, la imatge del notari a la norma és absolutament demencial. Sembla que el notari no fa res amb pes jurídic o econòmic i desenvolupa unes meres labors administratives.

La realitat és ben diferent. Em limito a citar l'última consulta sobre constitució de societat que he atès. Quins temes van preocupar l'emprenedor? 1. Possibilitat o no d'atorgar drets desiguals a les participacions socials, en especial, quant al dret de vot. 2. Possibilitat o no d'introduir un dret de separació del soci i necessitat o no que estigui fundat en alguna causa. 3. Possibilitat o no d'establir un sistema de representació proporcional a l'òrgan d'administració de la Societat. 4. Condició o no de soci dels administradors. 5. Règim de transmissió de la condició de soci i possibilitats de regular-lo segons l'autonomia de la voluntat. 6. Règim de majories en certs acords. 7. Possibilitat de torns rotatoris al Consell. 8. Possibilitat de regular *ab initio* les reunions del Consell. 9. Dubte sobre si es pot i si era o no necessari introduir Disposicions Transitòries en uns Estatuts socials.

Una bona redacció de l'escriptura de constitució de la societat i dels Estatuts és essencial. El notari sap bastant més que posar creus en una plantilla o omplir una travessa. La simple possibilitat de consultar-lo, de demanar-li assessorament, treu incerteses a l'emprenedor.

Setena conclusió

La setena conclusió és que la norma ignora totalment la labor real que els notaris desenvolupen als seus despatxos, on s'han constituït milions de societats. L'assessorament i l'experiència que el notari aporta són omesos per la norma. La constitució d'una societat (com l'autorització de gairebé qualsevol document notarial) va precedida o acompanyada de dubtes, consultes i peticions d'aclariment que el client formula al notari i aquest resol. Per contra, a la norma sembla que constituir una societat sigui omplir un qüestionari del cens.

Malgrat tot, deixem al marge el desconeixement del món real que la norma projecta i limitem-nos a preguntar-nos si és una bona norma en abstracte.

No a aquest preu. No és una bona norma al preu que paga l'emprenedor per usar aquesta via. Quin és aquest preu? El més preuat. La llibertat.

L'emprenedor compulsiu, però avar i garrepa (estranya combinació), si opta per la Societat a 60 euros i 40 de Registre... perdrà el bé més preuat del Dret: l'autonomia de la voluntat; la llibertat de pacte; restarà sotmès a uns Estatuts (per cert i que em perdonin, pèssims) on no podrà plasmar res de la seva especificitat.

La inseguretat jurídica es percep com un element perjudicial, a Espanya i a la Xina. El canvi constant penalitza la inversió

En una societat que ha destacat la importància del Protocol Familiar, ens trobem amb la paradoxa de l'absolut menyspreu del document societari més important: els Estatuts Socials. Usarà un model pèssim que no podrà alterar i que és contrari en diversos preceptes a la pròpia Llei de Societats de Capital. La Llei de Societats de Capital i tota la doctrina destaquen com a principi essencial de la Societat Limitada l'àmbit que en aquesta pugui desenvolupar l'autonomia de la voluntat, l'acord dels socis, la llibertat de pactes en tot allò no prohibit.



El Reial Decret es complementa amb una Ordre Ministerial (Ordre JUS/3185/2010) que només ha aprovat un Model Obligatori. El model és obligatori. I dolent. Dolent de solemnitat. A qui vulgui saber les raons per les quals jurídicament es pot afirmar una conclusió tan rotunda els remeto a tot el que s'ha exposat abans (en especial, sobre l'objecte) i als treballs de José Ángel García Valdecasas, Miguel Ángel Robles Perea, Manuel Martínez, Jorge López Navarro i tants d'altres.

Les restriccions a la llibertat de l'emprenedor no tenen fonament: no podrà constituir una SL de l'art. 5. Dos si desitja que una persona jurídica sigui soci; no podrà constituir-la si desitja que una persona jurídica sigui administrador; no podrà fixar el terme inicial de la societat si, p. ex., vol que comenci l'1 de gener; no assenyalà el nombre màxim i mínim d'administradors malgrat que és una exigència legal de l'LSC; no podrà fixar un termini a l'administrador; no podrà nomenar més de dos administradors mancomunats malgrat que la Llei ho admet; no podrà optar pel Consell d'Administració...

Vuitena conclusió

La vuitena conclusió és senzilla. La pitjor reforma és la que restringeix la llibertat de pactes, l'autonomia de la voluntat. El tret diferenciador de la Societat Limitada és precisament aquesta llibertat. La solució del Reial Decret castra la llibertat imposant uns Estatuts. Només per aquest motiu la societat civil hauria de rebutjar la norma. Els Estatuts obligatoris de l'Ordre Ministerial són tècnicament molt deficitaris.

Però, sobretot, el que no s'entén és que la forma de constitució presencial o telemàtica d'una societat condicioni els elements essencials del tipus social. No s'entén que l'emprenedor no pugui decidir que l'administrador hagi de ser reelegit cada cinc anys (mesura molt prudent) perquè perd la possibilitat d'acollir-se al sistema, és un absurd.

Novena conclusió

La novena conclusió és que es tergiversa el procés d'assessorament, dons els elements configuradors del tipus social

poden ser impossibles per les restriccions del Reial Decret i pels Estatuts obligatoris de l'Ordre Ministerial, que estableixen limitacions arbitràries sense suport legal (contràries a l'LSC). Per aquesta raó pot afirmar-se sens dubte que era molt millor la solució de la DF 1a de l'LSC: la manera de tramitar una escriptura mai ha de condicionar-ne el contingut. És absurd.

És el moment de qüestionar-se si el sistema triomfarà o serà un nou fracàs semblant als de l'SLNE, el CIRCE, la DF 1a de l'LSC (aquesta senzillament perquè ningú s'ha preocupat d'implementar-la)...

El fracàs sembla rondar el projecte. Hem sol·licitat informació oficial de quantes societats s'han constituït per la via del RD, però només està disponible la dada de les incidències. Repetim: «rebudes 93 qualificacions negatives corresponents a diversos Registres (es justifiquen totes per no acreditar-se la presentació a l'oficina liquidadora de l'impost o, per defecte, dels estatuts aprovats per Ordre Ministerial). En concret, d'aquestes qualificacions, 21 es refereixen als Estatuts predeterminats aprovats pel Ministeri de Justícia mitjançant Ordre del Ministre».

Però, quin percentatge representen del total de societats constituïdes des que va entrar en vigor?

A la norma, l'emprenedor és un ésser compulsiu; l'assessor és un fantasma que ni hi és, ni se l'espera; el notari és un cost transaccional que no aporta res

Si anem al fons de la qüestió, per què un cop més som on érem abans? La resposta pot deduir-se de l'axioma següent. Amb una capacitat de síntesi que no sorprendrà els qui el coneixen, el Notari de Sagunt, Vicente Micó, sempre ha defensat que: «Per tal que un projecte triomfi al Notariat, ha de complir almenys dos de tres requisits:

- a) Ser fàcil
- b) Ser obligatori
- c) Ser rendible

Amb un, no n'hi ha prou.

Per tant, ha de ser, com a mínim:

Fàcil + obligatori, o

Rendible + obligatori, o

Fàcil + rendible».

Reconfigurat l'axioma per a aquest supòsit concret, podem dir que «Qualsevol novetat tecnològica que afecti el notariat només triomfarà si compleix almenys dos del tres requisits: a) ser obligatòria (i universal); b) ser senzilla; c) ser sostenible».

I tot això ha suposat que ens trobem al davant d'una novetat perquè nosaltres hem constituït amb anterioritat al Reial Decret nombroses societats per via telemàtica i inscrit nombrosos documents mercantils per aquesta via i sense cap problema. En realitat, aporta el Reial Decret res que no existís ja?

Desena conclusió

Com veurem a continuació, la desena conclusió és que la novetat —suposant que constitueixi una novetat, fet discutible— no respecta l'axioma d'èxit de les novetats tecnològiques que afecten el notariat. Potser no compleix cap dels tres requisits. Probablement no és obligatòria i, per descomptat, no és universal. Dubto molt que sigui senzilla. Però, sobretot, és innegable que no és sostenible.

Vegem cada requisit per separat.

En primer lloc, el nou sistema de presentació telemàtic no és ni obligatori ni universal. Tots els autors coincideixen en el fet que, malgrat reunir els requisits per aplicar-lo, les societats poden renunciar a utilitzar-lo i optar per la presentació física. A més, no és universal perquè al Reial Decret ens trobem només amb tres sistemes i terminis diferents. Afegim-hi la SLNE, la DF 1a de l'LSC...

Aquesta complicació absurda en allò que no és res més que un procés de tramitació no aporta res. No hi ha valor afegit en el fet de crear fins a mil procediments; contràriament a allò que seria desitjable, s'encareixen els costos interns dels agents jurídics.

Per aconseguir un sistema àgil i senzill n'hi ha prou de reduir sempre i en tot supòsit els terminis des que el notari autoritza fins que, un cop ha remès l'escriptura



al Registre, aquest inscriu. Solució que serviria per a l'escriptura de constitució i per a qualsevol altra, mercantil o no.

En segon lloc, el sistema dista de ser senzill. Explicaré la meua experiència personal. Intento relatar els fets des de l'inici.

Rebo una primera trucada i un correu electrònic sol·licitant informació del tipus social del Reial Decret. Responc personalment. Tornen a dir-me que constituïran la societat. Rebo gairebé totes les dades, però no totes.

Hem de confeccionar el model d'escriptura i el d'estatuts. En tots dos, hem de prendre decisions jurídiques (sobre l'objecte, sobre si cal fer referència al nombre d'administradors, sobre la retribució d'administradors). Prèviament hem realitzat dos qualificacions jurídiques:

1. Si entra dins dels supòsits del Reial Decret.

2. Si ha complert els requisits.

El dubte sempre queda, doncs, hi ha autors i registres que no accepten aquestes societats si la certificació de denominació social no és telemàtica (en el nostre cas no ho era). Ni tan sols ens detenim en el fet que seria impossible complir el RD perquè exigeix que es puguin sol·licitar 5 denominacions socials, quan el sistema només en permet tres.

Redactem l'escriptura. I els Estatuts. Un dels dubtes que sorgeixen és que ningú sap si la redacció d'Estatuts queda inclosa o no en l'import de 60 euros. L'emprenedor fa tard. Temps perdut. Com ocorre sovint, els certificats d'ingrés que porta no s'ajusten a l'import de capital que ens havia informat. Hem de tornar a redactar l'escriptura. Això és el nostre pa de cada dia. L'aranzel diu que quan es desisteix d'un document, pot cobrar-se el 50%; mai ho hem fet; però no s'hauria de penalitzar la continua modificació de dades que obliga a realitzar diverses vegades la mateixa feina?

Un cop acabada l'escriptura, la lectura, signatura i autorització, comença la tramitació.

1) Per exigències de la normativa de Blanqueig, hem d'escanejar els DNI.

2) Confeccionem la còpia simple perquè les aplicacions ens l'exigeixen.

3) Cal introduir totes les dades al programa de gestió de la notaria. L'Aranzel exigeix incorporar a l'escriptura l'import resultant. Complicació absurda respecte de documents que es minuten amb un import fix.

4) A continuació, hem de traspasar-los a SIGNO i verificar els errors que detecta.

5) Acte seguit, des de Signo ha de quedar completat l'índex unificat (almenys a Catalunya). Generat el NIU, hem d'usar dues aplicacions. La relativa al CIF i a la Fitxa Fiscal.

6) Obtenció del CIF. Es plantegen dos problemes:

— L'aplicació exigeix les dates de naixement dels socis, requisit que en el model no seria infreqüent oblidar, doncs cap norma substantiva ho exigeix. Si no s'ha tingut la prudència de fer-los constar a l'escriptura, s'haurà de recórrer a l'escaneig dels DNI per esbrinar-les.

— L'aplicació no admet (de moment) el nou Certificat Electrònic del notari, que es veu obligat a utilitzar l'antic. Atès que aquesta circumstància no ha estat avisada per ningú, la pèrdua de temps es innegable.

El CIF ha de ser imprès. No podem complir el requisit d'unir la comunicació del CIF definitiu perquè, digui el que digui la norma, l'AEAT no l'envia.

7) A Catalunya hem de generar la Fitxa Fiscal (sense la qual no es pot complimentar el 600).

8) Podem realitzar el model 600 telemàticament. Com que tampoc ningú s'ha preocupat d'implementar la norma, no hi ha exempció específica, per això s'ha d'acudir a la genèrica. Circumstància que tampoc ningú ha explicat.

Tots aquests tràmits generen diversos justificants, que han de ser impresos i incorporats a la matriu.

9) La incorporació a la matriu del CIF provisional i del justificant de la presentació i el pagament de l'import genera dues diligències que cal redactar.

10) Procedeix generar la còpia electrònica. A la matriu ha de deixar-se constància de la còpia expedida.

11) Es rep:

— Justificant instantani de recepció. Necessitat de diligència, incorporant el justificant.

— Justificant amb signatura electrònica del servidor del Registre. Nova diligència semblant.

— Justificant amb signatura electrònica del registrador. Nova diligència semblant.

Tres justificants per dir-nos el mateix.

12) Si tot va bé, al dia següent es rep la qualificació. Nova diligència amb nou justificant.

13) Si s'és prudent, s'ha d'incorporar els dos llistats històrics accessibles a Signo de la tramitació per poder justificar davant de qualsevol client tot el que s'ha realitzat. Nova diligència.

14) Expedició de còpia en paper.

15) Lliurament del document i cobrament.

16) En l'interval hem anticipat el pagament de la factura del senyor Registrador amb el risc d'impagament dels nostres honoraris i assumpció dels seus. Això no és una gestió que ha de cobrar-se?

17) A més, cal saber que mai es rebrà la confirmació del caràcter definitiu del CIF... amb la qual cosa ens trobarem on érem fa uns mesos.

La imatge del notari a la norma és absolutament demencial, sembla que el notari no fa res amb pes jurídic o econòmic i desenvolupa unes meres labors administratives

Una cosa és que ho fem semblar senzill i una altra és que realment ho sigui. No ho és.

Onzena conclusió

L'onzena conclusió és que, en el procés, el notari ha assumit funcions pròpies



de gestió (obtenció del CIF, liquidació de l'impost, bestreta de la factura del registrador). Aquestes funcions mai han estat incloses a l'Aranzel. No es pot pretendre que ara ho estiguin. És inviable.

Dotzena conclusió

I la dotzena conclusió és que no s'ataca el centre del problema. El centre del problema és que en la connexió notaris-registradors, la liquidació d'impostos desentona i impossibilita generalitzar el sistema. El més lògic seria separar totalment el procés de remissió al Registre i inscripció del pagament de l'impost. Així sí que s'agilitzaria totalment el procés notarial-registral. N'hi ha prou de modificar l'art. 254 LH i els similars aplicables al Registre mercantil (a sobre, en molts impostos no s'exigeix que s'hagi pagat, sinó presentat, i n'hi hauria prou d'entendre'l com a presentat pel simple fet que el notari inclourà l'acte al NIU al qual té accés l'Administració Tributària). Les CCAA han tingut diversos anys perquè les seves plataformes tecnològiques funcionessin adequadament. Algunes ho han fet, tot i que cadascuna hagi implementat un sistema diferent (Catalunya, Andalusia, Aragó, Biscaia...). El futur no pot estar sempre esperant a qui es nega a pujar al tren de les noves tecnologies.

Però no ens n'oblidem, ens queda el darrer requisit. És sostenible?

El tret diferenciador de la Societat Limitada és la llibertat, que castra el Reial Decret imposant uns Estatuts

Des de la signatura fins que va concloure la primera fase de tramitació (és a dir, un cop obtingut el CIF, liquidat l'impost i presentada la còpia electrònica al Registre), el personal necessari va ser el següent: l'empleada de gestió, l'empleada de còpies i el notari en persona. No oblidem que el certificat digital del notari (la signatura electrònica reconeguda) és necessari per a les remissions i és personal i intransferible (a diferència, p. ex., del justificant de recepció registral o de la signatura del servidor registral).

He realitzat un estudi detallat dels costos. Com que aquesta revista és jurídica i

no econòmica, atenc a la petició d'abreujar-los. He seguit els criteris apresos a la Llicenciatura d'Administració i Direcció d'Empreses que estudia aquestes matèries sota el concepte Comptabilitat Analítica o de Costos.

Existeixen els anomenats «costos enfonsats». És un cost enfonsat el temps que el notari dedica, ja no a l'estudi de la carrera de Dret, sinó a l'oposició. La seva vida laboral és menor. Un altre cost enfonsat (ocult) correspon a l'estudi de la nova legislació i a l'aprenentatge de les novetats pràctiques. Quant més s'utilitzi una norma nova o un sistema nou, menor repercussió per operació tindrà aquest cost. Si (com és el cas del Reial Decret) en un mes i mig només s'autoritza una operació de constitució de societat d'aquest tipus, el temps dedicat a la mateixa és inassumible. La pròpia confecció d'un model adequat a la notaria és un altre cost enfonsat.

Per tant, en el càlcul de costos s'hauria d'imputar els del notari com a professional del Dret, junt amb els de l'estudi específic de l'operació. Només amb aquests, qualsevol document per 60 euros generaria pèrdues. Però, a efectes dialèctics, els ignorarem.

Vegem doncs els costos no enfonsats, sinó aparents. En rigor, hauríem de diferenciar entre costos variables (imputables directament al document, p. ex., els folis o les carpetes o el temps específicament dedicat pel personal al mateix) i costos fixos (que necessiten un mòdul de repartiment per aplicar-los al document, p. ex., l'assegurança de responsabilitat civil, les fiances, el lloguer, la llum, etc.).

La redacció del document (si el model és òptim) es pot fer ràpidament. Però no oblidem que cal concretar: denominació, objecte, domicili, capital, administradors, retribució o no dels administradors. Les consultes telefòniques i els correus electrònics per respondre són altres costos. Es freqüent, com ens va succeir, que les dades enviades no es corresponguin amb els certificats bancaris, fet que obliga a refer-ho tot (estatuts i escriptura). Han de computar-se per operació les incidències junt amb la lectura, l'explicació, la signatura i l'autorització del document.

Aquestes despeses les vaig computar tenint en compte el Cost d'empresa dels empleats necessaris i comptant el temps del notari només al cost d'un oficial (la qual cosa és fictícia i distorsiona a la baixa el resultat, però en cas d'haver de presentar-los en públic, permet una defensa còmoda del resultat). El cost d'empresa de l'empleat és el Cost Brut més el de la Seguretat Social a càrrec de l'empresa (normalment 1,33 vegades el brut aproximadament).

Si l'emprenedor fa tard —com va ser el cas— i els tràmits (com han de complir-se el mateix dia) s'han de fer fora de l'horari ordinari, el cost es converteix en el cost de l'hora extra (normalment 1,5 vegades el de l'ordinària).

El notari ha de ser present durant tot el temps dedicat a la tramitació. D'una banda, ha de vetllar perquè no hi hagi incidències i resoldre els dubtes (resol incidències jurídiques i no jurídiques: canvi del Certificat Digital si el nou dona error, com va ser el cas, o resoldre el problema d'on imputar l'exempció al model 600, doncs no conté un camp específic, entre d'altres). D'altra banda, la signatura electrònica del notari és imprescindible en tot el procés.

Al dia següent, es procedeix a l'obtenció dels justificants d'inscripció; finalment l'última fase del document és l'elaboració i autorització de la còpia física.

Han d'afegir-se els costos de truca-da, cobrament, ingrés i comptabilització. Altres costos no considerats solen ser la impressió, la carpeta, les etiquetes, el paper, etc.

Al marge dels recursos humans, necessitem uns mitjans materials. Un estudi que vaig realitzar al meu despatx em conduïx a afirmar que podem pensar que s'aproxima a una xifra similar al cost de recursos humans sense comptar la seguretat social a càrrec de l'empresa (admeto que pot variar segons el despatx, però és una bona aproximació i, per descomptat, bastant distorsionada a la baixa). En el meu cas, el local és en propietat, però el més lògic és imputar el lloguer anual per document. Després cal foliar i enquadrar (més mà d'obra i cost), i custodiar indefinidament el protocol.

Finalment, qualsevol estudi sobre viabilitat de les empreses les compara amb



els actius lliures de risc més el diferencial per assumpció de risc. Haurien de seguir-se els estudis més habituals sobre allò exigint en els darrers quinze anys, però per no embolicar-ho més, ignorarem aquest concepte (en rigor, no hauria d'ignorar-se: una cosa és el que s'ha de retribuir al professional per ser-ho i una altra el que se li hauria de retribuir per tenir uns actius invertits i una organització que suposa un cost i un risc respecte a allò que li reportaria aquesta inversió en renda fixa més la prima de risc).

Què hauríem d'haver cobrat a cost i suposant que el notari no cobri més que el que cobraria un oficial de notaries merament Llicenciat en Dret? Uns 360 euros exclusivament per cobrir costos. A més, als costos no hem computat el problema de la regla de prorrata que implica un IVA no deduïble per al notari i que ha de portar-se a costos. Només amb una xifra una mica superior a la indicada restaran coberts els costos; tot el que passi d'aquí, restarà subjecte a l'IRPF. Insisteixo en el fet que és una aproximació, però tota la comptabilitat de costos ho és. Però una aproximació on el temps del notari es computa al preu del temps d'oficial de notaries, essent el propi notari qui ho redacta tot per a no imputar costos d'oficialitat i on no s'utilitza a cap oficial, sinó a Auxiliars per abaratir els tràmits, és molt més probable que tendeixi a la baixa que a l'alça.

Finalment, resta un aspecte. La subvenció creuada entre documents. Tots sabem que els poders, les actes, els testaments i, en general, tots els documents que es minuten segons al número 1, són senzillament deficitaris i sobreviuen perquè se subvencionen amb la resta de documents. Convertir la constitució de societats en un document també per subvencionar és perillosíssim, perquè no només deixa de sumar per atendre la resta de documents deficitaris, sinó que resta perquè cal atendre'n el cost.

Ara procedeix analitzar comparativament els 60 euros englobant totes les activitats amb les actuacions que normalment faria un Gestor o un Advocat. Es necessita informació. Què cobra un Gestor per confeccionar el model 600? Per obtenir la sol·licitud de denominació? Per tramitar l'escriptura? Per obtenir el CIF? I un Advocat per la redacció d'estatuts?

Tot i que tinc els Barems del Col·legi de Barcelona, he preferit accedir via Internet a d'altres. Prefereixo no dir la web, però enllaça amb la del Col·legi, on indica els honoraris (que, a més, no necessàriament són màxims). Faig servir el Barem al qual he accedit a Internet d'un Col·legi que podem suposar que no assumeix tants costos d'instal·lació com Madrid o Barcelona (són d'una província de Castella).

Per aconseguir un sistema àgil i senzill n'hi ha prou de reduir sempre i en tot supòsit els terminis des que el notari autoritza fins que, un cop ha remès l'escriptura al Registre, aquest inscriu

En els honoraris de gestors només la confecció del model 600 (en cas d'exempció) ja ascendeix a 50 euros i si, a més de confeccionar-lo, es tramita, són 70 euros. És a dir, una sola de les múltiples gestions que se li ha fet assumir al notari, ja té un preu superior al total. Comprendreu que el sistema no és sostenible. L'obtenció només del certificat de denominació es xifra en 26 euros. La simple presentació d'escriptures al Registre mercantil la cobren a 35 euros. La tramitació de l'escriptura més barata possible davant el Registre Mercantil, si aquest no cobra més de 70 euros, comporta que el gestor cobri 40 euros. Però si el Registre no és a la localitat (regla general als mercantils) s'aplica la lletra següent, per tant, cobrarien 47 euros (personalment, dubto que només cobrin això, però no puc aportar una web on es digui expressament). Però tingui's en compte, p. ex., que la inscripció al Registre d'una SAL (Societat Anònima Laboral), segons posa a les últimes pàgines, es cobra a 100 euros. No he trobat específicament l'obtenció del CIF, però imagino que és semblant a l'epígraf d'alta a l'IAE, 70 euros.

Recapitem, les actuacions no jurídiques serien: obtenció de la denominació, 26 euros; liquidació del 600, 70 euros (en aquest cas perquè és exempt, poden arribar a més de 300 euros); la inscripció al Registre, entre 70 i 100 euros; i el CIF, 70 euros més.

És a dir, estariem entre 246 euros i 276 euros (i creiem que, tot i que això correspon a la teoria dels barems als quals hem

accedit, les tarifes de les empreses de serveis a entitats financeres solen ser clarament més altes segons consta a la nota al peu anterior). Si cobren aquestes xifres serà perquè entenen que és el correcte (el mercat respecta aquests preus i l'Administració mai ha dit res en contra); nosaltres ens limitem a respectar-ho i no tenim res a dir perquè no és el nostre camp. El que sí hem de dir és que no té sentit que el notari faci tot això, a més de l'escriptura i els estatuts, per 60 euros.

Vegem ara l'aspecte jurídic: la redacció d'una escriptura i dels Estatuts.

Aquí parteixo dels honoraris del Col·legi d'Advocats de Madrid. La consulta senzilla, inferior a la mitja hora i sense examen de documents (com figura al text dels honoraris recomanats, «senzilla»), s'estipula en 120 euros (aproximadament vuit vegades l'import en què hem estimat l'hora de notari per a la nostra comptabilització, atès que hem computat a 31,38 euros l'hora i aquí es parla de mitja hora). Qualsevol altra consulta, s'estableix en 180 euros. L'assistència a l'atorgament (davant notari) es cobra a 150 euros. Les simples notes perquè sigui el notari qui redacti el document es cobren a 120 euros. La redacció d'un document senzill es cobra a 150 euros. Però la clau és el Criteri 17, on, a més de tot el citat, s'estipulen 750 euros per la redacció d'Estatuts.

Podem estimar en uns 1.000 euros la redacció d'estatuts més la nota per redactar l'escriptura i l'assistència a l'atorgament. De nou, si els Col·legis d'Advocats han arribat a la conclusió que, atesos els costos, aquests han de ser els preus, nosaltres només podem respectar-los i prendre'ls com a referència.

Sumant els dos costos, el total són uns 1.250 euros, notari a part. La reforma sembla conduir a fer que —amb notari inclòs— tot costi només 60 euros.

Tretzena conclusió

La tretzena conclusió és que el sistema ja no és sostenible, sinó que sembla contrari a les lleis econòmiques. Atès el profund respecte que tenim a tots els professionals, si els Col·legis d'Advocats i Gestors estimen uns preus raonables en funció d'uns costos, nosaltres no podem



fer altra cosa que prendre'ls com a referència raonable. Si ells, sense assumir la nostra feina, estimen en 1.250 euros l'import necessari, com podem assumir nosaltres la seva feina i la nostra per 60 euros? És impossible. I si és possible, apunta a competència deslleial o *dumping*. No ens haurien de deixar treballar per sota dels honoraris dels Col·legis de Gestors, Advocats, etc.

D'altra banda, el Consell General del Notariat i els Col·legis Notarials solen negar-se a donar instruccions sobre la manera de minutar el document públic perquè entenen que atempta contra les normes de competència. En canvi, a la Guia Pràctica es pretén dir què inclouen els 60 euros. En què quedem? Poden o no poden? Sempre he pensat que, si no tenim llibertat de preus, sinó que ens regim per l'Aranzel, el Consell i els Col·legis no només poden, sinó que han de donar instruccions i unificar la pràctica.

Recordeu que si jo, en comptes d'actuar com a notari, utilitzo el meu títol de Gestor o el d'Economista o el de Llicenciat en Dret (que els tinc) estaria legitimat a exigir-los, com qualsevol Gestor o Advocat, que en cap cas ofereixin una escriptura de constitució amb tots els tràmits per sota de 300 euros o més... —i els honoraris com a notaris a banda—, perquè, sinó, se'ns podria perseguir per *dumping*.

El *dumping* és la fixació de preus predators. De què es tracta? D'oferir un servei o producte per sota del seu cost per aconseguir monopolitzar el mercat. El *dumping* és una pràctica deslleial de competència. Es ven per sota de cost, es genera una pèrdua, però s'exclou la competència, amb el qual s'espera, a llarg termini, compensar la pèrdua inicial. No és admissible.

Convertir la constitució de societats en un document també per subvencionar és perillosíssim, perquè no només deixa de sumar per atendre la resta de documents deficitaris, sinó que resta perquè cal atendre'n el cost

Els Col·legis de Gestors i Advocats faran bé de defensar que els tràmits de

l'escriptura han de costar com a mínim els 250 euros del gestor més els 120 mínims de l'Advocat (ja hem vist que és més); més els 60 euros. Qualsevol xifra inferior que s'apliqui podria ser atacada per *dumping*.

Fins i tot, embolicant més la troca. Si el notari es limita a cobrar els 60 euros de l'estricta funció de notari i, atès que tots són Llicenciats en Dret i alguns, a més, en Administració i Direcció d'Empreses, aplica les tarifes d'aquests Col·legis per a qualsevol de les actuacions complementàries que no poden ser aranzelàries doncs no són exclusivament notariales, on ens trobaríem?

Però el problema del Reial Decret és que és la punta de l'iceberg d'una estratègia errònia, d'un error de comunicació o d'un incompliment del que s'entenia que era el pacte existent, el contracte social. Perdoneu si aquest estil de redacció us sembla provocador. Es tracta de provocar la reflexió.

El notariat en un moment determinat parteix d'una reflexió.

D'una banda, l'Aranzel roman congelat. L'Aranzel es va publicar el 17 de novembre del 1989 mitjançant el Reial Decret 1426/89, que diu: «*En compliment de tals disposicions s'ha elaborat aquest aranzel dels notaris. La seva confecció ha estat presidida pels següents criteris:*

1. Cobertura de despeses. De conformitat amb el que es disposa a l'apartat 2 de la disposició addicional tercera de la Llei de Taxes i Preus Públics, segons la qual els aranzels es determinaran a un nivell que permeti la cobertura de les despeses de funcionament i conservació de les oficines en què es realitzin les activitats o els serveis dels funcionaris, inclosa la retribució professional, s'han adaptat els drets aranzelaris als increments experimentats pels costos de personal i material des de la data d'entrada en vigor de l'anterior aranzel.

Es preveia una Comissió de seguiment de l'article 2 que anualment havia d'eleva als Ministres de Justícia i d'Economia una Memòria sobre les modificacions que cal introduir.

Nosaltres pràcticament només tenim notícies de rebaixes de l'Aranzel, mai d'actualitzacions. El principi recollit a l'Aranzel ex Llei 8/1989, del 13 d'abril de Taxes i Preus

Públics segueix vigent. Per tant, aquesta nova Comissió cada any hauria de plantejar canvis. En canvi, en vint-i-un anys de vigència dels Aranzels, els costos han pujat, però els Aranzels no; de fet, han baixat. En aquest interval no crec que existeixi cap empresa que no hagi actualitzat les tarifes.

La situació era i és insostenible. La bombolla immobiliària la va emmascarar. Per la via del volum i de l'eficiència es va poder ocultar la situació sense cap ni peus que suposava l'absència d'actualitzacions durant tants anys.

D'altra banda, junt amb un Aranzel congelat, la reforma del Reglament Notarial contempla la doble faceta del notari: l'aspecte funcional i l'aspecte professional.

La solució estratègica semblava molt raonable. Les noves tecnologies oferien possibilitats. Des d'aquesta òptica, permetien complir diversos objectius:

a) Des de l'aspecte funcional, el notariat creava el NIU; permetia una informació exhaustiva a les Administracions Públiques. La informació és l'element més valuós de la societat actual (evidentment, algú ha d'implementar polítiques per aprofitar-la i treure-li rendiment). L'índex, el Blanqueig de Capitals, el Cadastre, les Estadístiques, l'índex fiscal per a les CCAA, les dades per als Ajuntaments per a l'II-VTNU, etc. No hi ha cap mena de dubte. El notariat esdevé l'eix sobre el qual s'assenta tota l'estructura impositiva i legal relativa als documents, les transaccions, els actes societaris, etc. La idea era, senzillament, ser imprescindibles. Només per aquesta raó, podríem justificar les inversions multimilionàries que van haver de fer-se.

b) Des de l'aspecte professional, el notariat aconseguia estar a l'avantguarda de les Noves Tecnologies, prestant serveis inimaginables anys o mesos abans, accelerant tots els tràmits, podent escometre funcions residuals a un cost menor i beneficiar amb això els ciutadans. Aquestes funcions eren extraaranzelàries.

Podem entendre que existia un acord tàcit sobre la direcció que calia seguir; si s'admet l'expressió, un contracte social. El criteri era senzill: les noves tecnologies havien de suposar un millor servei (per als particulars i l'Administració) i menor cost conjunt de les actuacions aranzelàries i les extraaranzelàries, tant si les desenvolupa el notari com



qualsevol altre agent (per als particulars). L'aposta decidida per les noves tecnologies modernitzava el notariat i permetia atendre tots els requeriments estratègics. Potser es van cometre errors de comunicació interna (que va impedir l'alineació de tots en busca del mateix objectiu) i externa (que va generar reaccions injustificades i aliances contra natura). Els principals beneficiats d'aquestes mesures han estat els Gestors que han disminuït costos en les tramitacions sense abaixar els honoraris. Estranyament, s'ha aconseguit que alguns vegin el sistema com una amenaça. No obstant això, el cert és que hi ha Gestories que operen per a entitats financeres o són filials d'aquestes dissenyades sota el principi que és el notari el que ha de tramitar absolutament tot i elles limitar-se a esperar l'instrument inscrit. Essent això així, l'existència d'altres crítics amb el sistema només es pot atribuir a algun error de comunicació.

Però hauríem escomès aquestes enormes inversions tecnològiques si el resultat fos el que se'n transmet?

a) Des del punt de vista funcional, amb motiu del Reial Decret es va tornar a escoltar la hipotètica amenaça del famós imprès de constitució de societat que, pel que sembla, podria vendre's als estancs... És lògica la perplexitat. Al marge del valor intrínsec de la funció notarial, de la fe pública i del document autèntic... Està mancada de valor la informació estadística? Té o no algun valor el NIU? Es valora o no la implementació de l'alta telemàtica del CIF? I la possibilitat que brindem a qualsevol de poder pagar els seus impostos en línia, doncs som nosaltres els que comuniquem totes les dades mitjançant la Fitxa a la Comunitat Autònoma, no és potser un gran avantatge per a aquesta i per a les Gestories? I la seguretat que proporciona la transmissió immediata de dades al Registre? I els controls del Blanqueig? O la disminució de la litigiositat que la intervenció notarial comporta té un valor? De nou, el conte del llop (que al final pot venir, és clar) que el document privat és el mateix que el públic, fet que, a més de cansat, resulta d'una ignorància manifesta.

b) Des del punt de vista professional, l'acord tampoc es respecta. Si les funcions que no són exclusives del notari, en lloc de voluntàries esdevinguessin obligatòries, però sense dret a cobrar per elles perquè s'enquadren dins de l'Aranzel, entrem en conflicte amb qualsevol professional

i trenquem el mercat, a més de, senzillament, acumular pèrdues.

Catorzena conclusió

La catorzena conclusió és evident: el notariat ha de revisar

- el seu Pla Estratègic i
- el seu Pla de Comunicació (en especial, relacions amb les Administracions i els gestors).

A València, durant anys, les obres impedièren el trànsit rodat ordinari, fet que va dur els taxistes a sumir-se en la desesperació. Per això, van posar un adhesiu que deia: «Si no hi ha Regidor d'Urbanisme, que en designi un; si n'hi ha, que el facin fora».

Si ho parafrasegem: «Si tenim un Pla Estratègic i de Comunicació, que es revisi; si no el tenim, que se'n faci un».

És perillós assumir plantejaments mancats d'ètica només per no contrariar el poder. Cal un compromís ètic. O el que es cobra és èticament acceptable o no: si no ho és, hem d'acceptar-ne la reforma; si ho és, hem de defensar-ho amb correcció. Tots recordem el poema del pastor luterà Martin Niemöller respecte de l'error d'acceptar situacions poc ètiques quan no ens afecten. Déu mos en guard de dir que ningú s'apropa als subjectes als quals es refereix el poema! Però la por és sempre igual. O els aranzels són correctes o no ho són. Si no ho són, sense rubor, sense prejudicis, els comparem i decidim. Però si ho són, no serveix dir «com que jo faig poques cancel·lacions...», perquè després vindrà «com que jo faig poques pòlisses...» i seguirem amb «com que jo faig poques societats...». Un camí sense fi, perquè un interlocutor acomplexat i desarmat èticament és l'enemic ideal. El que es discuteix no és l'ou, sinó el fur.

Cap protesta sense proposta. Tinc per màxima no criticar sense oferir propostes o alternatives. Les he redactades. Les ometo en aquest escrit perquè són 37 i existeixen uns límits del que el lector suporta. Però almenys que quedi clar que només s'equivoquen els que intenten fer alguna cosa. Per això, la meua crítica sempre va revestida del major dels respectes.

A més, transcriví unes frases del poema «If» de Rudyard KIPLING preparant-me per al pitjor, i d'altres de QUEVEDO a la seva Epístola al Conde-Duque. Esgotaria el lector.

Però si concloc sense propostes el lector sortirà desanimat. Vull transmetre l'optimisme, perquè una crisi és, senzillament, una oportunitat.

La Fundación Everis a l'Informe «Transforma España» diu: «En efecte, aquesta crisi es pot convertir en un excel·lent esperó a l'hora d'abordar canvis profunds i múltiples amb més consens, corresponsabilitat, humilitat i capacitat de sacrifici. Com va dir John. F. McDonnell, llavors patró de McDonnell Douglas Corporation, "si ja és difícil que un col·lectiu amb dificultats canviï, és pràcticament impossible que ho faci quan exhibeix tots els signes externs de l'èxit; sense l'esperó d'una crisi o un període de gran tensió, la major part dels col·lectius —igual que la major part de les persones— és incapaç de canviar els hàbits i les actituds de tota una vida"...

Sempre he pensat que, si no tenim llibertat de preus, sinó que ens regim per l'Aranzel, el Consell General del Notariat i els Col·legis Notarials no només poden, sinó que han de donar instruccions i unificar la pràctica

L'anomenat "cop d'estat dels Mercats", senzillament, és que els Mercats ja s'han cansat que gent que pensa a curt termini prengui decisions a llarg termini...

I considera que el Pilar II de les reformes que cal desenvolupar pel que fa a les empreses i les Administracions consisteix en la instauració, per a cada agent, d'un nou patró d'excel·lència individual que combini totes i cadascuna de les tres capacitats clau següents:

- Capacitat de mesurar de forma transparent i objectiva l'acompliment de l'agent...
- Capacitat per a l'agent d'adaptar-se a canvis interns i externs...
- Capacitat per a l'agent de connectar-se amb la resta d'agents...

Impera aquí la Llei de la baula més dèbil, és a dir, un agent no en té prou de tenir només una o dues de les tres capacitats: les tres són condicions necessàries i cap és suficient».



Serveix per a les empreses. Serviria per a nosaltres.

Abans de res, és necessari identificar correctament els problemes i, després, resoldre'ls.

Els cinèfils recordaran que a la pel·lícula *Assetjament* intenten distreure constantment el protagonista amb una demanda per assetjament per tal d'evitar que se centri en el problema. Un amic ocult li envia la mateixa nota un cop i un altre: «Solve the problem». En el nostre cas és senzill. Els problemes són:

- 1) Una tramitació telemàtica que és a punt, però que mai acaba de consolidar-se del tot. Si el problema és la liquidació d'impostos, ha de resoldre's definitivament.
- 2) Uns Aranzels congelats amb uns honoraris de la majoria d'actes per sota del cost real.
- 3) Una confusió de les matèries que són aranzelàries amb aquelles que no poden ser-ho perquè no són exclusivament notariales.
- 4) Un problema de comunicació i de relació amb la resta d'agents.

No són temes res complexos. Els resolem?

3. Epíleg i Credo

Si m'ho permeteu, intentaré posar fi a aquesta exposició amb una espècie de Credo personal.

Deia el poeta sevillà Antonio MACHADO que «*Todo necio confunde valor y precio*». I el cantant català Joan Manuel Serrat, al seu *Soneto a mamá*, va dir «*que no hay que confundir valor y precio*». A tota Espanya, d'una punta a l'altra, se sap que una cosa és el valor i una altra el preu.

També sabem que, en un mercat lògic, el preu dels béns i serveis hauria de tendir a reflectir el seu valor.

Estic convençut de poques coses en aquesta vida, però permeteu-me que en comparteixi algunes amb vosaltres:

- 1) Si la norma que es dicta és de compliment impossible o exigeix la condició d'heroi per complir-la, tard o d'hora s'incompleix o es busquen mitjans per a no aplicar-la.

- 2) Advocats, Jutges, Fiscals, Notaris... aportem valor a la Societat. Si no ho fem, és millor que les Lleis ens ho impedeixin (sí, potser queda malament dir-ho, però hi ha lleis millors i pitjors tècnicament parlant). Deia Clemenceau que «la guerra és massa important per deixar-la als generals». Llegint algunes Lleis i malgrat la meua enorme fe democràtica, de vegades penso «No seran les Lleis massa importants per deixar-se-les als polítics?». No em refereixo, és evident, a la legítima expressió de la sobirania popular; em refereixo a l'aspecte tècnic de la norma. Deia De Castro que «les Lleis necessiten solera», es necessita temps perquè calin a la societat. Avui sembla que les Lleis són mers instruments tàctics o publicitaris, fins i tot m'atreveria a dir que, de vegades, són de posar i treure.

- 3) Les noves tecnologies ofereixen la possibilitat d'abaratir el cost de béns i serveis. És raonable pensar que l'efecte de les noves tecnologies sigui la disminució del cost de la tramitació d'un document en fer innecessari el desplaçament físic. Per tant, el cost d'autorització, més inscripció, més tramitació pot abaratir-se globalment en disminuir el cost de tramitació. Passar d'aquí a creure que s'abarateix el cost d'autorització o inscripció, senzillament no té cap mena de fonament i pretendre que, amb un preu que no cobriria ni el que abans es cobrava per tramitar, s'atengui el cost, no ja de la tramitació, sinó, a més, de l'autorització i inscripció, sembla atemptar contra el fonament dels aranzels. Ja hem destacat que la congelació dels aranzels de notaris i registradors durant més de vint anys no sembla raonable.

- 4) Un principi bàsic de l'economia és que no és possible prestar un servei a un preu inferior al seu cost. En cas que sigui possible, es considera una pràctica il·legal. Fins i tot, té nom propi: *dumping*. Un preu per sota del cost del notari, pressiona la resta d'agents a preus impossibles; per pròpia subsistència podria donar-se el cas que aquests altres agents no tinguin cap interès a fomentar la figura.

- 5) Fins i tot els professionals del Dret acaben marejats i confusos davant un excés de producció legislativa.

Davant de tantes normes fragmentàries, contradictòries i transitòries, quan ens preguntem pels elements decisius de l'assessorament ens haurem de remuntar a l'antiga Grècia. Sòcrates aparentava ignorància. A nosaltres ens han fet ignorants mitjançant l'excés de normes contradictòries.

Per posar un exemple, com és possible que, després de publicar tota la Llei de Societats Professionals, els Estatuts aprovats pel Ministeri de Justícia per a les societats del Reial Decret incloguin l'objecte sense respectar cap dels requisits legals?

I mentre estic acabant de redactar, em truca un client i em pregunta si pot incloure a la norma una Societat dedicada al Transport. L'objecte de l'article 2 ho contempla, però és admissible una societat dedicada al transport amb només 3.100 euros de capital? Ha deixat d'estar vigent la legislació especial que fa dependre el capital de determinats elements?

Com vaig anticipar, aquest treball es va redactar abans de les Resolucions de la DGRN i abans de les dues Instruccions. Les he introduïdes al text en un esforç d'última hora perquè la publicació les reculli. Per això, alguns incisos poden semblar crítiques a aspectes ja superats. Però era millor deixar-ho així perquè es tracta de transmetre el neguit del jurista que es debat perplex en el dia a dia davant de l'abast pràctic de normes fragmentàries i contradictòries. És lògic haver de treballar així? Té sentit una LSC, un RDL, una Ordre Ministerial, dues Instruccions, diverses Resolucions, etc. per regular una matèria? Podem treballar conjuntament d'una altra manera. De veritat, crec que no cal patir així la legislació. No és un problema d'aptitud, sinó d'actituds. Em resisteixo a creure que notaris i registradors no puguem resoldre problemes. Hem de ser part de la solució...

La resta del treball la dedicava a analitzar els canvis legislatius en la Llei d'Economia Sostenible, la regulació de la Cooperativa Europea amb domicili a Espanya matèria d'LSC i la reforma de l'LSC.

I aportava també els models per a la constitució telemàtica de societats, així com els canvis en el model de constitució ordinària que han d'implementar-se per tal de respectar les Instruccions de la DGRN.

Les adjudicacions per dissolució del règim de separació de béns i l'Impost de Transmissions Patrimonials i actes jurídics documentats, després de la Sentència del Tribunal Suprem del 30 d'abril del 2010

La Sentència de la Sala Contenciosa administrativa del Tribunal Suprem, del 30 d'abril del 2010, que resol el recurs interposat contra la Sentència del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya, del 26 d'abril del 2007, considera que la comunitat de béns creada entre els cònjuges amb règim econòmic matrimonial de separació de béns participa de la mateixa naturalesa que qualsevol altra comunitat de béns i fixa doctrina sobre el tractament tributari de les adjudicacions i transmissions originades per la dissolució del matrimoni.

BENJAMÍN GÓRRIZ GÓMEZ

Advocat del Reial Il·lustre Col·legi d'Advocats de Saragossa

I. Introducció

L'art. 45 del Reial Decret Legislatiu 1/1993, del 24 de setembre, amb el qual s'aprova el Text Refós de la Llei de l'Impost sobre Transmissions Patrimonials i Actes Jurídics Documentats (d'ara endavant TR LITP-AJD), relatiu als beneficis fiscals

aplicables a les tres modalitats d'obligació onerosa —transmissions patrimonials oneroses (TPO), operacions societàries (OS) i actes jurídics documentats (AJD)—, estableix a l'apartat I.B).3, que estaran exemptes «les aportacions de béns i drets verificats pels cònjuges a la societat conjugal, les adjudicacions que al seu favor i en pagament d'aquestes es verifiquin en la seva dissolució i les transmissions que per aquesta causa es facin als cònjuges en pagament del seu haver de guanys».

D'altra banda, l'art. 7.2.B) del mateix text legal estableix que, en relació amb el que aquí ens interessa, es consideraran transmissions patrimonials a efectes de liquidació i pagament de l'impost, «els excessos d'adjudicació declarats, excepte els que sorgeixin de complir el que disposen els art. 821, 829, 1.056 (segon) i 1.062 (primer) del Codi Civil i Disposicions de Dret Foral, basades en els mateixos fonaments».

L'art. 45.I.B).3 declara exempt, per tant, tres supòsits:





- 1) Les aportacions de béns i drets dels cònjuges a la societat conjugal.
- 2) Les adjudicacions de béns i drets que es facin els cònjuges, a la dissolució de la societat conjugal, en pagament de les aportacions que van fer.
- 3) Les transmissions de béns i drets que, a la dissolució de la societat conjugal, s'efectuïn els cònjuges en pagament del seu haver en la societat de guanys.

La STS del 30 d'abril del 2010 es refereix als dos últims supòsits: les adjudicacions i transmissions que es verifiquen els cònjuges amb ocasió de la dissolució de la seva societat conjugal.

II. Fets

Els cònjuges, casats en règim econòmic matrimonial de separació de béns, eren cotitulars del pis que era l'habitatge habitual del matrimoni. Amb motiu de la seva separació matrimonial van atorgar una escriptura pública de capitulacions matrimonials i liquidació de comunitat conjugal, on acordaven liquidar la comunitat conjugal sobre el pis ja esmentat i adjudicar-li a l'esposa, en atenció al seu caràcter indivisible, que també assumeix el pagament de la hipoteca pendent, a canvi d'una compensació en metàl·lic al marit. L'adjudicació del pis a l'esposa es configura com a una operació de liquidació de la comunitat conjugal.

Igual que el Dret Civil, per imperatiu constitucional, protegeix la família, el Dret Fiscal estén aquesta protecció a les complexes relacions econòmiques que generen les situacions de crisi matrimonial

El Tribunal Econòmic Administratiu Regional de Catalunya va considerar que sobre l'habitatge no existia societat conjugal i que l'acte de liquidació de la comunitat conjugal no estava carregat per transmissions patrimonials —perquè no hi havia transmissió sinó concreció de quotes—, però que sí ho estava per actes jurídics documentats. El TEAR sembla argumentar, per no apreciar l'exempció,

que no es tractava de dissolució d'una comunitat de guanys.

III. Sentència del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya del 26 d'abril del 2007

1) Sentència del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya del 26 d'abril del 2007

El TSJ de Catalunya, en sentència de la Sala Contenciosa administrativa del 26 d'abril del 2007 (Sec. 1a, rec. 1239/2003, ponent Sr. José Luis Gómez Ruiz) va considerar que l'exempció prevista a l'art. 45.I.B).3 del TR LITP-AJD era aplicable al règim econòmic matrimonial de separació de béns, perquè no s'havia de limitar tan sols al de guanys, per les següents raons:

a) Igual que el Dret Civil, que per imperatiu constitucional protegeix la família, el Dret Fiscal estén aquesta protecció a les complexes relacions econòmiques que generen les situacions de crisi matrimonial (separació, nul·litat i divorci) quan aplica una exempció a les transmissions que, per tal causa, es facin els cònjuges en pagament del seu haver en la societat de guanys o en un altre règim de comunitat regulat en el Dret Foral, diferent al de guanys. No existeix cap prohibició, atesa la redacció del primer incís del precepte, per aplicar aquest benefici a totes les transmissions operades com a conseqüència de les situacions de crisi matrimonial amb independència de quin hagi estat el seu règim econòmic matrimonial.

b) Una interpretació favorable a l'exclusió no només no contribuiria a la pacificació de la nova situació personal i econòmica sinó que, a més, oferiria dubtes de constitucionalitat per infracció dels art. 14 i 31.1 de la Constitució, a falta d'una justificació objectiva i raonable.

c) Tot i que l'aplicació d'un règim econòmic matrimonial o altre és voluntària, ja que es pot pactar, no hi ha cap dubte de l'arrelament que té a cada Comunitat un de concret, la qual cosa porta als contraents a acceptar comunament el règim supletori. Si en el moment de la dissolució del matrimoni es produïssin desigualtats en el tractament fiscal ens trobaríem

davant d'una discriminació per raó de veïnatge civil, precisament per la falta de justificació raonable.

d) Tot i que en el règim de separació de béns no hi ha pròpiament una posada en comú de béns, és evident que es barregen les relacions personals i econòmiques, per la qual cosa pot existir una comunicació entre les càrregues i drets propis de la relació matrimonial. No es pot assimilar la relació matrimonial i les seves relacions econòmiques —fixades sempre sobre les relacions personals— a una comunitat de béns ordinària, ja que el matrimoni, com una de les institucions bàsiques del Dret de família, ha d'estar assegurat de protecció social, econòmica i jurídica (art. 39 de la C.E.), fins i tot quan es dissol, dissolució que comporta l'extinció del règim econòmic matrimonial.

e) En el règim de separació de béns, la dissolució exigeix també una liquidació, encara que més restringida i menys nítida que la liquidació dels règims econòmics matrimonials de comunitat de béns, però que pel fet de ser més restringida no deixa de ser una veritable liquidació.

En conseqüència, la sentència del TSJ-Catalunya va anular la resolució del TEAR.

2) Sentència del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya del 4 d'abril del 2002

Els arguments d'aquesta STSJ-Catalunya no són nous sinó que ja havien estat exposats en l'anterior sentència de la mateixa Sala, del 4 d'abril del 2002 (Sec. 4a, rec. 2712/1997, ponent Sr. Eduardo Barrachina Juan) que conté, entre d'altres, els següents raonaments:

- Un dels efectes propis de la separació matrimonial és la dissolució de la societat conjugal, dissolució que exigeix la corresponent liquidació. Aquesta, en el cas que el règim econòmic matrimonial sigui el de separació de béns, quedarà restringida al pagament de les contribucions endarrerides i/o despeses comunes, i a les compensacions que procedixin entre els patrimonis de cada un dels cònjuges.
- Tot i que en el règim de separació de béns no hi ha pròpiament una posada en comú de béns, és evident que es



barregen les relacions personals i econòmiques del matrimoni. Per aquest motiu pot existir, i sovint existeix, una comunicació entre les càrregues i drets propis de la relació matrimonial.

- L'especialitat d'aquesta comunicació entre les relacions personals i econòmiques afecta, fins i tot, algun bé privatiu. Pel que fa a aquests, existeixen limitacions legals de disposició, d'ús o d'afecció i responsabilitat (art. 1.320; 90; 96; 1.319 1.438 i 1.440 del Codi Civil).

Per tot plegat, la STSJ-Catalunya del 4 d'abril del 2002 conclou, d'una banda, que no és possible «assimilar la relació matrimonial i les seves relacions econòmiques [...] a una comunitat de béns ordinària» i, d'altra, que «també en el règim de separació de béns, la dissolució exigeix una liquidació, encara que més restringida i menys nítida que la liquidació dels règims econòmics matrimonials el tret fonamental dels quals sigui la posada en comú de béns, però que pel fet de ser més restringida, no deixa de ser una veritable liquidació».

3) Resolució de la Direcció General dels Registres i del Notariat del 29 d'octubre del 2008

També la Direcció General dels Registres i del Notariat entén que no és possible identificar la comunitat derivada del règim econòmic matrimonial de separació de béns amb la comunitat de béns ordinària, i que pot ser necessària la pràctica de liquidació, després de la dissolució del règim matrimonial.

Així, en la seva Resolució del 29 d'octubre del 2008 i en la més recent del 22 de desembre del 2010, afirma: «el règim de separació de béns està basat en la comunitat romana, però no autoritza a identificar ambdues regulacions». Segons les resolucions esmentades, la diferenciació resulta, en la nostra legislació, bàsicament de cinc circumstàncies:

- a) El fet que el règim econòmic matrimonial de separació de béns només pot existir entre cònjuges.
- b) L'afectació dels béns al sosteniment de les càrregues del matrimoni.

- c) Les especialitats en la gestió dels béns d'un cònjuge per l'altre.
- d) La presumpció de donació en cas de concurs d'un cònjuge.
- e) Les limitacions que per disposar es deriven del destí a habitatge habitual d'un immoble.

Res de tot això succeeix en una comunitat romana en la qual en cap moment existeixen conseqüències patrimonials derivades de les circumstàncies personals dels titulars, ja que ni els béns integrants d'aquesta comunitat estan subjectes a cap afectació especial ni sofreixen especials limitacions a la seva disposició.

També en el règim de separació de béns, la dissolució exigeix una liquidació, encara que més restringida i menys nítida que la liquidació dels règims econòmics matrimonials

D'altra banda, en el règim econòmic matrimonial de separació de béns és possible que la liquidació del règim no sigui necessària (pel fet de no existir deutes pendents o per la seva conversió en una comunitat ordinària), però pot passar el contrari quan existeixi un patrimoni actiu comú que no es desitgi seguir compartint o deutes dels quals no es vulgui respondre.

IV. Sentència del Tribunal Suprem del 30 d'abril del 2010

I arribem així a la sentència ressenyada en el títol d'aquest article: la Sentència de la Sala Contenciosa administrativa del Tribunal Suprem, del 30 d'abril del 2010 (Sec. 2a, ponent D. Emilio Frías Ponce) que resol el recurs de cassació en interès de la llei (núm. 21/2008) interposat contra la STSJ Catalunya, del 26 d'abril del 2007, els fonaments de la qual han estat sintèticament exposats a l'apartat anterior.

La sentència del TS considera que la comunitat de béns creada entre els cònjuges en règim econòmic matrimonial de separació de béns comparteix la mateixa naturalesa que qualsevol altra comunitat de béns, i fixa com a doctrina legal que «en

el supòsit de les adjudicacions i transmissions originades per la dissolució del matrimoni, i previst a l'article 45.I.B).3 del Reial Decret Legislatiu 1/1993, pel qual s'aprova el Text Refós de la Llei de l'Impost sobre Transmissions Patrimonials i Actes Jurídics Documentats, l'exempció de tributs únicament és aplicable a les dissolucions en les quals hi hagi una efectiva comunitat de béns (societat conjugal), per tant, aquesta exempció no és aplicable als supòsits que siguin regits per un règim econòmic matrimonial de separació de béns».

1) Fonaments de la sentència

Comença el TS subratllant les diferències existents entre el règim econòmic matrimonial de guanys i el de separació de béns:

- L'art. 1.344 del Codi Civil estableix que per mitjà de la societat de guanys esdevenen comuns per als cònjuges els guanys o beneficis obtinguts indistintament per qualsevol d'ells, que seran atribuïts per meitat en dissoldre's. La societat de guanys és una comunitat en mà comuna, d'origen germànic, en la qual existeix un patrimoni autònom, separat i comú, del qual són titulars indistintament els dos cònjuges sense que cap d'ells, constant el matrimoni, tingui cap quota sobre els béns i drets que l'integren, ni puguin exercitar individualment drets de propietat. Només en el moment en què la comunitat es dissol sorgeix un dret de crèdit, el dret a la quota de liquidació.

- Per contra, el règim econòmic matrimonial de separació de béns té com a nota essencial la inexistència d'una comunitat patrimonial en cas de matrimoni. En aquest règim cada cònjuge reté el domini, administració i gaudi, tant dels béns que aporta com dels que adquireixi per qualsevol títol durant el matrimoni, contribuint a les càrregues comunes en la proporció convinguda o en proporció al seu haver. El règim econòmic matrimonial de separació de béns constitueix la negació de tota associació pecuniària entre els cònjuges.

Per tant, conclou el TS, la comunitat de béns, els comuns de la qual siguin



cònjuges en separació de béns, és aliena al règim matrimonial i comparteix la mateixa naturalesa que qualsevol altra comunitat de béns, en la qual cada un dels copropietaris ostenta un dret de propietat sobre la part que li correspon, podent alienar-la, cedir-la o hipotecar-la, a diferència de les comunitats de mà comuna, sense que, per aquest motiu, es pugui parlar de posada en comú de béns en aquests casos.

2) *L'exempció de l'art. 45.I.B).3 només és aplicable si existeix una autèntica societat conjugal*

I després del que s'ha dit, el TS afirma que de la mera lectura del precepte controvertit es dedueix que l'exempció de l'art. 45.I.B).3 es refereix a la societat conjugal, figura pròpia del règim econòmic matrimonial de guanys —i, en general, dels altres règims de comunitat, s'hauria d'afegir— i que està relacionada amb el patrimoni de guanys independent dels patrimonis privatis de cada un dels cònjuges i les compensacions econòmiques entre aquests, per la qual cosa s'ha de concloure que només afecta les aportacions a la societat de guanys i les adjudicacions i transmissions de béns que s'efectuïn a conseqüència de la dissolució de la societat de guanys a favor dels cònjuges, sense que pugui aplicar-se al règim de separació de béns perquè en aquest règim no existeixen béns comuns.

Contestant algun dels arguments esgrimits per aplicar l'exempció també en el cas del règim de separació de béns, el TS continua afirmant que no escau al·legar que el fonament de l'exempció és la protecció a la família, per la qual cosa també hauria d'aplicar-se a d'altres règims econòmics matrimonials i, en concret, al de separació de béns, ja que això suposaria estendre els efectes jurídics previstos legalment per a un règim econòmic matrimonial a d'altres per als quals la llei no preveu res.

En aquest mateix sentit, afegeix, tampoc s'escau invocar la possible infracció del principi d'igualtat que consagra l'art. 14 de la nostra Constitució, en el sentit que la dissolució del règim econòmic familiar té la mateixa finalitat en el règim de guanys que en el de separació de béns, ja que, en aquest, la major fiscalitat que suporten aquests béns prové

de l'existència de transmissió en la seva adjudicació, transmissió inexistent en aquell, per la qual cosa el tracte diferenciat no radica en el règim que regula el matrimoni, sinó en l'existència o inexistència de transmissió.

Per tant, davant de la postura sustentada per les sentències del TSJ Catalunya, que parteixen de la premissa que la dissolució de tot règim econòmic matrimonial exigeix la corresponent liquidació, si bé en el cas del règim de separació de béns quedarà limitada al pagament de les contribucions endarrerides i/o despeses comunes i a les compensacions que procedeixen entre els patrimonis de cadascun dels cònjuges (dos patrimonis davant dels tres del règim de guanys), la sentència del TS entén que la comunitat de béns, els comuns de la qual siguin cònjuges en règim econòmic matrimonial de separació de béns, és aliena al règim matrimonial i comparteix la mateixa naturalesa que qualsevol altra comunitat de béns. Igualment, davant de la postura del TSJ, el TS considera que aplicar l'exempció al règim econòmic matrimonial de separació de béns suposaria estendre els efectes de la norma a supòsits no previstos legalment.

La conseqüència del que s'ha esmentat anteriorment és que la dissolució del règim econòmic matrimonial de separació de béns s'ha de tractar, a efectes de l'Impost sobre Transmissions Patrimonials i Actes Jurídics Documentats, com a qualsevol altra comunitat de béns.

3) *Dissolució de comunitat de béns i Impost de Transmissions patrimonials Oneroses i Actes Jurídics documentats*

A aquest efecte la STS del 30 d'abril del 2010 es refereix a la STS de la mateixa Sala Tercera, del 28 de juny del 1999 (Sec. 2a, rec. cassació en interès de la Llei 8138/1998, ponent D. Pascual Sala Sánchez) que ja va tractar la qüestió. D'ambdues sentències podem concloure:

- Un dels efectes característics de la divisió de la cosa comuna és el fet d'entendre, per ministeri de la llei, que cada un dels participants ha tingut exclusivament durant la indivisió la part que en dissoldre's li correspongués (art. 450

del Codi Civil), precepte que dona resposta al problema de si la divisió de la cosa comuna té caràcter declaratiu o translatiu de la propietat.

- La dissolució d'una comunitat de béns per mitjà de l'adjudicació als comuns de béns amb un valor proporcional a les seves respectives participacions no està subjecta a la modalitat de transmissions patrimonials oneroses, perquè aquesta operació té caràcter de partició i no dispositiu. O, dit d'una altra manera, la divisió de la cosa comuna i la consegüent adjudicació a cada comú, en proporció al seu interès en la comunitat, de les parts resultants no és una transmissió patrimonial pròpiament —ni a efectes civils ni a efectes fiscals— sinó una mera especificació o concreció d'un dret abstracte preexistent.
- En cas que la cosa comuna resulti, per la seva naturalesa, indivisible o per la seva divisió pugui desmerèixer molt, l'única forma de divisió, en el sentit d'extinció de comunitat, és, paradoxalment, no dividir-la, sinó adjudicar-la a un dels comuns però abonant a l'altre, o als altres, l'excés en diners —art. 404 i 1.062, paràgraf 1r, en relació amb l'art. 406, tots del Codi Civil—. Aquesta obligació de compensar els altres, o l'altre, en metàl·lic no és un «excés d'adjudicació», sinó una obligació conseqüència de la indivisibilitat de la cosa comuna i de la necessitat en què s'ha trobat el legislador d'arbitrar procediments per no perpetuar la indivisió, que cap dels comuns està obligat a suportar —art. 400 del Codi Civil—.
- Per tant, els supòsits en els quals la divisió de la cosa comuna resulta impossible, pel fet de ser el bé indivisible o si per dividir-lo el seu valor queda reduït substancialment i, per aquest motiu, la totalitat del bé s'adjudica a un o varis comuns amb obligació de compensar a la resta en metàl·lic, no estan subjectes a la modalitat de transmissions patrimonials oneroses. Tanmateix, això no exclou la modalitat gradual dels documents notariais sobre actes jurídics documentats.
- El fet que l'art. 7.2.B de la Llei reguladora de l'Impost sobre Transmissions



Patrimonials només exceptuï de la consideració de transmissió patrimonial, a efectes de la seva liquidació i pagament, els excessos d'adjudicació declarats que sorgeixin de donar compliment a allò que disposen els art. 821, 829, 1.056, paràgraf segon, i 1.062, paràgraf primer del Codi Civil, i entre ells no se citi cap precepte regulador de comunitats voluntàries, sinó només de comunitats hereditàries, no constitueix cap argument en contra de la conclusió establerta abans, tenint en compte que també en les comunitats voluntàries, en cas d'indivisibilitat de la cosa, la compensació en metàl·lic funciona com a element equilibrador de l'equivalència i proporcionalitat que ha de presidir tota divisió o participació de comunitat a costa del patrimoni de l'adjudicatari.

V. Conclusió

En relació amb l'objecte d'aquest treball, les adjudicacions que realitzen els cònjuges amb motiu de la dissolució del règim econòmic matrimonial de separació de béns, tot i que l'art. 45.I.B).3 del TR LITP-AJD parla d'exempció —la qual cosa pressuposa la subjecció a l'impost— s'ha de recordar que, com assenyalen les SSTS citades, la dissolució d'una comunitat de béns no és pròpiament una transmissió patrimonial, ni a efectes civils ni a efectes fiscals, sinó que és una mera especificació o concreció d'un dret abstracte preexistent. Per aquest motiu, com reconeixen també les repetides sentències, és una operació que no està subjecta a la modalitat de transmissions patrimonials oneroses (TPO).

S'ha de tenir present la diferenciació entre els supòsits de no subjecció i els d'exempció, ja que, a efectes de la quota gradual per Actes Jurídics Documentats (AJD) només estan subjectes els fets imposables que, al mateix temps, no estiguin subjectes a l'Impost de Successions i Donacions, ni als conceptes de transmissions patrimonials oneroses (TPO) ni operacions societàries (OS) de l'Impost de Transmissions Patrimonials i Actes Jurídics Documentats (art. 31.2 TR LITP-AJD).

Com que la dissolució de la comunitat és una operació no subjecta al concepte de TPO, la transcendència pràctica de la

STS del 30 d'abril del 2010 —en no considerar aplicable al règim de separació de béns l'exempció de l'art. 45.I.B).3 TR LITP-AJD—, en la major part dels casos, quedarà limitada al concepte d'AJD, tot i que també pot tenir transcendència en determinats excessos d'adjudicació.

Hem de distingir dos grans supòsits: que les adjudicacions realitzades a cada cònjuge ho siguin en la mateixa proporció que la seva quota de participació en la comunitat dissolta, o que no existeixi aquesta equivalència, és a dir, que existeixi en aquest darrer cas, amb paraules del TR LITP-AJD, excés d'adjudicació declarat.

1) Primer supòsit

En el primer supòsit, les adjudicacions no estan subjectes al concepte de TPO. En relació amb el concepte d'AJD, si reuneixen els pressupòsits de l'art. 31.2 del TR LITP-AJD —primeres còpies d'escriptures i actes notariais inscripcions en els Registres de la Propietat, Mercantil, de la Propietat Industrial i de Béns Mobles— sí que tributaran per la quota gradual d'AJD pel valor d'adjudicació (en principi, la meitat del bé), sense que, segons la STS del 30 d'abril del 2010, sigui aplicable l'exempció prevista a l'art. 45.I.B).3 del TR LITP-AJD.

2) Segon supòsit

El cas paradigmàtic del segon supòsit té com a pressupòsit la indivisibilitat de la comunitat, en definitiva, que la cosa comuna per la seva pròpia naturalesa sigui indivisible o pugui desmerèixer molt el seu valor per la divisió, per la qual cosa tota ella és adjudicada només a un dels cònjuges, amb la qual cosa es produeix un excés d'adjudicació. Hi ha diferents possibilitats, entre les quals podem destacar les següents:

a) Que s'hagi compensat l'excés d'adjudicació en metàl·lic: En aquest cas, com també assenyalen les SSTS citades en aquest treball, l'obligació de compensar l'altre cònjuge —derivada del que preveuen els art. 404 i 1062, paràgraf 1r, en relació amb l'art. 406, tots del Codi Civil— no és un excés d'adjudicació, sinó una obligació a costa del patrimoni de l'adjudicatari per mantenir l'equivalència i proporcionalitat que ha de presidir qualsevol partició de comunitat, imposa-

da com a conseqüència de la indivisibilitat de la cosa comuna i de la necessitat en què s'ha trobat el legislador d'arbitrar procediments per no perpetuar la divisió, que cap dels comuns està obligat a suportar.

Per tant, l'adjudicació total del bé, inclòs l'excés, no està subjecta al concepte de TPO. En relació amb el concepte d'AJD, si reuneix els pressupòsits de l'art. 31.2 del TR LITP-AJD, l'adjudicació sí que estarà subjecta a la quota gradual d'AJD pel valor de l'adjudicació (la totalitat del bé), sense que, segons la STS del 30 d'abril del 2010, sigui aplicable l'exempció prevista a l'art. 45.I.B).3 del TR LITP-AJD.

b) Que s'hagi compensat l'excés d'adjudicació, però no en metàl·lic sinó amb altres béns: el fonament de la no-subjecció de l'excés d'adjudicació declarat ex art. 7.2.B) del TR LITP-AJD és la indivisibilitat de la cosa i la seva compensació necessàriament en metàl·lic (tant l'art. 821, com el 829, el 1056.II i el 1062.I tots del Codi Civil, parlen d'abonar —compensar— en metàl·lic o en diners, no amb altres béns), per la qual cosa, en principi, aquest excés sí que estarà subjecte a la modalitat de TPO i, consegüentment, no ho estarà a la quota gradual d'AJD. Sense que, segons la STS del 30 d'abril del 2010, sigui aplicable l'exempció prevista en l'art. 45.I.B).3 del TR LITP-AJD.

No obstant això, tractant-se de l'habitatge habitual, l'art. 32.3 del Reglament de l'Impost sobre Transmissions Patrimonials i Actes Jurídics Documentats, aprovat pel Reial Decret 828/1995, del 29 de maig, considera no subjectes a la modalitat de TPO els excessos d'adjudicació declarats que resultin de les adjudicacions de béns que siguin efecte patrimonial de la dissolució del matrimoni o del canvi del seu règim econòmic, quan siguin conseqüència necessària de l'adjudicació a un dels cònjuges de l'habitatge habitual del matrimoni. El precepte es refereix a règim econòmic matrimonial sense més, per la qual cosa és aplicable a tots els règims, inclòs el de separació de béns.

c) Cal fer referència, per últim, al supòsit en el qual no s'hagi compensat l'excés d'adjudicació: en ser aleshores una adjudicació a títol gratuït estarem davant d'un supòsit aliè a l'impost de transmissions patrimonials i subjecte al de successions i donacions.

Envers un Dret matrimonial europeu: noves passes

L'objectiu dels instruments que es presenten és el d'establir a la Unió Europea un marc jurídic clar que reguli la determinació de l'òrgan jurisdiccional competent i la llei aplicable en matèria de règim econòmic matrimonial.

ELISABETH GARCÍA CUETO

Notària de Santa Coloma de Queralt

La creixent mobilitat de les persones en l'espai sense fronteres interiors que és avui la Unió Europea deriva en relacions entre elles i, en alguns casos, en un augment significatiu de les unions entre nacionals d'Estat membre diferents i la presència d'aquestes parelles en un Estat del qual no són nacionals. La presència d'aquests en un país o altre, acostuma a anar acompanyada, a més, de l'adquisició de béns situats en territoris de diversos països de la Unió: d'aquí als problemes de Dret internacional privat que es generen només hi ha un pas. No obstant això, i deixant de banda les disputes que es generen en el si de la parella o matrimoni, hem de tenir present que, amb freqüència, les dificultats existents estan relacionades amb la gran disparitat de normes aplicables, tant de Dret material com de Dret internacional privat, relatives als efectes patrimonials del matrimoni.

L'objectiu dels instruments que ara presentaré és el d'establir a la Unió Europea un marc jurídic clar que reguli la determinació de l'òrgan jurisdiccional competent, la llei aplicable en matèria de règim econòmic matrimonial, i faciliti la circulació de les resolucions i altres actes entre els Estats membre.

Dissipació d'incerteses

Comunicació de la Comissió al Parlament Europeu, al Consell, al Comitè Econòmic i Social Europeu i al Comitè de les Regions. Dissipació de les incerteses envers els drets patrimonials de les parelles internacionals





(<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2011:0125:FIN:ES:PDF>)

Prenent com a punt de partida el Programa d'Estocolm, que emfatitza la protecció del ciutadà i, per altra banda, el contingut de l'Informe sobre la Ciutadania de la Unió, presentat per la Comissió el 27 d'octubre del 2010⁽¹⁾, es posa de manifest que encara persisteixen nombrosos obstacles que dificulten a la ciutadania de la Unió el ple exercici dels seus drets i, en particular, el de llibertat de circulació. Entre els obstacles detectats per la Unió es troben les incerteses en quant als drets de propietat de les parelles internacionals formades, per exemple, per nacionals de diferents Estats membre o residents en un Estat membre diferent al d'origen.

Així, el supòsit amb major desemparament té lloc quan una unió es dissol com a conseqüència d'un divorci, d'una separació o de la mort d'un dels membres de la parella, atès que els excomponents d'aquesta parella o, si s'escau, el component supervivent, han d'afrontar nombroses dificultats, sobretot pel que fa al repartiment dels béns adquirits durant el període de convivència. Les normes aplicables en matèria de relacions patrimonials de les parelles internacionals no permeten preveure aquest tipus de situació i no ofereixen la seguretat jurídica necessària per l'administració i el repartiment dels béns de les parelles.

La Unió està desenvolupant una política dirigida a facilitar la vida dels ciutadans i de les parelles internacionals, en particular, en les situacions transfrontereres a les quals es poden veure exposats. Com a part d'aquesta mateixa política, s'han adoptat diferents instruments de Dret internacional privat en l'àmbit del Dret de família, i més concretament el *Reglament «Brussel·les II bis»*, del 27 de novembre del 2003⁽²⁾ (en relació amb la competència judicial en cas de divorci), i el *Reglament «Roma III»*, aprovat el 20 de desembre del 2010⁽³⁾ (que el completa en establir la possibilitat d'elecció de llei aplicable al seu procés de divorci, amb la finalitat de donar més seguretat jurídica, previsibilitat i flexibilitat al procés i a les parts). Ara bé, no existeix en cap d'aquestes disposicions cap regulació relativa a les relacions patrimonials de les parelles internacionals.

No hem d'oblidar que l'administració dels béns dels cònjuges durant la seva convivència, període en el qual s'inclou també el moment de la dissolució de la unió, es regeix pel Dret nacional dels Estats membre. Aquests solen establir una varietat de règims econòmics matrimonials; no obstant això, solen agrupar-se en dos en la major part dels països: el legal, d'aplicació quan els cònjuges no han optat per una regulació específica i, per altra banda, el convencional (elegit lliurement per les parts).

Les regles nacionals de Dret internacional privat aplicables als drets de propietat de les parelles internacionals varien considerablement d'un Estat membre a un altre

No obstant això, en allò que es refereix al Dret material, les regles nacionals de Dret internacional privat aplicables als drets de propietat de les parelles internacionals varien considerablement d'un Estat membre a un altre. Davant d'aquestes divergències, en l'àmbit europeu s'estan plantejant tres models que oferirien als ciutadans la seguretat jurídica necessària:

- la primera solució a la qual es recorre, actualment aplicada ja en la pràctica, consisteix a deixar en mà dels Estats membre la recerca de solucions en el marc dels seus propis acords bilaterals. En aquest sentit, existeix, per exemple, un acord francoalemany de febrer del 2010. El problema que susciten aquests acords és que no aconsegueixen abastar la totalitat de problemes pràctics que es plantegen ni, per consegüent, oferir una resposta europea completa;
- la segona solució consistiria a harmonitzar el Dret material que regeix els efectes patrimonials del matrimoni i de les unions registrades. No obstant això, aquest enfocament queda exclòs pels Tractats, que no atorguen a la Unió competències en aquest àmbit ni, per altra banda, pel que fa a les formes d'unio que originen aquestes relacions, és a dir, el matrimoni i la unió registrada;

- el tercer enfocament que, a diferència de l'anterior, sí que està permès pels Tractats, consisteix en l'adopció en l'àmbit europeu de normes de Dret internacional privat pel que fa als efectes patrimonials del matrimoni i de la unió registrada.

Propostes de Reglaments

Tenint en compte les diverses possibilitats apuntades, la Comissió proposa les iniciatives següents, que desenvoluparà a continuació:

- *Proposta de Reglament del Consell relatiu a la competència, la llei aplicable, el reconeixement i l'execució de resolucions en matèria de règims econòmicomatematrimonials.*

(<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2011:0126:FIN:ES:PDF>)

- *Proposta de Reglament del Consell relatiu a la competència, la llei aplicable, el reconeixement i l'execució de resolucions en matèria d'efectes patrimonials de les unions registrades.*

(<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2011:0127:FIN:ES:PDF>)

Ambdues propostes presenten grans similituds pel que fa a l'estructura i el contingut, tot i que la Comissió considera que resultarà més fàcil tenir en compte especificitats de cada tipus d'unio amb dos instruments legislatius que amb un únic instrument que reguli ambdues figures. En aquest sentit, s'ha de recordar que, mentre el matrimoni és una institució jurídica tradicional comuna en els 27 Estats membre, la Unió registrada només es reconeix en 14 d'aquests. És per aquest motiu que no totes les disposicions d'una institució són aplicables a les altres, atès que les solucions jurídiques proposades no poden ser les mateixes (en aquest sentit hem de recordar que segons els Estats membre, les parelles de fet s'han de compondre de persones de diferent sexe, o poden ser del mateix). Per aquest motiu, l'existència de dos instruments jurídics diferents permetrà l'aplicació clara per als ciutadans i professionals del Dret.

Ambdues se centren a recalcar que la regulació no afectaria el dret al respec-



te de la vida privada i familiar, el dret a contreure matrimoni, ni el dret a fundar una família segons les lleis nacionals, regulats en els articles 7 i 9 de la Carta. No obstant això, l'harmonització de les normes de competència sí que aconseguirà simplificar considerablement els

procediments, en permetre determinar quin òrgan jurisdiccional és el competent per conèixer un assumpte de règim economicomatrimonial. Amb l'ampliació de la competència dels tribunals que coneguin d'un procediment de divorci, separació, anul·lació del matrimoni o

successió, s'aconseguirà, per als ciutadans, que un mateix òrgan jurisdiccional conegui dels diferents aspectes de la situació, amb tot el que això implicarà pel que fa a la rapidesa, flexibilitat i falta de duplictat de regulacions i exposició de fets.

Ressenyes de Normativa i Jurisprudència

Portugal

Acord entre la República Portuguesa i el Regne d'Espanya sobre l'accés a informació en matèria de Registre Civil i Mercantil, fet ad referendum a Zamora el 22 de gener del 2009.

(<http://www.boe.es/boe/dias/2011/02/25/pdfs/BOE-A-2011-3661.pdf>)

El dia 17 de febrer del 2011 va entrar en vigor, i amb vigència indefinida, l'Acord entre la República Portuguesa i el Regne d'Espanya sobre l'accés a informació en matèria de Registre Civil i Mercantil, fet ad referendum a Zamora el 22 de gener del 2009.

Amb la «finalitat de reforçar i mantenir els lligams que uneixen els dos Estats i establir en les seves relacions normes sobre l'accés i intercanvi d'informació en matèria de registre civil i mercantil, en benefici dels seus ciutadans», es pretén facilitar a les persones físiques i jurídiques l'accés a determinada informació en matèria de registre civil (naixement, matrimoni, divorci i defunció) i mercantil (eliminant costos administratius que resten competitivitat a les empreses), eliminant els entrebancs administratius i burocràtics.

En concret, pel que fa referència al tema relatiu al Registre Civil, l'article 3 de l'acord estableix l'ús de mitjans electrònics per a la comunicació entre les autoritats dels diferents països, i, en especial, es preveu que:

- Les autoritats competents per a la presentació de sol·licituds d'informació i resposta seran les de les Parts amb

competència en matèria de registre civil, i es deixa a cada país la determinació d'aquestes.

- El contingut de la informació transmesa estarà regulat per la legislació de la Part en la qual es trobi el registre, el qual ha de respondre amb certa agilitat i ha de facilitar la informació sol·licitada gratuïtament.

Pel que fa al Registre Mercantil (article 4) es permet l'accés per via electrònica a informació del citat registre d'ambdues parts, tant per part de persones físiques com de les jurídiques. L'accés electrònic s'haurà de facilitar de la mateixa manera als serveis de les autoritats amb competència en matèria de Registre Mercantil quan així sigui necessari per a la resolució de peticions del registre.

Així mateix, l'article 5 determina la creació d'un portal únic d'Internet, en llengües portuguesa i castellana, per permetre l'accés dels dos països a la informació del Registre Mercantil. De la mateixa manera que en el cas anterior, l'accés a la informació del Registre per part de les autoritats amb competència en aquesta matèria per a la resolució de les citades peticions serà gratuït.

Reglament comunitari sobre l'IVA

Reglament d'Execució (UE) núm. 282/2011 DEL CONSELL del 15 de març del 2011 pel qual s'estableixen disposicions d'aplicació de la Directiva 2006/112/CE relativa al sistema comú de l'Impost sobre el Valor Afegit (IVA)

(<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2011:077:0001:0022:ES:PDF>)

L'objectiu d'aquest Reglament, aplicable des de l'1 de juliol del 2011, és el de garantir una aplicació uniforme de l'actual sistema de l'IVA, establint algunes disposicions d'aplicació de la Directiva 2006/112/CE; i, en particular, pel que fa referència als subjectes passius, el lliurament de béns i la prestació de serveis i el lloc dels fets imposables.

Cal recordar que la Directiva 2006/112/CE, com que no és d'aplicació directa, a diferència del Reglament, estableix unes normes en matèria d'Impost sobre el Valor Afegit (IVA) que, en alguns casos, estan subjectes a interpretació per part dels Estats membre. L'adopció de disposicions d'aplicació comunes de la Directiva 2006/112/CE ha de garantir una aplicació del sistema de l'IVA d'acord amb l'objectiu del mercat interior en els casos en què es produeixin o puguin produir-se divergències d'aplicació incompatibles amb el funcionament adequat d'aquest mercat. Aquestes disposicions són només jurídicament vinculants des de la data de l'entrada en vigor d'aquest Reglament i no prejudgen la validesa de la legislació ni de les interpretacions adoptades anteriorment pels diferents Estats membre. Aquest Reglament busca reflectir els canvis derivats de l'adopció de la Directiva 2008/8/CE del Consell, del 12 de febrer del 2008, per la qual es modifica la Directiva 2006/112/CE pel que fa al lloc de la prestació de serveis.

Aquestes disposicions d'aplicació aprovades inclouen normes específiques



que donen resposta a qüestions concretes plantejades en matèria d'aplicació, i tenen l'objectiu de donar, a tota la Unió, un tracte uniforme únicament a aquests casos particulars. Per aquest motiu, no es podran fer extensives a d'altres supòsits i, per la seva formulació, s'hauran d'aplicar i interpretar de manera restrictiva.

França

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>)

S'acaba de publicar la llei de modernització de les professions judicials i jurídiques reglamentades. Aquesta adopta diferents mesures d'aplicació immediata, tret d'excepcions, atorga un paper essencial al notari i a l'acte autèntic (com ells ho qualifiquen), i simplifica les formalitats al voltant de la conclusió d'un pacte civil.

Les seves principals modificacions són les següents:

- a) L'obligatorietat d'establir els mitjans de pagament que es realitzen davant de notari i en els actes autèntics.
- b) El control i registre dels pactes civils de solidaritat (PACS) que es formalitzin davant de notari.
- c) A partir de l'1 de maig del 2011, es transfereix al notari la competència de jutjar la notorietat del naixement en els casos de matrimoni, que substituïx el jutge d'instància.
- d) El notariat ha de contribuir a la difusió de les informacions relatives a les variacions dels béns immobles a títol oneros. No obstant això, aquesta llei remet a un futur, i encara no publicat, decret del Consell d'Estat.
- e) La difusió i centralització per part del Consell Superior del Notariat Francès de tota transmissió realitzada o visada per un notari francès.

En efecte, es reafirma el paper vital del notari i l'acte autèntic [en el nostre

sistema notarial escriptura pública] i se simplifiquen les formalitats que envolten la formalització d'un pacte civil de solidaritat (PACS), quan els socis decideixen traslladar un acord a acte autèntic [a Espanya seria escriptura pública]. El notari que redacti aquest acte pot procedir per si mateix a la inscripció de la declaració dels socis sense haver d'acudir a la secretaria del tribunal d'instància.

- (1) Informe del 2010 sobre la ciutadania de la Unió: l'eliminació dels obstacles als drets dels ciutadans de la Unió - COM(2010)603.
- (2) Reglament (CE) núm. 2201/2003 del Consell, del 27 de novembre del 2003, relatiu a la competència, el reconeixement i l'execució de resolucions judicials en matèria matrimonial i de responsabilitat parental, pel qual es deroga el Reglament (CE) núm. 1347/2000 (DO L 338 de 23.12.2003).
- (3) Reglament (UE) núm. 1259/2010 del Consell, del 20 de desembre del 2010, pel qual s'estableix una cooperació reforçada en l'àmbit de la llei aplicable al divorci i a la separació judicial (DO L 343 de 29.10.2010, pàg. 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 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



Societat

Ressenya de les principals sentències del Tribunal Suprem

Per la Redacció de LA LEY

SUCCESSIÓ HEREDITÀRIA

Establiment d'una substitució fideïcomissària que condiciona la consolidació de la propietat d'allò adquirit al fet de tenir fills

Sentència Tribunal Suprem, Sala Primera, núm. 160/2011, del 18 de març (Ponent: Encarnación Roca Trías) LA LEY 5499/2011

Formulades diverses demandes i reconvençions en relació amb una herència, les sentències d'instància van declarar que el causant no va instituir una substitució fideïcomissària, sinó un dret d'acréixer, i van declarar, així mateix, la validesa dels actes de disposició duts a terme per una néta del testador tant entre vius com per causa de mort. El Tribunal Suprem estima en part el recurs de cassació interposat i declara que el testament contenia una substitució fideïcomissària condicionada, en la qual els nés del testador eren fideïcomissaris recíprocs.

Interpretació del testament. Establiment d'una substitució fideïcomissària si *sine liberis decesserit*, que condiciona la consolidació de la propietat d'allò adquirit al fet de tenir fills. Actes propis dels fideïcomissaris que determinen la renúncia al fideïcomís. Validesa dels actes de disposició efectuats per un dels fideïcomissaris (que va morir sense fills) tant entre vius com per causa de mort.

SOCIETAT ANÒNIMA

Dret de separació del soci dissident

Sentència Tribunal Suprem, Sala Primera, núm. 102/2011, del 10 de març (Ponent: Rafael Gimeno-Bayón Cobos) LA LEY 14452/2011.

Les sentències d'instància van desestimar la demanda sobre declaració del dret del demandant a separar-se de la societat de la

qual era soci. El Tribunal Suprem estima el recurs de cassació, cassa la sentència recorreguda i declara el dret del recurrent a separar-se de la societat amb reemborsament del valor de les seves accions.

Substitució de l'objecte social. Dret de separació del soci dissident. Quan l'objecte social, segons els estatuts, és realitzar «directament, la distribució d'energia elèctrica», la modificació estatutària per substituir l'explotació directa per la indirecta, mitjançant la creació d'un grup d'empreses amb unitat de direcció, subjectant la dominada a la direcció de la dominant, suposa una «substitució de l'activitat» de la societat encara que el negoci es desenvolupi en el mateix sector de la indústria o del comerç i, al capdavant, la «substitució de l'objecte», amb alteració de les bases determinants al seu moment de l'*affectio societatis*, ja que de fet suposa la pèrdua de poder del soci que no participa en la gestió sense cap contrapartida, prenent-li la possibilitat d'impugnar els acords anul·lables de la participada per falta de legitimació, ja que no disposa de la condició de soci d'aquesta.

PRÉSTEC HIPOTECARI

Nul·litat de clàusules contingudes en un contracte de préstec hipotecari

Sentència Tribunal Suprem, Sala Primera, núm. 75/2011, del 2 de març (Ponent: José Antonio Seijas Quintana) LA LEY 5495/2011.

El Jutjat de Primera Instància va desestimar la demanda d'anul·lació de clàusules contingudes en un contracte de préstec hipotecari. L'AP de València va revocar la sentència del Jutjat i va estimar la demanda. El Tribunal Suprem desestima els recursos extraordinaris per infracció processal i de cassació interposat pel banc demandat.

En el cas, es declara nul·la, pel seu caràcter abusiu, la clàusula del préstec hipotecari subscrit entre els litigants que establia que



«Tret als casos que, per disposició legal, estigui exempt de fer-ho, el banc ha de comunicar a la part prestatària, per qualsevol procediment escrit, el nou tipus d'interès aplicable a l'operació, amb caràcter previ a la seva aplicació...». Del citat text s'elimina la primera part, és a dir: «Tret als casos que, per disposició legal, estigui exempt de fer-ho», perquè es va crear en el prestatari la convicció racional que rebria la comunicació escrita prèvia a la revisió de l'interès pactat, tret que per disposició legal s'eximis en el futur el banc d'aquesta obligació. Tanmateix, el banc sabia, i el prestatari ho ignorava, que aquesta excepció ja era aplicable en el moment de la celebració del contracte, perquè llavors ja era vigent la norma sisena de la Circular 8/1990 del 7 de Setembre. (Regula la transparència de les operacions i protecció de la clientela). Aquesta norma, en combinació amb l'art. 6.3 de l'OM 5 de Maig del 1994, sobre transparència de les condicions financeres dels préstecs hipotecaris, buidava de contingut real la clàusula impugnada, perquè impedia sempre l'aplicació del deure de comunicació escrita al prestatari, cosa que provocava una aparença desmentida per un element no explícit en el contracte i desconegut per la part més dèbil, i creava en aquesta una expectativa fal·laç, que només va tenir una aparença imaginària, i mai una existència real.

COMPRAVENDA D'ACCIONS

Nul·litat per infracció de les normes estatutàries de la societat

Sentència Tribunal Suprem, Sala Primera, núm. 89/2011, del 24 de febrer (Ponent: Juan Antonio Xiol Ríos) LA LEY 3698/2011

El Jutjat de Primera Instància va estimar les demandes de nul·litat de compravenda d'accions interposades per la demandant i els tercers que van intervenir. L'AP de Las Palmas va revocar parcialment la sentència del Jutjat en el sentit de desestimar la demanda interposada per la demandant. El Tribunal Suprem desestima el recurs extraordinari per infracció processal interposat per la demandada.

Nul·litat per infracció de les normes estatutàries de la societat. La falta de legitimació activa de la demandant (esposa del venedor de les accions) per no haver acreditat que els títols (que són nominals a favor de l'espòs) pertanyien a la societat conjugal no impedeix el sosteniment de l'acció per part de la societat les accions de la qual van ser objecte de la compravenda i per part de dos socis d'aquesta, que, tot i que van intervenir en el procés, a conseqüència de la notificació de la demanda sol·licitada, estaven legitimats en virtut del seu propi dret i podien comparèixer al judici sense necessitat de ser cridats, com a part a tots els efectes, i continuar-hi amb independència de la conducta processal de la demandant.

SOCIETATS ANÒNIMES

Impugnació d'acords socials

Sentència Tribunal Suprem, Sala Primera, núm. 51/2011, del 21 de febrer (Ponent: Jesús Corbal Fernández) LA LEY 2755/2011

El Jutjat de Primera Instància va desestimar l'acció d'impugnació d'acords socials. L'AP de Barcelona va revocar la sentència del

Jutjat i va declarar nuls els acords adoptats. El Tribunal Suprem desestima els recursos extraordinaris per infracció processal i de cassació interposats per la demandada.

Impugnació d'acords socials. Estimació de la demanda. Insuficiència per assistir a la Junta del poder de representació de l'apoderat atorgat per l'accionista majoritari. Manca d'eficàcia la ratificació posterior per part de l'accionista de l'actuació de l'apoderat.

REGISTRE MERCANTIL

Efectes de la comunicació telemàtica en la funció qualificadora del Registrador

Sentència Tribunal Suprem, Sala Primera, núm. 28/2011, del 15 de febrer (Ponent: Jesús Corbal Fernández) LA LEY 72134/2011.

El Jutjat Mercantil número 1 de Barcelona va desestimar la demanda formulada per un Registrador Mercantil contra la resolució de la DGRN que va estimar el recurs governatiu d'un Notari contra la negativa del Registrador a inscriure la constitució d'una societat anònima. L'AP de Barcelona va revocar la sentència del Jutjat i va anul·lar la resolució de la DGRN. El Tribunal Suprem estima els recursos de cassació interposats pel Notari i per l'Advocat de l'Estat en la representació i defensa de la DGRN, deixa sense efecte l'anul·lació de la resolució de la DGRN i confirma la sentència del Jutjat Mercantil.

En el cas, la qüestió debatuda se centra en l'acreditació, necessària per a la constitució d'una societat mercantil, que no figura registrada la denominació social escollida, la qual cosa es dona amb la presentació al Notari de la certificació negativa corresponent tramesa pel Registrador Mercantil Central. El problema es planteja quan la comunicació entre aquest Registrador i el Notari es dona mitjançant el sistema de firma electrònica i la posterior relació entre el Notari i el Registrador Mercantil Provincial que ha de practicar la inscripció es realitza mitjançant suport en paper. Es polemitzar sobre si el compliment dels requisits d'autenticitat i vigència en la comunicació telemàtica han de ser comprovats pel Notari primer, i el Registrador Provincial després, o n'hi ha prou amb la comprovació del primer. La transcendència pràctica de la discrepància radica en la documentació que ha de trametre el Notari al Registrador Provincial i, més concretament, si a la documentació relativa a la constitució de la societat s'ha d'adjuntar la certificació mestra que acrediti la vigència del càrrec del Registrador Mercantil Central signatari, o és suficient amb donar fe per mitjà de la fórmula adient —solemne i suficient— de la comprovació per part del Notari. Examinades les al·legacions de les parts, el Tribunal Suprem entén que resulta desproporcionada l'exigència mantinguda pel Registrador de tenir a la vista per a la comprovació directa la documentació de compliment dels requisits de la comunicació mitjançant el sistema de signatura electrònica i, en concret, del testimoni de la certificació mestra. No és raonable exigir una doble comprovació d'aquests requisits, i tampoc ho és minorar l'abast de la fe notarial. Per tant, no cal requerir la remissió de la certificació mestra.

TÍTOLS DE NOBLESA

Rehabilitació de títols nobiliaris sense perjudici de tercer de millor dret

Sentència Tribunal Suprem, Sala Primera, núm. 37/2011, del 14 de febrer (Ponent: Jesús Corbal Fernández) LA LEY 2162/2011.

Formulada una demanda sobre millor dret de possessió i ús d'un títol nobiliari, el Jutjat de Primera Instància va estimar l'excepció de falta de litisconsorci passiu necessari. L'AP de Cadis va estimar el recurs d'apel·lació del demandant, va desestimar l'excepció de litisconsorci passiu necessari, va revocar la sentència apel·lada i va estimar la demanda. El Tribunal Suprem desestima els recursos extraordinaris per infracció processal i de cassació interposats per la demandada.

Les rehabilitacions de títols nobiliaris es fan sempre sense perjudici de tercer de millor dret —art. 10 RD 27 de Maig del 1912 (Llei de successions de Grandeses i Títols), i 12 RD 8 de Juliol del 1922 (rehabilitació de títols de noblesa)—. Qui pretengui tenir un millor dret ha d'exercitar-ho en judici ordinari, amb la declaració de preferència procedent feta pel Tribunal competent. Quan com a conseqüència de l'exercici de l'acció de millor dret genealògic resulti aquest estimat, l'interessat ha de formular una petició de rehabilitació, amb l'expedient corresponent previ, la qual ha de ser atorgada potestativament per S.M. El Rei. Del que s'ha exposat resulta que a l'ordre jurisdiccional civil li correspon declarar el millor dret genealògic del sol·licitant davant del rehabilitant. No davant de tots, perquè pot no ser l'òptim, sinó que s'ha d'apreciar únicament en allò que concerneix el reclamant i l'actual posseïdor. Posteriorment pot tenir lloc un expedient administratiu, el control o verificació jurisdiccional del qual correspon als Tribunals de l'ordre contenciós administratiu —art. 9.4 LOPJ—. I finalment és a S.M. El Rei a qui li correspon concedir o denegar la gràcia, derogant l'anterior Reial Decret de rehabilitació.

MATRIMONI

Validesa del pacte pel qual els cònjuges van acordar que en cas de separació el marit pagaria a l'esposa una renda mensual

Sentència Tribunal Suprem, Sala Primera, núm. 217/2011, del 31 de març (Ponent: Encarnación Roca Trías) LA LEY 29142/2011

Les sentències d'instància van desestimar la demanda de compliment del contracte pel qual el marit, en cas de separació, restava obligat a pagar a l'esposa una renda mensual i a donar-li un pis. El Tribunal Suprem estima en part el recurs de cassació formulat per l'esposa, cassa la sentència recorreguda i declara la validesa del pacte pel qual s'establí el pagament d'una pensió i la nul·litat de la promesa de donació.

Els cònjuges poden contractar entre ells fora del conveni regulador, sempre que aquests pactes reuneixin els requisits per a la seva validesa. En el cas, els litigants van pactar que en el supòsit que es produís la separació, com així va succeir, el marit

estaria obligat a entregar a l'esposa una pensió mensual i a fer donació del pis que ella triés. Les sentències d'instància van considerar que aquest pacte era nul perquè es deixava «la validesa i el compliment» del contracte a l'arbitri d'una de les parts, l'esposa, amb la qual cosa es vulnerava, d'aquesta manera, el que estableix l'art. 1256 CC. No obstant això, l'aplicació d'aquest article al procediment de referència és contrària a les disposicions reguladores del contracte, perquè tenen el seu origen en una interpretació que porta a resultats absurds, d'acord amb la literalitat del contracte mateix. L'obligació del marit sorgia fos qui fos qui iniciés la separació i és per aquest motiu que interpretar que es deixava a la iniciativa de l'esposa l'eficàcia del pacte porta a un resultat no admissible d'acord amb les regles de la interpretació. Pel que fa al contingut del contracte, s'ha de considerar vàlid el pacte referit al pagament d'una pensió mensual. Es tracta d'un pacte per completar les conseqüències establertes legalment per a les separacions o divorcis. Per contra, el pacte de donació d'un pis és nul, ja que es tracta d'una donació amb un objecte indeterminat, un pis a elecció de la donatària, que vulnera la prohibició de l'art. 635 CC, que estableix que «la donació no pot comprendre els béns futurs», que segons el propi article, seran aquells dels quals el donant no pot disposar en el moment de la donació, ja que la donació transfereix al donatari la propietat dels béns donats, la qual cosa resulta impossible en relació als futurs.

DONACIÓ AMB CLÀUSULA DE REVERSIÓ

Devolució del bé donat sense dret a indemnització

Sentència Tribunal Suprem, Sala Primera, núm. 20/2011, del 27 de gener (Ponent: Xavier O'Callaghan Muñoz) LA LEY 1009/2011

Les sentències d'instància van estimar l'acció reivindicatòria, després de la delimitació sol·licitada a la demanda, i van declarar, per una part, el dret d'accessió del demandant respecte de les edificacions construïdes a la finca reivindicada i, d'altra banda, el dret del demandat (demandant reconvençional) a percebre una indemnització. El Tribunal Suprem declara que són procedents els recursos per infracció processal i de cassació, cassa i anul·la la sentència recorreguda i deixa sense efecte el dret del demandat a la indemnització.

Donació d'immoble amb clàusula de reversió. Construcció d'edificis pel donatari en el terreny donat. Produït el fet reversional, el donatari ha de tornar el bé donat sense tenir dret a exigir una liquidació possessòria ni, encara menys, una indemnització a l'empara de l'art. 361 CC. Si més no, serà aplicable a favor del donant el principi «superficies solo cedit» (allò edificat cedeix a favor del sòl), que proclama l'art. 353 CC amb caràcter general.

SOCIETAT ANÒNIMA

Inadmissió d'una regulació estatutària que configuri la societat anònima com a essencialment personalista

Sentència Tribunal Suprem, Sala Primera, núm. 889/2011, del 10 de gener (Ponent: Francisco Marín Castán) LA LEY 3678/2011

Les sentències d'instància van desestimar la demanda en la qual se sol·licitava la revocació de la qualificació negativa de la



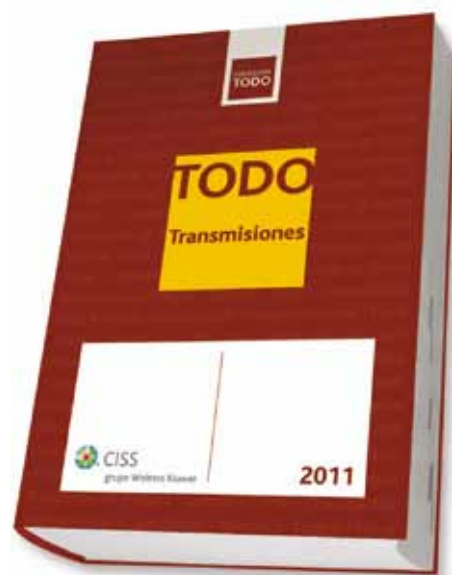
registradora mercantil, que va denegar la inscripció d'un article dels estatuts de la societat demandant. El Tribunal Suprem desestima el recurs de cassació per interès cassacional interposat per la demandant.

En el cas, es va denegar la inscripció registral d'un article dels estatuts d'una societat anònima que afegia, a les restriccions a la lliure transmissibilitat de les accions, un «dret de rescate» o recuperació forçosa de les accions vàlidament transmeses per raó de pèrdua de control de la societat adquirent per part dels socis o familiars de la societat transmissora, incloent els casos de fusió i escissió i sense subjecció a cap termini ni cap excepció. Doncs bé, tenint en compte que una societat anònima no pot tenir una regulació estatutària que la configuri com a essencialment personalista o absolutament tancada, ja que és contradictori als

principis configuradors de la societat anònima, concloem dient que la qualificació negativa del controvertit article per part de la registradora es va ajustar al TR LSA. Perquè en establir aquest article un «dret de rescate» omnímode i sense subjecció a cap termini, no per raó d'activitats de les societats adquirents que fossin contràries als interessos de la societat transmissora, sinó per raó de qualsevol de les vicissituds internes d'aquelles societats adquirents, incloses la seva fusió i escissió, determinants de la pèrdua de control absolut de la societat adquirent per part dels socis, o els seus familiars, de la societat transmissora, el substrat personal s'acabava imposant en els estatuts en un grau tal que el caràcter capitalista, obert i anònim, de la societat transmissora quedava pràcticament eliminat fins a convertir en il·lusori el principi d'igualtat entre accionistes de la mateixa classe que es desprèn de l'art. 49.2 de la citada Llei.



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.

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

Publicades entre gener i març del 2011

Per Víctor Esquirol Jiménez. Notari d'El Masnou

RESCISSIÓ PER LESIÓ I OPCIÓ DE COMPRA

El preu just d'una compravenda precedida d'una opció de compra s'ha d'estimar en la data de celebració de l'opció, i no en la del seu exercici.

Sentència núm. 1/2011, del 7 de gener (Ponent: Nuria Bassols Muntada)

Resum: El 1997 es constitueix un arrendament amb opció de compra sobre una finca. Deu anys després l'optant pretén exercitar l'opció, però la concedent acredita que la finca té un valor molt superior al convingut en el moment de l'opció i intenta resoldre l'opció de compra per lesió *ultradimidium*, la qual cosa li és concedida en primera instància i denegada en segona instància.

El TSJC confirma la sentència de l'Audiència Provincial i declara que la rescissió no és procedent, atès que el valor que s'ha de tenir en compte per estimar-la és el que tenia la finca en el moment de concedir-ne l'opció. Es basa en l'art. 323, paràgraf 2on CDCC («hom s'atindrà al preu just... que les coses tinguessin al temps d'ésser atorgat el contracte... baldament el contracte es consumés després»), les SSTSJ del 24 de febrer de 1994 i 19 de maig del 2003 i en els arguments següents: a) si s'optés per calcular el preu just en el moment de l'exercici del dret d'opció es concediria al concedent una protecció excessiva davant de la seva falta de previsió per no haver pactat clàusules d'estabilització per evitar les conseqüències inflacionistes; b) l'exercici del dret d'opció impli-

ca el compliment d'una relació jurídica que ja estava plenament configurada; c) la utilitat del dret d'opció de compra és permetre a l'interessat adquirir un immoble en un termini temporal determinat i en virtut d'un preu fixat com a inamovible.

Comentari: El TSJC i el TS han seguit camins diferents en la doctrina sobre la rescissió per lesió en cas d'opció de compra. La posició tradicional del TSJC és la que acabem de veure. En canvi, el TS ha seguit la posició contrària, com es pot veure en les SSTS del 20 de juny del 1975, 20 d'octubre del 1975, 24 de maig del 1985 i 10 de febrer del 1995. La STS del 20 de juny del 1975 declara que l'art. 323 CDCC no és aplicable a les «promeses bilaterals de comprar o vendre... ja que la cosa i el preu continuen en els respectius patrimonis dels promitents i per aquest motiu no es pot parlar de lesió en cap d'ells». Segons la sentència del 1985, l'opció produeix «la concessió a l'optant de la facultat, de manera exclusiva, d'exigir o no l'execució del vincle assumit per l'optatari, durant un determinat període de temps, per a l'exercici del seu dret, durant el qual l'esmentat optatari s'obliga a no transmetre a una altra persona l'objecte pactat»; i en una segona fase, la de l'exercici de l'opció, és quan es produeix el desplaçament del domini que pot causar la lesió: «fins que per mitjà d'aquest atorgament no quedin fixades en definitiva les respectives obligacions de venedor i comprador i es confirmi en aquest atorgament el també definitiu preu en contraprestació de la cosa també definitivament venuda, no es pot conèixer la realitat de la desproporció pretesa».

Tot i que la solució dista molt de ser clara, crec que la doctrina del TS és la més encertada. La finalitat de la rescissió per lesió és evitar que, per qualsevol causa, es venguin immobles per sota de la meitat del seu valor. No requereix, com recorda el TSJC sempre que aborda el tema de la lesió *ultradimidium*, que hi hagi engany per la part compradora; tampoc requereix, i això és el que ens interessa

(*) El text íntegre de les sentències es pot consultar a www.poderjudicial.es.



en aquest cas, que el preu s'hagi acordat en el moment d'exercitar-se l'opció i no en un moment anterior. És indiferent que es consideri que l'opció de compra és un precontracte o un contracte diferent del de venda; com també ho és que es qualifiqui com un dret personal o un dret real. La referència de l'art. 323, paràgraf 2on a la consumació diferida de la compravenda no és aplicable a l'opció pendent d'exercici, ja que la compravenda no només no està consumada sinó que ni tan sols s'ha perfeccionat. En el cas de l'opció de compra, la compravenda es perfecciona en el moment d'exercitar-se l'opció i no abans, perquè abans falta la voluntat de l'optant de celebrar el contracte; i és en el moment de la perfecció del contracte de compravenda quan, segons la meua opinió, s'ha de comprovar si hi ha lesió o no, amb independència que el preu s'hagi acordat abans o no i de si hi ha hagut opció de compra o no.

CENSOS

Als efectes de la redempció d'una finca urbana, el valor d'aquesta, en cas de manca d'acord, és el valor cadastral.

Sentència núm. 38/2010, del 22 de novembre (Ponent M^a Eugènia Alegret Burgués)

En una redempció de cens històric, es planteja si per calcular els drets que corresponen al censalista s'ha de prendre com a referència el valor cadastral o el valor real de la finca. La DT 14a del llibre V CCCat, en l'apartat 3, d), norma tercera, disposa que «el preu de la finca a l'efecte de la redempció, en cas de manca d'acord, és el valor cadastral en el moment en què se sol·licita la redempció si la finca és urbana i el que es determini judicialment si és rústica». La censalista no es mostra d'acord que es prengui el valor cadastral com a base, però el TSJC aplica literalment la norma transcrita rebutant un a un els arguments de la censalista tal com resumeixo a continuació.

La censalista considera que la norma de la DT 14a resulta contradictòria amb altres preceptes del llibre V (com l'art. 565.17 i 18, relatius al càlcul del lluïsm dels censos emfitèutics que regula el llibre V CCCat) i amb la tradició jurídica catalana, que sempre havia pres com a base per a la redempció el valor real de la finca. El TSJC entén, pel contrari, que no hi ha contradicció sinó que la DT 14a estableix un criteri especial per a la redempció dels censos constituïts abans del 1990 amb la finalitat de facilitar al màxim la seva extinció, ja que es tracta de drets antics que ja han complert la seva finalitat i que dificulten la mobilitat del tràfic immobiliari.

Tampoc comparteix el TSJC l'argument que exposa que, aplicant el valor cadastral, es falta a l'equitat (art. 111.9), precisament per l'antiguitat del cens a redimir (aquest, en concret, es va constituir fa més de 14 anys), que permet presumir esgotada la seva virtualitat i considerar que la contraprestació per la redempció és proporcionada als drets que s'extingeix.

Ni tan sols el criteri seguit pel TSJC vulnera la doctrina dels actes propis (art. 111.8). Al·lega la censalista que en una escriptura de manifestació d'herència anterior s'havia valorat la finca en qüestió per un import superior. Per al tribunal, la declaració del valor en l'escriptura d'herència s'efectua únicament a efectes de l'impost de successions, sense que això pugui constituir un acte

propi amb la transcendència jurídica que li atribueix la censalista i que pugui suplir l'acord entre les parts.

Finalitza la censalista el seu recurs demanant al TSJC que plantegi davant el TC una qüestió d'inconstitucionalitat respecte de la norma que examinem perquè estableix el valor cadastral en lloc del que es determini judicialment. El tribunal, en congruència amb el que s'ha exposat, no estima inconstitucionalitat ni arbitrarietat per part del legislador que pugui infringir l'art. 9.3 CE ni el principi d'igualtat davant de la llei.

El mateix criteri és seguit per la STSJC núm. 39/2010, del 25 de novembre (ponent: José Francisco Valls Gombau).

CENSOS

Abans de l'entrada en vigor del llibre V del CCCat, el censalista podia interrompre la prescripció obtenint una inscripció en el Registre de la Propietat abans que transcorreguessin trenta anys de l'anterior.

Sentència núm. 2/2011, del 13 de gener (Ponent: M^a Eugènia Alegret Burgués)

Resum: El censalista pretén redimir el cens, però els censataris oposen que el cens ha prescrit per falta de pagament de les pensions, prescripció que és estimada en primera i segona instància. La demanda es va interposar el 2006, abans de l'entrada en vigor del llibre V del CCCat, sota la vigència de la Llei 6/1990, i el cens s'havia constituït en el segle XVII. El TSJC declara que la Llei del 31 de desembre del 1945 és aplicable a aquest supòsit, a falta d'una disposició específica a la Llei 6/1990, pel principi general d'irretroactivitat de normes jurídiques. L'art. 44 de la Llei de 1945 disposava que «els censos emfitèutics inscrits en el Registre de la Propietat no prescriurien en perjudici del censalista si aquest, en els últims trenta anys, hagués sol·licitat i obtingut alguna inscripció relativa al seu dret, encara que fos només a efectes d'acreditar el seu desig d'interrompre la prescripció». L'impagament de les pensions es va produir des del 1960, però el 1985 i el 1988 es van practicar dues inscripcions i el 1994 i 1995 els censalistes van declarar la vigència del cens d'acord amb la DT 3a de la Llei del 1990. L'Audiència va declarar la prescripció, perquè comptava els 30 anys des de l'entrada en vigor de la Llei del 1945; en canvi, el TSJC compta els 30 anys des que es va produir l'impagament de les pensions (1960), per la qual cosa l'inscripció del 1985 va interrompre la prescripció.

Comentari: El TSJC aplica el termini de prescripció de 30 anys de l'art. 44 de la Llei del 1945, malgrat el termini més curt de l'art. 121-20 CCCat, vigent en el moment de la presentació de la demanda, però que s'aplica en defecte dels terminis que fixin les lleis especials, entre les quals es troba la Llei del 1945, que el tribunal considera aplicable, a falta d'una norma transitòria específica a la Llei del 1990, pel principi general d'irretroactivitat de les normes.

Aquesta absència de norma transitòria específica ha estat esmenada després de la promulgació del llibre V del CCCat, que ha suposat un canvi substancial al respecte. La DT 15a disposa en el punt 1: «Les normes del capítol cinquè del títol sisè que regulen els terminis per a la usucapció i prescripció de censos, pensions i



Sentències

lluïsmes s'apliquen a tots els censos, siguin del tipus que siguin i siguin les que siguin la data de constitució i la normativa aplicable». No obstant això, si acudim al capítol cinquè del llibre sisè observem amb certa perplexitat que no estableix cap termini per a la prescripció dels censos. Hem d'entendre, per tant, que la norma transitòria es refereix a l'art. 565-11.1, que diu amb caràcter general que «el cens s'extingeix per les causes generals d'extinció dels drets reals» i tornem a traslladar-nos a l'art. 532-1, que tampoc parla de la prescripció, sinó que «els drets reals s'extingeixen quan ho estableix aquest codi», la qual cosa ens porta a visitar l'art. 121-1, que estableix la prescripció com a causa d'extinció de les pretensions relatives a drets disponibles i finalment l'art. 121-20 que fixa el termini de prescripció general en deu anys. Potser hagués estat més senzill que el legislador hagués connectat directament la norma transitòria amb l'art. 121-20 o al termini general de prescripció, per evitar un llarg viatge no exempt de perillosos errors d'interpretació.

En definitiva, sembla que en l'actualitat els censos, sigui quina sigui la data de la seva constitució, s'extingeixen per prescripció en el termini de 10 anys, comptant des de l'1 de juliol del 2006 (data d'entrada en vigor del llibre V), tret que el termini de 30 anys de la legislació anterior es compleixi abans d'haver transcorregut el de 10 anys. Així resulta de l'aplicació concordada de la DT 15a de la Llei 5/2006 amb els art. 565-11.1, 532-1, 120-1 i 120-20 CCCat. Per tant, avís per als censualistes que no exerciten els drets inherents al cens: el dia 1 de juliol del 2016 prescriuran els seus censos si no interrompen la prescripció per algun dels medis de l'art. 121-11 (sense que sigui causa d'interrupció de la prescripció la inscripció del seu dret en el Registre de la Propietat, d'acord amb el derogat art. 44 de la Llei del 1945).

En una altra Sentència publicada aquest trimestre, la núm. 10/2011, del 28 de febrer (ponent: José Francisco Valls Gombau), el TSJC ha disposat que en els censos de domini sense pensió, la prescripció comença a comptar des de l'última inscripció registral, d'acord amb l'art. 44 de la Llei de censos del 1945; i que, un cop ja consumada la prescripció, el cens s'extingeix i no es reactiva tot i que es practiqui una nova inscripció registral.

LLEGAT

El legatari no està obligat a reclamar la possessió de la cosa llegada si abans de l'obertura de la successió ja estava en possessió d'ella per just títol.

Sentència núm. 5/2011, del 31 de gener (Ponent: Carlos Ramos Rubio)

Resum: Es planteja, sota el règim del CS, si implica acceptació tàcita de l'herència l'adquisició de la possessió d'un prellegat per part de l'únic hereu. El demandant i recurrent entén que l'hereu ha acceptat tàcitament l'herència, pel qual motiu no hagués pogut adquirir la possessió del llegat sense el consentiment de l'hereu, la qual cosa el faculta per reclamar-li la legítima com a hereu. El cridat a l'herència fa constar la seva renúncia a l'herència en el propi procés judicial i justifica la possessió del llegat sobre la base d'un títol anterior a la successió hereditària (es declara acreditat que el causant li havia cedit l'objecte llegat —un negoci de mobles— en un document privat de data anterior en set anys a la mort del causant i que el legatari havia adquirit la possessió abans de l'obertura de la successió).

El TSJC es declara d'acord amb la doctrina que diu que, si abans de l'obertura de la successió, el legatari ja tenia la possessió de la cosa llegada per qualsevol títol o, fins i tot, encara que manqués de títol (*ad usucapionem*), no seria necessari que la reclamés del gravat, per la qual cosa no existeix acceptació tàcita de l'herència i desestima el recurs.

Comentari: És raonable la solució adoptada, ja que si el causant havia cedit la possessió al futur legatari (cessió que en aquest cas és conseqüència d'un contracte de transmissió de la propietat), els interessats en l'herència també han de passar per ella. No obstant, això no afecta el dret dels legitimaris a demanar la reducció del llegat si és inoficiós, ni el dret dels hereus a reclamar la quarta falcidia. D'altra banda, com ens recorda ALBIOL (*Comentaris al CS*, Bosch, 1994, pàg. 961), l'hereu a Catalunya, a diferència del Dret comú, no adquireix la possessió per la sola acceptació (l'art. 6 CS diu que només té la possessió si l'ha pres, el mateix a l'art. 411-6 CCCat), «la qual cosa justifica que l'hereu no estigui facultat per exigir la possessió al legatari fora dels casos de passiu major que actiu, llegat inoficiós davant dels legitimaris i quarta falcidia de l'hereu».

MEMÒRIA TESTAMENTÀRIA

La memòria testamentària en la qual es disposa d'un bé immoble és nul·la de ple dret i no es pot validar pels actes propis de l'hereu.

Sentència núm. 7/2011, del 10 de febrer (Ponent: M.ª Eugènia Alegret Burgués)

Resum: El causant, mort el 1973, havia atorgat una memòria testamentària en la qual va ordenar un llegat d'una part indivisa d'un immoble. Els hereus oposen a la reclamació del legatari la nul·litat de la disposició sobre la base de l'art. 107, paràgraf 2on CDCC, que estableix que en les memòries testamentàries només es poden ordenar disposicions referents a diners que no excedeixin la vintena part del cabal relict, i a joies, roba i parament de casa. El legatari, per contra, sosté que la memòria testamentària «és eficaç pels clars i manifestes actes propis realitzats pel propi hereu a l'efecte de considerar vàlida i eficaç la memòria testamentària».

El TSJC declara la nul·litat de ple dret de la memòria testamentària, que no es pot validar pels actes propis dels hereus.

D'una banda, la nul·litat de les disposicions d'elevat valor contingudes en memòries testamentàries resulta de l'article transcrit, en concordança amb l'art. 242 CDCC, que declara nuls els testaments i codicils que no es corresponen amb cap dels tipus regulats a la Compilació, i amb l'art. 6.3 CC, que disposa la nul·litat de ple dret dels actes contraris a les normes imperatives i prohibitives. A més, el TSJC diu que la disposició és clarament contrària a l'esperit i a la finalitat de l'art. 107 CDCC, que recull la tradició jurídica catalana, que ha estat molt restrictiva pel que fa a l'admissió de les memòries testamentàries a causa de l'existència d'altres instruments jurídics que permetien aconseguir les mateixes finalitats que aquelles, com l'herència de confiança o la conservació notarial dels testaments tancats i els mitjans extrajudicials per fer-los



conèixer. Tampoc admet que es pugui reduir la disposició a la quantitat que no excedeixi de la vintena part del cabal relict, ja que la citada limitació es refereix únicament als llegats dineraris.

D'altra banda, la sentència resol que la nul·litat de la memòria testamentària és una nul·litat de ple dret, no és un supòsit d'anul·labilitat, ja que està causada per la instrumentalització de la voluntat testamentària en un mitjà no apte o inadequat, per la qual cosa no es pot corregir, no prescriu i no es pot validar posteriorment. Declara el tribunal que la nul·litat radical té caràcter d'ordre públic, que se superposa als interessos privats de les parts com podria ser, en aquest cas, evitar les exigències de publicitat de les disposicions testamentàries per les quals es transmeten béns d'elevat valor. El que s'ha exposat corrobora la regulació més pròxima a la Compilació, realitzada en el Codi de Successions del 1991, que distingia amb claredat a l'art. 125 en relació amb el 128 les nul·litats no validables dels negocis testamentaris perquè no corresponen a cap dels tipus previstos en el codi o perquè en el seu atorgament no s'han observat els requisits i formalitats respectius. Cita també la STSJC del 16 de gener del 1995, que va declarar que la falta d'aquestes formalitats impedeix que la voluntat del causant, d'aquesta forma expressada, pugui ser considerada fins i tot a efectes interpretatius. També el TS s'ha manifestat sobre la inadmissió de validació o confirmació dels actes nuls, citant com a més recents les SSTS del 9 de juliol del 1984 i 15 d'octubre del 1985.

Comentari: Aquesta sentència ens planteja dues qüestions: si realment s'ha excedit el contingut permès per a la memòria testamentària i, en cas afirmatiu, si no s'hauria d'evitar la nul·litat de ple dret, reduint la disposició pel que fa a l'excés, per respectar tant com sigui possible la voluntat del testador.

I.- La primera qüestió depèn de la interpretació que es doni al límit de la vintena part del cabal relict de l'art. 107, paràgraf 2n CDCC (avui desena part, d'acord amb l'art. 421-21.2 CCCat) i a les classes de béns que cita l'esmentat precepte. L'art. 107, paràgraf 2on diu literalment que «en les memòries testamentàries només podran ésser ordenades disposicions referents a diners que no excedeixin la vintena part del cabal relict, i a joies, robes i parament de casa». Una interpretació literal del precepte portaria a la conclusió que només poden ser objecte de les memòries testamentàries diners, joies, roba i parament de casa; i que només en el cas dels diners opera el límit del 5% del cabal relict. Aquesta interpretació ens duria a excloure altres béns (com quadres, llibres i objectes personals en general) que haurien de ser vàlids d'acord amb la finalitat i l'evolució històrica de la memòria testamentària, qüestió amb la qual està d'acord la doctrina. Per citar només a FAUS i CONDOMINES, en els seus *Comentarios a la CDCC* (ed. facsimil, Marcial Pons, Madrid, 2003, pàg. 149), diuen: «El límit de la vintena part del cabal relict per ordenar disposicions referents a diners, fixada a l'article 107, no obeeix a cap precedent legislatiu, sinó a la necessitat de no utilitzar les memòries per disposar d'una part important de l'herència, ni que siguin un instrument del qual es valguin els testadors per buscar indemnitats fiscals, sinó més aviat un sistema de distribuir robes, mobles i records de família...». Sembla, doncs, que l'essencial és que la disposició es refereixi a béns d'escàs valor econòmic, cosa que permetria incloure objectes de diferent classe a aquells indicats. Així ho proven les posteriors regulacions de les memòries testamentàries el contingut de les quals s'estén

a «objectes personals» i a «obligacions de moderada importància» (art. 123.II CS i art. 421-21.2 CCCat). Alguns autors veuen en això la possibilitat d'ampliar el contingut de les memòries testamentàries a «tot tipus de béns mobles i immobles, respectant el límit del valor, ja que la tradicional consideració dels béns immobles com a més valuosos no té avui raó de ser i la raó de la pervivència és el límit de valor i no les característiques de l'objecte», i de considerar que «la limitació que s'estableix per als diners s'ha de considerar aplicable per a tots els altres objectes» (AMAT LLARI, *Las memorias testamentarias en el Derecho Civil catalán*, LA LEY, 1995, vol. II, pàg. 767). Per aquest motiu, segons aquesta interpretació, s'hauria d'haver valorat l'immoble llegat i si el seu valor no excedeix la vintena part del valor del cabal relict, la memòria testamentària seria vàlida. No obstant això, aquesta interpretació no s'ajusta no només a la literalitat de l'art. 107 CDCC (ni a la interpretació de FAUS i CONDOMINAS, ja citada, els quals parlen només de «robes, mobles i records de família»), sinó també a les posteriors reformes legislatives de la figura, que poden ser indicatives d'una interpretació autèntica de la norma, per la qual cosa han de ser tingudes en compte en aquesta interpretació. En efecte, l'art. 107 CDCC només parla de diners, joies, roba i parament de casa; l'art. 123 CS afegeix objectes personals i obligacions de moderada importància; i l'art. 421-21.2 CCCat manté la mateixa enumeració que el CS (remarcant els dos requisits, quantitatiu —que ja no es limita als diners— i qualitatiu —que s'amplia a la desena part del cabal relict—). Sembla clar, doncs, que el legislador ha tingut interès a limitar el contingut de les memòries testamentàries a determinades classes de béns i a excloure els béns immobles.

II.- La solució adoptada en aquesta primera qüestió està directament relacionada amb la segona, la relativa a la nul·litat absoluta o relativa de la memòria testamentària. Si considerem, com AMAT, que estem davant d'un problema d'excés del límit quantitatiu, es podria intentar defensar la nul·litat relativa o anul·labilitat de la disposició pel que fa a l'excés i mantenir-ne la validesa fins al límit permès, per la qual cosa «la solució correcta hagués estat la reducció del llegat a la vintena part del cabal relict» (AMAT, ob. cit., pàg. 768, a propòsit de la STSJC del 16 de gener del 1995, que hem citat anteriorment i que fa referència al llegat d'una obra pictòrica del testador).

En canvi, si entenem, com penso que és més correcte, que la memòria testamentària no és un instrument idoni per ordenar llegats de béns immobles, sigui quin sigui el seu valor, s'imposa la tesi de la nul·litat absoluta o radical, ja que no estariem en presència d'una memòria testamentària, tot i que el testador la qualifiqui com a tal, sinó davant d'un codicil que no s'ha atorgat complint els requisits de forma establerts imperativament per la llei.

La hipoteca constituïda en garantia d'un deute aliè és un acte a títol gratuït, per la qual cosa és anul·lable d'acord amb l'art. 9 CF si grava l'habitatge familiar i no és consentida pel cònjuge no hipotecant.

Sentència núm. 12/2011, del 28 de febrer (Ponent: M^a Eugènia Alegret Burgués)

Resum: Una persona constitueix, en garantia d'un préstec al seu fill, una hipoteca sobre un habitatge, manifestant que aquesta



Sentències

no constitueix el seu domicili familiar. Posteriorment, l'esposa de l'hipotecant obté la nul·litat de la hipoteca en primera i segona inscripció, ja que en realitat l'habitatge sí que era l'habitatge familiar.

El TSJC desestima el recurs de cassació sobre la base que la protecció legal a l'adquirent d'un dret real d'hipoteca sobre un habitatge hipotecat per un sol dels esposos o convivents i que constitueix el domicili familiar, requereix acumuladament els següents tres requisits: que l'adquirent ho faci a títol oneros, de bona fe i que el transmissor manifesti de forma expressa que l'habitatge no té la condició d'habitatge familiar. En aquest supòsit de fet, falta el primer dels requisits, ja que la hipoteca constituïda en garantia d'un deute aliè no es pot considerar com a onerosa, perquè l'hipotecant s'exposa a un risc sense retribució o una altra contraprestació donada pel creditor o bé pel principal obligat, o bé sense l'obtenció d'un benefici directe o indirecte en funció de les relacions econòmiques o interessos d'aquesta índole que tingui el garant en el negoci. L'accessorietat de la hipoteca en relació amb el préstec significa, segons el TSJC, que el dret subordinat depèn del que fa a la seva existència i subsistència del dret principal, però això no impedeix que es tracti de dos negocis jurídics diferents.

El caràcter gratuït de la hipoteca en garantia de deute aliè ha estat declarat així mateix pel TS en SS del 24 de maig del 2005, 8 de març del 2010 i 13 de desembre del 2010, atès que no resulta beneficiat de la constitució del gravamen el disposador i sí, pel contrari, afavorit amb ella el prestador que, sense cap contraprestació directa o indirecta a l'hipotecant, s'ha vist beneficiat amb una garantia d'efectivitat real.

Comentari: No em sembla que la hipoteca en garantia de deute aliè sigui un dels negocis en els quals el legislador del Codi

de família estigui pensant per excloure la protecció a l'adquirent. Bàsicament perquè la hipoteca no és un negoci jurídic susceptible de ser qualificat com a oneros o gratuït; més aviat és un negoci jurídic neutre, el caràcter accessori del qual, en relació amb el negoci jurídic del qual constitueix la garantia, determina la seva onerositat o gratuïtat. D'aquesta manera, si la hipoteca es constitueix en garantia d'un préstec sense interès, participa del caràcter gratuït del comodati; i si el préstec té com a contrapartida el pagament d'interessos, participa del seu caràcter oneros. En els dos casos, la hipoteca, en si mateixa, no és ni onerosa ni gratuïta, és neutra. Per una part, no es produeix l'empobriment d'una part amb el respectiu enriquiment de l'altra; no s'aporta una finca en garantia d'un deute a canvi d'una contraprestació o amb intenció de liberalitat, independentment que sigui el deutor o un tercer qui hipoteca. Per tant, sembla clar que el creditor (en aquest cas, un Banc) no adquireix el dret d'hipoteca gratuïtament, que és el que exigeix l'art. 9.3 CF quan diu que «no és procedent l'anul·lació quan l'adquirent actua de bona fe i a títol oneros». El supòsit no resisteix la comparació amb el negoci a títol gratuït per antonomàsia, la donació. D'altra banda, és lògic que qui rep algun dret per donació vegi disminuïda la seva protecció en relació amb qui adquireix a títol oneros, ja que, en definitiva, després de la nul·litat es queda igual que abans de la donació. Però qui veu anul·lada la hipoteca que ha adquirit en garantia d'un préstec, es troba que ha atorgat un préstec sense la garantia associada, la qual cosa sí que li produeix un clar perjudici.

En definitiva, està clar que l'entitat financera no adquireix el dret d'hipoteca gratuïtament i atès que l'anul·labilitat està supe-
ditada al fet que l'adquisició sigui a títol gratuït, penso que hauria d'estar protegida davant de l'acció del cònjuge de l'hipotecant no deutor. L'art. 231-9.3 CCCat reproduceix l'art. 9.3 CF, per la qual cosa la mateixa doctrina hauria d'aplicar-se en l'actualitat.



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 i mercantils

Publicades al gener, febrer i març del 2011

Per Fernando Agustín Bonaga. Notari de Calatayud

ANOTACIONES PREVENTIVAS

D'EMBARGAMENT

Resolució 28 octubre 2010 (BOE 8, 10-I-11: 509)

Denega la inscripció d'un manament de cancel·lació de càrregues posteriors dictat en un procediment de constreñiment, en ser cancel·lada l'anotació d'embargament per caducitat. Les càrregues que eren posteriors a l'expedició de la certificació de càrregues, a conseqüència de la cancel·lació de l'anotació d'embargament, han passat a ser preferents.

Resolució 9 desembre 2010 (BOE 22, 26-I-11: 1407)

És anotable un manament d'embargament ordenat en procediment instat per diversos creditors, tot i que no s'indiqui la quota pertanyent a cadascun. És cert que l'art. 54 RH exigeix l'establiment de la quota a les inscripcions de porcions indivises de drets, però això no és aplicable a l'embargament, la naturalesa jurídica del qual no és la de dret

Nota: les postil·les entre claudàtors [...] no procedeixen de la resolució extractada, sinó que es tracta només de comentaris o observacions de l'autor d'aquests resums.

real, sinó la d'afecció real d'un bé de resultes, no d'un crèdit, sinó d'un procés, per tal de facilitar l'actuació de la Justícia.

Resolució 11 desembre 2010 (BOE 22, 26-I-11: 1411)

En virtut del que disposa l'art. 86 LH, denega la pròrroga d'una anotació preventiva d'embargament en virtut de manament judicial expedit i presentat un cop transcorreguts quatre anys des de la data de l'anotació, tot i que va ser dictat a conseqüència d'una sol·licitud aportada al Jutjat abans de caducar l'anotació.

DE SENTÈNCIA

Resolució 8 novembre 2010 (BOE 1, 1-I-11: 23)

L'art. 42-3 LH permet genèricament sol·licitar anotació preventiva a qui obtingui sentència executòria condemnant el demandat en qualsevol judici. Sense embargament, l'art. 141 RH limita l'abast d'aquesta anotació al cas que, per a l'execució de la sentència, es mani embargar immobles del condemnat. Malgrat aquesta restricció, la Direcció admet la possibilitat d'anotar executòries que continguin condemnes no dineràries que ordenin al titular registral complir una obligació de fer o no fer que comporti, un cop complida, una mutació jurídica-real inscriptible (el cas resolt es refereixi a una sentència de condemna en l'elevació a públic d'un contracte privat de compravenda).



Resolucions

Sí que es considera defecte —esmenable— el fet que tres de les finques objecte de contracte no estiguin immatriculades, i que la inscripció de la quarta pugui produir una doble immatriculació per coincidir parcialment la seva descripció amb la d'una altra finca inscrita (inscripció que exigiria acudir al procediment judicial amb fase probatòria previst als arts. 300 i 306 RH).

CONDICIÓ

RESOLUTÒRIA

Resolució 10 desembre 2010 (BOE 2, 3-I-11: 88)

Denega la reinscripció a nom del venedor d'una finca que va ser cedida per obra futura amb condició resolutòria ex art. 1504 CC, que es pretén per incompliment d'aquesta, en virtut d'acta de notificació al cessionari, que no va contestar al requeriment.

El TS (ex.: STS 31 juliol 1995) considera aplicable a la permuta de solar per obra futura, l'art. 1504 Cc, sempre que s'hagi pactat condició resolutòria explícita.

La reinscripció pretesa es denega per falta d'un dels requisits exigits reiteradament per la Direcció (que remet a la **Resolució 19 juny 2007**): a més d'aportar el títol del venedor i la notificació judicial o notarial, s'ha de presentar el resguard de consignació al banc o la Caixa oficial de l'import que hagi de ser retornat a l'adquirent o correspongui, per subrogació real, als titulars de drets extingits per la resolució, tenint en compte, a més, que no és possible cap deducció, encara que s'hagués establert una clàusula penal o s'hagués pactat una altra cosa a l'escriptura, per la qual cosa pot tenir lloc la correcció judicial prescrita a l'art. 1154 CC.

SUSPENSIVA

Resolució 4 desembre 2010 (BOE 8, 10-I-11: 511) i Resolució 7 desembre 2010 (BOE 8, 10-I-11: 512)

Es refereixen a sengles finques que van ser venudes amb reserva de domini, subjectant-se la transmissió de la propietat al pagament del preu ajornat. El dret del comprador va ser embargat posteriorment per l'Hisenda Pública. Ara es pretén la reinscripció automàtica a favor del venedor, en virtut d'acta de requeriment acreditativa de la manca de pagament.

La Direcció s'oposa, perquè entén que els efectes pràctics de la condició suspensiva són substancialment idèntics als de la resolució explícita (la manca de pagament del preu comporta la resolució del contracte), per la qual cosa resulta aplicable analògicament l'art. 175-6 RH: per cancel·lar la titularitat del comprador, cal presentar el document de consignació al banc o la Caixa oficial de l'import que hagi de ser retornat a l'adquirent o correspongui, per subrogació real, als titulars de drets extingits per la resolució, tenint en compte, a més, que no és possible cap deducció —com es pretén en aquest supòsit—, tot i que s'hagués establert clàusula penal o s'hagués pactat una altra cosa a l'escriptura, per la qual cosa pot tenir lloc la correcció judicial prescrita a l'art. 1154 CC. A més, per tal d'evitar els acords entre transmissor i adquirent sobre la resolució (anticipació de

la mateixa, disminució de les quantitats que cal consignar...) en menyscabament de tercers (com, en aquest cas, Hisenda), caldria la intervenció d'aquests o una resolució judicial.

DRET INTERNACIONAL PRIVAT

Resolució 20 gener 2011 (BOE 62, 14-III-11: 4672)

Es refereix a una venda atorgada a Veneçuela per un pare que ostenta en exclusiva la pàtria potestat sobre un menor veneçolà, referida a immobles situats a Espanya, amb autorització judicial prèvia del Jutge veneçolà, però sense que al títol de venda s'acrediti el compliment de dos requisits imposats a la mateixa autorització: que el preu de venda sigui emès en taló nominatiu a favor del menor, i que el taló es consignï en una oficina pública veneçolana.

En tractar-se d'immobles a Espanya, la Direcció entén aplicable la Llei espanyola, tant al contracte (arts. 4 del Conveni —avui derogat— i del Reglament comunitari, ambdós anomenats de Roma, sobre Llei aplicable a les obligacions contractuals), com a la seva eficàcia jurídica-real i la seva publicitat registral (art. 10-1 CC). Sense embargament, la representació legal nascuda de la pàtria potestat es regeix per la Llei aplicable a les relacions paternofilials, que, alhora, serà la Llei personal del fill, és a dir, la veneçolana (remissió successiva de l'art. 10-11 CC, al 9-4 i al 9-1). Per tant, depèn de la Llei veneçolana determinar si la manca d'acreditació de les mesures cautelars exigides al representant legal del menor afecta la validesa del contracte —i per tant n'impedeix la inscripció—, o si només té efecte en l'àmbit de les relacions paternofilials (com ocorre al Dret espanyol amb la no acreditació de la reinversió de la quantitat obtinguda, en el cas de la Resolució 8 maig 2010).

El Dret estranger ha de ser objecte de prova i s'han d'admetre, entre d'altres mitjans, els informes sobre el seu contingut i vigència emesos per un Notari o Cònsol espanyol, o per un Diplomàtic, Cònsol o funcionari estranger (art. 36 RH), sense ser exigibles la legalització i traducció dels mateixos, per no ser inscriptibles en si. El Registrador (i altres Autoritats) no tenen l'obligació d'indagar el Dret estranger, però sí la facultat. En el supòsit resolt, el Registrador està obligat a aplicar d'ofici les normes de conflicte de l'ordenament espanyol citades abans (art. 12-6 Cc), que condueixen al Dret veneçolà. Una qualificació negativa només podria basar-se en la no acreditació del mateix, o en l'asseveració del Registrador —sota la seva responsabilitat— que per a tal Dret, la manca d'acreditació de les mesures cautelars imposades pel Jutge afecta la validesa del contracte.

DESCRIPCIÓ DE FINQUES

Resolució 14 desembre 2010 (BOE 23, 27-I-11: 1488)

Permet modificar mitjançant instància la descripció d'una finca inscrita com a límitrofa a la part davantera amb el carrer Ciudad Real, en el sentit de dir que avui és el mateix carrer, però números 19-21-23. No és obstacle que existeixi inscrita una altra finca amb aquests números de policia, fet que pot deure's perfectament a un error o a alteracions sobrevingudes, per la qual cosa seria desproporcionat exigir per a això el consentiment o la demanda a tots els titulars. Per això, l'art. 437 RH permet al titular fer constar



el carrer i la numeració correctes presentant la documentació municipal corresponent. Seria diferent pretendre la constància registral d'una referència cadastral que ja constés prèviament en una altra finca, fet que sí que requeriria el consentiment dels titulars d'aquesta o una resolució judicial.

DOCUMENTS ADMINISTRATIUS

Resolució 11 desembre 2010 (BOE 40, 16-II-11: 3032)

Declara inscriptible la certificació de l'acord municipal que declara resolta una venda feta per l'Ajuntament, per incompliment de condició resolutòria establerta al Plec de condicions econòmiques-administratives, amb la reversió automàtica consegüent a favor de la part venedora. S'adjunta sentència dictada pel Tribunal Contenciós Administratiu en la qual es ratifica l'acord municipal i s'afirma que el contracte d'alienació tenia naturalesa administrativa i no civil. El fet que la condició resolutòria no consti al Registre no és un obstacle per a la reinscripció, doncs la finca no ha passat a mans de tercers.

No es tracta d'un «acte de l'administració» com a persona privada, que estaria per tant subjecte al Dret i la Jurisdicció civils [com ocorre, per exemple, en el supòsit de la **Resolució 26 març 2008, BOE 92, 16-IV-08: 6768**, sobre resolució d'una compravenda també per incompliment de condicions], sinó d'un veritable «acte administratiu» recorrible davant els Tribunals contenciosos administratius, en el qual l'Administració, actuant amb «imperium», celebra un contracte mitjançant licitació pública i plec de condicions, per la qual cosa pot acordar per si mateixa la resolució del contracte (art. 5-2-b Llei Contractes de les AA.PP.).

[Es confirma així la doctrina establerta per: Resolució **27 octubre 2008 (BOE 280, 20-XI-08: 18758)**; i Resolució **29 gener 2009 (BOE 47, 24-II-09: 3066)**, la qual va arribar a declarar inscriptible, sense necessitat d'acudir als Tribunals civils, la resolució unilateral feta per un Ajuntament, d'un dret de superfície, per incompliment de les condicions resolutòries establertes al plec de condicions.]

DOCUMENTS JUDICIALS

Resolució 15 desembre 2010 (BOE 23, 27-I-11: 1489)

Denega la inscripció d'un manament de la Secretaria d'un Jutjat per manca d'aportació o testimoni de la Sentència. El títol material i formal inscriptible és la resolució judicial (la inserció de la qual ordena l'art. 165 RH). El manament és un mer acte de comunicació processal dirigit a persones de l'actuació de les quals depèn l'execució de la resolució. Només quan el manament inclou un testimoni literal de la resolució es confonen tots dos aspectes.

El principi de tracte successiu exigeix, per modificar els assentaments del Registre, el consentiment dels titulars de drets sobre l'immoble o una resolució judicial en un procediment on hagin pogut intervenir tots. Això és aplicable també en cas d'extinció de la personalitat (no només mort d'individus, sinó també extinció de persones jurídiques), essent doctrina reiterada de la Direcció que la crida de persones ignorades no implica que hagin estat part del procés.

Quan als elements d'una propietat horitzontal, cal diferenciar els supòsits d'excés de cabuda i els de mera rectificació de dades registrals (remet a Resolució 22 gener 2009): la rectificació que no impliqui immatriculació o alteració de límits, pot realitzar-se mitjançant sentència declarativa.

EXCÉS DE CABUDA

Resolució 16 desembre 2010 (BOE 8, 10-I-11: 513)

Troba justificats els dubtes del Registrador quant a l'excés de cabuda pretès, atès que: hi ha discordança amb el Cadastre (segons la certificació cadastral, la finca és rústica, quan en realitat és urbana, i té una ubicació diferent); hi ha una gran desproporció entre la cabuda inscrita (1.799 metres) i la que es pretén inscriure (3.659 metres); i es volen canviar les llindees. A més, el recurs governatiu no és el marc adequat per a dilucidar els dubtes del Registrador sobre la identitat de la finca, llevat d'aquells casos en què s'aprecii amb claredat el caràcter injustificat d'aquests dubtes; en cas contrari, s'hauria d'acudir a la via jurisdiccional.

La Direcció rebutja també la constància registral de la referència, a la descripció de la finca, a una servitud de pas a favor d'aquesta, per falta d'inscripció prèvia de l'interlocutòria —les dades de la qual es ressenyen al títol— en què va ser constituïda. Sense aquesta inscripció prèvia, la constància registral de tal dret constituïria una mera menció d'un dret susceptible d'inscripció especial i separada, mancada de la condició de gravamen a efectes hipotecaris i abocada a la cancel·lació (art. 98 LH).

Resolució 11 desembre 2010 (BOE 22, 26-I-11: 1410)

Els dubtes sobre la identitat de la finca poder ser al·legats pel Registrador en els casos d'immatriculació o inscripció d'excessos de cabuda per títol públic o per certificació administrativa, però no en els supòsits d'expedient de domini.

En el supòsit resolt la Direcció considera inscriptible l'expedient de domini per a la inscripció d'un excés de cabuda de més del doble de la cabuda inscrita, on, a més, canvien els límits i la finca passa de rústica a urbana (amb citació de l'Ajuntament i justificació cadastral del canvi a solar).

Resolució 9 desembre 2010 (BOE 22, 26-I-11: 1409)

Mitjançant judici declaratiu pot realitzar-se qualsevol modificació dels assentaments del Registre, sempre que s'hagi seguit contra el titular registral. Fins i tot, es poden immatricular finques o practicar excessos de cabuda. De fet, el judici declaratiu, a falta d'aportació dels títols intermedis, és l'única forma de rectificació quan l'adquirent és causahavent directe del titular registral. La interlocutòria que recau en l'expedient de domini és un mitjà excepcional i d'interpretació restrictiva que només s'admet en casos estrictes d'interrupció del tracte. Aquesta excepcionalitat no es produeix al judici ordinari amb possibilitat de contradicció, això sí, sempre que siguin demandats els titulars registrals, el que van adquirir d'aquests, i tots els titulars intermedis fins a enllaçar amb la titularitat del demandant.



Resolucions

Com que l'expedient es refereix només a una part de la finca registral, la inscripció exigeix llicència de segregació o declaració d'innecessarietat. No obsta el fet que els títols poguessin ser anteriors a la Llei del Sòl del 1990 (que no exigia llicència), doncs és ara quan es formalitza la segregació.

ESTRANGERS

Resolució 13 desembre 2010 (BOE 23, 27-I-11: 1486)

Declara inscriptible una escriptura d'adjudicació d'herència, atorgada per quatre estrangers: tres legataris de mobles de valor escàs, que no aporten NIE; i el legatari de l'únic bé immoble, que sí aporta el NIE. L'Exposició de Motius de la Llei 36/2006 del 29 de novembre (que va donar nova redacció a l'art. 254 LH) diu que una de les finalitats de la mateixa és prevenir el frau fiscal al sector immobiliari. Atesa aquesta finalitat de la Llei, l'únic NIE necessari és el de l'adquirent d'immobles.

HIPOTECA

Resolució 21 desembre 2010 (BOE 38, 14-II-11: 2814)

La Direcció aprofundeix en la seva recent doctrina [a partir de Resolució 1 octubre 2010 (BOE 270, 8-XI-10: 17184) i Resolució 4 novembre 2010 (BOE 317, 30-XII-10: 20105)] sobre extensió de la qualificació registral a les hipoteques, també a les clàusules financeres sense transcendència real [respecte de les quals fins al 2010 es deia que només es transcrivien però que no es qualificaven]. Avui entén que sí que són objecte de qualificació registral, si bé modalitzada en l'extensió, però rebutja: aquelles declarades nul·les per sentència ferma; i aquelles el caràcter abusiu de les quals pugui ser declarat pel Registrador subsumint automàticament el supòsit de fet en una prohibició específicament determinada en termes clars i concrets, sense poder entrar en l'anàlisi d'altres l'abusivitat de les quals depengui de conceptes indeterminats o incerts (com el principi general de bona fe o el desequilibri de les prestacions), la declaració de d'abusivitat dels quals requeriria sentència.

L'operació qualificada en el supòsit resolt és un crèdit en compte corrent fins a un límit determinat, el saldo de la qual al tancament del compte es garanteix amb hipoteca de màxim en la modalitat d'hipoteca inversa. Respecte d'aquesta, la Direcció estableix:

- No procedeix exigir el lliurament del capital, doncs es tracta d'un crèdit (contracte consensual i bilateral), i no d'un préstec (real i unilateral). No altera la naturalesa de crèdit el fet que la disposició inicial hagi esgotat la totalitat del límit disponible a raó del capital (la resta de responsabilitat hipotecària correspon a interessos, comissions i altres despeses garantides).
- No són inscriptibles clàusules no reals ni financeres, com les següents: imposició al deutor de certes obligacions en cas de concurrència de causes de venciment anticipat; pactes sobre possibilitat d'enregistraments telefònics; venciment per manca d'inscripció de la hipoteca (clàusula intranscendent un cop inscrita la hipoteca).

- No és supèrflua, ans al contrari, procedeix i és necessària, la inscripció de la clàusula de venciment anticipat prevista a l'art. 693 LEC, segons el qual només podrà reclamar-se el deute total per capital i interessos per falta de pagament d'algun termini, si així s'hagués convingut i fet constar al Registre.
- No és inscriptible el pacte d'extensió de la hipoteca a noves construccions, excepte en cas d'haver estat edificades per un tercer posseïdor (com imperativament estableix l'art. 112 LH).

Resolució 11 gener 2011 (BOE 38, 14-II-11: 2815)

Respecte d'una operació semblant a l'anterior, assenta la mateixa doctrina i, a més, afegeix:

- Els interessos generats es poden acumular al capital. La hipoteca inversa és una excepció (prevista a l'addicional 1a-6 de la Llei 41/2007) a l'aplicació del límit de 5 anys d'interessos reclamables en perjudici de tercers que estableix l'art. 114-2 LH. Quant a la regla de l'art. 114-1 LH relativa al fet que, excepte pacte, la hipoteca només assegura en perjudici de tercer els interessos dels dos últims anys, la Direcció entén que només s'aplica a la hipoteca inversa si resulta així dels termes del contracte. A més, al crèdit en compte corrent, no se li aplica l'exigència de determinar separatament les responsabilitats per principal i interessos, de manera que aquests només puguin reclamar-se com a tals, dins dels límits legals i convencionals, però mai englobats en el capital (principi d'especialitat), sinó que es poden configurar com una partida més de càrrega al compte, el saldo final de la qual és el que garanteix la hipoteca.
- No és inscriptible la clàusula de venciment anticipat que prohibeix al deutor vendre la finca hipotecada, gravar-la o arrendar-la, doncs infringeix els arts. 27 i 107-3 LH, i ha estat declarada abusiva a la STS 16 desembre 2009 (en el cas de l'arrendament, sí que és admissible la clàusula quan es refereix només als arrendaments exempts del principi de purga de les càrregues posteriors, que són els d'habitatge durant els primers 5 anys).
- No és una clàusula financera (i, per tant, no és qualificable) la concessió pel deutor de poder irrevocable al creditor per esmenar els defectes que impedeixen la inscripció, fins i tot en cas d'autocontractació.

Resolució 20 desembre 2010 (BOE 44, 21-II-11: 3370)

Denega la inscripció d'una interlocutòria judicial d'adjudicació en procediment d'execució directa sobre béns hipotecats, per haver estat seguida contra persona diferent del titular registral (concretament, un causahavent no inscrit del titular registral) i per no haver-se expedit la certificació de domini i càrregues establerta a l'art. 656 LEC. El Registrador és competent per qualificar la falta de tracte respecte del titular registral —condició que no es perd pel fet d'existir un tercer posseïdor no inscrit—, amb el fi d'evitar-ne la indefensió (ex.: Resolució 30 abril 2009). La certificació serveix precisament per conèixer el titular i poder notificar-li i donar-li la intervenció necessària al procediment.



Resolució 18 gener 2011 (BOE 62, 14-III-11: 4671)

Es refereix a un préstec hipotecari inclòs en l'àmbit objectiu de la Llei 2/2009 del 31 de març, que regula la contractació entre consumidors i persones o entitats que no siguin entitats de crèdit, però que professionalment realitzin, entre altres activitats, préstecs o crèdits hipotecaris, sota la forma de pagament ajornat, obertura de crèdit o un altre mitjà equivalent de finançament. L'art. 3 imposa a aquests finançadors el deure previ d'inscriure's als Registres Públics creats a l'efecte per les Comunitats Autònomes.

La Direcció entén que la no inscripció per inexistència actual del citat Registre públic no impedeix que una societat preexistent pugui continuar desenvolupant la seva activitat, això sí, amb compliment de la resta de requisits que imposa la citada Llei, en nom de la transparència del mercat hipotecari, incrementant la informació precontractual i protegint els consumidors.

Resolució 8 febrer 2011 (BOE 69, 22-III-11: 5239)

En relació amb una escriptura de constitució d'hipoteca per deute aliè, la Direcció no considera defectes que n'impedeixin la inscripció:

- La manca d'intervenció de la part deutora. En matèria d'hipoteques, el principi d'especialitat es flexibilitza per facilitar el crèdit i s'admeten hipoteques sense la determinació registral prèvia de tots els elements de l'obligació, com la hipoteca en garantia d'obligacions futures o condicionals (sempre que es precisi la relació jurídica bàsica de la qual deriva l'obligació que es pretén assegurar), i la hipoteca per deute aliè sense intervenció del deutor (Resolució 26 maig 1986), fet que és corroborat per la possibilitat d'afiançament sense intervenció del deutor (art. 1823 CC), de pagament per part d'un altre sense saber-ho el deutor (art. 1158), o d'hipoteca unilateral (art. 141).
- La falta de consignació en l'escriptura d'un domicili del deutor. Aquesta consignació l'exigeix l'art. 682-2-2n LEC en benefici tant del creditor com del deutor; però la conseqüència de la seva falta no és la ineficàcia o la no inscripció de la hipoteca, sinó la no inscriptibilitat dels pactes sobre els procediments potestatsius d'execució hipotecària (el d'execució directa —en la regulació del qual s'incardina el citat art. 682— i l'extrajudicial) i, per tant, la impossibilitat d'utilitzar-los.

IMMATRICULACIÓ

Resolució 16 desembre 2010 (BOE 8, 10-I-11: 514)

Rebutja la immatriculació d'una finca perquè els termes de la certificació cadastral aportada no són «totalment coincidents» amb el títol, sobretot pel que fa a la superfície. Aquesta coincidència plena exigida pels arts. 53-7 L 13/1996 i 298 RH es refereix a la superfície i els límits, i no permet ni tan sols diferències inferiors al 10% (que és quelcom permès pels arts. 41 a 49 de la Llei del Cadastre, però només de cara a la constància registral de la referència cadastral). A

més, les construccions que hagin pogut incorporar-se per acció a la finca, han de reunir els requisits exigits per la Llei per a la inscripció registral. La immatriculació per títol públic requereix extremar les precaucions per evitar que la documentació que acredita l'adquisició del transmissent hagi estat elaborada únicament per aconseguir la immatriculació, i que es produeixin dobles immatriculacions.

Resolució 14 desembre 2010 (BOE 32, 7-II-11: 2341)

Un projecte d'equidistribució urbanístic posa de manifest la doble immatriculació d'una finca a nom de dos titulars diferents. S'inscriu provisionalment la finca de reemplaçament a nom dels dos titulars mentre se n'acrediti el millor dret (art. 10-1 RD 1093/1997). Després s'assoleix una transacció judicial, que s'inscriu: a un titular se li reconeix el domini i, a l'altre, una opció de compra per preu i termini determinats. Anteriorment s'havia presentat una escriptura de préstec hipotecari atorgada per aquell a qui després es concediria l'opció de compra. L'altre titular, a qui s'ha reconegut el domini, sol·licita ara la cancel·lació de l'opció (al·legant que mai es va sol·licitar l'inscripció) i de la hipoteca.

La Direcció resol que l'opció es va inscriure correctament, sobre la base del principi d'unitat negocial: dins de la transacció, el reconeixement de domini va tenir com a contraprestació la concessió de l'opció; i inscriure una cosa sense l'altra alteraria l'equilibri resultant de l'acord. El transcurs del termini per a l'exercici de l'opció suposa l'extinció del dret, però no la cancel·lació de l'assentament, que requereix sempre la conformitat de l'interessat o una resolució judicial (art. 40 LH): l'exercici tempestiu de l'opció pot registrar-se en qualsevol moment, fins i tot un cop transcorregut el termini convencional per a l'exercici. No procedeix la cancel·lació de l'assentament de presentació de la hipoteca constituïda per l'optant; aquest assentament només decaurà si l'opció fos cancel·lada.

Resolució 23 desembre 2010 (BOE 45, 22-II-11: 3478)

Denega la inscripció d'una interlocutòria dictada en expedient de domini per a la immatriculació de finques, en primer lloc, per no constar si els promotors són cònjuges i, si s'escau, el règim econòmic conjugal i el caràcter de l'adquisició (segons exigeix l'art. 51-9 RH).

A més, no hi ha cap coincidència en la superfície entre el títol i la certificació cadastral descriptiva i gràfica. Els termes de la certificació cadastral a efectes immatriculadors han de ser «totalment coincidents» amb la descripció del títol (art. 298 RH i art. 53-7 Llei 13/1996); i no es pot entendre aquesta coincidència quan la diferència de cabuda no excedeixi del 10%; doncs aquest criteri permissiu el preveuen els arts. 41 a 49 de la Llei del Cadastre, en relació amb la constatació registral de la referència cadastral, però no a la immatriculació.



Resolucions

PODER

Resolució 18 desembre 2010 (BOE 41, 17-II-11: 3130)

Denega la inscripció al Registre Mercantil d'una escriptura de poder que, literalment, només li concedeix vigència «fins al dia 31 de juny del 2010» (quan el cert és que juny té només 30 dies).

La inscripció del poder requereix l'esmena de l'error. N'hi hauria prou amb la diligència de l'art. 153 RN. El notari, a diferència del registrador, sí que té elements de judici suficients per conèixer si la veritable voluntat de l'atorgant era referir-se a l'últim dia de juny —com al·lega el recurrent—, o a l'últim dia d'un altre mes de 31 dies (com el de juliol, la grafia del qual divergeix només en una lletra).

PRIORITAT REGISTRAL

Resolució 12 novembre 2010 (BOE 1, 1-I-11: 24)

Al Registre hi ha inscrit un bé de guanys. El 5 d'agost es presenta una escriptura en la qual el marit dona a la muller una meitat indivisa, invocant com a títol una escriptura de capitulacions anterior —amb liquidació de guanys i pacte de separació de béns— encara no presentada al Registre. El 14 d'agost les referides capitulacions van ser objecte d'indicació al Registre Civil. El 17 d'agost es presenta manament d'embargament per deute tributari en el qual consta la notificació al marit deutor i a la seva cònjuge (com exigeix l'art. 170 LGT). El 29 d'agost es presenten les capitulacions al Registre de la Propietat.

La Direcció entén que el document presentat en primer lloc (la donació) guanya prioritat no només per a si, sinó també per als documents presentats després que siguin necessaris per esmenar la manca de tracte (les capitulacions), sempre que el disposador en el primer document presentat sigui causahavent del titular registral, i tot i que amb això es postergui algun títol contradictori presentat entremig (embargament). L'art. 432-1-c RH preveu que, si per a despatxar un document cal inscriure prèviament un altre de presentat després, l'interessat pot demanar que l'assentament de presentació del primer es prorrogui fins a 30 dies després d'haver estat despatxat el segon. Malgrat la formulació del principi de tracte successiu de l'art. 20-2 LH, l'art. 105 RH permet als Registradores suspendre la inscripció dels documents quan l'atorgant hi al·legui ser causahavent del titular inscrit o aquesta circumstància resulti del Registre i del citat document; i permet al presentador sol·licitar anotació preventiva per defecte esmenable. L'art. 105 RH té l'equivalent en relació amb les anotacions d'embargament en l'art. 140-1 RH, que ha estat sancionat mitjançant norma de rang legal en l'art. 629-2 LEC.

La indicació de les capitulacions al Registre Civil és el moment decisiu a partir del qual deixa d'existir la facultat dels creditors d'un cònjuge de demanar l'embargament de béns de guanys amb notificació a l'altre cònjuge (art. 1373 CC). Des de la indicació de canvi al règim de separació, els creditors privatis de cada cònjuge només tindran facultats sobre els béns d'aquest.

PROCEDIMENT REGISTRAL

Resolució 13 desembre 2010 (BOE 22, 26-I-11: 1412)

El recurs governatiu ha de recaure exclusivament sobre les qüestions relacionades amb la qualificació, i no amb altres defectes no inclosos en aquesta, sinó en el posterior informe del registrador, doncs el contrari produiria indefensió al recurrent.

Així, la Direcció declara inscriptible una acta d'adjudicació directa d'un bé embargat per un Ajuntament, respecte de la qual: la qualificació va considerar defecte la manca d'escriptura pública; mentre que a l'informe ulterior, el Registrador ja no va al·ludir a aquest defecte, sinó a la presentació d'acta, en comptes de certificació de l'acta.

PROPIETAT HORITZONTAL

Resolució 27 desembre 2010 (BOE 45, 22-II-11: 3479)

Declara inscriptible l'agrupació de 9 elements privatis d'una propietat horitzontal —amb autorització estatutària—, per formar un element nou, que es descriu com format per 18 habitatges o estudis, la quota del qual és la suma de les quotes de tots els elements agrupats.

No cal realitzar una declaració d'obra nova, doncs és doctrina de la Direcció que si les operacions de segregació i agrupació no modifiquen la descripció registral de l'edifici, no serà necessari variar-la (Resolució 21 febrer 1995), i que no pot pressuposar-se que l'edifici sigui diferent de l'inscrit si la configuració exterior és la mateixa (Resolució 19 febrer 2005). A més, en el cas resolt la declaració d'obra seria irrellevant, doncs es compta amb una llicència municipal.

Encara que els 18 apartaments siguin susceptibles d'aprofitament independent, això no implica que hagin de constituir-se com 18 elements privatis diferents, sinó que poden estar agrupats (art. 8 LPH), segons la unitat econòmica, funcional o de destí. En el cas resolt, els 18 apartaments van a ser aprofitats conjuntament per una societat hotelera.

Resolució 27 desembre 2010 (BOE 77, 31-III-2011: 5783)

Sintetitza la doctrina de la DGRN sobre delimitació de matèries competència de la Junta i matèries que exigeixen consentiment individual dels propietaris, diferenciant entre:

- Actes col·lectius, que s'imputen a la Junta com a òrgan comunitari. Són inscriptibles en virtut de certificació de junta de propietaris amb unanimitat d'assistents i notificació (sense oposició) als no assistents. Casos: desafectació i venda de determinats elements comuns (Resolució 30 novembre 2006 al BOE 28-XII-06: 22838; Resolució 4 març 2004; Resolució 23 març 2005); vinculació «ob rem» dels trasters als habitatges, com annexos (Resolució 31 març 2005); determinades modificacions dels estatuts (Resolució 5 juliol 2005).
- Actes que afecten el contingut essencial del dret de domini: requereixen el consentiment individualitzat dels titulars, com: especificació del traster que correspon a cada pis (Resolució



12 desembre 2002); conversió d'element privatiu en comú — que requereix el consentiment dels titulars registrals i els seus cònjuges en règim de guanys— (Resolució 23 juny 2001).

El supòsit resol es refereix a una modificació de quotes. La Direcció resol que la quota expressa el valor proporcional del pis al conjunt de l'immoble i que, per això, en principi, la modificació afecta el contingut essencial del domini i requereix consentiment individual de tots els propietaris afectats en escriptura pública (Resolució 11 octubre 2001).

No obstant això, hi ha certs supòsits de modificació de quotes contemplats a la Llei (o molt semblants), que són actes col·lectius de la Junta:

- el simple establiment d'un repartiment de despeses diferent a la quota;
- fixació de noves quotes dels elements resultants d'una divisió, segregació, agrupació o agregació, sempre que no s'alterin les quotes restants i que, a més de la Junta, consentin els titulars afectats (art. 8 LPH);
- creació de nous pisos o locals, sempre que no s'alteri el contingut essencial del dret de cada propietari tal com s'estableix al títol constitutiu;
- en cas de desafectació d'elements comuns, la Junta podrà fixar la quota del nou element amb el consegüent reajustament proporcional de la resta de quotes. Però això es refereix al supòsit ordinari d'atribució comuna de l'element desafectat a tots els propietaris en proporció a les seves quotes (o el seu valor econòmic en cas de venda a tercers). Per contra, en el cas resol, la desafectació pretesa resta fora de la competència de la Junta, perquè s'atribueix el domini de l'element desafectat a només un dels copropietaris sense cap contraprestació. A més, no només es modifica el títol constitutiu de la propietat horitzontal, sinó també l'obra nova, la declaració de la qual és acte de rigorós domini (Resolució 21 maig 1991).

PUBLICITAT REGISTRAL

Resolució 3 desembre 2010 (BOE 2, 3-I-11: 87)

Denega la sol·licitud de certificació literal de totes les finques registrals de les quals han estat titulars dues persones determinades, realitzada per qui al·lega com a interès legítim la liquidació de la seva societat de guanys. No concorre aquest interès legítim en la sol·licitant, doncs les persones a les quals es refereix la certificació no són titulars actuals de cap d'aquestes finques (els assentaments al seu nom ja no estan vigents); a més, ni la sol·licitant ni el seu marit apareixen en cap inscripció referida a les mateixes.

L'interès que dona dret a accedir al Registre ha de ser directe (sinó, cal acreditar l'encàrrec), conegut (és a dir, acreditat, excepte en els casos d'autoritats o funcionaris l'interès dels quals presumeix l'art. 221-2 LH), legítim (no contrari a Dret) i patrimonial (el sol·licitant té o espera tenir una relació patrimonial per

a la qual és rellevant la informació). Al Registre de la Propietat, l'interès ha de provar-se a satisfacció del Registrador, sota la seva responsabilitat, d'acord amb el sentit i la funció de la institució registral. A més, entén la Direcció (sobre la base de la STC 20 novembre 2000) que les dades sensibles de caràcter personal o patrimonial només podran ser objecte de publicitat per als fins propis de la institució registral, entre els quals no s'inclou la investigació privada de dades no patrimonials.

RÈGIM ECONÒMIC MATRIMONIAL

Resolució 22 desembre 2010 (BOE 44, 21-II-11: 3371)

Exigeix escriptura pública (i rebutja per tant el conveni regulador aprovat judicialment) per a inscriure l'adjudicació de béns privatis d'un cònjuge a un altre, essent ambdós casats en règim de separació de béns.

El principi de legalitat exigeix una titulació pública (art. 3 LH), que la Direcció interpreta com el tipus de títol congruent amb l'acte inscripció (en el cas resol, escriptura pública i no executòria). L'efectivitat del conveni regulador és merament liquidatòria del règim econòmic conjugal, sense que pugui estendre's a altres actes amb significació negocial pròpia. Per això la Direcció va exigir escriptura pública per intercanviar béns privatis en liquidar el règim de comunitat (Resolució 22 març 2010). Però va admetre el conveni regulador per adjudicar béns adquirits proindivís constant el règim de separació de béns, doncs tot i que aquest règim es basa en la comunitat romana, hi ha diferències entre totes dues regulacions; així, al règim de separació els béns d'ambdós cònjuges són afectes a les càrregues del matrimoni, existeixen limitacions a la disposició de l'habitatge habitual... (Resolució 29 octubre 2008).

SOCIETATS MERCANTILS

Resolució 25 novembre 2010 (BOE 1, 1-I-11: 25)

En l'àmbit de les denominacions socials, la identitat entre aquestes no només es pot produir per absoluta coincidència gramatical, sinó també quan les diferències, per l'escassa entitat o l'ambigüitat dels termes que les provoquen, no desvirtuen la impressió de tractar-se de la mateixa denominació (art. 408 RRM). El fi últim de la prohibició és identificar amb seguretat el subjecte.

En el cas resol, la Direcció considera que no hi ha identitat —ni «quasi identitat»— entre la denominació ja reservada «Argostalia, S.L.», i la d'una societat constituïda després amb el nom «Argosalia, S.L.», doncs la interpretació contrària, que consistiria en estimar irrelevant la diferència d'una consonant («t»), portaria a considerar idèntiques o —o gairebé idèntiques— multitud de denominacions ja registrades.

[Sobre la mateixa argumentació, però interpretada en sentit invers, la Direcció va apreciar identitat entre les denominacions ja registrades «S.A. RACC» i «RAC, S.L.», i la d'una societat en constitució anomenada «RACC Seguros, Compañía de Seguros i Reasegu-



Resolucions

ros, S.A.» (Resolució 25 octubre 2010); i entre les denominacions ja registrades «GC S.A.» i «GECE, S.L.», amb la de la nova societat «GC, Ibérica S.L.» (Resolució 26 octubre 2010)].

Resolució 24 novembre 2010 (BOE 8, 10-I-11: 510)

Es refereix a una escriptura de constitució de societat limitada, en la qual els quatre únics socis fundadors creen un consell d'administració format per ells mateixos, i on, a més, es designen consellers delegats solidaris, però no de manera simultània, sinó successiva, de dos en dos per torns rotatius anuals (una parella de consellers exercirà la delegació en els anys parells i, l'altra, en els imparells).

La Direcció entén irrelevants les objeccions registrals sobre la manca d'indicació expressa del nombre de membres del consell que han votat a favor del nomenament i la delegació, i falta de constància expressa de l'acceptació dels nomenaments. En aquest cas, es tracta de l'escriptura de constitució social, l'atorgament de la qual no té com a base l'acta, el llibre d'actes o el testimoni notarial dels mateixos, ni una certificació de l'acord, sinó que, en haver estat atorgada per tots sense expressió en contrari, resulta evident la voluntat unànime de tots els atorgants. Tampoc hi ha obstacles en la inscripció de consellers delegats abans que arribi el terme inicial senyalat per a l'eficàcia de l'acceptació, possibilitat expressament admesa a la Resolució 6 juny 2009 i inclosa al principi general de llibertat de pacte (l'únic límit del qual és la no contravenció dels principis configuradors del tipus social elegit, com diu l'art. 28 LSC).

[La Resolució 6 juny 2009 (BOE 155, 27-VI-09: 10614) citada va declarar inscripcions els acords de la Junta General d'una S.L., del 26 de desembre del 2008, relatius a la dimissió de l'administrador únic i el nomenament d'una nova administradora, amb la particularitat que el dimissionari continuaria exercint el seu càrrec fins a final d'any i que el nou nomenament esdevindria efectiu des de l'1 de gener del 2009. Que l'acceptació sigui necessària per a l'eficàcia del nomenament, no impedeix diferir l'eficàcia d'aquella per un termini com el del supòsit. Tampoc és obstacle l'eventualitat que l'administrador al moment de l'efectivitat del càrrec hagués deixat de reunir els requisits estatutaris i legals (no incórrer en prohibició o incompatibilitat), perquè les conseqüències serien les mateixes que en el cas d'eficàcia immediata del càrrec i pèrdua sobrevinguda de tals requisits.]

Resolució 18 desembre 2010 (BOE 32, 7-II-11: 2342)

Denega la inscripció d'un augment del capital d'una societat limitada amb càrrec a reserves, doncs el balanç que recull l'existència d'aquestes també reflecteix pèrdues per un import superior (que fins i tot arriben a produir un patrimoni social net negatiu). La capitalització de les reserves només és possible si no hi ha pèrdues que hagin d'eixugar-se prèviament. El principi de realitat del capital social aplicat a l'augment de capital amb càrrec a reserves implica justificar mitjançant el balanç l'existència d'aquestes i la seva disponibilitat, és a dir, la llibertat per a aplicar-les a qualsevol fi, com per exemple, la transformació en capital social, o el repartiment als socis. Per això, l'art. 273-2 LSC impedeix repartir les reserves de lliure disposició mentre el valor del patrimoni net

comptable no segueixi essent, després del repartiment, superior al capital social. Remet a Resolució 9 abril 2005.

Resolució 21 desembre 2010 (BOE 40, 16-II-11: 3033)

Es refereix a diversos acords de junta universal d'una mateixa S.A. (sobre nomenament d'administrador, canvi d'accions al portador en nominatives i reducció de capital), que resulten contradictoris entre sí i respecte d'altres acords ja documentats o inscrits amb anterioritat, que revelen una situació de conflicte dins de la societat: uns acords han estat adoptats pels qui es consideren socis com a legataris de cosa específica de les accions, i d'altres pels qui es consideren socis com a hereu de les accions basant-se en el fet que encara no s'ha efectuat el lliurament del llegat. Al Registre consten també notes marginals d'interposició de querelles successives per falsedat de les certificacions dels acords.

Remetent-se a la Resolució 31 març 2003, la Direcció entén que, davant situacions de conflicte entre socis traduïdes en documents contradictoris que no permeten comprovar l'obtenció o prevalença d'un acord, procedeix rebutjar la inscripció per tal d'evitar la desnaturalització del Registre Mercantil quant a institució de publicitat de situacions jurídiques certes (i no de resolució de conflictes, competència dels Tribunals).

Resolució 18 desembre 2010 (BOE 41, 17-II-11: 3129)

Denega la inscripció d'una constitució de societat limitada professional fundada per dos socis i anomenada «Dura-Harvey Lawyers, SLP», essent el primer cognom del soci professional «Dura» i el primer cognom del soci no professional «Harvey».

La Direcció aplica la norma de l'art. 6-2 de la Llei 2/2007, que en cas de denominació subjectiva, obliga a formar-la amb el nom de tots, diversos o algun dels socis professionals (amb fonament en la importància que en aquest tipus de societats tenen els professionals que la integren davant de la clientela), fet que impedeix incloure el nom de socis no professionals.

Resolució 8 gener 2011 (BOE 45, 22-II-11: 3481)

El conseller i secretari del consell d'administració d'una S.L. va renunciar a la seva condició de conseller i consta inscrita la seva renúncia. Després va cessar la resta del consell i els estatuts van ser modificats per passar al sistema de dos administradors mancomunats. El Registrador exigeix la notificació ex art. 111 RRM al conseller que havia dimitit en primer lloc, doncs consta la renúncia al càrrec de conseller, però no expressament al de secretari. Per contra, la Direcció entén que, certament, el conseller-secretari que dimiteix només com a conseller pot continuar essent secretari, però tampoc ha de ser així necessàriament, com ocorre en el cas resolt, on la nova estructura administrativa adoptada implica necessàriament la desaparició del càrrec de secretari del consell, i n'hi ha prou de notificar-ho als qui en aquell moment ostentaven la condició de consellers amb càrrec vigent i inscrit.

Resolució 26 gener 2011 (BOE 45, 22-II-11: 3482)

Malgrat que la certificació negativa de denominació social ha estat aportada al Notari per l'interessat en suport paper i han



passat diversos dies des que va ser emesa, la Direcció entén que la constitució de societat objecte del recurs s'inclou en l'àmbit d'aplicació del Reial Decret-Llei 13/2010 (en concret, l'art. 5-1 per tractar-se de societat amb capital no superior a 30.000 euros, els socis tots persones físiques i l'òrgan d'administració senzill), per tant, són exigibles les obligacions de Notaris i Registradors en relació amb els terminis, i són aplicables les reduccions aranzel·làries i els beneficis fiscals: és innecessari acreditar la provisió de fons per a la publicació al BORME.

El retard en els terminis imposats al Notari i al Registrador, sens perjudici de responsabilitats disciplinàries, no pot suposar ni paralitzar la constitució, ni inaplicar el RD-L. Si l'interessat sol·licita la certificació negativa de denominació social, el termini que té el Notari per remetre l'escriptura al Registre començarà a comptar des del moment en què se li lliuri aquest certificat, i no des de la recepció per part del sol·licitant.

Resolució 7 gener 2011 (BOE 50, 28-II-11: 3829)

Es presenten en un Registre Mercantil espanyol els comptes de la sucursal espanyola d'una societat italiana. La Direcció resol el següent:

- Els comptes han d'estar traduïts al castellà o la llengua cooficial de la Comunitat Autònoma on sigui el Registre (arts. 37 RH i 80 RRM).
- El dipòsit dels comptes d'una sucursal, quan la matriu els tingui ja dipositats al Registre de la seva nacionalitat, no és res més que un trasllat dels comptes ja dipositats, i el Registrador es limitarà a comprovar que efectivament es troben dipositats al Registre d'origen, mitjançant certificació autèntica (art. 375 RRM). En el supòsit resolt s'aporta certificació de la Cambra de Comerç de Siracusa, la firma sense embargament de la qual no està degudament postil·lada.
- Si la Llei estrangera no regulés l'elaboració dels comptes en forma equivalent a la Llei espanyola (fet que no ocorre en aquest cas), la societat hauria d'elaborar els comptes de la sucursal i dipositar-los al Registre Mercantil (art. 376 RRM).

Resolució 21 febrer 2011 (BOE 62, 14-III-11: 4673)

Declara inscriptible l'elevació a públic de la decisió de la sòcia única d'una S.L. sobre el trasllat del domicili social, tot i que al Registre consta com a soci únic una altra persona.

El Mercantil és un registre de persones, en el qual el principi de tracte successiu no té el mateix abast que en un registre de béns. La circulació de participacions socials opera al marge del Registre. L'única sanció prevista per la Llei per a la manca de constància del canvi de soci únic és la denegació del benefici de la limitació de responsabilitat (art. 14 LSC). El fet que el Registre publiqui una situació d'unipersonalitat o l'existència d'un soci únic que no és l'actual, no impedeix la inscripció de decisions socials adoptades per qui, en el moment oportú, és soci únic, el qual està legitimat per exercitar els drets de soci davant la societat des que tingui coneixement de la transmissió (art. 106-2 LSC). A més, en aquest cas, la sòcia única

també es administradora inscrita, per tant, competent per rebre les comunicacions a la societat i certificar les transmissions.

Resolució 2 febrer 2011 (BOE 69, 22-III-11: 5238)

Es refereix a una escriptura de fusió per la qual una societat anònima absorbeix altres societats anònimes i limitades. Es debat si cal un informe d'un expert independent valorant el patrimoni no dinerari transmès a la societat beneficiària. La Llei de modificacions estructurals exigeix l'informe quan la societat absorbent és anònima (art. 34-1), però declara innecessari l'informe «sobre el projecte comú de fusió» quan així ho acordin la totalitat dels socis amb dret de vot (art. 34-5).

Quan la societat absorbent és anònima, l'informe sobre el projecte de fusió té doble contingut: d'una banda, ha de valorar la relació de bescanvi (en aquesta part l'informe és una mitjana tuitiva en interès dels accionistes, a la qual cal cenyir la possibilitat de renúncia unànime prevista a l'apartat 5 de l'art. 34); i, d'altra banda, ha de manifestar l'equivalència entre el patrimoni aportat i l'augment del capital de la societat absorbent (fet que és conseqüència del principi de realitat del capital social i, per tant, no pot deixar-se a l'arbitri dels accionistes, doncs no només els interessa a ells, sinó també als creditors). Quant al segon aspecte, la Direcció declara necessari l'informe.

Resolució 2 març 2011 (BOE 69, 22-III-11: 5240)

Es refereix a una escriptura de reducció a zero del capital d'una limitada (per restituir l'equilibri entre capital i patrimoni disminuït per pèrdues), amb acord simultani d'augment de capital per compensació de crèdits fins a una xifra superior a l'anterior a la reducció. Es debat si és exigible en una «operació acordió» d'aquest tipus, la verificació per part d'un auditor del balanç que serveix de base a qualsevol reducció de capital (art. 323 LSC), però a la qual, en aquest cas, renuncien els socis, que aproven tots els acords per unanimitat.

La Direcció entén que, en general, la verificació comptable del balanç de reducció de capital és una mesura tuitiva per als creditors i per als socis. Però que en el cas concret, en quedar una xifra de capital superior a la que hi havia abans, no hi ha perjudici per als creditors. I pel que fa als socis, és possible la renúncia unànime, doncs en cas contrari no tindria sentit la possibilitat que el soci separat o exclòs arribi a un acord amb la societat per valorar les participacions (art. 353 LSC), o que els socis puguin prescindir per acord unànime de l'informe d'experts independents sobre el projecte comú de fusió (art. 34-5 Llei modificacions estructurals).

SUCCESSIONS

Resolució 9 desembre 2010 (BOE 22, 26-I-11: 1408)

Per inscriure la partició judicial acordada sense oposició és necessària la protocol·lització notarial prèvia de la interlocutòria del Jutge, o —després de la Llei 13/2009 d'Implantació de la Nova Oficina Judicial— del decret del Secretari judicial. Això és el que resulta de l'art. 787-2 LEC.

La referència a la sentència ferma que realitza l'art. 14 LH, es limita a les particions judicials concloses amb oposició. La Resolu-



Resolucions

ció 13 abril 2000 va permetre inscriure una partició judicial sense oposició, sense necessitat de protocol·lització prèvia, perquè el propi jutge havia disposat a la interlocutòria la inscriptibilitat directa del mateix.

Resolució 13 desembre 2010 (BOE 23, 27-I-11: 1485)

Considera inscriptible una liquidació de societat conjugal i partició realitzada per la vídua i el comptador-partidor, la qual no ha estat ratificada per un dels hereus (fet que suposa ignorar si tal hereu ha acceptat o no l'herència). En general, es pot inscriure una adquisició hereditària sense consentiment de l'afavorit, entenent que aquesta acceptació constitueix una condició suspensiva (Resolució 19 setembre 2002). L'acceptació podrà fer-se constar després en qualsevol moment, i estarà implícita a qualsevol acte voluntari que realitzi el titular del dret com a tal (per exemple, la simple sol·licitud d'inscripció), sense perjudici que, un cop acreditada la renúncia, es cancel·li la inscripció i es produeixi una eventual substitució o es completi la partició amb l'addició dels drets vacants.

Resolució 14 desembre 2010 (BOE 23, 27-I-11: 1487)

Acreditat que una hereva va morir abans que els testadors, mitjançant certificat de defunció incorporat a l'escriptura d'herència, no cal la declaració d'hereus de la premorta citats per via de substitució vulgar, doncs entren directament a l'herència i, un cop assenyalats, no procedeix cap esbrinament posterior sobre altres possibles substituïts.

La certificació cadastral incorporada és un dels mitjans assenyalats per l'art. 52 RD 1093/1997 per a l'acreditació de la superfície construïda de l'edifici.

TESTIMONIS

Resolució 4 gener 2011 (BOE 45, 22-II-11: 3480)

La Registradora havia denegat la inscripció d'un document privat de distribució d'hipoteca, al·legant que els testimonis aportats al Registre dels poders dels representants del banc no estaven estesos en paper d'ús exclusiu notarial. La Direcció entén que el requisit de l'art. 262 RN és un deure reglamentari l'incompliment del qual genera responsabilitat disciplinària per al Notari, però no afecta a l'eficàcia i inscriptibilitat del document (sense entrar en consideracions fiscals a les quals no es refereix la qualificació).

TRACTE SUCCESSIU

Resolució 22 desembre 2010 (BOE 62, 14-III-11: 4668)

Denega la inscripció d'un expedient de domini per reprendre el tracte, el promotor del qual va adquirir-lo per compra al titular registral. No es pot acudir a l'expedient de represa quan no existeix pròpiament tracte interromput. Existeix interrupció quan la inscripció d'una adquisició no es pot basar immediatament en el dret del titular registral.

[És doctrina constant de la Direcció, la qual té declarat que no procedeix acudir a aquest expedient: quan el promotor és hereu del

titular registral, o quan va adquirir dels hereus d'aquest (Resolucions 18 març 2000 i 15 novembre 2003), o quan el titular del qual va adquirir el promotor és una societat dissolta (Resolució 12 maig 2006), o quan el promotor és hereu de qui va comprar privadament al titular registral (Resolució 7 setembre 2009, BOE 242, 7-X-09: 15991)]

Resolució 5 gener 2011 (BOE 62, 14-III-11: 4669)

En una finca que constava inscrita com de guanys, es van atorgar unes capitulacions liquidant els guanys i adjudicant la finca a un dels cònjuges i, després, es va constituir una hipoteca només per al cònjuge adjudicatari, amb consentiment de l'altre cònjuge per tractar-se de l'habitatge habitual. El problema és que, suspesa la inscripció de les capitulacions a causa de defectes, es presenta ara la hipoteca, la inscripció de la qual denega la Direcció per falta de tracte; és a dir, per no haver estat constituïda pels dos titulars registrals actuals, sense que la intervenció del cònjuge no adjudicatari a efectes de l'art. 1320 CC (mer assentiment o conformitat amb el negoci jurídic aliè, segons la Resolució 7 desembre 2007) pugui equiparar-se al consentiment negocial per constituir un gravamen sobre una finca pròpia, atesa la seva diferent naturalesa i efectes.

La pròpia resolució reconeix el paral·lelisme d'aquest supòsit amb el de la Resolució 22 juliol 2009 (BOE 227, 19-IX-09: 14866), de la solució de la qual es desmarca, per entendre que a la segona concorrien circumstàncies excepcionals derivades de les vicissituds de la presentació electrònica.

[En el supòsit de la Resolució 22 de juliol del 2009, es van atorgar dues escriptures amb números de protocol consecutius: primer un préstec a dos cònjuges garantit amb hipoteca constituïda per la muller sobre un bé privatiu seu, amb consentiment del marit per tractar-se de l'habitatge familiar; després, una aportació a guanys del bé hipotecat. Els dos títols van ser presentats de manera simultània al Registre per via telemàtica, però van causar assentament de presentació en ordre invers. La Direcció va reconèixer que, un cop realitzat un assentament de presentació, aquest resta sota la salvaguarda dels Tribunals i mentre estigui vigent, no es pot inscriure un títol incompatible i que, en general, no es pot despatxar una hipoteca quan l'hipotecant ja no apareix com a titular registral. Però en el cas resolt, la Direcció va considerar que tots dos títols no eren incompatibles sinó relacionats entre sí; i que, a més, els dos titulars havien prestat el seu consentiment a la hipoteca, per la qual cosa procedia inscriure-la].

Resolució 10 gener 2011 (BOE 62, 14-III-11: 4670)

Per complir amb el principi de tracte successiu, la demanda ha de dirigir-se contra el titular registral i, si ha mort, contra l'herència jacent, però, en aquest cas, cal acreditar la data de la mort (art. 166-1 RH).

Només haurà de designar-se un administrador judicial de l'herència jacent si no es coneix el testament del causant, no hi hagués parents amb dret a la successió per ministeri de la Llei, i la demanda fos genèrica als possibles hereus del titular registral; però no quan el jutge hagi considerat suficientment la legitimació passiva de l'herència.

[Doctrina consolidada: Resolució 27 juliol 2010 (BOE 228, 20-IX-10: 14429); Resolució 19 agost 2010 (BOE 234, 27-IX-10: 14795); Resolució 20 agost 2010 (BOE 234, 27-IX-10: 14796)].



Ressenya de les principals Resolucions de la Direcció General de Dret i Entitats Jurídiques de la Generalitat

Publicades als mesos de gener a març del 2011

Per Víctor Esquirol Jiménez. Notari d'El Masnou

TESTAMENT POSTERIOR A CAPÍTOLS MATRIMONIALS

La Direcció General interpreta que el testament atorgat no contradiu els pactes successoris atorgats pel testador en capítols matrimonials.

Resolució del 29 de novembre del 2010 (DOGC 4 de gener del 2011)

Resum: El causant, mort el 1997, natural i veí de Sort, havia atorgat capítols matrimonials el 1952 en els quals, després de pactar amb la seva esposa que el cònjuge sobrevivent esdevindria usufructuari de tots els béns del premort, es van obligar a nomenar hereu dels seus respectius béns a aquell dels seus fills comuns que els semblés més oportú; i, si morís un d'ells sense haver fet el nomenament, el sobrevivent restava facultat per fer-ho respecte els béns d'ambdós. L'any 1995 el causant va atorgar testament en el qual va nomenar hereus llurs quatre fills en parts iguals. Posteriorment, a l'escriptura d'acceptació d'herència compareguren la vídua i els quatre fills i manifestaren la seva voluntat que prevalgués la institució d'hereu continguda al testament, a la qual donen validesa tots els atorgants.

La registradora suspèn la inscripció perquè considera que el testament contradiu allò pactat a l'escriptura de capítols matrimonials, que només poden modificar els atorgants que hi intervingueren. El notari interposa un recurs on argumenta que la institució d'hereus feta al testament no contradiu pas el que es disposa als capítols, sinó que, més aviat, li dona compliment; i encara que s'entengués que el testament modifica els capítols matrimonials, aquest canvi comptaria amb el consentiment de totes les persones afectades.

La DGDEJ estima el recurs. L'argument fonamental és que, d'acord amb l'article 110 CS, vigent en la data de l'obertura de la successió, és necessari esbrinar la veritable voluntat dels cònjuges atorgants dels capítols, la qual ha estat complementada, respecte del cònjuge premort, en el seu testament, i respecte del supervivent, en l'escriptura d'acceptació d'herència on ratifica el que aquell ha disposat unilateralment. Per altra banda, la DG considera que no ens trobem davant d'un supòsit de modificació o revocació d'heretament, sinó d'elecció d'hereu dins del criteri contingut a l'heretament, el qual complementa. En relació amb el problema que en l'heretament es tingui prevista l'elecció d'un sol hereu, el salva amb dos arguments: a) la realitat social actual ha superat la figura tradicional catalana de l'hereu únic; b) l'art. 148 CS, quan regula la institució d'hereu mitjançant fiduciari, disposa que el cònjuge fiduciari ha de portar a terme l'elecció entre els fills i descendents del causant, però no imposa que sigui només un d'ells, per la qual cosa, si el fiduciari pot fer-ho, amb més motiu ho podrà fer el

causant. Envers l'usdefruit pactat a favor del cònjuge sobrevivent i que no es té en compte a l'escriptura d'acceptació d'herència, atès que els fills s'adjudiquen el ple domini amb el consentiment del sobrevivent, però sense que aquest renunciï expressament a l'usdefruit, la DG deixa entreveure que aquesta renúncia podria no reunir els requisits de l'art. 27 CS, però malgrat això resol que, atès que la qüestió no ha estat discutida en la nota de qualificació, no ha de tractar-ho.

Comentari: Final sorprenent el d'aquesta resolució, la decisió de la qual estimo correcta per les raons que més endavant diré. Tinc la impressió que l'argumentació de la DG es va torçant a mesura que avança la resolució, la qual comença amb molt bon peu fent referència a la norma general d'interpretació de les disposicions testamentàries de l'art. 110 CS (avui 421-6 CCCat), però que després adquireix un biaix menys clar per intentar mantenir que el testament no modifica els capítols matrimonials sinó que els dona compliment, fins arribar a l'extrem de deixar sense resoldre un dels punts contradictoris amb aquesta postura, la renúncia de l'usufructuari, al·legant que no s'havia plantejat. Personalment, no veig una continuïtat entre els capítols i el testament, sinó un canvi en la voluntat del causant, de la mateixa manera que les seves circumstàncies personals i les socials del seu entorn van canviar en els quaranta-tres anys transcorreguts entre els uns i l'altre, la qual cosa segurament va motivar que el causant atorgués un testament, ja no amb la finalitat de donar compliment a l'antic pacte, sinó amb la d'atorgar una nova manifestació d'última voluntat, com ho demostra que no es limités a triar entre els seus fills el que li semblés més oportú, sinó a instituir-los a tots com a hereus per parts iguals, sense més justificació. A més, és clar que si el 1952 a Sort era habitual atorgar un heretament pur a favor d'un dels fills, el 1995 el més habitual era atorgar testament en favor de tots els fills.

Per tant, crec que la solució (la mateixa) és molt més senzilla, adequada a la realitat i correcta tècnicament si es considera que els atorgants de l'heretament van canviar d'opinió, si bé la forma escollida no va ser la més adequada. Segons la meva experiència professional, puc intentar imaginar el que va succeir: el matrimoni no recordava haver atorgat els capítols matrimonials quaranta-tres anys abans, així que es van presentar davant de notari per fer testament i aquest va fer el que era habitual l'any 1995, dos testaments independents; si ho haguessin recordat, s'hauria atorgat una escriptura de modificació de capítols i ara no estaria comentant aquesta resolució. Presumeixo el consentiment i la capacitat del cònjuge vidu, atès que a l'escriptura d'acceptació d'herència va ratificar el que el seu marit havia estipulat.

A part d'això, no ha de veure's cap problema legal en considerar revocat el pacte successori contingut als capítols. Un dels possi-



Resolucions

bles impediments per a això seria que haguessin concorregut a l'atorgament altres persones (els pares dels esposos, per exemple); però l'art. 12.3, 3.º CDCC, en vigor el 1997, disposava, pel que fa a la modificació o revocació dels capítols matrimonials, que «els pactes successoris recíprocs entre cònjuges podran ser modificats o deixats sense efecte per aquests, com també els establerts per ells a favor dels seus fills, sense necessitat de l'acord de les altres persones que hagin concorregut en els capítols ni dels hereus». Un altre impediment, que és el que li sembla insalvable a la DG, prové de l'art. 3.III CS, quan disposa que la successió testada universal només es pot donar en defecte d'heretament. No obstant això, no és tan insalvable si es considera que l'heretament ha estat revocat, encara que no s'hagi revocat de la manera més ortodoxa, és a dir, mitjançant l'atorgament d'un pacte successori revocatori. I precisament de caràcter formal és el tercer possible impediment: si la revocació s'ha dut a terme complint els requisits formals exigibles. Quant a la forma externa o solemnitats formals, no hi ha problema, ja que la voluntat dels cònjuges consta en sengles documents notariais. Respecte a la forma interna, es pot plantejar si la revocació ha de ser expressa. Sobre això podem dir que cap norma exigeix la revocació expressa dels capítols matrimonials ni de les disposicions testamentàries. Així, de l'art. 130 CS es dedueix que la revocació del testament pot ser expressa o tàcita, i en aquest últim cas té lloc mitjançant l'atorgament d'un testament posterior. De la mateixa manera, l'atorgament d'un testament, les disposicions del qual són ratificades posteriorment per l'altre cònjuge contractant, es pot considerar com una revocació tàcita del pacte successori precedent.

Existeix, per últim, un argument que a mi em sembla definitiu per a la resolució del cas i que la DG no menciona. El Dret de successions no tan sols forma part del Dret privat sinó que, a més, diria que és la branca més privada del Dret privat. Els notaris som testimonis de primera fila de la cada vegada més intensa immissió del Dret públic en el Dret civil, però si una branca d'aquest s'ha mantingut (desitjo que per molt de temps) com l'essència del Dret privat és precisament el Dret de successions. El Dret privat és aquell que regula les relacions entre els particulars, i el Dret de successions, el que regula les relacions que es produeixen quan mor una persona; com diu LACRUZ, és el que tracta d'omplir la llacuna que amb la seva mort ha deixat una persona. Així doncs, si en un supòsit com el que comentem, totes les persones que integren aquestes relacions, inclòs el propi causant, les regulen amb plena capacitat de mutu acord, no hi haurà cap llacuna, el Dret de successions perd la seva raó d'ésser i haurà de quedar a un costat davant de la llibertat civil de les persones, com proclama amb caràcter general l'art. 111-6 CCCat.

LLICÈNCIA DE DIVISIÓ

No és necessària la llicència urbanística ni la declaració d'innecessarietat per dividir un edifici en règim de propietat horitzontal, si no s'incrementa el número de departaments privatis en relació amb els que consten en la inscripció d'obra nova i en la llicència d'obres.

Resolució del 10 de febrer del 2010 (DOGC 4 de gener del 2011)

Resum: Es declara en règim de propietat horitzontal un edifici que consta inscrit al Registre de la Propietat i descrit com una casa com-

posta de planta baixa, destinada a magatzem, i dos pisos alts, amb un habitatge a cadascun. La mateixa descripció resulta de la certificació cadastral. La divisió horitzontal es fa creant tres entitats: el magatzem a la planta baixa i els dos habitatges. El notari autoritzant fa constar a l'escriptura que no és exigible la llicència ni la declaració municipal d'innecessarietat perquè ja consta al Registre el destí de l'edificació i el seu número d'habitatges, sense que s'hagi produït un augment del nombre de departaments. El registrador considera que la llicència o declaració d'innecessarietat són imprescindibles i s'empara en un escrit municipal d'al·legacions que informa que no s'ha augmentat el número de departaments en relació amb els que consten a la llicència d'obres que es va concedir en el seu dia, però que entén que s'ha d'aportar al Registre la declaració d'innecessarietat de la divisió.

La DGDEJ resol que no és necessària la llicència ni la declaració d'innecessarietat per atorgar l'escriptura de divisió horitzontal, ja que no s'incrementa el nombre d'establiments en relació amb els que consten a l'escriptura d'obra nova. Així es desprèn de l'art. 179.2 del Decret Legislatiu 1/2005, del 26 de juliol, pel qual s'aprova el Text Refós de la Llei d'Urbanisme, i de l'art. 238 del Decret 305/2006, del 18 de juliol, pel qual s'aprova el Reglament de la Llei d'Urbanisme. I en relació amb l'escrit de l'Ajuntament que declara que no cal la llicència, però que, malgrat això, cal obtenir la declaració d'innecessarietat, considera que aquest escrit ja compleix aquesta finalitat i declara inadmissible que s'obligui l'interessat a demanar una nova declaració municipal d'innecessarietat, sobre la base dels principis de tutela judicial efectiva i d'eficàcia de l'administració que proclamen els art. 24 i 103 de la Constitució, i el dret a una bona Administració pública que conté l'art. 30 de l'Estatut d'Autonomia.

Comentari: Aquesta resolució, del tot impecable pel que fa a la DGDEJ, acumula tanmateix un seguit de despropòsits que la fan mereixedora de l'adjectiu de kafkiana. En primer lloc, sembla increïble que hagi estat necessari arribar a la DG per resoldre un tema d'una claredat tan evident. En descàrrec de la institució registral, he de dir que el criteri defensat per aquest registrador de la propietat no és assumit per nombrosos companys seus, segons em consta per la meua experiència professional. En segon lloc, resulta inversemblant l'informe municipal que declara que no és necessària la llicència, però obliga a obtenir del propi Ajuntament una nova declaració d'innecessarietat. I per acabar-ho de rematar, aquesta resolució s'ha publicat dos cops al DOGC, la primera el 22 de març del 2010 i la segona ara, gairebé un any més tard. Tot i que se'ls ha assignat un número de resolució diferent, són la mateixa, no varien ni en una coma. Fa temps que observo cert descontrol en la publicació de les resolucions: algunes es publiquen després d'altres de data posterior; altres, amb molta freqüència, es publiquen amb un retard injustificable. El cas més flagrant és el de la Resolució del 18 de juny del 2010, publicada al DOGC del 10 de desembre del 2010 (gairebé sis mesos després), amb els agreujants que a l'escriptura que la va motivar s'havia pactat una condició suspensiva per la qual la venda portada a terme se supeditava a la seva inscripció al Registre de la Propietat en el termini màxim de sis mesos i que la resolució n'ordenava la inscripció. No sé què haurà succeït en aquest cas (confio que la notificació als interessats s'hagi fet abans i que el registrador hagi inscrit en el termini previst), però si l'operació es va frustrar per culpa de la demora en la publicació al DOGC, això suposaria un notable descredit d'aquestes institucions.



RECURS CONTRA LA QUALIFICACIÓ REGISTRAL

En cas de qualificació portada a terme pel registrador substituït de l'art. 19 bis LH, el recurs davant de la DG competent ha d'interposar-se contra la qualificació del registrador substituït.

Resolució del 25 de novembre del 2010 (DOGC 13 de gener del 2011)

Resum: Presentada una escriptura al Registre de la Propietat, la registradora suspèn la inscripció per quatre motius, relatius a la modificació de la descripció d'un edifici en règim de propietat horitzontal. Posteriorment, s'instaura l'aplicació del quadre de substitucions contra l'esmentat acord de qualificació i el registrador substituït revoca dos dels defectes i ratifica els altres dos. El notari autoritzant interposa un recurs davant del registrador substituït, el qual no emet el preceptiu informe perquè considera que el recurs s'ha de presentar contra la nota de qualificació del registrador substituït.

Comentari: La DGDEJ desestima el recurs perquè l'art. 19 bis LH disposa que s'ha de presentar contra l'acord de qualificació del registrador substituït, i sobre la base que la interposició del recurs contra l'acord del registrador substituït impedeix complir els tràmits essencials de l'expedient; en particular, com que el recurs no es presenta a l'oficina del Registre on radica la finca, sinó davant de la DG, i aquesta ho ha de comunicar al Registre del qual procedeix l'acord que es recorre (art. 327 LH), el Registre on radica la finca no tindria coneixement de la interposició del recurs davant de la DG i no podria procedir a la pròrroga de l'assentament de presentació. A més, la registradora substituïda tampoc ha pogut rectificar la seva qualificació ni ha pogut instruir l'expedient amb els requisits de l'art. 3 de la Llei 5/2009, del 28 d'abril, amb notificació a tots els interessats i emissió de l'informe preceptiu.

DRET DE VOL

Als efectes de l'exercici del dret de vol, la transformació d'unes golfes en un habitatge, portada a terme pel titular del dret de vol amb el consentiment de la propietària única de l'edifici, es pot equiparar a la construcció d'una nova planta.

Resolució de l'1 de desembre del 2010 (DOGC 13 de gener del 2011)

Resum: El titular d'un dret de vol sobre un edifici decideix, en lloc de construir una nova planta, rehabilitar les golfes i, junt amb la propietària única de la resta de l'edifici (la seva mare, que li va fer donació en el seu dia del dret de vol), atorga una escriptura pública de modificació del dret de vol en aquest sentit, execució del dret de vol mitjançant la descripció de l'habitatge que resulta de les obres i declaració de l'edifici en règim de propietat horitzontal, adjudicant la planta sota coberta, abans ocupada per les golfes, al titular del dret de vol.

Presentada l'escriptura al Registre de la Propietat, el registrador la qualifica negativament argumentant que el dret de vol faculta el seu titular per adquirir la propietat de les noves plantes construïdes on abans no n'hi havia, mentre que en la rehabilitació no hi ha edificació o construcció sobre la qual recaigui un nou dret de

domini diferent al ja existent. La registradora proposa, per tant, la transmissió de la planta de les golfes o sota coberta, per la qual cosa qualifica el defecte com a irreparable. El notari recorre però atorga una escriptura de modificació de l'anterior (no consta en quins termes), que s'inscriu el mateix dia en què la registradora emet l'informe sobre el recurs interposat, ara a efectes exclusivament doctrinals.

Comentari: La DGDEJ, al meu parer en una gran resolució, estima el recurs a aquests efectes. Comença avenint-se amb la posició de la registradora des d'una interpretació estrictament literal de les normes, en aquest cas els art. 567-1 i 567-5 CCCat. Però afegeix que, des d'una interpretació finalista dels esmentats preceptes, l'escriptura no se'ls hi oposa, i considera que aquesta «lleu tensió» entre una funció de garantia d'aplicació de la norma (la qual cosa porta a una interpretació més estàtica de les normes per part de la registradora) i la de procurar als interessats els mitjans més adients per assolir les finalitats lícites que es proposen (la qual cosa porta a una interpretació més dinàmica per part del notari), «és un dels molts avantatges del sistema de seguretat jurídica preventiva i permet que la llei s'adeqüi a cada cas concret i que el Dret evolucioni amb la realitat, evitant sempre, és clar, el perjudici de tercers». En el supòsit que ens ocupa, l'equiparació entre el dret a construir una nova planta i el dret a rehabilitar la ja existent s'ajusta a la finalitat econòmica i social que pretén donar el CC quan regula el dret de vol. Des d'una interpretació literal, la DG considera que cap de les normes del capítol VII prohibeix que el vol es constitueixi sobre una planta de l'edifici que ja existia. El principi de llibertat civil que proclama l'art. 111-6 CCCat i que el preàmbul de la Llei 5/2006, del Llibre cinquè, considera específicament aplicable als drets reals, porta també a acceptar-ho.

LLEI DE COSTES

No és necessària la certificació administrativa que acrediti la no-invasió del domini públic marítimoterrestre per inscriure una escriptura d'ampliació d'obra sobre una finca que confronta amb un canal navegable d'una marina interior

Resolució del 24 de novembre del 2010 (DOGC 2 de febrer del 2011)

Resum: Es tracta d'un supòsit molt semblant al que va donar lloc a la RDGDEJ del 28 de juliol del 2009 (a la Resolució del 2009 la finca estava a Empuriabrava, al municipi de Castelló d'Empúries; mentre que en aquesta està a la urbanització Santa Margarita de Roses). La DG resol en idèntic sentit de considerar no exigible l'esmentada certificació atès que en les marines interiors la delimitació entre les parcel·les privades i el domini públic marítimoterrestre resta perfectament fixada i no és aplicable l'anomenada servitud de protecció de la legislació de costes, sinó les limitacions especials de la legislació catalana, que no l'exigeix.

Concretament, la DGDEJ distingeix entre la legislació en matèria de ports, que és competència legislativa de la Generalitat, i que està constituïda per la Llei 5/1998, del 17 d'abril, de ports de Catalunya, pel seu Reglament, aprovat pel Decret 258/2003, del 21 d'octubre, i pel Reglament de marines interiors de Catalunya, aprovat pel Decret 17/2005, del 8 de febrer; i la regulació del domini públic marítimoterrestre, que és competència del legislador estatal i que es troba continguda en la Llei 22/1988, del 28 de juliol, de costes,



i el seu reglament, aprovat pel Reial Decret 1471/1989, de l'1 de desembre. Tot i que els canals són de domini públic estatal i estan sotmesos a aquesta normativa, a les parcel·les edificables contigües als canals se'ls aplica la franja de servei nàutic que estableix l'art. 26 del Reglament de marines interiors de Catalunya i no és d'aplicació la zona de servitud de protecció que regula el títol II de la Llei de costes. Això és així atès que la ribera del mar és un espai complex per la seva variació natural; en canvi, a les marines interiors o urbanitzacions marítimes els canals són un domini públic perfectament definit. D'altra banda, atès que es tracta d'una escriptura d'obra nova i no d'una transmissió onerosa, tampoc considera que sigui necessari l'advertiment sobre la franja de servitud de protecció.

En un altre ordre de coses, la DG aclareix que el termini de quinze dies per qualificar i inscriure un document no liquidat de l'impost no compta des de la data de presentació, sinó des de la data en què es realitza el pagament de l'impost, atès que l'art. 255 LH disposa que quan es presenta un document abans que es verifiqui el pagament de l'impost, se suspendrà la qualificació i la inscripció i es retornarà el títol a qui l'hagi presentat, amb la finalitat que satisfaci l'esmentat impost.

Comentari: L'art. 15.1 de la Llei de costes obliga a obtenir la certificació que acrediti que la finca no envaeix el domini públic per immatricular finques que confronten amb el domini públic maritimoterrestre. L'art. 35 del Reglament de costes va estendre aquesta obligació a la segona i posteriors inscripcions. El TS (Sentències del 16 d'octubre del 1996 i 27 de maig del 1998 de la Sala contenciosa administrativa) va declarar que aquest precepte reglamentari era ajustat a la Llei, la qual cosa va obligar a la DGRN a canviar el seu anterior criteri i a exigir el certificat per a les inscripcions posteriors a la d'immatriculació (RDGRN del 6 d'octubre del 2008).

El cas concret de les marines interiors és especial, ja que es tracta de terrenys que, de manera artificial, han estat envaïts pel mar amb la finalitat de crear canals navegables, adjacents a aquests canals, amarraments i edificacions de titularitat privada. El problema és que aquests canals formen part del domini públic - terrestre estatal, com reconeix la pròpia DGDEJ, i que, per aquest motiu, existeix una conjunció de competències i de normatives estatals i autonòmiques, que no són excloents sinó complementàries entre elles: l'estatal persegueix la protecció del domini públic maritimoterrestre estatal; i l'autonòmica, la gestió i organització de les instal·lacions portuàries.

Sembla clar, doncs, que la normativa autonòmica no pot eximir de l'aplicació de l'art. 15.1 de la Llei de costes, perquè no té competències per regular la protecció del domini públic maritimoterrestre estatal. És obvi que les marines interiors no requereixen totes les mesures de protecció previstes a la normativa de costes i haurien de ser objecte d'una regulació diferenciada, però és cert que avui dia aquesta normativa no existeix i l'art. 15.1 segueix obligant clarament a obtenir el certificat administratiu sense cap excepció.

Respecte al termini per qualificar quan es torna a presentar el document un cop ja pagat l'impost, crec que hauria de comptar, no des de la data de pagament de l'impost, com diu la DG, sinó des de la data en què el document és presentat de nou al Registre de la Propietat.

INTERPRETACIÓ DEL TESTAMENT

Ordenat pel testador un llegat d'usdefruit universal, només queden exclosos de l'usdefruit els béns que el testador hagi llegat en ple domini de forma inequívoca.

Resolució del 28 de gener del 2011 (DOGC 24 de febrer del 2011)

Resum: El testador va llegar a la seva esposa l'usdefruit universal de l'herència, va ordenar a favor d'un fill un prellegat dels «drets que corresponien al testador sobre la meitat indivisa d'una torre...» i va instituir hereus a tots els seus fills. El causant va morir el 2000 i a l'escriptura d'acceptació d'herència, en la qual compareixen tots els interessats, es manifesta que l'únic bé integrant del cabal relict és la finca prellegada, que és adjudicada en ple domini al prelegatari. El registrador de la propietat suspèn la inscripció perquè entén que la finca s'havia d'adjudicar en nua propietat al fill i l'usdefruit a la vídua. El notari autoritzant recorre al·legant que la disposició de l'usdefruit universal a favor de la vídua és una clàusula d'estil que, d'acord amb l'art. 304 CS, admet voluntat contrària envers a la seva extensió, tal i com succeeix en aquest supòsit, en el qual la clàusula del prellegat evidencia, segons la seva opinió i la dels interessats en la successió, que l'esmentada finca no hauria de veure's afectada per l'usdefruit universal de la vídua.

La DGDEJ confirma la nota. Segons l'art. 304 CS el llegat d'usdefruit universal s'estén a tots els béns relictos, excepte que existeixi voluntat contrària del testador. De tot això s'infereix que qui pot fixar l'extensió de l'usdefruit és el testador, no els interessats o beneficiaris de la successió. Pel que fa a la forma de descobrir la voluntat del testador al respecte, considera que, si bé aquesta voluntat no ha de ser necessàriament «expressa», sí que ha de ser «inequívoca», la qual cosa no es compleix pel fet d'atorgar el causant un llegat o un prellegat, ni tan sols per utilitzar l'expressió «prellega els drets que li corresponguin», que en aquest cas el dret és la plena propietat.

Comentari: Lògicament, l'usdefruit universal recau sobre tots els béns de l'herència, tret que el testador limiti aquest abast, cosa que no fa clarament. La clau de la qüestió és que el testador estableix expressament que l'usdefruit és universal, mentre que no diu expressament que la finca llegada queda exclosa de l'usdefruit, sinó que com a màxim s'hauria de deduir de la frase «prellega tots els drets que corresponguin». És evident que davant d'una possible contradicció entre una clàusula clara i una altra de confosa ha de prevaler la primera, en aplicació de l'art. 110 CS (avui 421-6 CCCat).

Per tant, per la via d'interpretació del testament és molt difícil que hereus i legataris puguin arribar a la solució que han adoptat. Es podria plantejar, a tot estirar, si l'argument que hem expressat anteriorment a propòsit de la Resolució del 29 de novembre del 2010, el de la llibertat civil de tots els interessats en la successió, es podria aplicar a aquest supòsit. La meua opinió és que no, ja que entre aquest i el de la resolució anterior hi ha una diferència fonamental: la voluntat del testador. La voluntat del testador és la llei de la successió i els interessats en aquesta no la poden obviar, ni tan sols per la via d'una interpretació que no tingui base en el testament. Els acords a què arribin els interessats sobre la successió són lícits i vàlids, però no poden variar la delació successòria, ja que són posteriors a aquesta, són negocis jurídics independents de la successió hereditària i responen a una causa pròpia i diferent d'aquesta.



Revocació i nul·litat de Resolucions de la DGRN. El BOE de 18 d'agost de 2010 i la STS de 3 de gener de 2011

Antonio A. Longo Martínez. Notari de Calafell

El BOE del 10 d'agost del 2010 va publicar un seguit de sentències fermes de diversos tribunals de justícia, en les quals s'anul·laven determinades resolucions de la DGRN que en el seu moment havien estimat el recurs governatiu interposat contra la qualificació del registrador. En alguns dels casos, el fonament de les citades sentències es basava en la circumstància que la DGRN havia dictat la resolució en qüestió una vegada transcorregut el termini de tres mesos que estableix l'article 327 de la Llei Hipotecària. El Tribunal Suprem ha recollit ara aquest fonament en Sentència de 3 de gener de 2011, dictada per la Sala 1a en unificació de doctrina, que declara la nul·litat de les resolucions extemporànies. A continuació s'exposen unes breus reflexions sobre els efectes que es deriven de tot això.

A) Publicació al BOE de les sentències revocatòries

La conseqüència de la publicació al BOE de les sentències desestimatòries és que la doctrina de la DGRN que contenen les esmentades resolucions perd el caràcter vinculant que li atribuïa l'article 327.10 de la Llei Hipotecària, segons el qual «*Publicada en el "Butlletí Oficial de l'Estat" la resolució expressa per la qual s'estima el recurs, té caràcter vinculant per a tots els registradors mentre no l'anul·lin els tribunals. La seva anul·lació, una vegada ferma, s'ha de publicar de la mateixa manera*».

(...)

Això planteja una sèrie de qüestions, la més important de les quals potser es pot resumir en la següent pregunta: **què passa amb les Resolucions similars a l'anul·lada que poguéss tenir ja dictades la DGRN abans d'aquesta anul·lació, o que poguéss dictar en el futur?** Segons la meua opinió, per donar resposta a aquesta qüestió és necessari distingir entre aquelles sentències en les quals la declaració de nul·litat de la Resolució té com a fonament raons de forma o «procedimentals», i aquelles que es recolzen en raons substantives o «de fons»:

A) podríem considerar que tenen com a fonament **raons procedimentals** les que es basen:

- en el dret del registrador a complementar a l'informe els arguments justificatius de la nota de qualificació;
- en la circumstància que la resolució s'hagi dictat fora de termini;
- en el fet que l'assumpte de fons debatut queda pendent de resolució ferma per part dels tribunals.

1. Dins del primer grup (dret del registrador a complementar a l'informe els arguments justificatius de la nota de qualificació) hi hauria:

1.1. La **Resolució del 7 d'abril del 2006, anul·lada** per Sentència del 26 d'octubre del 2007 del Jutjat de Primera Instància núm. 6 de Badajoz, i en apel·lació per la **Sentència ferma del 29 de febrer del 2008 de l'Audiència Provincial de Badajoz**. Aquesta Resolució havia revocat la nota de qualificació del registrador que no havia inscrit una hipoteca constituïda per una societat en suspensió de pagaments, perquè no hi havia acord de la Comissió Interventora, ni apareixien en el conveni facultats específiques de disposició a favor del suspens. La DGRN havia deixat clar que el pressupòsit és el contrari: el suspens té totes aquelles facultats que no hagin estat limitades en el conveni.

2. En el segon grup (resolució dictada fora de termini) constarien:

2.1. La **Resolució del 19 de setembre del 2006, anul·lada** per la **Sentència ferma del 26 de setembre del 2007 del Jutjat de Primera Instància núm. 15 de Màlaga**. La DGRN, en aquesta Resolució, va confirmar la innecessarietat, en cas d'utilització d'apoderament atorgat per un representant orgànic de la societat, de la ressenya identificativa dels títols de representació en què basa les seves facultats aquest representant orgànic (a diferència dels casos de subapoderament).

2.2. La **Resolució del 29 de setembre del 2005, anul·lada** per la **Sentència ferma de l'Audiència Provincial de Màlaga, del 21 d'octubre del 2008**. La DG, davant de la qualificació del registrador relativa a la necessitat d'«expressar en el títol l'abast i l'extensió de les facultats concebudes» a l'apoderat del venedor, reitera la seva doctrina que, un cop ressenyat degudament el document de poder, el judici de suficiència es compleix amb la fórmula, utilitzada en el cas, que el notari jutja l'apoderat, sota la seva responsabilitat, «amb facultats representatives suficients per a la compravenda que es formalitza públicament a través d'aquest instrument».

2.3. La **Resolució del 21 de setembre del 2005, anul·lada** per la sentència del 17 de juliol del 2007 del Jutjat de Primera Instància número 8 de Múrcia, i en apel·lació per la de **l'Audiència Provincial de Múrcia del 3 de novembre del 2008**. Aquesta última, davant de la doctrina de la Resolució que es pot inscriure la compravenda atorgada per un representant orgànic amb càrrec no inscrit (ja que l'obligatorietat d'aquesta inscripció no afecta la validesa i eficàcia del nomenament, i tal



Resolucions

incompliment està fora de l'àmbit de qualificació del registrador) assenyala que l'art. 98 de la Llei 24/2001 no confereix al notari cap potestat ni investidura per valorar la validesa del nomenament, ni per marginar o excloure la qualificació de la seva legalitat per part del registrador.

- 2.4.** La **Resolució del 14 de maig del 2007**, anul·lada per **sentència de l'Audiència Provincial de València del 23 d'abril del 2008**. A la primera, la DG, davant de l'al·legació de l'art. 401 RRM, havia permès la utilització d'una denominació social composta per nom i cognom (Giovanna Tornabuoni, S.L.), aquest es referia a una coneguda obra d'art renaixentista, i assenyala que això mateix succeirà en supòsits de nom i cognoms d'ús freqüent, sense que «calgui mitjançar el consentiment d'una persona en la qual concorrien aquells apel·latius».
- 2.5.** La **Resolució del 2 de desembre del 2006**, anul·lada per sentència de l'**Audiència Provincial de Ciudad Real del 16 d'abril del 2008**. La DG havia entès inscriptible, en una hipoteca en garantia de crèdit en compte corrent, la clàusula de venciment anticipat del crèdit per falta de pagament d'alguna de les quotes per principal i/o interessos.
- 2.6.** La **Resolució del 19 d'octubre del 2005**, la nul·litat de la qual és confirmada per la sentència de l'**Audiència Provincial d'Almeria del 28 de març del 2007**. La qüestió de fons era la validesa i inscriptibilitat, que la DG confirma, de la compravenda d'habitatge en la qual, en relació amb possibles despeses de comunitat pendents, es prescindeix de qualsevol manifestació del transmissor, aportació de certificació i/o exoneraació per part de l'adquirent. Tot això sense perjudici de les accions d'aquest davant dels qui hagin incomplert aquesta obligació legal.
- 3.** I inclouríem en el tercer grup (assumpte de fons debatut pendent de resolució ferma per part dels tribunals) les dues següents:
- 3.1.** La **Resolució del 4 d'octubre del 2005**, que fou anul·lada per sentència de l'**Audiència Provincial de Màlaga del 4 de febrer del 2009**. Es va discutir si el poder per comprar immobles permet comprar participacions indivises, cosa que va negar el registrador, i va admetre la DG, si bé sense entrar en el fons i per la simple aplicació de l'art. 98 de la Llei 24/2001. Tanmateix, sembla que la Resolució es va dictar fora de termini, i per aquest motiu el registrador, considerant desestimat el seu recurs per silenci administratiu d'acord amb l'art. 327.9 LH, va recórrer judicialment. I ara l'Audiència —que tot i declarar l'extemporaneïtat i, per tant, la nul·litat de la Resolució entra en el fons i dóna la raó al registrador—, declara que «la doctrina de la DG no pot ser de rang superior a la jurisprudència dictada per la sala 1a del TS pel que fa als drets civils, per la qual cosa, si l'assumpte debatut es troba pendent de resolució ferma per part dels Tribunals i sotmesa al control jurisdiccional, fins que no es pronunciïn definitivament els Tribunals la seva vinculació no resulta pertinent».

- 3.2.** La **Resolució del 29 de setembre del 2005**, anul·lada per la **Sentència ferma de l'Audiència Provincial de Màlaga, del 21 d'octubre del 2008**. És la mateixa que hem inclòs al punt 2.2, al qual ens remetem, i se'n justifica la inclusió també en aquest grup ja que l'AP de Màlaga fa la mateixa declaració que la transcrita al punt 3.1 anterior respecte dels casos pendents de resolució ferma per part dels tribunals.

B) Per altra banda, es basarien en **raons de fons** les que s'inclouen en els següents apartats, atenent l'àmbit corresponent:

1. (Poders):

- 1.1.** **Resolució del 13 de febrer del 2008**, anul·lada per la **Sentència del 13 de maig del 2009 de l'Audiència Provincial de Madrid**. L'Audiència determina que la interpretació de l'art. 98 (Lleis 24/2001 i 24/2005) ha de ser coordinada i respectuosa amb la de l'art. 18 LH, per la qual cosa el Notari, com a funcionari públic, ha de «motivar» el judici de suficiència sobre la base d'una ressenya, encara succinta, de les facultats «preses directament del poder», ja que es tracta de fets i no de valoracions.

2. (Fiscal):

- 2.1.** **Resolució del 16 de febrer del 2008**, revocada per la Sentència del 28 de juliol del 2008 del Jutjat de 1a Instància núm. 3 de Lleida i en apel·lació per la **Sentència de l'Audiència Provincial de Lleida, del 30 d'octubre del 2009**. Es conclou que la presentació telemàtica sense acreditació del pagament d'impostos permet al Registrador no entrar en la qualificació de fons del document.
- 2.2.** **Resolucions del 7 i 17 d'abril del 2008**, anul·lades per **Sentència ferma del Jutjat de Primera Instància núm. 6 de Còrdova, del 18 de desembre del 2009**, que entén que l'art. 255 LH no permet la inscripció d'una cancel·lació d'hipoteca sense haver acreditat la liquidació o exempció de l'impost.

3. (Urbanisme):

- 3.1.** **Resolució del 28 d'octubre del 2004**, anul·lada per **Sentència del 22 de Juny del 2009 de l'Audiència Provincial de Barcelona**, que entén que tractant-se de societats, no és aplicable la dispensa de l'assegurança decenal a l'«autopromotor individual d'un únic habitatge unifamiliar per a ús propi» si al Registrador li consta que té un altre habitatge, i no es determina i acredita a quin ús es refereix, sense que sigui suficient a l'efecte la simple manifestació.
- 3.2.** La **Resolució del 14 de juny del 2004**, revocada per la **sentència de l'Audiència Provincial de Madrid del 3 d'octubre del 2008**, segons la qual queden subjectes a llicència, d'acord amb la normativa urbanística de Madrid, els actes d'atribució de l'ús exclusiu, en règim de propietat horitzontal, de parts de terreny destinades a jardí.



3.3. La Resolució del 6 d'octubre del 2004, revocada per **Sentència ferma del 4 de juliol del 2005 del Jutjat de Primera Instància de Pamplona/Iruña, núm. 6**, la qual diu que només la signatura de l'Alcalde en el document de concessió de llicència no és suficient, ja que és la del Secretari la que dóna fe de la realitat de l'acte, i a més, de la seva validesa, legitimitat i vigència.

4. (Hipoteques):

4.1. Resolució del 4 de març del 2005, anul·lada per la **Sentència ferma del Jutjat de Primera Instància núm. 4 de Girona, del 3 de juliol del 2008**, que estableix la tesi que no es pot constituir hipoteca a favor del fiador d'un deute ja garantit amb hipoteca, perquè l'obligació és la mateixa, i ho impedeix l'art. 104 LH.

4.2. Resolució del 2 de setembre del 2005, que, impugnada pel Col·legi de Registradors, és revocada per **Sentència ferma de l'Audiència Provincial de Barcelona del 17 de juny del 2008**, conforme a la qual no és possible subjectar una ampliació de responsabilitat hipotecària a la condició suspensiva que un determinat tram del crèdit no hagi estat amortitzat, i atorgada la cancel·lació d'hipoteca, en un determinat termini.

5. (Arrendaments):

5.1. Resolució del 22 d'abril del 2006, revocada per la Sentència del 22 de maig del 2007 del Jutjat de Primera Instància núm. 7 d'Alacant, la qual és confirmada per la **Sentència del 14 de gener del 2008 de l'Audiència Provincial d'Alacant**, que estableix la tesi que no és possible considerar acte d'administració, susceptible de ser acordat per la majoria dels condominis, l'arrendament urbà per terminis de cinc anys.

Doncs bé, plantejada aquesta distinció entre les sentències comentades, tornem a la pregunta inicial: què succeeix amb les Resolucions similars a l'anul·lada que poguésser haver dictat la DG abans d'aquesta anul·lació, o que poguésser dictar en el futur? Mes concretament:

1. Perd caràcter vinculant la doctrina continguda en la Resolució anul·lada, que poguésser en el seu cas estar també continguda en alguna Resolució anterior? Entenc que sí, sempre que existeixi identitat en la normativa aplicada al supòsit de fet, és a dir, la que hauria servit de fonament a l'estimació del recurs governatiu. En canvi, si la sentència s'ha dictat per qualsevol de les que hem qualificat com a raons «procedimentals», no hi ha hagut interpretació d'aquesta normativa substantiva, i per tant aquelles resolucions no haurien de perdre el seu caràcter vinculant en la qüestió de fons que resolen, sinó estrictament en allò que, si és el cas, hauria estat una qüestió de procediment.

Així, la doctrina anterior segons la qual l'informe del registrador no pot ampliar els arguments jurídics de la qualificació ha deixat de tenir caràcter vinculant, com també la que obligava a fer una qualificació completa en el moment d'apreciar el defecte de falta de liquidació de l'impost.

En canvi, la doctrina de la DG que entén no exigible en el cas d'apoderat d'una societat la ressenya de les dades identificatives de l'òrgan d'administració que li va atorgar el poder no perd, en la meua opinió, el seu caràcter vinculant, perquè la Resolució ara anul·lada ho és per extemporània.

2. Impedeix la sentència a la DGRN pronunciar-se posteriorment en el mateix sentit que ho havia fet en la Resolució anul·lada? No, segons el meu punt de vista, perquè a la DGRN no se li poden vincular altres sentències que les que constitueixin jurisprudència del TS, conforme a l'art. 1'6 CC.

3. Tindria aquesta nova Resolució, reiterativa de la doctrina continguda en la que s'havia anul·lat, caràcter vinculant, en els termes de l'article 327 LH? Considero que no, sempre que existeixi, com ja hem dit, identitat en la normativa aplicada al suposat fet de la Resolució anul·lada. Ara bé, si la Resolució va ser anul·lada per raons de procediment, *vg* per extemporània, no hi ha hagut interpretació de la normativa substantiva, i en conseqüència aquesta nova Resolució hauria de tenir caràcter vinculant.

Per tant, i si aquestes respostes són encertades, tindríem una doctrina de la DG que, tot i poder considerar-la clarament assentada, s'hauria d'entendre com a no vinculant per als registradors; en definitiva, una doctrina similar en aquest ordre d'efectes a la que pot existir, i existeix, continguda en Resolucions anteriors a la introducció del concepte de «resolució vinculant» en la Llei Hipotecària en virtut de la Llei 24/2001, art. 102.

Un problema específic plantegen aquelles sentències que revoquen la Resolució per extemporaneïtat (raó procedimental) i no obstant això entren també en el fons de l'assumpte, així:

- la que entén que, *tot i haver-hi judici notarial de suficiència*, el poder per comprar immobles no autoritza per comprar participacions indivises;
- o la que considera no inscriptible l'acte atorgat per l'administrador amb càrrec no inscrit.

Una i l'altra, com es pot apreciar, tracten qüestions de fons d'indubtable transcendència en l'àmbit dels requisits i conseqüències del judici notarial de capacitat. Ha de donar-se a aquestes sentències valor de supressió del caràcter vinculant de la doctrina oposada continguda en múltiples Resolucions anteriors de la DG? Fixem-nos que la Sentència de l'AP de Màlaga del 4 de febrer del 2009, que resol el primer dels temes exposats (poder que no inclou la compra de participacions indivises) diu literalment que la Resolució extemporània «*esdevé mancada de validesa i afectada, per tant, de nul·litat total*».

En aquest sentit, podem recordar que, en relació amb la Resolució de la DGRN del 7 d'abril del 2006, l'Audiència Provincial de Badajoz, en Sentència del 15 de juny del 2007, va anul·lar la Sentència del 15 de febrer de 2007 del Jutjat de 1a Inst. Núm. 6 de Badajoz, perquè incorre en el vici d'incongruència, atès que havia resolt per una banda la nul·litat d'aquesta resolució per defectes formals i, al mateix temps, havia entrat en el fons discutit confirmant la nota de qualificació. Doncs bé, aquesta incongruència és la que es donaria en les sentències que tractem, i, si tenim en compte la citada interpretació de l'Audiència, es podria entendre



Resolucions

que, un cop apreciada l'extemporaneïtat de la Resolució, qualsevol interpretació posterior de la qüestió de fons que faci el tribunal és supèrflua i mancada d'efectes en l'àmbit que tractem.

B) Nul·litat de les Resolucions de la DGRN dictades fora de termini, segons STS de 3 de gener de 2011

Després de la publicació al BOE de les sentències comentades, el Tribunal Suprem, davant dels **diversos criteris seguits per les Audiències Provincials** en la interpretació de l'art. 327.9 LH, declara, en Sentència dictada en Ple de la Sala 1a en unificació de doctrina, que les resolucions de la DGRN dictades un cop transcorreguts tres mesos des de la interposició del recurs, són nul·les, tal com van entendre tant el Jutjat de 1.a Instància com l'Audiència Provincial en el cas concret, en el qual el recurs va tenir entrada al Registre el 15 de juliol de 2002, i la DGRN va resoldre el 29 de setembre de 2005.

Com sabem i ens recorda el Suprem, les Audiències Provincials han resolt en un sentit o en un altre, és a dir, admetent o no la possibilitat de Resolució extemporània de la DG, sobre la base que entén o no aplicables els art. 42 i 43 de la LRJiPAC. L'esmentada llei, en la seva modificació introduïda per la Llei 4/1999, de 13 de gener, distingeix entre les dues classes de silenci administratiu: el positiu, que equival a una resolució expressa, i que provoca que la resolució ulterior de l'Administració només pugui ser confirmatòria o positiva; i el negatiu, que provoca una mera ficció als efectes de permetre interposar el recurs en via administrativa o jurisdiccional, però que —a diferència del silenci positiu— no vincula l'Administració pel que fa al contingut de la seva resolució expressa ulterior, que, per tant, pot ser estimatòria. Resolució expressa que, d'altra banda, continua sent una obligació per a l'Administració.

Ara, el TS basa la seva sentència en tres **argumentacions**:

A) La inaplicabilitat supletòria, amb caràcter general o abstracte, de les normes de procediment administratiu a l'àmbit de la qualificació registral, d'acord amb els raonaments següents:

- la funció de qualificació registral presenta particularitats substancials respecte del règim de les activitats de les Administracions Públiques;
- si bé les resolucions de la DGRN són actes administratius, tenen característiques molt especials, perquè tenen com a supòsit i objecte la qualificació del registrador, que pel seu contingut no es pot considerar un acte subjecte al Dret administratiu; així, la seva revisió no correspon a l'ordre jurisdiccional contenciós administratiu, sinó al civil;
- en conseqüència, la determinació de si és aplicable el règim general del silenci administratiu ha de fer-se tenint en compte les disposicions específiques de la LH.

B) Atès que aquesta aplicació automàtica del règim administratiu no és possible, cabria esperar una remissió expressa del legislador. Una remissió que existeix, efectivament, en diferents aspectes regulats a l'art. 327 LH, però no respecte del silenci administratiu, els efectes del qual es regulen a la LH de manera específica.

C) La possibilitat que la DGRN pugui modificar la seva decisió un cop transcorregut el termini per resoldre crearia una situació d'inseguretat jurídica, amb un possible perjudici de tercers.

Quins són els **efectes d'aquesta sentència**?

Sembla lògic pensar que les resolucions dictades extemporàniament i que no haguessin estat recorregudes dins de termini es convertissin en fermes. Al contrari, les que haguessin estat recorregudes i estiguin pendents de sentència haurien de ser declarades nul·les pel jutge o l'Audiència, seguint el criteri establert pel TS.

Respecte de les resolucions que pugui dictar la DGRN a partir de la publicació de la sentència del TS, caldria esperar que no pequin d'extemporaneïtat, que la DGRN aprofités per «posar el comptador a zero», donés ja com desestimats per silenci els recursos no resolts dins de termini i es dediqués a resoldre aquells per als quals encara té termini.

En el cas que, malgrat la citada sentència, la DGRN dictés alguna resolució extemporània, es plantejaria la qüestió de si la nul·litat que proclama el TS pot ser estimada directament o no, sense necessitat de ser al·legada davant els tribunals. Més concretament, si el registrador pot rebutjar el caràcter vinculant que dimani, si és el cas, d'una resolució estimatòria però extemporània. Òbviament, aquest «rebuig» haurà de fer-ho constar a la nota de qualificació o a l'informe, davant de la pretensió del notari d'aplicar la doctrina de la resolució.

Això enllaça amb la qüestió tractada a l'apartat anterior, en el qual ha quedat exposada la meua opinió que en els casos d'anul·lació per extemporaneïtat, si la doctrina de la resolució ja estava continguda en resolucions anteriors vinculants, la citada doctrina mantenia aquest caràcter, perquè el tribunal no havia entrat a valorar la qüestió de fons. I això és el que caldria entendre que passa ara: si la doctrina de la DGRN està continguda en alguna altra resolució vinculant anterior, la citada doctrina continua sent vinculant.

D'altra banda, la resolució no «desapareix», i el seu valor com a criteri interpretatiu emanat de l'òrgan superior de notaris i registradors subsisteix, sigui o no aquest criteri vinculant en els termes de l'art. 327 LH i d'acord amb el que acabem d'exposar. De manera que, si bé en principi no sembla que la resolució com a tal pugui servir d'argument per al registrador o el recurrent, sí que existeix l'«expectativa» d'aplicació per part de la DGRN d'aquest mateix criteri en qualsevol resolució futura, sempre que existeixi identitat de raó en el supòsit de què es tracti.

Dit tot això, i tenint en compte la situació de fet en què ens trobem, que la DGRN resol habitualment fora de termini, podem fer algunes reflexions. D'una part, que la persona interessada a qui se li reconegui l'argumentació hauria de considerar l'opció de presentar el recurs directament per via jurisdiccional, en la mesura que ho permeten els art. 324 i 328 LH. D'una altra, que el sistema regulat a l'art. 327 LH ha demostrat la seva imperfecció, per la qual cosa seria lògic modificar-lo, i estudiar la possibilitat d'establir un termini per resoldre superior als tres mesos actuals i, potser, sense descartar la variació del sentit del silenci, com es preveu, en l'àmbit administratiu, a l'art. 40 de la Llei 2/2011, de 4 de març, d'Economia Sostenible, malgrat les diferències que el



TS indica que hi ha entre les resolucions de la DGRN i els actes administratius en general.

C) La RDGRN de 2 de desembre de 2010

En relació amb el que s'ha comentat fins ara, i més concretament amb els efectes de la publicació de les sentències anul·latives de resolucions de la DGRN, resulta interessant considerar el contingut de la Resolució de 2 de desembre de 2010.

En una escriptura de compravenda, el notari identifica l'escriptura de poder que utilitza el venedor, autoritzada al seu dia pel mateix notari, i còpia autoritzada de la qual diu que té a la vista, però no sembla fer en aquest punt esment o cap referència al seu contingut, és a dir, no cita facultats concretes. Després efectua el judici de suficiència dient: «Jo, el Notari, faig constar que, al meu parer, del citat poder resulten facultats representatives suficients per formalitzar aquesta escriptura».

El registrador suspèn la inscripció *«perquè no es pot establir la congruència entre el judici notarial de suficiència amb el contingut del títol presentat, ja que l'esmentat judici no queda concretat en relació amb l'objecte d'aquest atorgament (compravenda)»*. És a dir, el que demana el registrador és que el notari li digui que al seu parer el poder és suficient per a aquesta escriptura de compravenda, i qualifiqui el negoci.

I la DGRN confirma el defecte, si bé en termes que convé repassar. Així, recorda que *«a la Resolució de 30 de setembre de 2002 va entendre que no es podia oposar cap objecció si el Notari expressa que valora suficients les facultats de l'apoderat perquè del document autèntic ressenyat «resulta estar facultat per formalitzar préstecs amb garantia hipotecària i tots els pactes complementaris inclosos en aquesta escriptura», o utilitza una altra fórmula semblant. I en Resolució de 8 de novembre de 2002 va entendre que existia aquesta semblança (als efectes de la força legal de la valoració notarial de la suficiència de les facultats representatives ex article 98.2 de la Llei 24/2001), si s'expressava que, a la vista de còpies de les escriptures d'apoderament resulta que els apoderats tenen «facultats representatives suficients per al préstec amb garantia hipotecària que s'instrumenta en aquesta escriptura»*. La DGRN, per tant, va considerar en el seu moment, i ara —encara que de mode indirecte, per referència a les citades resolucions— reitera, que el judici de suficiència pot fer-se tant mitjançant esment de les facultats de l'apoderat que guarden relació amb el negoci que ara es formalitza (R. 30-9-2002) com mitjançant un judici exprés que a l'esmentat apoderament s'inclouen facultats suficients per al citat negoci, però identificant-lo expressament (R. 8-11-2002). En altres paraules: la referència al negoci concret pot fer-se en la ressenya de l'escriptura d'apoderament (vg. «de la citada escriptura resulten facultats suficients per vendre immobles») o en el judici de suficiència («conforme amb el citat apoderament, el compareixent té al meu parer i sota la meva responsabilitat facultats suficients per atorgar aquesta escriptura de compravenda»); però, d'una manera o d'una altra, ha de fer-se. En el cas concret no es fa una cosa ni una altra, i la DG, congruentment amb allò que s'ha exposat, desestima el recurs.

Per tant, quan finalment la DG basa la seva desestimació en el fet que el Notari, «en emetre el judici de suficiència de les facultats representatives empra una expressió genèrica («...per formalitzar aquesta escriptura...») i no un judici de suficiència d'aquestes exprés, concret i coherent amb el negoci documentat» —citant a continuació una sèrie de resolucions, entre elles l'anteriorment citada de 8 de novembre de 2002— el que vol dir és que si s'hagués fet el judici de suficiència en aquests termes, no seria necessari oposar cap defecte a la inscripció. I això és rellevant perquè aquest criteri havia perdut recentment el seu caràcter vinculant com a conseqüència de la publicació al BOE de 10 d'agost de 2010 de la Sentència de 13 de maig de 2009 de l'Audiència Provincial de Madrid, que anul·la la RDGRN de 13 de febrer de 2008 (es ressenya a la lletra A. d'aquests comentaris, sota el número 1.1 de l'apartat b). En el supòsit de fet, el Notari havia utilitzat la fórmula següent: *«Jo, el Notari, dono fe, a la vista de la còpia autèntica del citat poder que m'ha estat exhibida, que al meu parer i sota la meua responsabilitat són suficients les facultats representatives acreditades per a aquesta escriptura de préstec i constitució d'hipoteca i tots els pactes complementaris inclosos en aquesta escriptura»*, i la DG l'admet sense problemes. Enfront de la postura de la DG, la citada sentència de l'AP de Madrid segueix un criteri molt més formalista, quan assenyala que «l'art. 98-1 estableix un doble requisit (ressenya i judici de suficiència), que no pot subsumir-se en un: la ressenya ha de ser una narració succinta dels fets que serveixen de motivació i fonament al judici notarial de suficiència. Tots els funcionaris públics —i el notari també ho és— han de motivar suficientment els actes que realitzin, de manera que no es pot concebre efectuar un judici de suficiència sense cap motivació. L'esmentada narració succinta no pot referir-se exclusivament a les dades d'intervinents, autoritzant i data d'escriptura de poder, sinó que ha d'incloure una transcripció o relació suficient (encara que sigui succinta) de les facultats representatives preses directament del poder (sense que siguin suficients les fórmules genèriques o lacòniques), ja que es tracta de fets, en els quals després ha de basar-se (motivació) el judici notarial de suficiència, i no de valoracions —judici o interpretació— del notari. La ressenya de les dades identificatives es refereix a un fet però el judici de suficiència és una valoració i el notari ha de manifestar el fonament del qual se'n deriva el judici o conclusió. D'una altra manera es confondria la ressenya de fets amb el judici de les facultats».

Doncs bé, malgrat la seva anul·lació, l'esmentada Resolució se cita expressament als «vistos» de la de 2 de desembre de 2010. De tot això no volem deduir que ara, en virtut d'aquesta resolució que comentem, recuperi el caràcter vinculant el criteri de la DGRN, i no ja perquè és un criteri *sensu contrari*, o perquè únicament són vinculants les resolucions estimatòries —i aquesta no ho és—, sinó perquè, com dèiem, la sentència anul·lativa ho va ser per raons «de fons», d'aplicació de la mateixa normativa substantiva que al seu dia va interpretar i ara torna a interpretar la DGRN. Però sí que sembla anticipar que la DGRN manté la seva posició anterior a la sentència citada, la qual cosa confirmaria les idees exposades que la publicació de les citades sentències no impedeix que la DGRN es pronuncii en el mateix sentit en què ho havia anat fent, i que, al contrari, és raonable l'«expectativa» que així ho faci.

Recensió bibliogràfica



Sistemas jurídicos comparados Lecciones y materiales

Gianmaria AJANI i Miriam ANDERSON, Esther
ARROYO I AMAYUELAS i Bárbara PASA

Universitat, 47, Barcelona, Publicacions i
edicions, Universitat de Barcelona, 2010.

L'obra que em proposo ressenyar no és un manual típic sobre Dret comparat, d'altra banda molt escassos en llengua castellana, els més cèlebres —amb plantejaments bastant diferents i en algun cas de data ja una mica antiga— són els de Konrad Zweigert / Heinz Kötz, René David, Alessandro Pizzorusso i, podem també incloure en aquest àmbit l'*Atlas* de Galgano. Si, com se subratlla a la pròpia obra, és una tasca difícil la de comparar sistemes jurídics, no ho seria menys la de pretendre comparar aquest Manual amb les obres citades, singularment perquè no és una mera traducció, més o menys adaptada al temps i país al qual s'espera que tingui la més àmplia difusió, sinó que es tracta d'una autèntica refacció —sin-

gularment en el capítol 11, sobre responsabilitat extracontractual, en el qual les autores mateixes parlen d'autoria "mancomunada indivisible"— la que han realitzat les professors M. Anderson, E. Arroyo i B. Pasa, d'altra banda sobradament conegudes i especialitzades en Dret comparat com perquè calgui presentar-les, tot i que si fos necessari conté una elemental presentació a la solapa. Tampoc es pot deixar d'agrair la seva aportació com a traductora a la també professora Beatriz Fernández Gregoraci.

Abans de començar la ressenya del contingut sí que convé anticipar que es tracta d'una senzilla però cuidada edició, això resulta transcendental —per a una consulta i lectura fàcil i molt útil— en barrejar-se contínuament el propi text expositiu amb els materials que serveixen de recolzament a tot allò que s'explica, en ocasions són textos legals (als quals no acostuma a faltar a peu de pàgina el pertinent enllaç per a la consulta íntegra) i d'altres parts d'obres o articles doctrinals —dels autors més rellevants que han escrit sobre la matèria— que, de manera clara i precisa, indiquen com s'han anat incorporant les diverses categories o supraconceptes com, per exemple, la recepció de la *Verwirkung* o retard deslleial, pàg. 271-274, o del negoci jurídic, pàg. 362-363.

L'obra en si es divideix en onze capítols i dues parts ben diferenciades. La primera part es destina a qüestions metodològiques, doncs, en efecte, acudir al Dret comparat requereix la seva pròpia metodologia, i tots sabem molt bé que no es poden trasplantar institucions d'un Ordenament com si es tractés de qualsevol planta. Per aquest motiu, el primer capítol es destina a allò que podríem anomenar les eines perquè sigui fèrtil i productiu acudir al Dret comparat. Singularment interessa destacar les qüestions relatives al llenguatge jurídic, la terminologia i com s'ha de realitzar la traducció, ja que, no s'ha d'oblidar, que el llenguatge jurídic no coincideix necessàriament amb l'ús habitual, i serveixi el ben trobat exemple —p. 44— del concepte de productor; ni alguns conceptes o categories tenen una fàcil traducció, o, encara pitjor, sí es poden traduir fàcilment però no tenen el mateix significat, cas de la hipoteca o de la venda en requerir, en uns Ordenaments jurídics, només el títol, i

PER ÀNGEL SERRANO DE NICOLÁS
Notari de Barcelona



en d'altres, la *traditio*, que tampoc sempre funciona igual. Més difícil és traduir, i són pràcticament intraduïbles sense una breu explicació, conceptes com la *consideration*, l'*equity* o el no unànimement admès, ni tan sols en els sistemes de la *Civil Law*, negoci jurídic. Com no pot ser d'altra manera, s'acudeix reiteradament a les tesis de Trent, que són les contingudes al "manifest" que per a la comparació jurídica van adoptar un grup d'estudiosos el 1987, *vid.*, i a aquest efecte, http://www.jus.unitn.it/dsg/convegna/tesi_tn/le_tesi.htm.

Es tanca aquest primer capítol amb l'estudi de l'aportació de l'anàlisi econòmica a la comparació crítica, tant en voga encara tot i els seus pocs fruits, amb els habituals costos de transacció i, per la matèria, eficiència comparativa. Com que no es tracta de considerar aquesta teoria de l'anàlisi econòmica, sinó de posar en evidència la seva possible aportació a l'opció dels diferents sistemes jurídics per una o altra institució, serveixi el que es diu. Com a continuació d'això, al segon capítol, en el qual es tanca aquesta primera part, es tracta de l'operativitat de les institucions, condicionada no només pel Dret (o regulació positiva), sinó també per l'economia, la política, i, després d'esmentar —com a exemple manifest de la dificultat del trasplantament d'institucions— la problemàtica de la desaparició de la legítima al Quebec (a la qual cosa no li és aliè el fet que derivés d'una disposició emanada del Parlament anglès), hi ha tres modalitats —l'enfocament tècnic, l'ideològic i el neoromàntic— per considerar el trasplantament de normes. Conclou, però, reconeixent —una vegada més amb magnífics quadres i exemples d'allò que s'afirma— que en el trasplantament són decisius els subjectes i els factors tant endògens com exògens (singularment en l'àmbit comercial), per afirmar que la resposta de l'anàlisi econòmica del Dret posa de manifest el menor cost pel que fa a temps i recursos financers "de la imitació respecte a la invenció", aquí sí que la qüestió crec que no és aquesta, dit molt abans que ho afirmés aquesta teoria, sinó què el que és important és considerar com influeixen els trasplantaments d'institucions els estàndards internacionals o la necessitat d'ingressar —o pertànyer— a "clubs", fent servir l'expressió literal que s'utilitza per referir-se a la Unió Europea, Consell d'Europa o l'OMC mateixa.

La segona part, un cop ja considerades —a la primera part— les qüestions més teòriques o metodològiques, d'indubtable interès i clara i suggestiva exposició, se centra en la comparació de la *Common Law* vs. *Civil Law*. Els cinc primers capítols d'aquesta segona part es dediquen a la *Common Law*, no només anglesa, sinó també a la nord-americana. Per, després de referir-se als altres dos grans models, àmpliament traslladats a altres països, com són el francès i l'alemany, considerar el dret privat europeu i acabar amb la responsabilitat extracontractual.

Així, el tercer capítol estudia les característiques de la *Common Law* anglesa. Amb la lectura de les seves escasses trenta pàgines es pot tenir una clara idea d'aquesta, i, per descomptat, dels seus pilars, com són l'*equity* (que, com es precisa, no té res a veure amb equitat, sinó amb "les normes, principis i remeis processals els quals es van originar en la jurisprudència del Tribunal reial de la Cancelleria (*Court of Chancery*)", l'*undue influence* (que incloïa des dels vicis de la voluntat a la desigualtat en el poder de negociació, però en aquesta última s'ha evolucionat com a conseqüència de la legislació protectora dels consumidors) o l'omnipresent *trust*.

S'estudia també l'evolució i estructura dels Tribunals, sempre decisius i, especialment a la *Common Law*.

Del capítol quart al sisè hi ha unitat temàtica sobre la base de l'evolució des del *Bill of Rights* fins a la *Human Rights Act*, tant en el Dret anglès com en la seva influència en la Constitució federal dels EUA, però potser interressi més l'estudi —tan sintètic com esclaridor— de l'estil de les sentències (el fonament de la decisió és sobre un principi que es considera "raonable", sense perjudici que podrà haver-hi vots discrepants o *dissenting opinion*); la doctrina del precedent (essencial en un sistema nascut sense fonts legislatives, però on els *Year books* evolucionats fins als actuals *Law Reports* permeten conèixer l'evolució del dret anglès des del segle XIII fins a l'actualitat); la interpretació de la llei (tot i que l'obra de J. BENTHAM, inspirada en la Revolució francesa, no aconseguís totalment la seva pretensió, el cas és que és creixent la legislació fruit de la integració europea, amb magnífics exemples, com la resolució de la *House of Lords* sobre les conseqüències del canvi de sexe o la *Interpretation Act* del 1978); l'obertura del sistema (conseqüència lògica que —segons s'afirma— 2/3 de la població mundial està influïda per la *Common Law*, la qual cosa no ha impedit certa Codificació com a l'Índia o Kenya o a sistemes mixtes —amb el Dret local— com a Sud-àfrica, Israel o l'Índia); o el control de constitucionalitat en el dret nord-americà. En referir-se al sistema nord-americà, al capítol sisè, després de referir-se a l'estil de la sentència i la *stare decisis*, on es destaca el diferent pes —davant del sistema anglès— del precedent judicial, es recalca el paper de la doctrina, per això resulta bàsica la configuració de les seves *law schools*, amb la seva pròpia revista jurídica i, singularment, la recopilació (*restatement*), per part d'experts, del material jurisprudencial en aquells sectors on falta homogeneïtat.

El capítol setè és un capítol de transició a l'estudi dels dos grans sistemes, francès i alemany, que tanta influència han tingut en tots els països de la *Civil Law*. Com no pot ser d'altra manera, comença pel Dret romà, segueix la crisi del *ius commune*, aguditzada en el segle XVIII en accentuar-se la falta de claredat de les normes i les diferents interpretacions, i acaba subratllant que és comuna a la *Common i Civil Law* la "repetició i estratificació de normes, principis i nocions", amb la consideració del mite del codi, en allò que implica la pretensió d'esborrar tot el Dret del passat i aconseguir la integritat però, una vegada més, superada la mera exegesi, s'ha d'interpretar per adaptar-la a les noves realitats socials que van sorgint. S'ha de destacar l'excel·lent síntesi que es fa de la recepció a Espanya de la doctrina de la *Verwirkung*.

Els capítols vuitè i novè, com ja deia, fan referència al model francès i a l'alemany, es destaca en cada un l'estructura del seu codi i, a més, en el vuitè, recalquen que l'Escola de l'Exegesi anirà perdent impuls a favor dels qui aplicaran el mètode sistemàtic, com a millor forma de connectar el *Code* a les noves realitats socials. L'existència del *Code*, davant del sistema del precedent, influeix en l'estructura de la sentència que segueix un sistema deductiu, tot i que —i al marge que la jurisprudència no és font del dret— això no impedeix incloure noves institucions o normes no codificades, com el cas de la responsabilitat objectiva o l'abús de dret. El capítol novè comença amb la codificació austríaca i, després de subratllar la cèlebre discussió entre THIBAUT i SAVIGNY sobre la necessitat de la codificació, acaba



Bibliografia

destacant l'abstracció (exemple paradigmàtic és la seva part general) i conceptualització (jurisprudència de conceptes) pròpia de l'àmbit del BGB, juntament amb la seva gran influència en les doctrines estrangeres (singularment, italiana i espanyola) i en l'adaptació de les seves categories jurídiques, com succeeix amb el negoci jurídic (on SACCO, quan ho tracta, no pot deixar de posar en relleu la influència del nostre teòleg moral DE MOLINA en la dicotomia entre mer propòsit i declaració vinculant). Conclou el capítol amb la Codificació suïssa de la qual ressalta, potser com a darrer estadi de l'evolució codicial, l'ampli marge que deixa a la interpretació del Jutge.

El capítol desè es dedica a la pretensió d'un futur Dret europeu, es destaca què pot tenir de positiu i negatiu, així com —en la seva creixent expansió— les tècniques amb les quals es pretén aconseguir, acudint a normes *soft law* (equiparables als anomenats *restatement*), les lleis model, la interpretació dels Tribunals i, singularment, la labor de la ciència jurídica. Conclou el capítol novè amb l'estudi (i estat actual) del Marc Comú de Referència (o intent de crear una riquesa comuna de conceptes fonamentals i categories abstractes, com ara contracte, dany o efectes de l'incompliment) la qual cosa no és més que la pretensió d'un futur Codi civil europeu.

El darrer, i onzè capítol, fa referència a la responsabilitat extracontractual, amb la pretensió de facilitar una sèrie de materials

que puguin servir per a un exercici didàctic de comparació jurídica aplicada, tenint en compte els diferents enfocaments dels diversos Ordenaments jurídics interns. Veritablement és un magnífic exemple de com els diferents Ordenaments pretenen donar solució a un mateix problema, l'objectiu del qual no és més que rescabalar i, per tant, sancionar, qui causa danys a un altre.

Tot el que s'ha exposat entenc que és suficient per deixar constància de la gran utilitat de l'obra per conèixer el sistema de la *Common Law* i com s'ha d'operar en l'àmbit del Dret comparat, a més de ser una eina imprescindible per a qualsevol persona que vulgui apropar-s'hi, així com també per a un curs universitari sobre la matèria, a la qual cosa s'afegeix la falta d'una obra en castellà amb el seu suggestiu enfocament pràctic.

Si alguna cosa es troba a faltar, justament pel seu gran contingut, en les res excessives 441 pàgines, és la falta d'un índex d'autors, resolucions o textos legals, analític o conceptual, ja que, sens dubte, juntament amb la seva pròpia finalitat expositiva, ho convertiria en una eina imprescindible de fàcil consulta. En tot cas, això no impedeix, reitero una vegada més, per la seva claredat i constant utilització de material pràctic o legislatiu, que ens puguem felicitar per tenir a la nostra disposició una obra de Dret comparat, sens dubte, de referència.

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



Nova direcció del Consell General del Notariat

Manuel López Pardiñas i Joan Carles Ollé han traslladat ja als notaris la seva ferma voluntat de *"liderar el notariat amb la màxima transparència, serietat i rigor"*, fent especial menció a la democràcia interna i al diàleg

Després de les eleccions celebrades el passat 8 d'agost, Manuel López Pardiñas, Degà del Col·legi de Notaris del País Basc, i Joan Carles Ollé Favaró, Degà del Col·legi de Notaris de Catalunya, han assumit la presidència i vicepresidència, respectivament, del Consell General del Notariat. S'inicia, doncs, una nova etapa en què s'ha aconseguit el consens, la cohesió interna i la integració necessaris per oferir estabilitat a la institució i per dotar-la de la força imprescindible per afrontar el present i el futur de la professió. En la votació, 9 degans es van manifestar a favor —en representació del 68'73% dels notaris d'arreu d'Espanya— i no hi va haver cap vot en contra, fet que posa de manifest la recuperació de la unitat, després d'una etapa difícil en el si de la institució.

Entre els objectius prioritaris de la nova direcció destaca la recerca de solucions a la difícil situació econòmica que viu el notariat, com a conseqüència de la greu crisi socioeconòmica d'abast nacional i internacional. D'altra banda, també es reforçaran les relacions amb l'Administració, formacions polítiques i amb la resta d'operadors jurídics, especialment amb els registradors; s'encararà el problema aranzelari, i es treballarà en les noves atribucions i les futures que pugui assumir el notariat. La reconducció del procés d'externalització d'Ancert, S.L. i Serfides, S.L., la reconsideració del capítol de compensacions institucionals i l'abordatge de l'estudi de la reforma del reglament notarial pel que fa a l'organització corporativa són altres qüestions en què ja s'ha començat a treballar. A més, es treballarà en la línia de reforçar la presència i implicació social del notariat, potenciant la voluntat de servei als ciutadans. Continuaran vigents estratègies de llarg recorregut com la defensa de la funció notarial i del control de legalitat notarial; la unitat de cos; la continuïtat en l'impuls del projecte tecnològic del notariat, o la col·laboració per combatre el frau fiscal i el blanqueig de capitals, entre d'altres qüestions.

Manuel López Pardiñas i Joan Carles Ollé han traslladat ja als notaris la seva ferma voluntat de *"liderar el notariat amb la màxima transparència, serietat i rigor"*, fent especial menció a la democràcia interna i al diàleg, *"mitjançant els quals —afirmen— trobarem solucions i permetran que el Consell General sigui un vehicle útil i eficaç per consolidar la nostra professió en el context jurídic i social, obrint-la també a nous horitzons"*.

Des de la direcció del Consell General del Notariat afirmen que transmetre a l'Administració la necessitat d'adoptar mesures que puguin millorar la situació actual, oferir alternatives i ser capaços d'assumir nous reptes han de ser qüestions fonamentals per reforçar el notariat en el context econòmic, jurídic i social del nostre país, així com en l'actual sistema de seguretat jurídica preventiva, que ha demostrat ser altament eficaç tant en temps de bonança com en l'actualitat.



D'esquerra a dreta, Joan Carles Ollé Favaró i Manuel López Pardiñas, Vicepresident i President, respectivament, del Consell General del Notariat



Conferència sobre «Poder Judicial i Autonomies»

El passat 21 de març, José Manuel Sieira, President de la Sala Contenciosa Administrativa del Tribunal Suprem, va pronunciar al Col·legi la conferència «Poder Judicial i Autonomies», en què va repassar com conviuen tots dos termes actualment i va reflexionar sobre les Sentències del Tribunal Constitucional 31/2010 i 56/1990.

En el transcurs de la seva exposició, en què va fer una extensa lloança a la Constitució de 1978, la qual va establir una clara divisió entre el poder central i els poders autonòmics i locals, va voler remarcar que, tot i que en aquell moment es va reforçar el Poder Judicial, aquest no ha rebut el mateix impuls que els poders legislatiu i executiu. En aquest sentit, va destacar que, mentre que aquests dos no són únics i compten amb òrgans autonòmics, el Poder Judicial encara no ha fet aquest pas, tal com reflecteixen els articles 123 i 152 de la Constitució, afegits al 117.5, que *«infereixen, sens cap mena de dubte, la unitat del Poder Judicial»*.

Així doncs, va afirmar que *«la Constitució limita la rellevància del principi autonòmic, en l'àmbit de jurisdicció, a termes molt concrets»*. Tot i això, va afirmar creure possible crear Consells de Justícia autonòmics sense vulnerar la Constitució, una de les peticions que el Govern de la Generalitat, en les dues últimes legislatures, ha insistit a promoure. El Magistrat va expressar el seu convenciment que es pot *«obrir una porta per a la descentralització de les funcions de govern del Poder Judicial»*, i va destacar que *«es pot establir un camí per a la seva existència sobre les bases de les actuals Sales de Govern»*. Segons ell, aquests Consells només serien constitucionals en la mesura en què es qualifiquessin com a òrgans de govern del Poder Judicial a la Comunitat Autònoma, *«actuant com a òrgans desconcentrats del CGPJ»*. La qüestió determinant seria *«quines són, en cada cas, les competències atribuïdes directament al Consell Autonòmic en el mateix Estatut»*. *«La pervivència d'aquests Consells —va assegurar— dependrà del judici que mereixin les atribucions que se'ls confereixin, sense que a priori no hi hagi cap inconvenient per tal que aquestes atribucions siguin establertes conjuntament a l'Estatut, a la Llei Orgànica del Poder Judicial, a les lleis que aprovi el Parlament i a les que, si escau, li delegui el Consell General del Poder Judicial»*.

Entre les competències que, en cap cas, es podrien atribuir a aquests Consells de Justícia autonòmics —segons va dictar el Tribunal Constitucional— hi hauria *«la designació de presidents d'òrgans judicials; l'expedició de nomenament i el cessament de Jutges i Magistrats temporals; les disciplinàries sobre Jutges i Magistrats; la inspecció de Tribunals i la informació sobre recursos d'alçada contra acords de l'òrgan de govern dels Tribunals i Jutjats que afecten la funció jurisdiccional pròpiament dita, i l'ordenació d'elements consubstancials a la garantia de la independència en el seu exercici»*.

Entre les competències que sí que tindrien, va destacar les relacionades amb el personal al servei de l'Administració de Justícia, com a òrgans superiors en matèria disciplinària, com també aquelles competències en matèria de plantilla de l'oficina judicial, en matèria de formació, estudis i informes, documentació, publicacions, informàtica o estadística judicial, entre d'altres, reservant-se al CGPJ la competència en matèria de relacions internacionals.

Respecte a la seva composició, va parlar d'incorporar amb caràcter electiu membres dels Tribunals del territori de la Comunitat, però també membres de procedència aliena al món judicial, tot i que relacionats amb l'activitat jurisdiccional, reservant-se les funcions de govern intern dels Tribunals exclusivament a aquells que en formen part.

La Consellera de Justícia va clausurar l'acte insistint en la necessitat de modificar l'actual estructura de Govern de l'Administració de Justícia per tal d'adaptar-la al model d'Estat Autonòmic establert a la Constitució



El ponent va ser José Manuel Sieira, President de la Sala Contenciosa Administrativa del Tribunal Suprem



Una altra de les qüestions que Sieira va voler destacar va ser la necessitat de recuperar el prestigi del Consell General del Poder Judicial, per a la qual cosa és necessari, segons va afirmar, «*garantir la independència dels seus membres*». Així doncs, va manifestar el seu desacord amb l'actual sistema de dedicació dels vocals del CGPJ, ja que, segons la seva opinió, han de compatibilitzar el seu càrrec amb l'exercici de les seves funcions jurisdiccionals. «*Només així —va afirmar— viurien directament els problemes reals de la Justícia*». A més a més, va afirmar que aquest sistema «*serviria de contrapès als possibles condicionaments polítics que poguessin pesar sobre ells*», la qual cosa redundaria en una major «*independència*» dels membres del CGPJ.

També va posar de manifest «*la tendència expansiva del Consell General del Poder Judicial, la raó de ser del qual és únicament defensar i exterioritzar la garantia d'independència del Poder Judicial indispensable en un Estat de Dret*». Així, va afirmar que «*hi ha una imprecisió en el repartiment competencial que afecta la independència judicial, produeix disfuncions en la gestió que afecten el funcionament de l'Oficina Judicial i genera dilacions i ineficàcia*», a més de criticar una pèrdua d'autoritat del Consell General del Poder Judicial com a conseqüència de les acusacions de politització.

Per la seva banda, la Consellera de Justícia, Pilar Fernández Bozal, va clausurar l'acte insistent en la necessitat de modificar l'actual estructura de Govern de l'Administració de Justícia per tal d'adaptar-la al model d'Estat Autònom establert a la Constitució. Bozal va recordar que el Govern ha plantejat en nombroses ocasions diverses propostes per a la millora de l'autogovern en matèria de Justícia, peticions que s'han centrat, bàsicament, en dos àmbits: per una banda, l'ampliació de les competències del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya i, per l'altra, la desconcentració del CGPJ. Així, va proposar la modificació de la Llei Orgànica del Poder Judicial per donar cabuda al Consell de Justícia de Catalunya, que l'Estatut català defineix com a òrgan descentralitzat del CGPJ. També va assegurar que entre les competències que es volen assumir, hi ha les plenes competències normatives, executives i de gestió personal vinculades a l'Administració de Justícia.

En definitiva, va destacar la necessitat de més autogovern en matèria de Justícia, al·legant que la mateixa evolució de l'Estat, juntament amb els canvis socials, exigeixen canvis orientats a augmentar l'eficiència del sistema per aconseguir un sistema modern, proper al ciutadà, i per oferir el millor servei. També va subratllar que «*cal modificar l'actual model del sistema de l'Administració de Justícia*» i, per tant, va instar a reformar la Llei Orgànica del Poder Judicial amb l'objectiu de donar cabuda al Consell de Justícia a Catalunya, redefinint les funcions del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya i promovent les seves competències com a vertadera última instància a Catalunya. També va reivindicar la importància del personal de suport de l'Administració de Justícia, de gran valor estratègic, i va qualificar de «*fonamental*» la tasca a desenvolupar des de la nova Oficina Judicial.

Per la seva banda, Miguel Ángel Gimeno, President del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya, va ressenyar la trajectòria del conferenciant, del qual en va destacar el seu perfil universitari i com a Magistrat, la seva àmplia producció jurídica i la seva rellevant actuació com a assessor en molts dels convenis internacionals signats per l'Estat espanyol, com també la seva excel·lència com a Jurista. A més a més, va destacar la seva vinculació a Barcelona, a la Universitat de Barcelona —on va ser Professor de Dret Civil— i a la judicatura catalana —on va iniciar els seus primers passos professionals—.

A la Jornada es va abordar el problema de la gran diferència entre el valor d'adjudicació en una execució i el valor de taxació, com també els motius que per a un cas concret han justificat l'aplicació de la denominada «dació en pagament»

Jornada sobre Execucions Hipotecàries

El passat 30 de març, el Col·legi va acollir a la seva Sala d'Actes la Jornada «*Execució hipotecària i abast de la responsabilitat del deutor*», que va reunir més de 200 persones i va suscitar un destacat interès mediàtic, atesa la màxima actualitat de la qüestió tractada i l'especial sensibilitat del notariat entorn d'aquesta qüestió. La Jornada va aplegar importants representants de l'àmbit jurídic i financer per debatre qüestions com ara la reforma del sistema hipotecari, el paper de les entitats financeres, l'impacte dels béns immobles



Vida corporativa

en els grups financers o les possibles alternatives de l'actual principi de responsabilitat patrimonial il·limitada del deutor, entre d'altres.

Entre els participants de la Jornada, Guillem Soler, Magistrat del Jutjat de Primera Instància número 2 de Sabadell, a la seva ponència titulada «*Qüestions d'inconstitucionalitat del procediment d'execució hipotecària*», va parlar de la responsabilitat il·limitada del deutor i, molt especialment, de les nul·les opcions amb què actualment compten els ciutadans per presentar les seves alegacions en cas d'execució hipotecària. Va afirmar que es tracta d'«*una relació excessivament dura i no acceptable des del punt de vista*

constitucional», i va destacar, entre altres aspectes, el fet que les hipoteques a Espanya no compten amb un període límit temporal, tal com succeeix en altres països, ni tampoc amb un límit pel que fa al percentatge de l'import sol·licitat. Per la seva banda, Gemma Vives, Magistrada del Jutjat de Primera Instància número 44 de Barcelona, va centrar la seva exposició en la «*Situació jurisprudencial de l'extinció del deute hipotecari amb la mateixa finca o dació en pagament*», recordant el problema de la gran diferència existent entre el valor d'adjudicació en una execució i el valor de taxació, i explicant els motius que van determinar la seva decisió d'aplicar la dació en pagament «*en un cas concret*», que va ser àmpliament tractat pels mitjans de comunicació. Va advocar per incrementar fins al 80% el preu d'adjudicació de l'immoble executat, la correcció de l'article 5 de la Llei Hipotecària als efectes d'anul·lar el valor de taxació i de recuperar l'equilibri trencat entre les parts i, finalment, va exposar la seva preocupació per les clàusules abusives de les hipoteques, «*que generen una gran indefensió en el ciutadà*».

Jesús Sánchez García, Advocat del Bufet Estany, i Vicente Pérez Daudí, Professor Titular de Dret Processal a la Universitat de Barcelona, van exposar conjuntament el contingut del document

elaborat pel Consell General de l'Advocacia en col·laboració amb el Col·legi de Notaris de Catalunya, que es va presentar el dia anterior al Congrés. Van aclarir, inicialment, que «*la seguretat jurídica és vital i no podem canviar les regles a la meitat del joc*», i van advocar per no generalitzar i per plantejar solucions a cada cas concret.

Entre les propostes que recull el document destaquen la modificació de la Llei d'Enjudiciament Civil, que inclou la petició d'augmentar fins al 80% el valor de taxació, l'adjudicació mínima per a l'habitatge habitual, la promoció del procediment notarial extrajudicial —més ràpid i senzill i menys costós— i, en cas d'incórrer a la via judicial, la cessió de la rematada, com també la supressió dels interessos de demora.

Ramon Lluís García Torné, Director de l'Assessoria Jurídica de Catalunya Caixa, va destacar que ha estat el legislador el que ha dotat els bancs de tots els recursos esmentats per procedir en l'àmbit immobiliari i va assegurar que les crítiques a l'actual sistema han arribat en els actuals temps de crisi, però que la Llei Hipotecària ha funcionat correctament durant molts anys. Repassant les xifres de Catalunya Caixa del 2010, va recordar que es va procedir a un total de 1.824 execucions hipotecàries, de les quals 797 (44%) van acabar en dació en pagament i 1.027 (56%), en un procés judicial d'adjudicació. Segons les dades del primer trimestre del 2011, el 38% de casos s'havien tancat amb dació en pagament. Actualment, en els processos de subhasta, el 96% dels casos no tenen postor, fet que demostra que la Llei d'Enjudiciament Civil no funciona i ha de ser revisada. Finalment, va assegurar que és imprescindible activar el crèdit, però per fer-ho calen canvis que permetin recuperar la confiança «*en benefici dels deutors i de la societat*».

A la taula rodona de la Jornada, Miriam Barrera Ubieta, sòcia de Garrigues i especialista en Dret Comptable i Fiscal, va repassar les «*Qüestions comptables relatives a l'adjudicació d'immobles i al seu manteniment en el balanç; impacte en el compte de resultats del grup financer*». Va exposar que el negoci relacionat amb l'habitatge representa una part molt significativa de l'activitat de les entitats financeres a Espanya i, com a conseqüència d'això, «*el tractament de la cobertura del risc relativa a aquests préstecs i la valoració dels actius rebuts per les entitats en pagament de deutes, com també la seva valoració posterior, tenen un*



La importància i l'actualitat del tema va convocar una gran assistència de públic



Respecte a la posició institucional del notariat, el Degà del Col·legi va afirmar que *«s'ha de fomentar la dació en pagament, però tenint molt clar que en cap cas no hauria de ser obligatòria ni tenir caràcter retroactiu»*

impacte molt significatiu en el compte d'explotació de les entitats i en el compliment dels seus requeriments de recursos propis». Va citar la Circular 3/2010, del Banc d'Espanya, que va entrar en vigor el setembre de 2010 i va modificar la Circular 4/2004 amb l'objectiu fonamental d'accelerar la cobertura dels préstecs que entraven en mora i del deteriorament potencial dels actius adjudicats o rebuts en pagament de deutes.

En relació amb les cobertures de crèdits amb garantia real, l'advocada va explicar que es va reduir la base del crèdit objecte de dotació, als efectes de reconèixer el valor dels drets reals rebuts en garantia, però aplicant unes retallades o uns coeficients reductors sobre aquest valor en funció del tipus d'actiu immobiliari. D'altra banda, va exposar que es va accelerar l'exigència de cobertura, atès que la part del crèdit considerada no coberta pel valor de la garantia ha de ser objecte de provisió al 100% un cop transcorregut un any des del venciment de la primera quota impagada. Arribats a la fase d'adquisició de l'actiu immobiliari per part de l'entitat financera, va destacar que, tret d'algunes circumstàncies concretes, aquesta adquisició no pot donar lloc al reconeixement de guanys, sempre que aquests tinguin la qualificació de dubtosos.

Per acabar, va destacar que *«la Circular 3/2010 esmentada també exigeix a les entitats el reconeixement de provisions pel simple fet que els actius immobiliaris adjudicats romanguin en el balanç de l'entitat financera o d'una societat del seu grup, basant-se en la premissa que l'antiguitat en balanç d'aquests actius constitueix un índex de deteriorament»*. Així, s'exigeix un percentatge de cobertura de fins al 30% per als actius que romanguin en balanç més de 24 mesos.

Per part notarial, hi van participar com a ponents Àngel Serrano de Nicolás, el qual va coordinar la Jornada i va exposar el tema «Solucions relatives o moderadores des del dret positiu vigent al principi de la responsabilitat patrimonial il·limitada del deutor», mentre que Javier Micó Giner i José Antonio García Vila, tots dos Notaris de Sabadell, van exposar «El procediment d'execució extrajudicial: una alternativa viable». Respecte a la posició institucional del notariat, el Degà del Col·legi, Joan Carles Ollé, va ser l'encarregat d'exposar en la seva intervenció el posicionament de la institució, afirmant que *«s'ha de fomentar la dació en pagament, però tenint molt clar que en cap cas no hauria de ser obligatòria ni tenir caràcter retroactiu»*. Així, va sol·licitar modificar la Llei d'Enjudiciament Civil, per assolir el 70% com a valor mínim d'adjudicació d'un immoble per part de l'entitat financera; moderar els interessos de demora —que actualment sovint superen el 20%—; regular millor la insolvència dels particulars —per afavorir la negociació amb els bancs i poder evitar la liquidació—, i dotar d'un tracte especial l'habitatge familiar —que hauria de quedar especialment protegit en cas de ser l'única propietat i el lloc on conviu el nucli familiar—, a més de crear les condicions per generalitzar i garantir el crèdit responsable i recórrer més sovint al procediment notarial d'execució extrajudicial.

Finalment, Francisco Ramos Méndez, Catedràtic de Dret Processal de la Universitat Pompeu Fabra, va repassar els «Aspectes processals d'una futura reforma del sistema d'execució hipotecària». La clausura va anar a càrrec de Santiago Ballester Muñoz, Director General de Dret i Entitats Jurídiques de la Generalitat de Catalunya.

Les Associacions Notarials opinen sobre la democratització del Consell General

Entre els objectius de la nova direcció del Consell General del Notariat, oberta al diàleg amb tots els membres del notariat, hi ha la voluntat de recollir i considerar totes aquelles propostes emmarcades en la voluntat de millora de la democràcia interna. Especialment arran de la recent etapa viscuda al Consell General, s'ha establert un ampli debat al voltant del sistema electiu i d'organització corporativa pel que s'ha regit tradicionalment el notariat.



Vida corporativa

Des de LA NOTARIA vam recollir, el passat mes de juliol, prèviament a la dimissió de l'anterior president i a la convocatòria d'eleccions, la visió de les principals associacions i plataformes notariales, amb l'objectiu de donar veu als professionals que s'agrupen i identifiquen amb aquestes, en referència a l'aprofundiment en la democratització del Consell. Recollim tot seguit diversos textos que il·lustren la seva opinió.

Propostes en l'àmbit del Notariat

Partim d'un fet que avui considerem incontestable: la divisió del notariat, la qual cosa provoca inacció i esterilitat en uns moments difícils en què el que necessitem és unitat d'acció, noves idees i esperança

Associació Iniciativa Democràcia-Notariat: «Democràcia-Notariat: una iniciativa de futur»



José Manuel García Collantes
Notari de Madrid

En els dos darrers mesos s'ha enviat a tots els notaris espanyols diversos comunicats promoguts per Iniciativa Democràcia-Notariat, en què se'ns insta a l'adhesió a un manifest que sol·licita l'elecció directa del President del Consell General del Notariat i de la seva cúpula directiva.

Aquests comunicats s'uneixen a d'altres que hi ha hagut en els darrers temps promoguts per diferents associacions i plataformes que han remogut la consciència crítica al nostre cos i que l'han dut fins a cotes que eren impensables fa menys de deu anys. Tanmateix, Iniciativa Democràcia-Notariat no és ni pretén ser una associació o una plataforma d'impuls de determinades polítiques.

Les seves característiques definidores són dues. D'una banda, els seus promotors s'han donat a conèixer des del primer moment. Es tracta de noranta-tres notaris que cobreixen tots els col·legis notariais d'Espanya i representen totes les sensibilitats existents avui dia al nostre col·lectiu. I, de l'altra, els seus propòsits són ambiciosos, però molt concrets i limitats: aconseguir que tots els notaris s'involucrin en una tasca regeneradora del nostre cos i, per fer-ho, proposen l'existència d'una democràcia directa i universal.

Partim d'un fet que avui considerem incontestable: la divisió del notariat. La qual cosa està provocant inacció i esterilitat en uns moments difícils en què el que necessitem és unitat d'acció, noves idees i esperança que posin davant de tots nosaltres unes gotes d'il·lusió. I es considera que la millor i l'única manera d'escapar d'aquest marasme és donar la veu a tots els notaris considerats individualment per tal que, amb el seu vot, elevin a la direcció del notariat un equip que, precisament per això, comptarà amb tota la legitimitat democràtica i moral per aclarir la situació i per imposar una política que representi el parer majoritari del cos.





La iniciativa no pretén ni més ni menys que això. I, per aconseguir-ho, només proposa reformar mínimament el Reglament Notarial quan sigui necessari per facilitar aquest objectiu. Es tracta, doncs, d'una reforma purament instrumental, que serveixi per abordar, sobre altres bases, els autèntics problemes que afecten al notariat, els de fons, que són els que a tots veritablement ens ocupen i ens preocupen.

Els promotors han llançat la idea amb la creença que aquesta respon a una necessitat àmpliament sentida pel col·lectiu notarial. El temps transcorregut i les adhesions rebudes han confirmat plenament i sobradament que tenien raó. Les expectatives s'estan complint. Actualment, rondem els MIL adherits, fet que confirma que s'ha connectat amb el parer d'una gran part del notariat. Mai una iniciativa notarial no havia comptat amb aquest nombre d'adherents.

Els canvis produïts en els nostres òrgans corporatius en el mes d'agost d'aquest any, sens dubte significatius, reforcen encara més aquesta proposta. Sense entrar en moltes altres consideracions, hi ha alguna cosa que després d'ells ha quedat clar i és que el sistema fins ara vigent està ferit de mort. Amb tot cal alegrar-se pel compromís de la nova direcció d'estudiar un renovat model d'organització notarial en la mateixa línia que des d'Iniciativa Democràcia-Notariat es propugna.

A tots els que han confiat en aquest projecte, GRÀCIES. Als que encara no ho han fet, cal dir-los que poden connectar amb aquesta iniciativa i adherir-s'hi a través del WEB: www.democracia-notariado.com. També poden utilitzar el correu electrònic: democracia@democracia-notariado.com.

Plataforma Futur Notarial: «Per una democràcia més real»



Patricia Olivencia Cerezo
Notari de Granollers

Ningú no dubta que el Notariat és un cos democràtic. Afirmar el contrari seria mentir, ja que l'actual sistema d'elecció dels nostres representants s'ajusta estrictament a la legalitat vigent.

Precisament per aquest caràcter eminentment democràtic, crec que ha d'estar obert a fer les reformes necessàries perquè tots els seus membres podem exercir un dret tan constitucional com és el de sufragi universal, a fi d'aconseguir que tots ens puguem sentir degudament representats per la nostra cúpula directiva.

En contra d'aquesta posició s'ha dit que és l'única manera que els Col·legis més petits puguin intervenir en la presa de decisions, cosa que em sembla correcta; ara bé, si li donem la volta a aquest argument, no tenim el mateix dret els que pertanyem a Col·legis més grans? No és injust deixar-nos fora de la presa de decisions?

El sufragi universal permetria, a més a més, que els Notaris de base tinguéssim més coneixements dels programes i els objectius d'aquells que concorren a les eleccions, encara que només sigui perquè ens els hauran d'explicar a tots, si volen aconseguir el nostre vot.

Som molts els que creiem sincerament que això ha de ser el principi de les reformes necessàries que ha d'emprendre el Notariat en benefici d'una millora en els nostres engranatges i funcionament interns. Tinc l'esperança que d'aquesta manera, estem més i



Vida corporativa

millor informats i els que se'n vulguin mantenir al marge, tenen una solució senzilla: no votar o, si no estan d'acord amb cap candidat, votar en blanc.

Siguem sincers: això no és una panacea que solucioni els problemes als quals ens enfrontem, bàsicament perquè la majoria d'aquests depenen de la conjuntura actual en què es troba sumida la nostra societat i, aquí, poca cosa hi podem fer, però és un principi i tenim dret a elegir aquells que ens representen.

«Legalitat, legitimitat i participació»



José Alberto Marín Sánchez
Notari de Barcelona

Les recents vicissituds viscudes al Consell General del Notariat posen de manifest com n'és d'imperfecte el sistema d'elecció de la nostra cúpula.

Les concertacions d'un grup de Degans permeten accedir a la Presidència sense programes i sense debat. No és que els notaris de peu no coneguin la línia d'actuació futura del nou President, sinó que fins i tot els mateixos Degans l'ignoren malgrat haver votat en la seva elecció.

L'única defensa que té el sistema vigent és la seva legalitat. Ningú no en dubta; és una opció de política legislativa que existeix en nombroses corporacions professionals en què es desenvolupen esdeveniments sense cap problema. No obstant això, en la nostra professió s'ha manifestat plenament insatisfactòria fins al punt de permetre nomenar un nou President per sorpresa i sense debat apurant al màxim els terminis reglamentaris.

Aquesta circumstància posa greument en qüestió la legitimitat dels nomenats per aquesta via. En un sistema democràtic no n'hi ha prou amb complir estrictament les normes legals, sinó que cal respectar els principis generals. Ningú no concep una elecció sense una prèvia exposició de programes i un mínim debat. Tanmateix, això s'ha donat en el nostre Consell.

Per tant, l'única manera de garantir que aquests mínims requisits es compleixin és l'elecció del Consell General per tres mil electors i no per disset. Així, ningú no es pot amagar rere d'una cooptació d'un petit grup de persones. Amb l'elecció per sufragi universal, caldrà explicar col·legi per col·legi el programa del candidat i presentar l'equip de govern amb què es compta. No n'hi haurà prou amb un pacte de repartiment de poder, sinó que serà imprescindible convèncer.

Amb aquest sistema d'elecció es fomentarà una cosa que està sota mínims: la participació dels notaris en la vida corporativa estatal. El notari tindrà la sensació que alguna cosa depèn d'ell i que es compta amb ell. Sentirà més seva la vida corporativa i tindrà més incentius per participar-hi.

Amb el canvi, s'aconseguirà tenir un Consell General del Notari basat en la legalitat, en la legitimitat i en la participació.

En un sistema democràtic no n'hi ha prou amb complir estrictament les normes legals, sinó que cal respectar els principis generals. Ningú no concep una elecció sense una prèvia exposició de programes i un mínim debat



Lliure Associació de Notaris Joaquín Costa: «Sobre la reforma del Consell General del Notariat»



Eloy Jiménez Pérez
Notari de Saragossa

En l'ideari fundacional de l'Associació hi ocupava un lloc destacadíssim la reforma de la Junta de Degans-Consell General del Notariat per aconseguir un òrgan que, sense minvar la seva eficàcia, assolís nivells més importants de representativitat

En l'ideari fundacional de l'Associació hi ocupava un lloc destacadíssim la reforma de la Junta de Degans-Consell General del Notariat per aconseguir un òrgan que, sense minvar la seva eficàcia, assolís nivells més importants de representativitat.

Aquesta associació ha encapçalat o participat en totes les iniciatives que s'han planejat per aconseguir aquells objectius que l'última i esperada reforma del Reglament Notarial va ignorar, la qual va donar totalment l'esquena al parer majoritari del Notariat, expressat de manera contundent en publicacions, fòrums d'opinió i enquestes recents.

Las reivindicacions de l'Associació, en tot allò a què fa referència aquest tema, són les següents:

- Diferenciació entre un òrgan de govern del notariat (constituït per un equip directiu integrat per un president, vicepresidents, un secretari general i vicesecretaris) de caràcter representatiu i executiu i al qual li correspondrien les competències que habitualment desenvolupen la presidència i la comissió permanent) i un òrgan de deliberació i de control, coincident en composició, competències i funcionament amb l'actual Consell General del Notariat i del qual en serien president, vicepresidents, secretari i vicesecretaris aquells que ostentessin aquests càrrecs en l'òrgan de govern, fossin degans o no.
- L'òrgan de govern seria directament elegit per tots els notaris espanyols, entre les candidatures que, en llistes tancades i amb un programa de govern, presentessin un nombre determinat de degans o un nombre significatiu de notaris d'un nombre mínim de col·legis, en què s'exigís el mateix nombre d'uns i altres per presentar mocions de censura a l'òrgan de govern, l'acceptació o el rebuig de les quals correspondria al ple del Consell General, amb abstenció dels afectats i amb la doble majoria a la qual es farà referència més endavant.

Associació Independent de Notaris: "El Consell General del Notariat: composició, elecció dels seus membres i càrrecs"



José Luis Fernández Lozano
Notari de Ribadesella (Astúries)

Es poden diferenciar dos aspectes: l'orgànic (composició del Consell General i sistema d'elecció) i el de la transparència d'actuació, informació i control. Tot i la normativa



Vida corporativa

És important que l'actual estat de les coses canviï. Per això, cal reforçar el control de les actuacions del President, mitjançant el Ple i la Comissió Permanent del CGN, establint la regla general de la publicitat corporativa dels acords, i només com a excepció el secretisme

vigent, quina és la situació real de l'organització, composició i funcionament del Consell General del Notariat (CGN)?; Funciona correctament i no és necessari cap canvi?; N'hi ha prou amb la transparència i informació de què "gaudim"?

Al nostre parer, el funcionament del CGN és bàsicament presidencialista. Són el President i el seu gabinet, constituït *de facto* (assessors jurídics, equip tècnic, comissions delegades) els qui dirigeixen la política institucional del Notariat. Quan, per exemple, el Ministre de Justícia o la Directora General dels Registres i del Notariat volen saber quin és el posicionament del Notariat espanyol no parlen amb cap Ple ni amb la Comissió Permanent del CGN, sinó amb el seu President. És ell qui té tota la informació i tots els contactes, qui "negocia" i decideix.

És necessari adaptar la normativa vigent a la realitat fàctica i injectar-hi majors dosi de democràcia (a menys que creiem, com deia irònicament G. Bernard Shaw, que "la democràcia és el procés que garanteix que no serem governats millor del que ens mereixem"). El sistema actual (elecció del President pels Degans i entre els Degans) ha estat superat per la realitat política i social. Si tenim en compte, a més, que l'equilibri de la concepció única del notari com a professional del Dret i funcionari públic s'ha trencat, i avui hi ha notaris defensors de la notaria com a empresa i activitat comercial, és precís que la persona que vagi a representar al Notariat com a President d'aquesta institució manifesti públicament quina és la seva concepció del Notariat i quin serà el seu programa d'actuació. El President ha de ser escollit directament per tots els col·legiats.

És, tanmateix, necessària la seva professionalització: el President del CGN no pot ser Degà, ha de ser només President, dedicar-se plenament a aquesta tasca; cal dotar al càrrec dels mitjans materials i econòmics necessaris, de manera que disposi d'un gabinet o equip tècnic integrat per professionals brillants i capacitats. No n'hi ha prou amb la previsió que en la reforma del RN es fa de nomenament d'un substitut per a la notaria de qui exercirà com a President si després de cessar en el càrrec torna a la notaria que va abandonar i se la troba com un solar.

La política institucional l'ha de portar a terme el President, que ha de ser fidel a la concepció del notariat i als principis exposats en el seu programa electoral. La gestió interna ha de continuar realitzant-la la Comissió executiva i el Ple, els quals també han d'assumir un paper de control de les funcions d'alta política del President. Podria ampliar-se la base participativa, com va propugnar, en el seu moment, l'Asociación Joaquín Costa, del CGN, incloent-hi, a més dels Degans, a d'altres notaris escollits en cada Col·legi, o independentment de la seva base territorial. Ara bé, essent realistes, caldria ponderar el nombre i el sistema d'elecció d'aquests notaris-consellers, si no volem convertir al CGN en un òrgan burocràtic i inútil (en la proposta realitzada el Ple estaria integrat per 17 Degans, el President, dos Vicepresidents i uns 30 notaris consellers; en total, 50 persones).

Pel que fa a la transparència de criteris d'actuació en matèria de política institucional del Notariat avui succeeix: 1) que no sabem qui serà President del Notariat; els notaris només l'escollim de manera indirecta, en escollir al nostre Degà; 2) no sabem quina és la seva concepció del Notariat, quins són els seus criteris ni quin programa desenvoluparà; 3) no sabem què s'està fent en matèries tan importants com l'aranzel notarial, les aplicacions telemàtiques, la reforma del RN, una possible fusió amb els Registradors; i, el que és més important, no sabem quins criteris guien a aquells qui ens representen. És important que l'actual estat de les coses canviï. Per això, cal reforçar el control de les actuacions del President, mitjançant el Ple i la Comissió Permanent del CGN, establint la regla general de la publicitat corporativa dels acords, i només com a excepció el secretisme.

Igualment, anant encara més enllà en la necessària democratització del notariat i del seu òrgan de més alta representació, el CGN, no només cal comunicar i fer transparents la gestió i els acords; també les decisions que poden afectar l'essència del notariat (com la fusió de cossos, la liberalització aranzelària, la liberalització de demarcacions, districtes notariais, numerus clausus, sistema d'accés...) haurien de ser consultades directament als col·legiats, en referèndum.

Qüestió apart és l'anomenada ponderació del vot. No creiem que, tenint en compte que l'organització actual del Notariat es basa en l'existència de Col·legis Notariais, sense que, a diferència del que succeeix amb els Registradors de la Propietat, hi hagi un sol



Col·legi Nacional, hagi d'establir-se un sistema de vot ponderat en funció del nombre de notaris que integren cada Col·legi, de manera que el vot fos proporcional al nombre de notaris de cada Col·legi. Sí estem a favor de l'elecció directa del President per tots els notaris. Una vegada escollit el notari —qualsevol notari de qualsevol Col·legi dels disset Col·legis Notarials— que es presenti, com a President del Notariat, entre els diversos candidats, sobre la base dels programes, que, obligatòriament, haurien de presentar, prèviament a l'elecció, caldrà que sigui el Ple del Consell del Notariat l'òrgan de control, l'òrgan deliberant i el que ha de marcar els límits a l'actuació del President. Ara bé, reconeixem que, en ser escollit el President directament per tots els notaris, la seva base de representació i la seva legitimació directa poden fer que "grinyolin" els actuals esquemes de representació col·legial encarnats pels Degans, pel que caldria fer un estudi en profunditat de la qüestió, per tal de tractar de conciliar la major democratització del Notariat, obtinguda —al nostre entendre— mitjançant l'elecció directa del President amb el sistema d'organització col·legial (17 Col·legis Notarials), de manera que el sistema final sigui equilibrat i ajustat al que ha estat i és l'organització del Notariat espanyol, per bé que incorporant majors dosis de democràcia i transparència, sense que això resulti contrari a la legítima representació de tots i cadascun dels Col·legis, com a sistema de compensació i control en un sistema clarament presidencialista.

