

# LaNotaria

Número 2 | 2010

Revista del Colegio Notarial de Cataluña

Fundada en 1858

## La desjudicialización, una perspectiva global y de futuro

Importante documento  
de consenso en Cataluña

Editorial y artículo de Francisco Ramos Méndez

## El Libro II del Código Civil de Cataluña, la modernización del Derecho de Familia

Artículo de Antoni Vaquer Aloy

## Legislador y Administración

Por Miquel Roca i Junyent

### TRIBUNA

Francisco Fernández-Prida  
Adolfo Calatayud Sierra

José Javier Cuevas Castaño  
Daniel Iborra Fort

### PRÁCTICA

Aproximación urgente a la Ley reguladora  
del Impuesto sobre Sucesiones  
y Donaciones en Cataluña

# laleydigital procesalcivil.es

NUEVO



## exactamente lo que necesita en materia procesal civil

*Ahora nuestra obra más vendida en papel, «Proceso Civil Práctico», también se encuentra disponible en formato online*

*Con todas las innovadoras funcionalidades de [laleydigital.es](http://laleydigital.es)*

[laleydigitalprocesalcivil.es](http://laleydigitalprocesalcivil.es) es una nueva guía temática que desarrolla completa y minuciosamente la LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL con comentarios a cada artículo, en los que se da respuesta a dudas o interpretaciones, a lagunas jurídicas y en la que los prestigiosos autores que abordan su contenido aportan toda su experiencia y conocimiento en la materia.

Dirección: VICENTE GIMENO SENDRA

Coordinadores: JOSÉ MARÍA ASENCIO MELLADO, TOMÁS LÓPEZ-FRAGOSO ÁLVAREZ, MANUEL ORTELLS RAMOS, ERNESTO PEDRAZ PENALVA Y F. RUIZ MARCO



LA LEY  
grupo Wolters Kluwer

Un paso por delante

[laleydigital.es](http://laleydigital.es)

exactamente lo que necesita.

Más información en nuestro Servicio de Atención al Cliente: 902 250 500 tel • [clientes@laley.es](mailto:clientes@laley.es)

**Director:**

Ángel Serrano de Nicolás

**Subdirector:**

Guzmán Clavel Jordà

**Consejo de redacción:**

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

**Consejo editorial:**

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

**Coordinación:**

Sandra Purroy Corbella

**Diseño y Producción:** LA LEY

ISSN: 0210-427X

D.L.: B. 3.461-1995

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

© 2010 *Ilustre Colegio de Notarios de Catalunya*  
Notariado 4 - 08001 Barcelona

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

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

## La necesidad de la desjudicialización

La necesidad de la desjudicialización, de la que la futura Ley de Jurisdicción Voluntaria es su mayor expresión, es cada vez más apremiante, no sólo para cumplir con los mandatos legales, sino por implicar también una disminución de la cargas de los Órganos jurisdiccionales, lo que conlleva necesariamente la posibilidad de una mayor dedicación a la actividad verdaderamente jurisdiccional. De la misma forma, se facilita al ciudadano la posibilidad de obtener con una mayor celeridad respuesta a problemas y necesidades en que ni el principio de tutela judicial efectiva se ve conculcado, ni hay propiamente actuación jurisdiccional.

El texto que en el presente número se publica, fruto de la Comisión al efecto creada por la Generalitat de Catalunya, ofrece junto a la unanimidad en su aprobación, por todos los implicados en la posible desjudicialización, la fijación de unas bases y categorización de las materias que podrían desjudicializarse, que va mucho más allá de lo que hasta ahora se había considerado como propio de una posible futura Ley de Jurisdicción Voluntaria, sea o no éste el nombre que reciba finalmente, sin perjuicio de que las cuestiones que trata no son propiamente jurisdiccionales.

La desjudicialización no sólo requerirá la aprobación de la nueva Ley, sino la alteración de varias otras, en cuestiones competenciales y de procedimiento, en que, desde luego, no se trata de ofrecer al ciudadano un abanico de opciones, sino de delimitar claramente las competencias de cada uno de los Cuerpos y operadores jurídicos afectados, para lo que deberá tenerse singularmente presente lo que su propia función y praxis de actuación ha venido decantando, y que, por otra parte, así lo perciben el ciudadano y los demás operadores jurídicos y queda claramente señalado en el Documento que ahora se publica.

Como he señalado se trata de un documento de desjudicialización, por tanto más amplio que unas bases —aunque también lo sean— para una futura Ley de Jurisdicción Voluntaria; varias de sus propuestas ya se han recogido, y, algunas de las más aparentemente novedosas, sea el divorcio consensual o el pacto comisorio, debidamente matizados, ya se han regulado en el Derecho comparado que nos es más próximo, cultural y geográficamente.

Seguimos esperando, pero el ciudadano —verdadero destinatario de la propuesta y de la futura Ley— y el sistema democrático, en una democracia avanzada como la nuestra, urgen a que se den soluciones, sobre todo cuando en lo esencial existe unanimidad, y cuando tan decididamente se está reformando nuestra Justicia.

Ángel Serrano de Nicolás  
*Director*  
*Doctor en Derecho*  
*Notario de Barcelona*



## Editorial

- La necesidad de la desjudicialización. Por *Ángel Serrano de Nicolás* 3



## Tribuna

- Legislador y Administración. Por *Miquel Roca i Junyent* 5
- Apuesta decidida por la democracia. Por *Francisco Fernández-Prida* 7
- La prevención del blanqueo de capitales. Por *Adolfo Calatayud Sierra* 9
- Descanse en paz (a propósito del 150 aniversario de la Ley del Notariado). Por *José Javier Cuevas Castaño* 12
- Marco legal empresarial y desempleo. Por *Daniel Iborra Fort* 15
- Diario notarial de un tiempo convulso (2009-2010). Por *Joan Carles Ollé Favaró* 17



## Doctrina

- Pórtico (sobre el Libro II del Código Civil de Cataluña). Por *Antoni Vaquer Aloy* 22
- Desjudicializar: el reto de una sociedad civil madura y democrática. Por *Francisco Ramos Méndez* 27
- Documento de la Comisión de trabajo de asesoramiento sobre desjudicialización en el ámbito civil: «Límites a la solución judicial de los conflictos en el ámbito civil y propuestas de descongestión» 30



## Práctica

- Aproximación urgente a la Ley 19/2010 de 7 de junio de Regulación del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones en Cataluña. Por *Jaime Agustín Justribó* 53



## Internacional

- Conclusiones del Congreso de la Unión Internacional del Notariado sobre el blanqueo de capitales. Reseñas de Derecho Comparado. Por *Elisabeth García Cueto* 70



## Sentencias

- El acta de notificación en la subrogación hipotecaria activa y otras cuestiones de la reciente jurisprudencia y doctrina registral. Por *Antonio Ángel Longo Martínez* 74
- Reseña de las principales sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña. Por *Víctor Esquirol* 82



## Resoluciones

- Reseña de las resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado y de la Dirección General de Derecho y Entidades Jurídicas de la Generalitat. Por *Fernando Agustín Bonaga* y por *Víctor Esquirol* 86



## Vida Corporativa

- Noticias corporativas y del mundo del Derecho 100

## Legislador y Administración



MIQUEL ROCA I JUNYENT

*Licenciado en Derecho por la Universidad de Barcelona. Socio Presidente de Roca Junyent Abogados. Profesor de Derecho Constitucional en la Universidad Pompeu Fabra. Doctor Honoris Causa por la Universidad de Educación a Distancia y por la Universidad de León. Miembro de diversas comisiones de expertos creadas en el ámbito del derecho administrativo, internacional y mercantil, actualmente forma parte del Consejo para el debate sobre el futuro de la Unión Europea. Ha sido condecorado con la Gran Cruz de Isabel la Católica, la Medalla de Oro de la Ciudad de Barcelona, la Medalla de Oro del Ayuntamiento y la Creu de Sant Jordi de la Generalitat de Cataluña, entre otras condecoraciones.*

En un artículo excelente del último ejemplar de esta revista, Joan Josep López Burniol habla de "Progreso, seguridad y mercado", y destaca el valor de la seguridad jurídica como característica fundamental de un Estado de Derecho en un mundo globalizado. Han sido precisamente sus palabras las que me han sugerido, en un ejercicio de cierta continuidad, **reflexionar sobre algunos elementos que, directa o indirectamente, perjudican este valor fundamental de la seguridad jurídica.** Es un concepto amplio que, de hecho, se proyecta en muchos ámbitos y actuaciones y que en cada uno de ellos puede afectar al ciudadano perjudicando sus derechos y sus garantías.

En la actualidad, toda la Unión Europea, pero muy especialmente España,

está experimentando **una nueva forma de inseguridad jurídica: la invasión administrativa del campo constitucionalmente reservado al legislador.** Efectivamente, hoy no sólo legislan las Cortes Generales, sino que comparten esta función de una manera totalmente impropia muchos órganos administrativos, reguladores, supervisores y controladores de la actividad de los particulares que, en el supuesto amparo de una norma legislativa, definen en la práctica condiciones, requisitos y exigencias que desbordan ampliamente la norma que intencionalmente pretenden desplegar.

Estas actuaciones frecuentan y toman la forma de decretos, órdenes y circulares y, a veces, pura y simplemente, la de resoluciones individualizadas que generan una doctrina que después justifica

una aplicación más generalizada. Esta situación es, en la realidad de nuestra sociedad, tan frecuente que llega incluso a caracterizar la función de estos órganos y entidades administrativas.

**El legislador está siendo sustituido por este tipo de actuaciones de órganos que él mismo ha creado.** El hijo se olvida del padre que le ha dado la vida, se indisciplina y hace su vida al margen de la norma que lo creó. Se siente superior al legislador; por motivos de su especialidad, cree saber más y se legitima a sí mismo para interpretar la norma jurídica como él cree conveniente en las funciones que se atribuye a sí mismo, siempre conducidas desde la prepotente afirmación de que es el auténtico garante del sector que simplemente se le ha encargado supervisar. La relación clásica del prin-

cipio de la jerarquía normativa empieza a formar parte de la arqueología jurídica; ha estado plenamente superada por una inversión normativa que tiende a hacer de la norma administrativa de despliegue legislativo la pieza fundamental del edificio jurídico a la que supedita la propia interpretación de la ley.

Es tan frecuente y tan reiterada esta práctica que valdría más dedicarse a ver en qué modo se puede reconducir antes que debatir académicamente sobre la certeza de esta afirmación. Los notarios, registradores y abogados conocen, viven y padecen esta forma sutil y contemporánea de inseguridad jurídica. Saben que una simple circular o una interpretación osada administrativamente tendrán más fuerza que su calificación de legalidad o juridicidad. Y esta práctica, en la medida en la que penetra sutilmente en el tejido de las relaciones económicasociales, debilita el principio de legalidad en beneficio de una interpretación administrativa discrecional que tiende a sustituir la ley por el acto administrativo.

---

**En la actualidad, toda la Unión Europea, pero muy especialmente España, está experimentando una nueva forma de inseguridad jurídica: la invasión administrativa del campo constitucionalmente reservado al legislador**

---

**Dos grandes instrumentos se ponen al servicio de esta sutil pervisión jurídica: por una parte, la fuerza del regulador sectorial** es de tal naturaleza que aconseja a los operadores que están sujetos la aceptación de la discrecionalidad para evitar una confrontación sistemática con el órgano administrativo. Los perjuicios de la “resistencia” pueden ser mucho más graves que los de aceptación sumisa y complaciente de la discrecionalidad. Ya no es tan importante el peso de la norma legal, sino la necesidad de “vi-

vir”, aunque sea en el marco de la discrecionalidad. Los operadores se adaptan y conforman este nuevo marco con la esperanza y el convencimiento de que con este condicionamiento podrán desplegar su actividad de forma estable y continuada. Puede tener costes, pero posiblemente en el balance sean menores que los de reclamar la aplicación de la norma legal.

**Un segundo instrumento por el que avanza igualmente esta sutil sumisión de la ley a la norma administrativa es la de una justicia lenta, lentísima.** Reclamar el amparo de la ley puede conllevar una larga dilación en el reconocimiento del derecho lesionado. Y esta lentitud puede perjudicar el negocio, la empresa, la operación y la viabilidad económica de un asunto. El órgano administrativo es fuerte ya que el tiempo juega en su favor en una situación en la que el tiempo es oro. En la economía contemporánea la lentitud es un obstáculo a menudo insalvable.

Y todavía perjudica más esta situación el hecho de que los Tribunales, con un criterio de prudencia que era lógico hace un tiempo, tengan cierta tendencia “confirmatoria” a las acciones de la Administración, a la que, en principio, se debe atribuir un papel lógico de defensor del interés general. Frente a esta presunción, el particular aparece normalmente como defensor de un interés singular, egoísta y muy individual, que convive de forma difícil en un debate sustancial sobre la exigencia de que la norma administrativa sea el resultado de un despliegue correcto del principio legal.

**Será necesario reaccionar si queremos que la introducción progresiva de una interpretación debilitadora de la función legislativa reservada a las Cortes Generales no siga progresando.** Sería muy peligroso, de hecho ya lo es en las manifestaciones que se derivan de ello, pero puede llegar a serlo mucho más. Las cámaras legislativas tienen que entender el grave perjuicio de que su competencia constitucional represente la práctica que

se denuncia. Y corresponde a los profesionales del Derecho hacerlo ver, denunciarlo y luchar contra esta situación en la medida en la que es contraria a un Estado de Derecho y que, como consecuencia, perjudica gravemente un despliegue estable, seguro y previsible de la economía del país.

---

**Hoy en día, el problema de las sociedades desarrolladas de nuestro entorno europeo y occidental no radica en definir las bases del Estado de Derecho, sino en respetarlas posteriormente**

---

El Estado de Derecho es el resultado de muchos equilibrios entre los diferentes poderes del Estado y de un respeto muy escrupuloso de sus respectivas funciones. El ciudadano es muy vulnerable frente al Estado y, cuando éste no respeta los límites de su intervención, el ciudadano y su actividad se resienten de un modo muy evidente. Hoy en día, el problema de las sociedades desarrolladas de nuestro entorno europeo y occidental no radica en definir las bases del Estado de Derecho, sino en respetarlas posteriormente. Hacer una Constitución democrática es relativamente sencillo; respetarla es mucho más complicado. Y, normalmente, esta falta de respeto tiene mucha más trascendencia cuando se da por parte de las instituciones y la Administración. El ciudadano puede infringir la norma jurídica, pero los mecanismos del Estado para corregir esta situación son mucho más potentes. Sin embargo, **cuando son las propias instituciones del Estado o la Administración las que se olvidan de sus obligaciones constitucionales, la lesión es mucho más trascendente** y perjudica gravemente el progreso del país. Por ello, es necesario tomarse este tema seriamente y con toda la urgencia que su gravedad justifica.

## Apuesta decidida por la democracia



FRANCISCO FERNÁNDEZ-PRIDA

*Notario de Valladolid. Decano del Colegio Notarial de Castilla y León. Licenciado en Derecho por la Universidad de Valladolid. Vicepresidente de la Academia de Legislación y Jurisprudencia de Valladolid. Profesor de Derecho Romano y Civil en la Universidad a Distancia en Gerona.*

Si partimos de la base de que el régimen democrático es el menos malo de todos los posibles regímenes de organización política, resulta evidente que tal afirmación es aún más aplicable en el ámbito de los Colegios Profesionales y demás entidades o corporaciones de Derecho Público que se configuran por encima de los mismos. Es más, en todas esas entidades, no sólo por mandato constitucional, sino por su propia esencia, el régimen democrático sería el único posible.

El criterio que debe presidir su regulación es el de que **cuanto mayor sea la participación de todos y cada uno de sus miembros en la formación de la voluntad colectiva, más democrática será la forma de gobernarse** y, por lo tanto, más en consonancia con la Constitución.

Ciñéndonos al campo notarial, se nos dijo que, con la reforma del Reglamento Notarial llevada a cabo por el Real Decreto 45/2007, de 19 de enero, se pretendía,

entre otras cosas: consolidar el principio de legalidad en el ámbito de la actuación notarial y, como no podía ser de otra forma, «democratizar las estructuras notariales». Ahora bien, pasado un tiempo prudencial desde la entrada en vigor de la citada reforma y a la vista de los hechos acaecidos al amparo de la misma, cabe preguntarse si se ha logrado o no la realización de los pretendidos objetivos.

Entiendo que la respuesta ha de ser negativa.

Respecto de la reafirmación del principio de legalidad, más vale ni hablar de ello, pues, como dice nuestro poeta castellano refiriéndose a los males y glorias de los romanos, todos saben cuales fueron. Un desastre. Y en cuanto al segundo de dichos objetivos, la democratización de sus órganos de gobierno, creo que **la reforma del Reglamento Notarial no sólo no ha conseguido que las estructuras notariales sean «más democrá-**

**ticas», sino que, a mi entender, se ha dado un claro paso hacia atrás.**

Entiendo que una de las causas que ha motivado la no consecución de la democratización de las estructuras notariales se encuentra en la propia gestación de la reforma del Reglamento Notarial, pues, durante su compleja tramitación, buena parte de los miembros que detentaban cargos en la entonces «Junta de Decanos» estimaron que debía aprovecharse, para bien del notariado, por supuesto, la ocasión de que el Ministerio de Justicia veía con buenos ojos sus propuestas. Y, en consecuencia, se lanzaron a tumba abierta a su consecución: evitando y eludiendo, a propósito, todo previo contraste de pareceres, toda búsqueda de consenso, con los ojos puestos en impedir que cualquier retraso pudiera dar al traste con la reforma pretendida, asumiendo el riesgo de llevarla a cabo sin la mesura y moderación que la importancia de la materia exigía.

En consonancia con lo anterior, me parece recordar que el «proyecto de reforma», respecto del que se había guardado el mayor de los secretos, se dio a conocer a las Juntas Directivas de los distintos Colegios Notariales de España, a mediados de la semana anterior a la Semana Santa del año del 2006. Y teniendo en cuenta que dichas Juntas Directivas lo pusieron, a su vez, en conocimiento de sus respectivos colegiados unos días después, y que sólo se les concedió a éstos unos ocho días para poder hacer las alegaciones pertinentes, tratándose además de unas fechas —lo que a muchos indujo a pensar, no sin bastante fundamento, que no eran fruto de la casualidad— en las que ya muchos notarios tenían programadas sus vacaciones y por lo tanto les era imposible dedicar el debido tiempo a su estudio.

Un número significativo de notarios manifestó que la modificación pretendida, al menos en la parte que hacía referencia a la organización del notariado, no era acertada, proponiendo que se concediese un plazo más amplio para formular las enmiendas oportunas

Sin embargo, un número muy significativo de notarios manifestó su opinión de que la modificación pretendida, al menos en la parte que hacía referencia a la organización del notariado, no era acertada, proponiendo que se concediese un plazo más amplio para formular las enmiendas oportunas, proposición que no fue aceptada.

**El Reglamento Notarial ha organizado un Consejo General del Notariado dotado de amplísimos poderes, cuyo ejercicio, al menos en teoría, puede**

**estar en manos de una minoría**, como luego veremos, que imponga su voluntad a la mayoría, y que, además, tiene un costo económico, que, con carácter general, y en especial en estos momentos de crisis, es imposible sostener.

Sea por la causa que sea, la democratización pretendida no se ha logrado, y mantengo este criterio con base en los siguientes ejemplos:

Con la nueva regulación es posible que pueda darse, al menos en el campo teórico, el supuesto siguiente:

— **Que poniéndose de acuerdo los decanos de los nueve Colegios Notariales de España que menor número notaría tienen demarcadas en su territorio**, y que apenas llegan a alcanzar un tercio de la totalidad de los notarios, **impongan su voluntad al resto** de los decanos, que representarían a más de dos tercios de los notarios. El mero hecho de que este hipotético supuesto pudiera llegar a darse hace patente la necesidad de evitar dicha posibilidad.

— Y dados los poderes que la nueva regulación concede al Consejo General del Notariado y, dentro del mismo, a su comisión permanente, **puede suceder**, como de hecho sucede en mi Colegio (el de Castilla y León), **que más de un ochenta por ciento del presupuesto de un Colegio Notarial esté condicionado y determinado**, no por la voluntad de los propios colegiados que lo integran, sino **por las decisiones y disposiciones que, directa o indirectamente, proceden del Consejo y que son vinculantes para los Colegios**. Y esas decisiones, como hemos podido comprobar, pueden proceder, en algunos supuestos, de una minoría.

Por todo lo expuesto hasta aquí, y por otras muchas razones que no cabe

mencionar por razones de espacio, **entiendo que debe, de nuevo, reformarse profundamente la regulación de la Organización del Notariado**. Y que dicha reforma debería tener como pilares fundamentales, los siguientes:

- **Intervención directa de todos los notarios de España en la elección de los miembros integrantes de la Comisión Permanente** del Consejo General del Notariado. Hecho que hoy día, con las nuevas técnicas electrónicas, se puede llevar a efecto de una forma rápida, sencilla y barata.
- **Limitación de la duración de los cargos**, debiendo efectuarse los nombramientos por un periodo máximo de cuatro años, pudiéndose reelegir sólo por un periodo más.
- **El carácter gratuito de todos los cargos**. Carácter gratuito que no debe impedir, porque no sería justo, que los gastos, daños y perjuicios ocasionados en el ejercicio de los mismos, sean justamente compensados. El formar parte de Consejo es un honor, no una fuente de ingresos.

Una de las causas que ha motivado la no consecución de la democratización de las estructuras notariales se encuentra en la propia gestación de la reforma del Reglamento Notarial

Por todo ello, es mi deseo que todos nos pongamos a trabajar, buscando el mayor consenso posible, y consigamos, de una vez por todas, que nuestras estructuras sean lo más democráticas posibles, al menor costo posible.

# La prevención del blanqueo de capitales



ADOLFO CALATAYUD SIERRA

*Notario de Zaragoza. Ex Decano del Colegio de Notarios de Aragón. Licenciado en Derecho por la Universidad de Zaragoza. Miembro de la Academia de Jurisprudencia y Legislación de Aragón.*

La entrada en vigor de la Ley 10/2010, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo, ha supuesto un impacto en la actuación de los llamados “sujetos obligados” por dicha normativa, incluyendo, los profesionales del Derecho y, sobre todo, los Notarios, que todavía estamos intentando encajar, sin saber muy bien cómo. **La lectura de la Ley nos genera a los juristas muchas incertidumbres y dudas acerca de su alcance y consecuencias**, para las que, al menos de momento, no parece haber respuestas seguras. Con estas líneas no pretendo otra cosa que realizar unas reflexiones personales sobre el alcance que puede tener la indicada Ley en general y en la función notarial en particular.

Quede muy claro, desde el principio, que es obvio que todos los ciudadanos estamos obligados a colaborar con los poderes públicos en la lucha contra la delincuencia organizada. Ahora bien, no puede discutirse que esa lucha no justifica la adop-

ción de cualquier tipo de medidas, incluso atentatorias contra los derechos individuales básicos. Los sistemas democráticos de Derecho tienen como uno de sus principales bases el establecimiento de un equilibrio entre los instrumentos para la lucha contra la delincuencia y el respeto de los derechos individuales fundamentales, que sólo deben decaer cuando, en el caso concreto, haya elementos suficientes para presumir la existencia de un delito y, aún entonces, con todas las garantías legales y procesales. A ello responden principios tan básicos como la presunción de inocencia, la interdicción de la arbitrariedad, el derecho a la intimidad personal o la seguridad jurídica y, por ello, las pruebas obtenidas en contravención de los principios fundamentales carecen de validez. Pues bien, la lectura de la expresada Ley hace dudar de si ese equilibrio se ha visto, al menos en parte, trastocado, si de alguna manera no se crea un estado general de sospecha, que convierte a todos los ciudadanos que llevan a cabo actos con

cualquier sujeto obligado en sospechosos de realizar actividades delictivas.

En concreto, la pregunta que podemos hacernos es si está suficientemente justificado que, con carácter general, por el solo hecho de realizar un acto perfectamente legal, cualquier ciudadano deba ser sometido, por los sujetos obligados, a una serie de medidas de investigación de su actividad, de la finalidad que persigue o del origen de su patrimonio. Si resulta razonable que, para poder detectar alguna actuación que encubra blanqueo de capitales, la totalidad de los ciudadanos deban sufrir este escrutinio.

Desde otro aspecto de la cuestión, también **cabe plantearse si está justificado que esta función de investigación**, que, se diga lo que se quiera, interpretada con rigor, tiene un fuerte componente policial, **se atribuya a determinados ciudadanos particulares, que ni es ésta su función ni disponen de medios para ello**. Es decir, si es irremediable implantar una sociedad en la que se impone a unos ciudadanos inves-

tigar a otros. Ni que decir tiene que esto no sólo no mejora, sino todo lo contrario, por el hecho de que se prevea que los sujetos privados pueda delegar en terceros, también privados, esta labor de investigación o que se regule el posible intercambio de información sobre los ciudadanos entre los sujetos obligados.

**La lucha contra los grupos de delincuencia organizada puede hacer necesaria la implantación de un estado general de vigilancia, en detrimento de algunos derechos individuales fundamentales, pero no parece que estemos ya en esa situación**

Puede ser que llegue un momento en el que la lucha contra el enorme poder de los grupos de delincuencia organizada haga necesaria la implantación de un estado general de vigilancia, en el que algunos derechos individuales fundamentales deban sacrificarse, pero no parece que estemos ya en esa situación; además, cuando tal cosa suceda, será preciso que los poderes públicos informen debidamente a los ciudadanos y que se lleven a cabo reformas de fondo en el sistema jurídico y de garantías.

Es cierto que **el alcance que realmente van a tener las medidas que impone la Ley dependerá mucho de cómo se interprete ésta**, muy ambigua en la forma de definir la mayor parte de los deberes que impone, y también de cómo se desarrolle reglamentariamente, desarrollo al que hace constantes referencias. Porque no es lo mismo considerar que es suficiente con recoger la manifestación del particular sobre su actividad, índole de sus negocios u origen de su patrimonio, que entender que el sujeto obligado debe investigar la veracidad de esas manifestaciones y, en su caso, de qué forma. Pero ésta es otra gran falla de la Ley: la enorme inseguridad que genera la indefinición de sus conceptos y deberes, siendo que, además, el incumplimiento de todos estos deberes que se imponen a los "sujetos obligados" está sometido ya a fortísimas sanciones; régimen sancionador que, por ello, presenta una deficiente tipicidad. El principio constitucional de seguridad jurídica tampoco sale bien parado.

Por lo que a la función notarial se refiere, a quien lea la Ley y la Directiva comunitaria que transpone le llamará la atención el trato especialmente gravoso que la Ley le atribuye en comparación con el régimen previsto en la Directiva.

Primeramente, porque altera la forma en que los Notarios son considerados sujetos obligados. En efecto, en la Directiva, los Notarios están en el mismo grupo que los "profesionales independientes del Derecho": *es decir, sólo son sujetos obligados "cuando participen, ya actuando en nombre de su cliente y por cuenta del mismo, en cualquier transacción financiera o inmobiliaria, ya asistiendo en la concepción o realización de transacciones por cuenta de su cliente relativas a: i) la compraventa de bienes inmuebles o entidades comerciales, ii) la gestión de fondos, valores u otros activos pertenecientes al cliente, iii) la apertura o gestión de cuentas bancarias, cuentas de ahorros o cuentas de valores, iv) la organización de las aportaciones necesarias para la creación, el funcionamiento o la gestión de empresas, v) la creación, el funcionamiento o la gestión de sociedades, fiducias, o estructuras análogas"*. El sentido de la norma creo que es claro: lo que se incluye es la actuación del Notario como "profesional independiente del Derecho", es decir, cuando actúa como asesor jurídico de parte, diseñando transacciones económicas o preparando entramados jurídicos dirigidos a la búsqueda del exclusivo beneficio de ese particular; actuación notarial posible y frecuente en otros países europeos, mucho menos en España, donde lo habitual es ejercer una función controladora-documentadora, consistente en redactar el documento conforme a la ley y a la voluntad expresada, ejercer el control de legalidad e informar de los efectos y consecuencias a los otorgantes, todo ello referido a un acto jurídico que se le presenta ya estructurado y configurado. Por tanto, **con arreglo a la Directiva, el Notario sólo sería sujeto obligado cuando asumiera ese papel de asesor jurídico privado**; no en los casos, mayoría, en que se limita a cumplir estrictamente su función pública notarial, consistente en dar forma al acto jurídico que las partes declaran que desean celebrar, redactándolo conforme a ley, supervisando que cumple la legalidad e informando de sus efectos y consecuencias. En esos casos, el deber que tendría el Notario sería el propio de las autoridades y funcionarios, consistente en que cuando descubran hechos que puedan constituir indicio o prueba de blanqueo de capitales,

tienen que informar de ellos a las autoridades (que la Ley regula hoy en el artículo 48.1). Todo ello pese a la interpretación maximalista que, hasta la entrada en vigor de la Ley, habían venido realizando la Dirección General de los Registros y del Notariado y el Consejo General del Notariado.

**Sin embargo, la Ley, al definir a los sujetos obligados, saca a los Notarios del grupo de los profesionales del Derecho y los incluye en una letra independiente** (junto a los Registradores), **en donde no se hace restricción alguna**, de lo que puede inferirse que el Notario es sujeto obligado en la totalidad de su actividad, conclusión que, sin embargo, no puede sino calificarse como excesiva, porque carece de sentido lógico, ya que existen actuaciones notariales que, por su propia naturaleza son totalmente ajenas a la posible existencia de blanqueo de capitales. En cualquier caso, cabe preguntarse el porqué de este cambio de trato de los Notarios, que, en mi opinión, carece de justificación razonable. Desde luego no parece que nuestra condición de funcionarios lo justifique, puesto que no hay más funcionarios en el listado de sujetos obligados, todos ellos sujetos estrictamente privados; y, de hecho, las autoridades y funcionarios tienen un régimen muy diferente en esta legislación, al que ya se ha hecho referencia, con un único deber: informar de los hechos que descubran que puedan constituir indicio o prueba de blanqueo de capitales.

También sale mal parado el Notario en las excepciones que se regulan para los profesionales del Derecho. En efecto, la Directiva prevé la exclusión de determinados deberes a los Notarios, junto a otros profesionales independientes del Derecho, cuando su actuación tenga por misión la determinación su posición jurídica o la defensa jurídica. Sin embargo, el artículo 22 de la Ley limita esta exclusión a los abogados.

En último término, es preciso destacar el desgraciado artículo 19, apartado 2, de la Ley, sobre el deber de abstención del Notario cuando en la operación concurren varios indicadores de riesgo de los que señala el OCP o un indicio manifiesto de simulación o fraude de ley. Para empezar, el acceso al servicio notarial forma parte del principio constitucional de seguridad jurídica, que no debería verse cercenado por meros indicios o sospechas; téngase en cuenta los graves perjuicios que puede sufrir una persona a la que se le deniega la



función notarial: plazos perentorios que veng y suponen la pérdida de derechos, imposibilidad posterior de realizar los actos que en ese momento se le impiden, etc. El problema se agrava si se comprueba que buena parte de los indicadores de riesgo que ha señalado el OCP están formulados con enorme ambigüedad; basta leerlos para comprobar la constante utilización de adjetivos de gran imprecisión: *“sin explicación lógica aparente”, “llama la atención”, “falta de coherencia”, “cuantía relevante”, “precio excesivamente alto o excesivamente bajo”, “cuantía ostensiblemente alta”, “plazo inusualmente corto”, etc. Lo mismo puede decirse respecto de los supuestos con “indicio manifiesto de simulación o fraude de ley”.*

Ante esta situación, es posible que estas denegaciones de funciones provoquen demandas del particular afectado contra el Notario en reclamación de daños y perjuicios. El resultado de las demandas es difícilmente previsible por ese indeseable grado de indeterminación de los supuestos determinantes de la denegación. Cabe la posibilidad de que lo que al Notario le parezca que carece de explicación lógica o le provoque dudas o que resulta inusual al Juez que conozca de la demanda le parezca otra cosa y, por tanto, condene al Notario. Con lo cual, el Notario se ve entre la espada y la pared: por un lado, si autoriza o in-

terviene, puede sufrir las tremendas sanciones que establece la Ley 10/2010; pero si deniega, puede ser condenado por un Juez civil en la demanda de responsabilidad que el particular afectado interponga contra él. No sólo el particular, sino también el mismo Notario sufre una intolerable inseguridad jurídica.

**No cabe duda de que el acceso al servicio notarial forma parte del principio constitucional de seguridad jurídica, principio que no ha de cercenarse por meros indicios o sospechas**

En fin, **resulta llamativo este maltrato cuando el Notariado es probablemente el colectivo que mayor colaboración presta en la materia a los poderes públicos**, como sus responsables repiten con frecuencia. Lo que, unido el agobiante incremento de las obligaciones de colaboración que los Notarios padecemos en los últimos tiempos, con el enorme incremento de esfuerzo que hay que dedicar a ellas y el consiguiente aumento de costes que conllevan, y el estrangulamiento económico que ha

supuesto la congelación del Arancel notarial desde 1989, sólo alterado por sucesivas y fortísimas reducciones impuestas en él, deja al Notariado a una situación muy difícil.

Para acabar, quiero expresar el deseo de que el Notariado sepa transmitir y hacer comprender a los poderes públicos lo que expresan sobre el particular las propuestas incluidas en las conclusiones del XXVI Congreso de la Unión Internacional del Notariado celebrado en octubre de 2010, resumidamente: que **el Notariado no debe estar obligado a desarrollar actividades de investigación**, que son propias de la fuerza pública y de la magistratura y debe limitarse al itinerario documental, al examen y la interpretación de escrituras públicas, documentos y registros públicos; **que deben elaborarse índices de supuestos de anomalías y sospechas lo más precisos posibles; que la regulación ha de ser respetuosa de las garantías del ciudadano**, sobre la base del principio de legalidad preventiva, según el cual las autoridades públicas pueden utilizar los datos personales sólo en el marco de una reglamentación específica y claramente definida de objetivos y procedimientos y éstos deben ser adecuados y no resultar excesivos en relación a tales finalidades.



## Descanse en paz

(a propósito del 150 Aniversario de la Ley del Notariado)



JOSÉ JAVIER CUEVAS CASTAÑO

Notario de Barcelona y Ex vicedecano del Colegio de Notarios de Cataluña.

El Consejo General del Notariado ha nombrado una comisión encargada de organizar los actos conmemorativos del 150 aniversario de la Ley del Notariado de 28 de mayo de 1862.

Sin duda el viejo texto es acreedor de homenajes y agasajos, ya que nadie puede negar su valor como carta de identidad del moderno notariado español, al recoger principios que hoy nos parecen elementales y evidentes, como nuestra condición de *funcionarios del Estado*, la existencia de una *única clase de notarios en todo el reino*, la *pertenencia de los protocolos al Estado* o la *supresión de los oficios enajenados*.

Este reconocimiento de su valor y significado históricos no debe privarnos de espíritu crítico para constatar que el tiempo no ha pasado por ella en balde y que esta vieja Ley se nos ha ido cayendo a pedazos, hasta quedarse en nada o casi nada. Ya en 1925, Díez Del Corral ponía

de manifiesto que catorce de sus artículos estaban totalmente derogados y diez lo estaban parcialmente, lo que es bastante decir si tenemos en cuenta que la Ley tiene cuarenta y ocho artículos y que esas derogaciones se habían producido *«de facto»*, mediante la publicación de los sucesivos reglamentos que, siguiendo la vieja receta de Romanones se habían saltado a la torera la *jerarquía normativa* y la *reserva de Ley*. Lo malo del asunto es que en los ochenta y cinco años transcurridos desde entonces las cosas han mejorado poco o nada y todo se ha seguido confiando a los sucesivos textos reglamentarios, con las únicas excepciones de la Ley de 16 de diciembre de 1946 (modificativa del artículo 23), la 43/1985 (derogatoria del artículo 30), la 18/1999 (que modificó el artículo 35), la 24/2001 (modificativa del artículo 10 e introductora del 17 bis) y la 36/2006 (que dio redacción *ex novo* a los artículos 17 y 24, añadiendo un párrafo al 23). Sorpren-

dentemente Antonio Rodríguez Adrados, en la *Nueva Legislación Notarial Comentada* publicada por el Colegio Notarial de Madrid (*¡chapeau!*), se muestra comprensivo y tolerante con tales vulneraciones de la jerarquía normativa. Sabiendo, como todos sabemos, que es tanta su bondad como su sabiduría, es lógico pensar que basa juicio tan benévolo más en la indulgencia que en el convencimiento.

Aunque parezca mentira la situación estuvo oficialmente tolerada, aceptada por casi todos y reconocida incluso en los temas de oposiciones, hasta la Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de enero de 2001 que, a impulsos notariales, se llevó por delante parte del Real Decreto 1867/98 modificativo de determinados artículos del Reglamento Hipotecario, por falta de suficiente cobertura legal. Hasta entonces pocos fueron los que se tomaron en serio el problema de la jerarquía normativa y muchos los que siguieron fiándolo todo a



reformas reglamentarias. Las citadas Leyes 24/2001 y 36/2006 constituyeron un valioso pero insuficiente paso en la buena dirección, un meritorio esfuerzo para actualizar la Ley de 1862. Probablemente no se pudo ir más lejos en la puesta al día de la vieja Ley, pues ya había estallado otra vez y sin tapujos ni disimulos, la guerra fratricida entre Registradores y Notarios que todavía nos asola. Sigo creyendo que la declaración formal de hostilidades (que muchos lamentamos desde uno y otro bando y que algunos nos preocupamos de mitigar) fue el informe emitido el 29 de agosto del 2001 por el Colegio Nacional de Registradores a propósito de un anteproyecto de reforma del Reglamento Notarial. Desde aquel momento quedó bien claro que el debate fundamental, el *casus belli*, estaba en reconocer o en negar el control de legalidad por parte del notario, como componente esencial de su función pública. Se trata de algo que la mayor parte de los notarios (jingunos de nosotros!) nunca pensamos que nadie nos pudiera discutir, puesto que social e históricamente ha formado parte de la más elemental noción de nuestro oficio.

### El control de la legalidad por parte del notario es componente esencial de su función pública, pues forma parte de la más elemental noción de nuestro oficio

Aquello constituyó también un verdadero aviso sobre lo que nos esperaba de allí en adelante y la base, soporte y núcleo argumental de la impugnación de la reforma reglamentaria que enseguida citaremos. Tal vez hubiera sido el momento de gestionar políticamente una nueva Ley del Notariado que nos proporcionase la seguridad jurídica de la que carecemos quienes, paradójicamente, la dispensamos cada día. Material no hubiera faltado, puesto que antes, entonces y ahora ha habido quien se ha ocupado de poner sobre la mesa borradores y proyectos de una nueva norma con el rango que el servicio público notarial requiere y que se compadezca con las circunstancias y necesidades de los finales del siglo XX y comienzos del siglo XXI. Ciñéndome al material de que dispongo citaré:

- La enmienda del Grupo Parlamentario Socialista, registrada en la Secretaría del Congreso de los Diputados en fecha 30 de mayo de 1994 en la que se postulaba una Ley de Unificación de la Fe Pública que contuviese, entre otros extremos, **el control de legalidad sobre los actos de los que se da fe pública.**
- El Borrador de Anteproyecto de Ley Notarial atribuido a Julio Burdiel o a su impulso, que en el artículo 3.º, de los 103 de que constaba, ya situaba como presupuesto indispensable para la dación de fe el **controlar la legalidad y la regularidad del acto o negocio jurídico.**
- La ponencia presentada por Giménez Duart en el VI Congreso Notarial Español y elaborada a partir de textos anteriores, en la cual se reproducía literalmente la misma exigencia de **controlar la legalidad y regularidad del acto o negocio jurídico.**
- Las bases (muy fragmentarias) para una futura Ley Notarial, redactadas separada e independientemente por Mezquita Del Cacho y por José-Félix Belloch, en las que el control de legalidad se perfila como parte sustancial de la función del notario y condicionante de la prestación de la misma.
- El informe del Bufete Cuatrecasas titulado *Materiales para un Anteproyecto de Ley de Seguridad Jurídica Preventiva* (julio del año 2000), francamente tibio en el tema que nos ocupa y en cuya introducción se dice escuetamente que «la función pública notarial garantiza la legalidad y la seguridad de las relaciones jurídicas», expresión que a mí se me queda tan corta como aquellas que se limitan a hablar de **la legalidad como mera presunción, resultado o característica del documento público notarial** sin dejar claro que ello no es así por arte de magia, ni siquiera por el mero hecho de ser el notario un funcionario público, sino que es consecuencia lógica del **control de legalidad** que obliga al notario, aunque a veces se le imponga con otras expresiones menos contundentes y explícitas como *dación de fe de la adecuación a la legalidad* o bien *velar por la regularidad material del acto o negocio.*

- El Borrador de Proyecto de Bases para la reforma de los servicios públicos notarial y registral, redactado por José-Félix Belloch, en cuya base 1.ª, de las catorce que componen el valioso y poco conocido texto, se dice que «**Registradores y Notarios denegarán su intervención cuando el acto o negocio de que se trate vulnere los valores o principios constitucionales o sea contrario a las leyes.**».

Quizás cuando se produjo la unificación de los cuerpos de notarios y corredores colegiados de comercio se podía y debía haber aprovechado la coyuntura y el material acumulado para impulsar una Ley de Seguridad Jurídica Preventiva o una nueva Ley Notarial. En lugar de ello se optó (o se tuvo que optar forzosamente) por los retoques, valiosos pero insuficientes, de las Leyes 24/2001 y 36/2006 y se insistió en la vía meramente reglamentaria que condujo, con más precipitación que acierto, a la amplia y contestada reforma del Reglamento Notarial, aprobada por Real Decreto 45/2007, en la que pronto *entró a saco* el Tribunal Supremo estimando, en lo más sustancial, el recurso presentado por el Colegio Nacional de Registradores, y declarando nulo, entre otros (aunque fuese por motivos no sustanciales sino formales o de jerarquía normativa) el artículo 143 en lo que hacía referencia a nuestra **función de control de la legalidad.**

De nada sirvió invocar las fecundas conclusiones que cabría extraer del «**conforme a las leyes**», del artículo 1.º de la Ley del Notariado.

De nada nos sirvió la Sentencia del Tribunal Constitucional 207/1999, de 11 de noviembre, en la que se afirma que el deber del notario de velar por la legalidad forma parte de su función como funcionario público, puesto que nos incumbe «**en el desempeño de la función notarial, el juicio de legalidad**», lo que conduce al Alto Tribunal a dar por buenas las previsiones reglamentarias de 1944 que imponían al notario no sólo la excusa de su ministerio, sino **la negativa de la autorización notarial cuando el acto o contrato, en todo o en parte, fuese contrario a las leyes.**

De nada sirvió traer a colación el artículo 17 bis, introducido en la Ley del Notariado por la Ley 24/2001, que impone al notario la obligación de dar fe «**de que el otorgamiento se adecua a la legalidad**».

De nada sirvió, en fin, que el artículo 24 de la misma Ley, introducido por la Ley 36/2006 nos obligue a «**velar por la regularidad no sólo formal sino material de los actos o negocios jurídicos**».

Todos estos argumentos no convencieron al Tribunal Supremo, de forma y manera que, salvo en las concretas ocasiones en que así esté legal y específicamente previsto, no podremos excusar la prestación de nuestra función, y tendremos que limitarnos a salpicar el documento de reservas o advertencias, en un ejercicio de inexpli-

cable **dontancredismo jurídico**, al que los más no queremos resignarnos.

De tan desesperante situación vino a sacarnos el anterior equipo del Ministerio de Justicia. Ministro, Secretario de Estado y Directora General de los Registros y del Notariado, nos aseguraron sus apoyos para enderezar el entuerto. El Secretario de Estado fue muy concluyente cuando en el X Congreso Notarial celebrado en Canarias en el año 2008, con las heridas abiertas y dolientes, dijo aquello de que: «**Sólo a un extraterrestre se le podría decir que los notarios no controlan la legalidad. El**

**Gobierno está buscando la forma mejor y más rápida de otorgar rango legal a las previsiones del Reglamento Notarial anuladas por el Tribunal Supremo.**» Lo malo del asunto es que esa buena actitud se fue al traste en *aquella cacería* y que el nuevo Ministro no debe tener las cosas tan claras ni estar por la labor. Buena prueba de ello es que en cuantas ocasiones se le mienta el asunto (y el Consejo General lo hace siempre que puede) se sale por la tangente, elogiando, ¡eso sí!, la utilidad social y el gran valor de nuestra función.

---

Dentro de las actuales circunstancias, hemos encontrado un cierto consuelo en el artículo 18.1 de la Ley 2/2009 que proclama sin ambages nuestro «**deber genérico de control de legalidad de los actos y negocios jurídicos**»

---

Menos mal que dentro de las actuales lamentables circunstancias, hemos encontrado un cierto consuelo en el artículo 18.1 de la Ley 2/2009 que (después de una rocambolesca historia felizmente zanjada gracias a la intervención del Colegio Notarial de Cataluña) proclama sin ambages nuestro «**deber genérico de control de legalidad de los actos y negocios jurídicos**». ¡Algo es algo!

De lo dicho hasta aquí no debe deducir el paciente lector que me haya seguido que guardo reticencias, rencores o reservas respecto a la vieja Ley, aunque por su ancianidad, ambigüedad o silencios se haya demostrado inútil para la batalla que estamos librando por defender nuestro lugar bajo el sol. Ni siquiera reniego de fastos y homenajes para conmemorar su aniversario, pero bien sabe Dios que hubiese preferido que el Consejo General, en lugar de una comisión organizadora de tales festejos, hubiera constituido un grupo de trabajo que se encargase de sistematizar materiales y de dar impulso a una ley nueva, sin perjuicio de ocuparse también, por conjetura de piedad, de las exequias de la vieja, con la mayor solemnidad, con cantos gregorianos, túmulo, velones y hasta armón de artillería. Yo pago los responsos.



# Marco legal empresarial y desempleo



DANIEL IBORRA FORT

*Notario de Vilafranca del Penedès. Analista de inversiones y colaborador en distintos medios de comunicación, en prensa general, jurídica y económica. Autor de diversas publicaciones, entre ellas "1992: El reto del mercado único. España crece pero ¿quién crece en España?" (1989), "De cómo se puede resolver la crisis económica, el paro, la corrupción política y tener una democracia eficiente, leyendo un pequeño libro" (2009) y "Una crisis previsible: España 2006/2010" (2010).*

El problema del paro gravita sobre la sociedad española con una intensidad que no se da en otras sociedades. Pero lo más preocupante es el pesimismo que se detecta en la clase política y la opinión pública sobre las posibilidades de afrontar con éxito la resolución de esta lacra social.

## **El incremento del paro ha sido uno de los factores determinantes del crecimiento del gasto y del déficit público.**

El paro compromete otras necesidades sociales: seguridad en el trabajo y remuneración adecuada del mismo, promoción y desarrollo personal y profesional, nivel de seguridad pública, solvencia del sistema de seguridad social.

Es de destacar el despilfarro de recursos humanos que supone, especialmente de las generaciones jóvenes con una preparación más adaptada a las actuales necesidades técnicas, y la insatisfacción social y política que genera, creando una

masa desarraigada y propensa a comportamientos radicales.

Sin embargo, en otras sociedades, este problema va encontrando solución como es el caso de Brasil que ha desarrollado una política exitosa en la potenciación del vivero de creación de actividades empresariales, que han sacado de la miseria a millones de ciudadanos y han elevado al país a un nivel de desarrollo envidiable.

**La generación de empleo no vendrá de los que ya son empresarios, sino de los que no lo son y deciden serlo**

Porque **la creación de empleo en las Economías Modernas va ligada especialmente a la afloración continuada de nuevas empresas pequeñas y me-**

**dianas.** Estas utilizan más intensamente mano de obra, y con la generación de beneficios se van capitalizando. En consecuencia, **la generación de empleo no la realizan los que son empresarios, sino fundamentalmente los que no lo son** y deciden serlo, ya que los avances tecnológicos ofrecen suficientes medios a los antiguos empresarios para incrementar la producción sin que lo hagan la plantillas.

Esto se agrava en etapas de recesión en que las empresas trabajan a medio gas, entonces, crecimientos de un 3% o superiores no servirán para crear empleo a corto plazo. Sólo después de un largo período de crecimiento continuado e intenso que eleve la facturación a niveles anteriores, se plantearán los actuales empresarios ampliar el número de trabajadores, sólo si el marco legal sobre la ocupación lo incentiva y no lo impiden las innovaciones tecnológicas.

En cuanto a la creación empresarial, ésta depende de la recuperación de los

mercados que alimentan las expectativas de rentabilidad, porque, salvo casos de novedades de éxito, difícilmente se acometerán nuevos proyectos si los anteriores no pueden colocar gran parte de su producción.

Y, en nuestro caso, la creación de puestos de trabajo ya no podrá venir de la fuente principal que abasteció el mercado laboral en la última expansión, la construcción, sino del incremento de la competencia de nuestra producción y, para ello, hace falta un trabajo más cualificado y un profundo cambio de política económica. No hacen falta ni los mismos trabajadores ni la misma preparación técnica para hacer cosas que para hacer cosas (bienes y servicios) competitivos internacionalmente.

---

**Creo que hay una relación determinante entre el marco empresarial y el número de vocaciones. Cuanto más favorables sean las circunstancias que inciden en la decisión empresarial, mayor número de personas acometerán iniciativas productivas**

---

Pero **para conseguir una buena cosecha de estímulos empresariales, es preciso que las condiciones ambientales lo propicien.** Creo que hay una relación determinante entre el marco empresarial y el número de vocaciones. Cuanto más favorables sean las circunstancias que inciden en la decisión empresarial, mayor número de personas acometerán iniciativas productivas.

Para lograr que un gran número de ciudadanos, y entre ellos los más inteligentes y preparados, se decidan a iniciar actividades empresariales, perdiendo a

veces un puesto de trabajo fijo e invirtiendo su tiempo, su patrimonio y su esfuerzo físico, éstos han de tener una compensación social y económica adecuada.

El tipo de compensación varía según el carácter, los hábitos y las normas de las sociedades. Cada sociedad tiene un punto de equilibrio diferente, no es igual, por ejemplo, una sociedad perezosa que una trabajadora. Pero en todas ellas el incremento de incentivos produce efectos positivos en el ánimo de los agentes económicos.

Sin embargo, si se va mermando el beneficio esperado, mediante el incremento de gastos sobre el inicio y desarrollo de la actividad, renta anual, patrimonio invertido en la empresa, transmisión de bienes *inter vivos* y en el momento de la sucesión familiar, es lógico que la intención social para iniciar actividades empresariales, se acomode a este cambio de rentabilidad. Cada vez encontraremos menor número de ciudadanos dispuesto a asumir riesgos empresariales.

Si empresas con tradición y seriedad reconocidas, con clientela consolidada, con productos de éxito y con patrimonio, se han visto abocadas al cierre por falta de financiación, siendo una de las principales causas del gran crecimiento del paro ¿cómo se van a financiar, para iniciar sus actividades, las nuevas? **Hace falta una reordenación de los recursos financieros dirigiéndolos preferentemente a las actividades productivas,** único camino para que, con el crecimiento de la renta y el trabajo, el sector público reduzca sus gastos de atención al desempleo e incremente sus ingresos, para financiar sus funciones esenciales.

Y si la reducción de beneficios va acompañada del aumento de la complejidad administrativa en la gestión del empresario y de la responsabilidad del

mismo, de problemas laborales, de una actuación del sector público poco favorable, de un deterioro general del entorno económico que incide en la solvencia de clientes y proveedores, e incluso no hay un reconocimiento social adecuado, están creadas las condiciones para la castación de la actividad empresarial.

---

**Mientras las estadísticas sobre el número de autónomos y pequeños empresarios continúen ofreciendo, como actualmente, un resultado negativo, es imposible técnicamente que el paro se reduzca**

---

Mientras las estadísticas sobre el número de autónomos y pequeños empresarios continúen ofreciendo, como actualmente, un resultado negativo, es imposible técnicamente que el paro se reduzca. Cualquier declaración optimista sobre el tema tendrá un vuelo tan corto y generará tanta frustración social como las que le precedieron sobre que la crisis internacional no nos iba a afectar, que estaba próxima la recuperación o las de que íbamos a estar en la elite mundial superando a las economías más competitivas. **Sólo cuando el número de emprendedores esté por encima de los que cierran, la tendencia al desempleo cambiará de dirección.** Y para ello se han de dar las condiciones legales y económicas propicias.

Si la reducción de la capacidad productiva y laboral fuera compensada por las aportaciones de los que claman por la eliminación o reducción de los beneficios empresariales u otro grupo de ciudadanos desinteresados, el nivel de vida y de empleo de la población no se resentiría, pero esto no siempre sucede.

## Diario notarial de un tiempo convulso (2009-2010)



JOAN CARLES OLLÉ FAVARÓ

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

No podemos saber a ciencia cierta en qué sentido habrá evolucionado la profesión notarial en las próximas décadas ni tampoco qué será lo que la historia destacará del momento presente. Como esto evidentemente es imposible, sí podemos hacer un esfuerzo selectivo de **análisis y reflexión de aquello que ha sido relevante en la profesión en España en los dos últimos años**, período de tiempo aproximado que llevan constituidas las actuales Juntas Directivas de los Colegios Notariales y el Consejo General del Notariado presidido por Antonio Ojeda. Un bienio, además, en que el notariado ha sufrido y está sufriendo, como el resto de la sociedad española, las consecuencias de la aguda crisis económica y financiera mundial iniciada a mediados de 2007.

El periodo 2009-2010 vino precedido, y en cierta medida condicionado, por dos acontecimientos muy importantes que se produjeron **en 2008: 1) El duro golpe**

**que supuso la Sentencia del TS de 20 de mayo de 2008**, que anuló diversos artículos, entre ellos algunos de muy importantes, del Reglamento Notarial, introducidos por el RD 45/2007, de 19 de enero, que había sido una fuerte apuesta del anterior Consejo, presidido por José Marqueño; **2) y la inquietud y alarma que generaron en el sector las medidas 22 y 23 de la Orden PRE 2424/2008, de 14 de agosto, sobre medidas de reforma estructural y de impulso a la financiación de las pequeñas y medianas empresas** en las que se preveía, respectivamente, una rebaja general del veinte por ciento de los aranceles notariales (y registrales), y la elaboración de una “hoja de ruta” para la reforma del modelo de seguridad jurídica preventiva, que se decía orientada a evitar solapamientos y duplicidades entre las funciones de notarios y registradores, y a reducir

costes, simplificar y reducir los trámites para ciudadanos y empresas.

### **Sistema de seguridad jurídica preventiva**

**Notarios y registradores**, por tanto, de un día para otro **nos encontramos con que el sistema de seguridad jurídica preventiva español, que ofrece un altísimo nivel de seguridad jurídica y es uno de los mejores del mundo**, según opinión generalizada de los expertos, **se ponía total y absolutamente en cuestión**. De manera un tanto sorprendente, la Orden de 14 de agosto planteaba una reforma “radical” del mismo y apuntaba, incluso, a la desaparición de uno de los cuerpos o a la fusión de ambos, pero no como se había planteado tradicionalmente, es decir, un solo cuerpo con doble función, sino un solo cuerpo y una sola función, haciendo ta-

bla rasa de la profesión a desaparecer, cuyas prestaciones quedarían subsumidas en el nuevo cuerpo único.

El Consejo General del Notariado y el Colegio Nacional de Registradores presentaron sendos informes defensivos y contundentes, el tema fue objeto de amplio e intenso debate en las elecciones notariales de finales de 2008, **y los Colegios de Notarios y Registradores de Cataluña, con la adhesión de buena parte de las Asociaciones de ámbito nacional, suscribieron una Declaración de Bases que defendía la validez y excelencia del sistema**, así como la conveniencia de promover la siempre necesaria modernización y mejora del mismo de manera consensuada entre los dos colectivos en búsqueda del interés general de los ciudadanos y de la óptima prestación del servicio público. Esta última iniciativa no prosperó pero, probablemente, no cayó en saco roto.

Un elemento positivo en este período es la línea seguida por la actual DGRN encabezada por María Ángeles Alcalá que está llevando a cabo una gestión equilibrada y de búsqueda del necesario consenso entre los dos colectivos

**¿Para qué cambiar lo que funciona razonablemente bien?: esa era y es la gran cuestión.** Afortunadamente el tiempo ha puesto la cosas en su sitio y ha demostrado que una reforma tan drástica como la que se pretendía era de resultados muy aventurados e inciertos, y que además generaba una gran tensión añadida entre los dos colectivos. Recientemente el Ministro de Justicia, José Caamaño, ha afirmado en algún foro que la propuesta de la hoja de ruta se puede dar por finiquitada. Pero, en lo demás, seguimos lamentablemente más o menos donde siempre, con enfrentamientos demasiado frecuentes entre las dos cúpulas (que no entre la inmensa mayoría de notarios y registradores), en un forcejeo agotador en cuanto a los lí-

mites de ambas funciones, y que supone un enorme desgaste para ambas profesiones y para el sistema.

Un elemento positivo en este período es la línea seguida por la actual Dirección General de los Registros y del Notariado, encabezada por María Ángeles Alcalá, que está llevando a cabo una gestión equilibrada y de búsqueda del necesario consenso entre los dos colectivos. Bajo su dirección se han impulsado una serie de conversaciones y reuniones para resolver la importante cuestión del acceso directo de los notarios al contenido de los libros del registro, con la finalidad de dar cumplimiento a la previsión del artículo 222.10 de la Ley Hipotecaria, desarrollada por el artículo 175.3 del Reglamento Notarial. Cabe esperar que se publique pronto la Instrucción sobre esta materia largamente anunciada y que, si se confirman las expectativas, supondría una mejora importante del servicio público. Podría perfectamente implementarse un sistema que se aproximase al definitivo, con carácter transitorio, hasta tanto se pudiese dar pleno cumplimiento a la previsión legal.



El problema esencial, empero, sigue en pie: **el sistema de seguridad jurídica preventiva español lleva más de una década soportando disputas acérrimas entre la corporación notarial y**

**registral**, con el péndulo de la balanza basculando hacia un lado y otro, sin vencedores ni vencidos, mejor dicho, con grave peligro para la credibilidad de ambos colectivos y la viabilidad del sistema. En particular, **y por lo que se refiere al notariado, hemos dejado atrás una etapa de especial proximidad a los poderes públicos, y ningún éxito ni avance se ha conseguido**, sino más bien algún retroceso importante. ¿Hasta cuándo se puede seguir así?

## Documento público

**La presión desreguladora proveniente principalmente de la Unión Europea está avanzando de manera constante y sostenida también en España:** el ejemplo paradigmático de este fenómeno es la fallida propuesta de «hoja de ruta» comentada, al final un intento de reducir los controles del Estado en la contratación civil y mercantil. Pero esta presión se está produciendo también, de manera cada vez más creciente, sobre el documento público y su alcance, con diversas propuestas legislativas dirigidas a suprimir la exigencia del documento público en cada vez mayor número de supuestos. **En algunos casos, estas medidas han sido rechazadas y han decaído, como la reciente previsión contenida en el Anteproyecto de Ley de Economía Sostenible de acceso al Registro de la Propiedad del crédito refaccionario contenido en documento privado**, que ampliaba desorbitadamente un supuesto excepcional preexistente.

**Tampoco ha prosperado el artículo 54 del borrador de Anteproyecto de Reglamento de la Ley del Suelo** que consagra la declaración de obra nueva y el acta final de obra suscrita en documento privado con firma legitimada notarialmente o ratificada ante el registrador. En la misma línea, **en el reciente Real Decreto Ley 13/2010**, de 3 de diciembre de actuaciones en el ámbito fiscal, laboral y liberalizadoras para fomentar la inversión y la creación de empleo **se regula una modalidad de constitución de sociedad telemática** que, sin entrar ahora en más considera-



ciones, introduce unos Estatutos predefinidos, reduciendo la intervención del Notario, el registrador, y hasta la del abogado, a la mínima expresión.

Hay que decirlo claramente: **si estas medidas prosperan y acaban consolidándose, los efectos que producirían sobre el principio constitucional de seguridad jurídica (artículo 38 CE), más pronto que tarde acabarían siendo devastadores.** También sobre las arcas de la Hacienda Pública, pues el documento público no tributa. La presencia de la escritura pública y la intervención del notario, con el deber de imparcialidad, el juicio de capacidad y de suficiencia de capacidades, el asesoramiento y el control legalidad que realiza (que ahora analizaremos), entre otros valores que aquéllos incorporan, añaden un plus de seguridad jurídica y tienen un índice de litigiosidad tan bajo, que realmente resulta difícil de entender que puedan ser cuestionados.

Es incomprensible que en España, donde nuestro sistema notarial y el conjunto del sistema de seguridad jurídica preventiva han demostrado una vez más su solvencia y solidez en el actual contexto de aguda crisis económica, sin ningún tipo de incidencia destacable, precisamente ahora, de manera un tanto subrepticia, queramos importar por la puerta de atrás un sistema, el anglosajón, que ha fallado estrepitosamente y está siendo profundamente revisado. Desde luego, es el mundo al revés.

### Control de legalidad

Indudablemente, **para el notariado el golpe más doloroso de la Sentencia de 18 de agosto de 2008 del TS fue la anulación del artículo 145 del Reglamento Notarial, que consagraba el control de legalidad que realiza el notario en los negocios en que interviene y que le faculta para abstenerse de autorizarlos si infringen las leyes.** La Sentencia, que no pone en duda el deber del notario de velar por el cumplimiento de las leyes en los negocios que autoriza, como no podía ser de otra forma y, además, está recogido en varias preceptos legales, lo que anula es una manifestación concreta de ese con-

trol de legalidad, el deber de abstención en caso de vulneración de la norma, con base fundamentalmente en el principio de reserva de ley, por entender que el Reglamento Notarial se extralimitaba al regular un deber de abstención que, con carácter general, no consta en la Ley del Notariado ni en ninguna otra norma con rango de ley. Hay, eso sí, leyes concretas que contemplan el deber de abstención notarial, pero de ellas no puede colegirse una norma general. **No se niega que pueda regularse un control de legalidad de esas características, pero debe hacerse por ley.** Esta es, en resumen, la doctrina de la sentencia, como es bien conocido, por otra parte.

A partir de ese momento, los esfuerzos del Consejo General del Notariado se han dirigido a conseguir del Ministerio de Justicia y del Gobierno de la Nación la plasmación legal del control de legalidad notarial, con carácter general y de manera diáfana, algo que, de momento, no se ha conseguido, con la salvedad a la que después me referiré. En todo este debate hay un cierto confusionismo semántico: nadie puede poner en duda que el notario hace un control de legalidad del negocio que va a intervenir, entendido a modo de auditoría jurídica del mismo, el debate versa sobre los efectos de ese control, en concreto, si el deber del notario es abstención en caso de contravención de la norma o, si por el contrario, debe limitarse a hacer las oportunas advertencias legales y salvedades en el documento y no puede negarse a autorizar. Desde luego, **lo que se discute es un tema fundamental y no menor, pero no debería poner en duda en ningún caso el control de legalidad notarial,** que es un acto previo, por definición, a los efectos y las consecuencias de ese control. Situar las cosas en su justo lugar sería de gran ayuda para centrar y moderar el debate.

Ahora bien, y centrándonos en el deber de abstención, no parece lógico que el notario esté obligado a autorizar un negocio que juzga nulo, anulable o ilícito. No se olvide que la inmensa mayoría de negocios y contratos se perfeccionan con el otorgamiento de la escritura pública, en que las partes han satisfecho normalmen-

te las respectivas contraprestaciones. Las consecuencias económicas y jurídicas de autorizar un negocio de dichas características pueden ser nefastas y muy cuantiosas, por más que el fedatario salve su responsabilidad (lo que en muchos casos estará por ver), plasmando en el documento las oportunas salvedades y advertencias. Si se piensan las cosas con un mínimo de objetividad y sentido común, **ni el Estado ni a la sociedad pueden tener ningún interés en ese abstencionismo notarial.** La lógica más elemental exige que si un negocio es ilegal no debe ser autorizado en ningún caso por un fedatario público.

En este contexto, **una novedad muy importante ha sido la aprobación del artículo 18.1 de la Ley 2/2009, de 31 de marzo,** que dice lo siguiente: «En su condición de funcionarios públicos y derivado de su deber genérico de control de legalidad de los actos y negocios que autorizan, los notarios denegarán la autorización del crédito o préstamo con garantía hipotecaria cuando el mismo no cumpla la legalidad vigente y, muy especialmente, los requisitos establecidos en la presente ley.» Y en el segundo párrafo viene a establecer otro tanto para la calificación del registrador, pero éste es otro tema. Desde luego, **este precepto tiene gran trascendencia, por una serie de razones: porque tiene rango de ley, como pide el TS, porque es posterior a la sentencia de 2008, porque consagra claramente con carácter general un «deber genérico de control de legalidad» notarial, y porque deriva del mismo claramente el deber de abstención.**

La presencia de la escritura pública y la intervención del notario añaden un plus de seguridad jurídica y tienen un índice de litigiosidad tan bajo que realmente resulta difícil de entender que puedan ser cuestionados

Es cierto que, respecto de este último aspecto, dejó dicho la sentencia comentada que de manifestaciones concretas

del deber de abstención no puede derivarse un principio general, pero aquí hay algo más, un nexo, una consecuencia necesaria del control de legalidad genérico respecto del deber de abstención. En fin, este es el estado de la cuestión: no está en absoluto fuera de lugar que desde las instancias corporativas competentes se siga insistiendo en un reconocimiento legal de carácter general del deber de abstención derivado del control de legalidad, pero dejando claro que éste en cualquier caso ya está reconocido, y que el artículo 18.1 de la Ley 2/2009 es un muy fuerte asidero para la plasmación general del deber de abstención.

## Prevención de blanqueo de capitales

La función notarial se ha visto fuertemente afectada, en pocos años, por toda la normativa sobre blanqueo de capitales. Este es un fenómeno general, que concierne a otros operadores jurídicos y económicos, pero probablemente ningún otro ha visto tan alterados los vectores de su actuación. Sabido es que el notariado latino, del que el español es un ejemplo paradigmático, se caracteriza por su carácter mixto, de profesional del derecho y de funcionario público de manera indisociablemente unida. Pues bien, para decirlo gráficamente, **hoy en España el notario tiene que cumplir con una serie de obligaciones formales superiores tanto a los otros profesionales del derecho como a los restantes funcionarios.** Tal afirmación puede sorprender, pero es rigurosamente cierta. Esta circunstancia les afecta sobremedida a los notarios en su ejercicio profesional pero afecta sobre todo, lo que es más importante, a los ciudadanos que solicitan el ejercicio de su función.

Ya durante el mandato del anterior Consejo (Presidencia Marqueño), **se dio un salto cualitativo muy importante con la aprobación de la Ley 36/2006, de 29 de noviembre, que modificó sustancialmente los artículos 17 y 24 de la Ley del Notariado,** al crear el Nuevo Índice Único Centralizado en el Consejo General del Notariado para la colaborar

con las Administraciones en la lucha contra el fraude y, sobre todo, al facultar a la Administración Tributaria para acceder telemáticamente de manera directa al contenido del mismo. En la misma línea, **la Orden EHA 114/2008 fue más allá de la Ley de 2003 y amplió el régimen de sujeto obligado del notario en cuanto a la normativa de blanqueo de capitales** a «cualquier forma de participación de los Notarios en los actos y negocios» (y no solo cuando actúa por cuenta de sus clientes como el resto de profesionales, como había sido hasta el momento), aparte de suponer esta última normativa un cambio muy relevante en cuanto a la descripción y acreditación de los medios de pago.

**La reciente Ley 10/2010 de Prevención de Blanqueo de Capitales y Financiación del Terrorismo,** al transponer la Directiva 2005/60, **ha consolidado la línea de la Orden de 2008,** al establecer en su artículo 2 la condición de sujetos obligados de los notarios en todo tipo de actos en que intervengan, lo que, como afirmábamos antes, excede las obligaciones del resto de profesionales que sólo entran en juego cuando actúan por cuenta de sus clientes y, a su vez, excede también las obligaciones de los restantes funcionarios, que solo deben comunicar cuando perciben indicios de fraude o delito. La legislación actual provoca que el común de los ciudadanos que solicitan la intervención del notario deba soportar, con carácter general y de manera indiscriminada, unas crecientes indagaciones y justificaciones personales y documentales que, probablemente, hoy sea ya excesiva.

**El problema se agrava porque, además, existen importantes dudas interpretativas de la normativa,** muy en especial, en estos momentos, por lo que se refiere al alcance de la obligación contenida en el artículo 4 de averiguar el titular real del negocio jurídico. De momento, **desde el Consejo General del Notariado se ha hecho una interpretación expansiva de esta normativa,** tanto a través de las Comunicaciones de Órgano Centralizado de Prevención dependiente de aquél, como del propio

Consejo, que ha aprobado una muy importante modificación del Índice Único, sobre todo en lo relativo a la determinación de las profesiones de los intervinientes y la descripción de los medios de pago, que implica un nuevo salto adelante y **va a suponer, con carácter general, para particulares y empresas, el cumplimiento de toda una serie de obligaciones de información muy exhaustivas e incómodas.**

---

La nueva regulación obliga especialmente a los notarios frente al resto de profesionales que sólo entran en juego cuando actúan por cuenta de sus clientes y, a su vez, frente al resto de los funcionarios que sólo están obligados cuando perciben indicios de fraude o delito

---

Desde mi punto de vista, creo que ha llegado el momento de que las autoridades españolas reflexionen sobre la eventual conveniencia de reorientar la evolución de una legislación que, aparte de dar un sesgo a la función notarial que le es extraño, sobre todo podría acabar entrando en contradicción con derechos preferentes de los ciudadanos, como el derecho a la intimidad y a la presunción de inocencia. El notariado está muy orgulloso y satisfecho de colaborar en la lucha contra el blanqueo y el fraude con la Administración, pero probablemente se nos ha ido a todos un poco la mano. El Reglamento que habrá de desarrollar la Ley será una buena oportunidad para aclarar todas las incertidumbres y reconducir esta materia a sus justos términos.

## Aranceles

Pocos días antes de celebrarse las elecciones en todos los Colegios Notariales, el 16 de noviembre de 2008, trascendió que la medida 22 antes mencionada de la Orden PRE 2424/2008, de 14 de agosto, que proponía la rebaja general del veinte por ciento de los aranceles notariales y registrales había tomado



cuerpo en forma de proyecto de Real Decreto de fecha 10 de noviembre, y estaba a punto de ser aprobado. En plena crisis económica ( y lo que quedaba por delante), si la norma hubiese sido aprobada, los efectos sobre la mayoría de los despachos, ahora se ve claramente, hubiese sido catastrófica. Hubo una movilización general, e individual de algunos notarios, también de los sindicatos de empleados de notarías y registros, y, finalmente, se impuso el sentido común, paralizándose la medida por parte del Gobierno.

**El Arancel Notarial, aprobado por Real Decreto 1426/1989, de 17 de noviembre, ha sido objeto de reiteradas rebajas, algunas de tan importantes, entre las recientes, como la Ley 41/2007, de 7 de diciembre,** que declaró para los notarios, de manera un tanto sorprendente, documentos sin cuantía las subrogaciones, novaciones y cancelaciones de hipoteca, cuando, en cambio, su responsabilidad civil se incrementa progresivamente en función de la cuantía del negocio autorizado, pudiendo llegar a alcanzar aquélla niveles muy elevados. **Seguramente no hay precedente de ninguna otra profesión que durante más de veinte años no haya visto actualizada su remuneración,** y no solo eso, sino que haya sufrido un total de más de treinta rebajas en su arancel, en un proceso de laminación del mismo que parece no tener fin.

En honor a la verdad, esta realidad fue maquillada durante los años del boom económico. Hoy, sin embargo, se muestra en toda su crudeza, pues son muchos los despachos que están en fuertes dificultades, incluso en pérdidas en algunos casos, haciendo los notarios un gran esfuerzo para mantener la estructura económica y personal de sus oficinas. Los notarios nos sentimos plenamente solidarios con el conjunto de la sociedad española y somos conscientes que en estos momentos no es oportuno hacer una revisión general del Arancel, aunque en algún momento habrá que abordarla de manera ineludible. Sin embargo, **sí resulta urgente cuanto menos actualizarlo al incremento del**

**coste de la vida y, en especial, mejorar la condición de los documentos sin cuantía** (testamentos, poderes, actas), que en muchas ocasiones están por debajo del coste medio ponderado del documento, es decir, tiene un precio tan irrisorio que no cubre ni el coste material de su elaboración, lo que, en definitiva, degrada el valor y la dignidad de la propia función notarial.

Lo peor, con todo, es que **en los dos últimos años ha seguido de manera continuada el mismo proceso de rebajas reiteradas y constantes del arancel.** El Real Decreto Ley 8/2010, de 20 de mayo, de medidas para la reducción del déficit público, rebajó con carácter general un cinco por ciento el arancel notarial y registral, medida que fue percibida como injusta, pues el colectivo nada tiene que ver con el déficit público en la medida que los notarios sostenemos íntegramente la estructura de nuestros despachos sin coste alguno para el Estado. Más aún, el citado Real Decreto Ley 13/2010 contempla unas fuertes rebajas de los honorarios en la constitución de sociedades, medida que sin duda tendrá un impacto muy agudo. En fin, lo más probable es que corporativamente no nos hayamos sabido explicar, pero por eso mismo hay que decirlo lo más claro y fuerte posible, y en todas las instancias donde sea necesario: **en el tema arancelario hemos llegado al límite. Ya no podemos más.**

Los notarios nos sentimos plenamente solidarios con el conjunto de la sociedad española y somos conscientes que en estos momentos no es oportuno hacer una revisión general del Arancel, aunque en algún momento habrá que abordarla de manera ineludible

Finalmente, del análisis global de todo este cuadro general del periodo examinado (sin entrar en cuestiones internas corporativas), se pueden extraer **varias conclusiones básicas:** se perciben hoy dos grandes

problemas de fondo respecto de la función notarial, que, **en primer lugar,** son las **presiones desreguladoras que pretenden socavar la presencia del documento público y del notario, provenientes de Europa en gran medida,** pero que cuentan también con apoyos relevantes e influyentes de la sociedad española, en una coyuntura que, curiosamente, parecería proclive a lo contrario, **y, en segundo lugar, la falta de resolución y clarificación definitiva de algunas importantes cuestiones no suficientemente delimitadas** y que llevan ya varios años debatiéndose fuertemente en el seno del sistema de seguridad de seguridad jurídica preventiva.

**Estos dos problemas,** que tienen un cierto carácter estructural, **están facilitando la proliferación de una legislación que afecta** muy directamente a la profesión notarial **en un doble sentido: maximización de las obligaciones formales de los notarios en materia de colaboración en la lucha contra el blanqueo y el fraude,** hasta el punto de hacer chirriar algunos de los principios esenciales de la función, además de comportar cierta tendencia invasiva de los derechos de los ciudadanos, **y erosión reiterada y excesiva sobre el arancel,** con continuas rebajas, que podrían llegar a poner en peligro la estructura de la oficina notarial, fenómenos que, aparentemente, por activa o por pasiva, están siendo asumidos (erróneamente, a mi juicio) por la dirección notarial como mal menor frente a los dos problemas de fondo.

**Todo ello provoca, a su vez, dos efectos muy graves: una fractura interna cada vez mayor** (que se explica también por otros factores), pues no hay ni puede haber consenso interno para seguir una política corporativa de estas características, **y, a su vez, una fractura en el seno del sistema de seguridad jurídica preventiva,** derivando en unas fricciones con el colectivo de registradores que está poniendo crecientemente en peligro la viabilidad del sistema. **En fin, es incuestionable que los notarios hoy estamos peor que hace dos años.** Sería, sin embargo, un error caer en el fatalismo: **las cosas van así, pero perfectamente podrían ir de otra manera.**

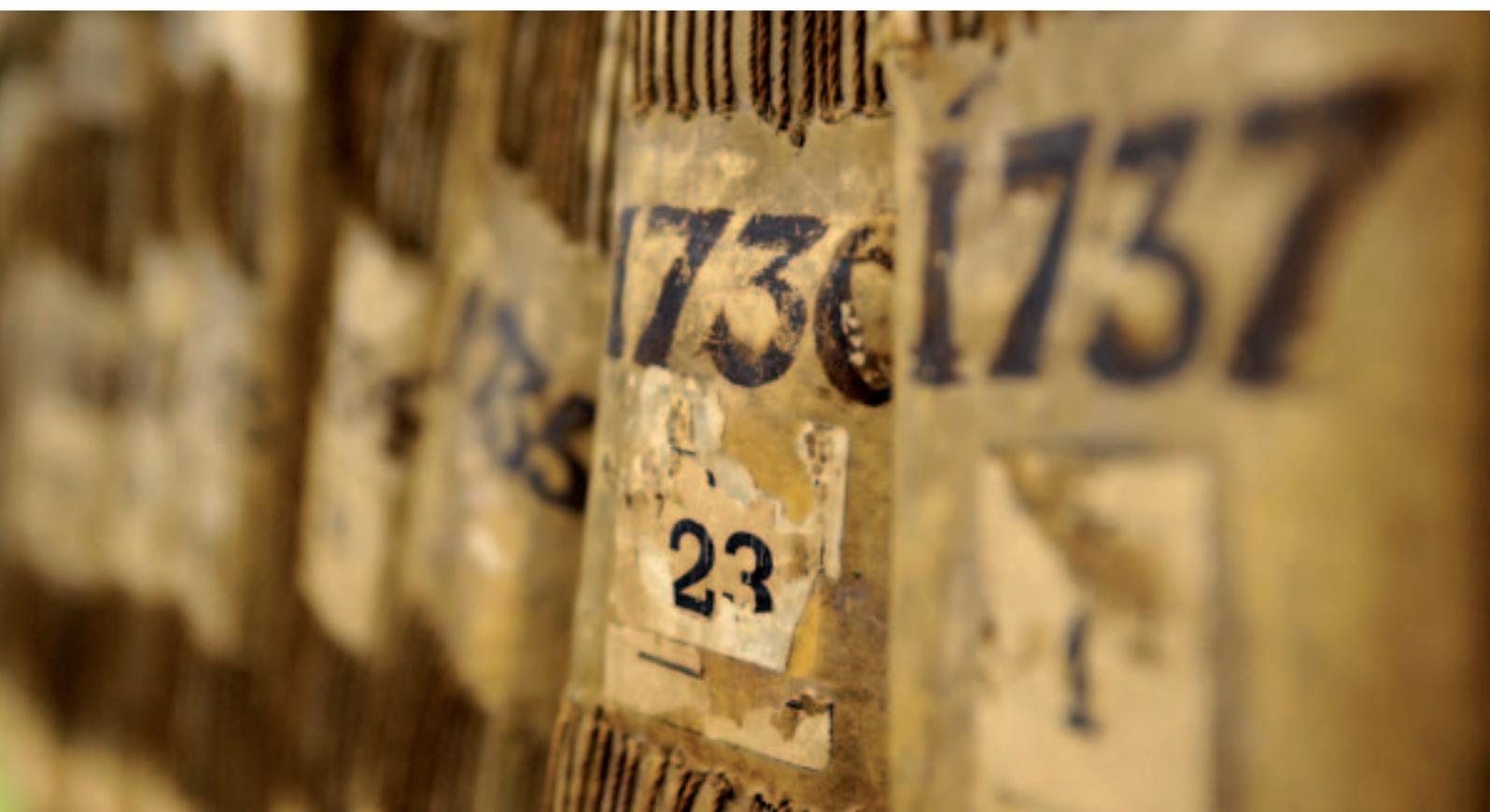
## Pórtico (sobre el Libro II del Código Civil de Cataluña)

Además de los puntos discutibles que contiene, como cualquier otro de los Libros del Código Civil de Cataluña o cualquier otro código del mundo, el Libro II, aprobado recientemente, representa un paso adelante en la modernización y actualización del derecho civil catalán.

**ANTONI VAQUER ALOY**  
*Catedrático de Derecho Civil  
de la Universidad de Lleida*

La Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia, y que entra en vigor el 1 de enero de 2011, va más allá de la modernización del derecho de familia que supone y que trataré de sintetizar más adelante. Sería importante que significara un punto y

seguido en el proceso de codificación del derecho civil catalán. En primer lugar, porque con la aprobación del Libro II del Código Civil de Cataluña finaliza una primera etapa en la redacción de nuestro Código Civil, caracterizada por la existencia previa de un cuerpo normativo de importancia que ha constituido





el punto de partida. De hecho, el Libro II tiene como antecedente el Código de Familia y la Ley de uniones estables de pareja, mientras que el Libro VI, el único que ahora queda pendiente de completar, no tiene esta base, ya que hace poco que existen las normas en materia de rescisión por lesión y de venta a carta de gracia en la Compilación y unas pocas leyes especiales (pensiones periódicas, cesión de finca a cambio de construcción futura, contratos de correo) que no cubren, ni mucho menos, todos los contratos especiales ni, en concreto, una teoría general de la obligación y del contacto. En segundo lugar, es el primero de los Libros del Código Civil de Cataluña que sólo se aprueba con los votos de los partidos que han apoyado al gobierno en la pasada legislatura y sobre el que se ha tenido que pronunciar con carácter previo el Consejo de Garantías Estatutarias. Obviamente, este hecho no le resta legitimidad democrática, pero sí que manifiesta que nuestro derecho civil ha sido objeto de controversia y que el consenso no ha sido posible, y puede dibujar una sombra sobre la estabilidad que requiere cualquier código; estabilidad que, sin embargo, no ha de constituir ningún obstáculo para que el Código Civil de Cataluña sea depurado de contradicciones y omisiones y, en este sentido, cabe lamentar que el anteproyecto preparado en el Observatorio de Derecho Privado de Cataluña de reforma del Libro Quinto en materia de propiedad horizontal no haya prosperado.

**Poco o mucho, todas las instituciones ya reguladas del derecho de familia y de la persona experimentan modificaciones y, además, se introducen nuevas instituciones**

He mencionado que el Libro II supone una modernización muy importante del derecho de familia. De hecho, poco o mucho, todas las instituciones ya reguladas del derecho de familia y de la perso-

na, ya que el Libro II regula ambos, experimentan modificaciones y, además, se introducen nuevas instituciones. Todo el Título I, dedicado a la personalidad civil y a la capacidad, es nuevo. De acuerdo con el artículo 211-2.1, la personalidad y, por consiguiente, la capacidad jurídica se adquieren desde el momento del nacimiento; a continuación, el artículo 211-2, por el supuesto de la conmorien- cia, establece que “el llamamiento a una sucesión o la transmisión de derechos en favor de una persona que dependen del hecho de que haya sobrevivido a otra sólo tienen lugar si aquella ha vivido al menos setenta y dos horas más que la persona a quien tenía que sobrevivir”. La justificación que da el preámbulo de la Ley 25/2010 para esta última norma es la siguiente: “Se pretende eliminar los problemas de prueba que estas situaciones suelen plantear. A la vez, esta regla es más respetuosa con la voluntad del causante que quería favorecer a una determinada persona y no a los herederos de ésta”. La primera parte de la argumentación es cierta, ya que no siempre eliminará de raíz todos los problemas probatorios –pensamos en un naufragio o un accidente de avión– y, sin embargo, no elimina la duda de porqué 72 horas y no 48 o 96. La segunda parte de la argumentación no pasa de ser una mera suposición sin base empírica. En cualquier caso, no deja de sorprender el diferente tratamiento de una situación bastante parecida: mientras que el recién nacido tiene suficiente con nacer vivo para heredar de su padre que muere mientras acude desde el trabajo al hospital para acompañar a su madre en el parto, el hijo que viaja con su madre en automóvil y sufren un accidente tendrá que sobrevivir 72 horas a la madre para sucederle. Cabe destacar que “conmorien- cia” sólo aparece en la rúbrica del artículo, pero no en el texto, que recuerda mucho más una norma de capacidad sucesoria. Una valoración mucho más positiva merece el reconocimiento de la capacidad de obrar de los menores, de acuerdo con su edad y capacidad natural, de realizar aquellos actos jurídicos relativos a los bienes o servicios propios de su edad, de acuerdo con los usos sociales. El le-

gislador ha tomado nota de la realidad social en la que los menores realizan a menudo actos jurídicos, como la compra de golosinas, música, juegos de ordenador, ropa, etc. y esta remisión a los usos sociales es bastante amplia como para contener no sólo el tipo de actos sino también su importancia económica, que no sólo varía con la edad sino también con el estatus socioeconómico de la familia o el entorno del menor. También con buen criterio, el capítulo II del Título I regula la autonomía de la persona en el ámbito de la salud, y enlaza con los cargos de protección de la persona ya que les puede corresponder la adopción de las decisiones en este ámbito en el ejercicio de sus funciones tutelares, prestando una especial atención al documento de voluntades anticipadas y al internamiento.

Las instituciones de protección de la persona son el objeto del Título II del Libro II. A los cargos de protección tradicionales que se regulaban en el Código de Familia se ha añadido uno nuevo, la asistencia, aparte de las reformas legislativas que han experimentado otras instituciones protectoras. El principio que rige la regulación es que la incapacitación de la persona es una medida extrema, en la medida en que supone la restricción de la capacidad de obrar, aparte de la constatación de que muchas familias lamentan incapacitar judicialmente a sus familiares aunque estén afectados por una causa de incapacitación. Sin embargo, esta loable intención se ha traducido en una acumulación de cargos de protección de la persona cuya delimitación no siempre resulta fácil. De este modo, por ejemplo, el artículo 225-3.2 prevé que, de forma excepcional, el juez pueda conferir con carácter estable al guardador de hecho las funciones tutelares que venía desarrollando sin disponer de nombramiento, siempre lo que soliciten “aquellas personas”, expresión que, en el concepto del precepto, sólo puede referirse a las “personas que estén en potestad parental o guarda”. Al mismo tiempo, y a petición de la persona que padece una disminución no incapacitante de sus facultades físicas o psíquicas

que necesita ayuda para cuidar de sí misma o de sus bienes, el juez tiene que nombrar a un asistente, de acuerdo con el art. 226-1. Por tanto, la misma situación puede dar lugar a la intervención de dos cargos distintos, el guardador de hecho y el asistente, que de algún modo comparten el carácter subsidiario, ya que el guardador de hecho supone que no existe cargo institucional de protección o que éste no desarrolla sus funciones o no las desarrolla correctamente, y el asistente no se debe nombrar si la persona asistida ya ha previsto la eventualidad y ha otorgado los poderes preventivos. Por otra parte, precisamente en la regulación del asistente se utiliza el verbo "intervenir" para describir sus funciones protectoras, pero en ningún momento aclara qué significa con relación a una persona que no está incapacitada y a la que se le reconoce que sigue, consecuentemente, siendo hábil para administrar sus bienes (art. 226-2.3 final). Y, además, los actos realizados por la persona asistida sin esta intervención se convierten en anulables, a pesar de que los contornos de la intervención no están suficientemente definidos y, sobre todo, que estamos ante una persona con capacidad de obrar, tal como demuestra el hecho de que pueda impugnar ella misma estos actos sin intervención del asistente (art. 226-3). Estas son dos de las instituciones protectoras que no han de conllevar la incapacitación de la persona, y que no regirán si ésta, como ya se ha anunciado, ha hecho uso de la posibilidad que le confiere el artículo 222-2 de otorgar un poder en previsión de su futura imposibilidad de autogobernarse. Por tanto, el legislador catalán incorpora esta figura del poder preventivo que no supone sino que la incapacitación no extingue el poder de representación, sino todo lo contrario, que el otorgante apodera a alguien precisamente en contemplación de su futura falta de capacidades volitivas, de modo que se complementa la autotutela con la facultad no sólo de designarse tutor en caso de incapacitación, sino también de evitar la propia incapacitación mediante el nombramiento de un representante voluntario en pre-

visión de que más adelante se pierda la capacidad de discernimiento.

Las instituciones de protección se extienden a los pródigos, que quedan sometidos a curatela, de acuerdo con el artículo 223-1.c). Los art. 223-4.3 y 224-c) parecen asimilar la prodigalidad a una incapacidad relativa, pero en ningún momento se define qué es la prodigalidad, lo que representa una carencia relevante en un Código Civil que prevé algunos efectos jurídicos para determinadas personas a las que se limita a nombrar pródigos pero sin que el mismo Código aclare quién son estas personas, lo que favorece que el aplicador tenga que buscar el concepto y los presupuestos de aplicación de la institución en una norma que no sea catalana.

La última novedad que cabe destacar en este ámbito es el patrimonio protegido de las personas discapacitadas o dependientes (art. 227-1 y siguientes). Es la versión catalana parcial de la institución del trust, que el legislador catalán no se ha atrevido a regular de manera sistemática, a pesar de la elaboración de diversos anteproyectos en el seno del Observatorio de Derecho Privado. Es un patrimonio sobre el que nadie tiene un derecho real, sino sólo la administración ordenada según las necesidades vitales del beneficiario, que tiene que ser alguien con discapacidad psíquica igual o superior al 33%, con discapacidad física o sensorial igual o superior al 65% o en situación de dependencia de grado II o III. El patrimonio queda afectado según las necesidades vitales del beneficiario, no responde de las obligaciones de éste, ni tampoco de las del constituyente o del que hizo las aportaciones, sin perjuicio de que, como cualquier acto a título gratuito, no sea oponible a los acreedores del constituyente o de los contribuyentes si perjudica sus derechos de crédito de acuerdo con el art. 531-14.

En cuanto a la familia, el legislador catalán empieza reconociendo su heterogeneidad (art. 231-1). Es cierto que el concepto de familia ha variado profundamente en los últimos años y el Código Civil de Cataluña intenta hacerse eco de

estos cambios. Sin embargo, en algún aspecto ha faltado valentía. Un ejemplo evidente es el de la custodia compartida, término que el legislador catalán, a diferencia de otros legisladores autonómicos, ha intentado evitar nombrar, invocando a los planes de parentalidad y afirmando que la responsabilidad parental, en la medida de lo posible, se debe ejercer conjuntamente (art. 233-8.1). El art. 233-11.3, con buen criterio, dispone que no se puede atribuir la guarda al progenitor contra el que se haya dictado sentencia firme por actos de violencia familiar o machista. Esta misma previsión no existe en materia de prestación compensatoria, ya que no se prevé que quien ha cometido actos de violencia machista tenga que quedar excluido de la posibilidad de recibir la prestación, aunque desde el punto de vista del desequilibrio patrimonial que le conlleva la separación o el divorcio cumpla los requisitos para ser acreedor. Tanto la responsabilidad y la potestad parental como la prestación compensatoria denotan la atracción para dar una nueva denominación a las instituciones bastante conocidas.

**El concepto de familia ha variado profundamente en los últimos años y el Código Civil de Cataluña intenta hacerse eco de estos cambios. Sin embargo, en algún aspecto ha faltado valentía**

En este reconocimiento de la heterogeneidad del hecho familiar destaca positivamente la contemplación de la familia reconstruida en las relaciones con los hijos y, en consecuencia, se reconoce el papel del cónyuge o pareja estable del progenitor. De este modo, el cónyuge o conviviente en pareja estable del progenitor que en todo momento tiene la guarda del hijo tiene derecho a participar en la toma de decisiones sobre los asuntos relativos a su vida diaria, si bien prevalece en caso de discrepancia el criterio del progenitor y, en caso de riesgo inminente para el menor, puede



adoptar las medidas necesarias, que tiene que informar de forma inmediata a ambos progenitores (art. 236-14). Además, la autoridad judicial, con el informe del ministerio fiscal, puede atribuir excepcionalmente la guarda y las otras responsabilidades parentales al cónyuge o conviviente en pareja estable del progenitor difunto si el interés del hijo lo requiere, siempre que haya habido convivencia previa con el menor y habiendo escuchado al otro progenitor y al propio menor (art. 236-15).

En materia de régimen económico, el régimen legal supletorio sigue siendo el de separación de bienes (art. 231-10.2). De este modo, Cataluña sigue siendo uno de los pocos países en el ámbito comparado donde la separación de bienes es el régimen legal. No obstante, no es fácil defender que el régimen legal sea siendo la separación de bienes, dada la reforma decisiva que ha experimentado la compensación económica para el cónyuge que ha trabajado sustancialmente más para la casa. Y es que el art. 232-5.5 establece que en caso de extinción del régimen de separación por muerte, el cónyuge superviviente puede reclamar la compensación económica por razón de trabajo como derecho personalísimo, siempre y cuando los derechos que el causante le haya atribuido, en la sucesión voluntaria o en previsión de su muerte, o los que le correspondan en la sucesión intestada, no cubran el importe que le correspondería. Por consiguiente, en cualquier caso de extinción del matrimonio, sea en vida de ambos cónyuges con motivo de alguna crisis, sea por muerte de uno de ellos, si se cumple el requisito de la diferencia de incremento de patrimonio, para la que se incluye la regla específica del art. 232-6, el cónyuge menos favorecido tendrá derecho a una compensación económica que, quizá como medida de contención, tiene como límite la cuarta parte del incremento, a menos que el cónyuge acreedor pruebe que su contribución ha sido notablemente superior, caso en el que la autoridad judicial la puede incrementar. Por tanto, la separación de bienes se aproxima al régimen de parti-

cipación en los bienes de forma notable, en la medida en que siempre que haya desequilibrio patrimonial en la extinción del matrimonio existirá el derecho a la compensación y por el mismo recurso que se aplica en la comparación de los respectivos incrementos patrimoniales. Cabe destacar, además, otra novedad en materia de compensación económica: la facultad de reducir donaciones y atribuciones a título particular otorgadas en pacto sucesorio durante la vigencia del régimen cuando el cónyuge deudor no tiene bienes suficientes para satisfacerla.

Al mismo tiempo, se amplía la libertad de los cónyuges para prever las consecuencias económicas de la crisis matrimonial o de pareja estable. El art. 231-20 regula con detalle los pactos de previsión de una ruptura matrimonial, que se pueden otorgar tanto un vez contraído el matrimonio con carácter prenupcial, en capítulos matrimoniales o en escritura pública. En principio, no hay límite respecto al contenido de estos pactos, lo que supone que se puede renunciar a la prestación compensatoria o a la compensación económica, siempre que sea con carácter recíproco. Con la finalidad de evitar el mal uso de esta libertad de pacto, se enfatiza en la carga de información, que pesa tanto sobre los cónyuges, el que pretenda hacer valer un pacto en previsión de una ruptura matrimonial tiene la carga de acreditar que la otra parte disponía, en el momento de firmarlo, de información suficiente sobre su patrimonio, sus ingresos y sus expectativas económicas, como sobre el notario, que tiene que informar por separado a cada uno de los otorgantes sobre el abasto de los cambios que se pretenden introducir con los pactos con relación al régimen legal supletorio. Sólo se contempla como causa de ineficacia de los pactos la concurrencia de dos eventualidades: que su cumplimiento sea gravemente perjudicial para uno de los cónyuges y que, además, hayan sobrevenido circunstancias relevantes que no se previeron ni se podían prever razonablemente en el momento en el que se otorgaron. Adicionalmente, el artículo 233-5.1 añade que la acción para

exigir el cumplimiento de estos pactos puede acumularse a la de nulidad, separación o divorcio y puede solicitarse que se incorporen en la sentencia. También puede solicitarse que se incorporen en el procedimiento sobre medidas provisionales para que sean recogidos por la resolución judicial, si procede. Los pactos también pueden ser posteriores a la ruptura, tanto en el caso de parejas casadas (art. 233-5) como el de parejas estables (234-6), pero se observan con mayor desconfianza y por eso si se han adoptado sin asistencia letrada se pueden dejar sin efecto en los tres meses siguientes a su adopción, y si tratan aspectos sobre la guarda y los alimentos de los hijos menores, su eficacia queda supeditada en el interés de los hijos.

**En materia de régimen económico, el régimen legal supletorio sigue siendo el de separación de bienes. De este modo Cataluña sigue siendo uno de los pocos países en el ámbito comparado donde la separación de bienes es régimen legal**

La libertad de pacto de los cónyuges se manifiesta, además, en materia de ejercicio de la potestad parental y de la pareja estable. En cuanto a la potestad parental, se admite el pacto de distribución de funciones o el ejercicio por uno de los progenitores y también en caso de vida separada, con la relevancia que en este caso tiene el plano de parentalidad. En cuanto a la pareja estable, denominación que sustituye la de "unión estable de pareja", también rige entre los miembros la libertad de pacto con relación al régimen jurídico que les es aplicable durante la convivencia, aparte de los pactos en previsión de ruptura que ya hemos mencionado. Con relación a la regulación de las parejas de hecho, cabe destacar la progresiva aproximación al régimen de parejas casadas, hecho que demuestran las remisiones a la normativa de matrimonio que aparecen en el articulado (por ejemplo, en materia de disposición de la vivienda conyugal, de

las compras con pacto de supervivencia, los ya mencionados pactos en previsión de ruptura, los acuerdos tras la ruptura, el ejercicio de la guarda, el uso de la vivienda, la compensación económica o la prestación alimenticia). Por este motivo sorprende que se haya introducido un plazo de prescripción diferente para reclamar la pensión compensatoria dependiendo de si la pretensión a la compensación económica es entre cónyuges o entre convivientes: tres años en el primer caso (art. 232-11.2) y un año en el segundo (art. 234-13). Ciertamente, el día a quo no es el mismo en ambos casos y en el caso de los cónyuges se refiere únicamente al supuesto de extinción del régimen de separación de bienes por la muerte de uno de los cónyuges, por ello no creo que justifique un plazo prescriptivo tan diferente.

Obviamente, la pretensión de este pòrtico no es mostrar todas las novedades que incorpora el Libro II del Código Civil de Cataluña, sino únicamente realizar una breve referencia de las más destacadas según el criterio de quien lo escribe. Por este motivo, me gustaría mencionar, ya para finalizar este repaso, una modificación del Libro V que aparece en la Disposición Final tercera, apartado 3, que modifica el art. 531-15.2: "Las donaciones onerosas únicamente son revocables por incumplimiento de cargas". No es fácil adivinar el motivo de esta modificación, ya que sólo aparecía la mención en la redacción original de las donaciones en capítulos matrimoniales que se pudiera relacionar con el derecho de familia. La nueva redacción implica la variación del régimen de las donaciones remuneratorias, que ahora serán revocables por las causas generales de revocación de las donaciones e introducir un concepto ajeno en el Libro V, como la donación onerosa; sólo si acudimos a los art. 222-43.1.e y 236-27.1.e podemos concluir que donación onerosa es sinónimo de donación modal, concepto que encontramos en el art. 531-18.

Tampoco se puede silenciar el mantenimiento de instituciones tradiciona-

les que puede que requieran un debate sosegado sobre si su pervivencia es o no necesaria, como el pacto de convivencia, en desuso desde hace mucho tiempo, o el año de viudedad. Este beneficio viudal, continuador del secular año del lloro, sólo se explica hoy por una acumulación de derechos a favor del cónyuge superviviente que no es satisfactoria, dado que el derecho comparado nos muestra como el cónyuge o el conviviente se convierte en el eje central del derecho de sucesiones, y únicamente esta superposición de derechos de poca entidad (el derecho al menaje de la vivienda y el año de viudedad, la cuarta viudal, ahora la compensación económica también en caso de extinción del régimen de separación de bienes por el fallecimiento de uno de los cónyuges) que periódicamente padecen algún retoque permite explicar que en cada norma legislativa (véase preámbulo de la Ley 10/2008 por la que se aprueba el Libro IV sobre las sucesiones) se afirme que se mejora la posición del cónyuge superviviente. Un debate paciente tendría que llevar a una reforma en profundidad de la posición del cónyuge o del conviviente en la sucesión del otro que redujera, dotándolos de más potencia, el nombre de beneficios viudales.

**No se puede silenciar el mantenimiento de instituciones tradicionales que puede que requieran un debate sosegado sobre si su pervivencia es o no necesaria, como el pacto de convivencia, en desuso desde hace mucho tiempo, o el año de viudedad**

Desde el punto de vista del notariado, el Libro II aporta una gran cantidad de actos en los que es necesaria una intervención del notario mediante el otorgamiento de escritura pública: la emancipación por consentimiento del menor de edad, los poderes en previsión

de la pérdida de capacidad, la delación de la tutela, la constitución del patrimonio protegido de las personas discapacitadas y dependientes, los pactos en previsión de ruptura matrimonial o de pareja estable, los capítulos matrimoniales, el pacto en regímenes económicos diferentes de la separación de bienes, la constitución o extinción de una pareja estable, el reconocimiento de la filiación no matrimonial, el consentimiento para la constitución de la adopción, los poderes para el ejercicio de la potestad parental y los acuerdos de delegación o distribución de funciones, la autorización alternativa a la judicial de actos relativos a los hijos menores de edad, la constitución de relaciones de convivencia de ayuda mutua. Algunos de estos supuestos son novedad en el derecho civil catalán, y los notarios deben tener un papel determinante en su desarrollo práctico.

El Libro II, además de los puntos discutibles que contiene como cualquier otro de los Libros del Código Civil de Cataluña y de cualquier otro código del mundo, representa un paso adelante en la modernización y actualización del derecho civil catalán. Que este paso adelante se consolide dependerá de su aplicación práctica y de su estudio científico. Una aplicación sesgada del mejor derecho lo puede convertir en un lastre, mientras que una aplicación razonada de un derecho de poca calidad técnica puede resolver la mayoría de cuestiones. En estos momentos, el volumen de la nueva legislación del derecho civil catalán no guarda ningún tipo de proporción con el poco número de publicaciones (monografías, comentarios, artículos de revista) que lo hacen objeto de investigación. La contribución del notariado debe ser fundamental. Por una parte, como he mencionado anteriormente, con la aplicación cotidiana de las instituciones reguladas. Por otra, con el renovado impulso que desde esta revista decana, LA NOTARIA, se da a los estudios sobre el derecho civil catalán, en particular al Libro II de derecho de la persona y de la familia.

## Desjudicializar: el reto de una sociedad civil madura y democrática

El documento final de la Comisión de trabajo de asesoramiento sobre desjudicialización en el ámbito civil, elaborado en el seno del Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada del Departament de Justícia de la Generalitat de Catalunya, analiza los cambios que hay que introducir en la configuración del sistema judicial y en su funcionamiento para impulsar la autocomposición de divergencias.

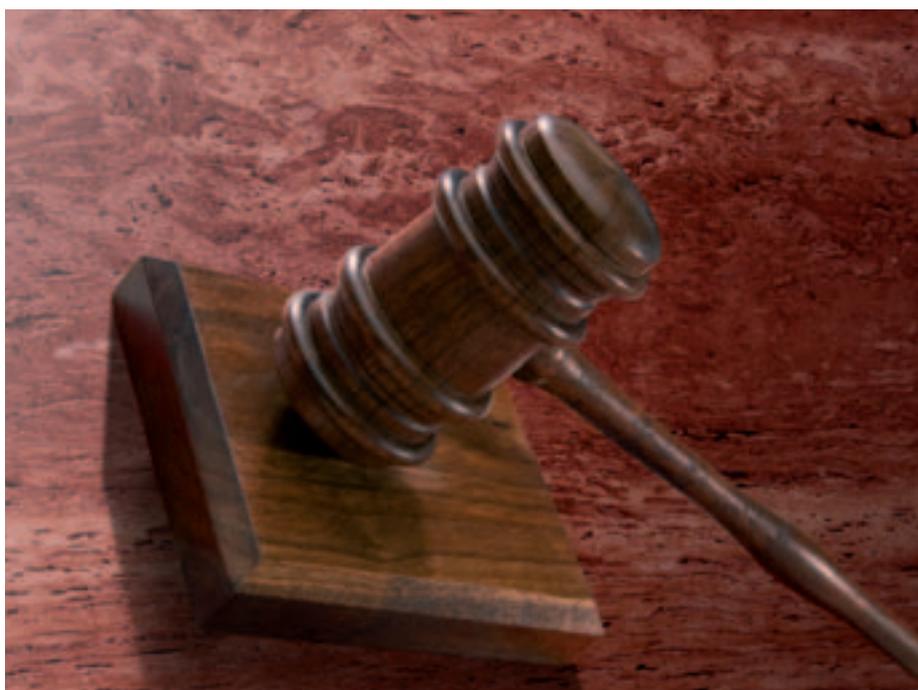
**FRANCISCO RAMOS MÉNDEZ**  
*Catedrático de Derecho Procesal  
Universitat Pompeu Fabra*

En este número de LA NOTARIA se publica el documento final de la Comisión de trabajo de asesoramiento sobre desjudicialización en el ámbito civil (Barcelona, abril 2010), elaborado en el seno del Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada del Departament de Justícia de la Generalitat de Catalunya.

El documento en cuestión es, en mi opinión, un documento sensato y pragmático, que aborda un tema susceptible de levantar pasiones encontradas con una inmensa dosis de sentido común. Al mismo tiempo, la perspectiva de la que parte es global, es decir, no se circunscribe a un sector particular o de interés exclusivo para un grupo determinado de interesados. La cuestión se aborda en sus diversos componentes, en todos los escenarios en que tiene reflejo, haciendo un valiosísimo diagnóstico de la situación

real y dejando entrever en su trasfondo mucho más de lo que dice el texto. No es frecuente encontrarse con este tipo de análisis independientes en el marco de las instituciones públicas, por lo que hay que saludar con esperanza este tipo

de propuestas constructivas. En las líneas que siguen pretendo subrayar algunas circunstancias relativas a la filosofía de base de por qué desjudicializar es la tarea sensata que nos exige la sociedad civil actual.



El quid de la cuestión se plantea claramente en el mismo frontis del documento: la viabilidad de una actuación legislativa encaminada a sustraer determinadas actividades ahora fuertemente judicializadas del ámbito judicial en que se producen. Dicho así, descarnadamente, parece que se estaría pretendiendo un despojo en toda regla de la omnipresente y, aparentemente, ilimitada promesa constitucional de tutela judicial efectiva. Ante tal propuesta de desfalco, la amenaza disuasoria para no alterar el estado ancestral de las cosas pasa frecuentemente por invocar el apocalipsis.

Una simple consideración de perogrullo nos haría ver enseguida que lo que promete la Constitución es apenas –y no es poco– que la tutela judicial, cuando se usa, produce o interviene, sea efectiva. Ello quiere decir que el sistema judicial de protección de los derechos debe ser eficaz en función de los objetivos para los que está predisposto. Pero lo que no promete y lo que, por supuesto, no excluye la Constitución es que existan otros mecanismos de tutela igualmente homologables constitucionalmente, que no sólo no confrontan con el sistema judicial, sino que pueden sobrevivir en la mayoría de los casos completamente al margen de él, manteniendo objetivos coincidentes o similares. Por otro lado, es perfectamente conforme con la Constitución, legislar en cualquier materia de forma que la más mínima incidencia, discrepancia, confrontación, punto de vista divergente o simple disceptación no aboquen sin más a un escenario judicial y a desenvainar las espadas o el hacha de guerra. Sea cual sea la filosofía jurídica de base que se profese, parece que este tipo de actuaciones legislativas menos proclives a la confrontación a ultranza serían las que mayores beneficios reportarían a los ciudadanos y al propio Estado.

En los últimos años se ha producido una especie de sobrevaloración dogmática e idealización de la tutela judicial efectiva, que pesa como una losa a la hora de plantear una propuesta como la que hace el documento. Ello tiene probablemente mucho que ver con el descubrimiento y refuerzo de muchas garantías constitucionales a golpe de resoluciones judiciales. Estos hallazgos, promocionados como conquistas, victorias o avances, tildados casi siempre de progresistas, han creado

una aureola publicitaria de la tutela judicial que, en realidad, lamentablemente, excede de lo que racionalmente puede hacer y que, sin embargo, alimenta las expectativas del que incluso es consciente de que no tiene razón. Aun en estos casos, la jaculatoria taumatúrgica de la tutela efectiva, que se administra pródigamente en cualquier actuación judicial que se precie, nutre la última esperanza de los desahuciados.

Pasado el boato de los fastos y el jolgorio de las celebraciones, el día después nos descubre una realidad que, obviamente, nos resistimos a asumir. Siempre existirá un inmenso contraste entre las ilimitadas aspiraciones de justicia de cualquier ciudadano y la realidad de los casos. La justicia, al igual que la sanidad, la seguridad o cualquiera del resto de valores reconocidos en la Constitución, también tiene sus límites. Claro está, acostumbrados a que la oferta de justicia sea predominantemente para reparar agravios y deshacer entuertos, según el pensamiento tradicional todavía más extendido, es difícil asumir que el resultado no sea siempre el esperado, que sea raquítrico, cicatero, o que tarde un montón. Sin embargo, ello no es más que lo que da de sí el sistema, tanto desde el punto de vista de su propio encuadramiento constitucional como desde el punto de vista de su funcionamiento. Como ocurre con todos los que también llamamos poderes del Estado, existen inevitables limitaciones. En materia de justicia son más crueles, porque pugnan con la idealización de tal valor, y tal vez por ello las percibimos como de mayor calado.

El legislador también ha sucumbido a este canto de sirenas, sobrevalorando la capacidad de respuesta del sistema judicial y traspasándole muchos marrones que ahí siguen enquistados. El personal hace, en definitiva, lo que puede y aún puede decirse que se afana *ultra vires*. Pero ello no sólo no basta, sino que muchas veces se les hace quemar las energías en la obsoleta burocracia de las reglas procedimentales heredadas del siglo XIX, y aun de antes, por más que alguna de las leyes de enjuiciar haya mudado la piel con el inicio del siglo. En este punto, la última vuelta de tuerca producida recientemente con las reformas introducidas en la oficina judicial es el exponente más rancio de lo que no

debe hacerse, a poco que se recupere la racionalidad y el sentido común que exige una buena gestión.

**La última vuelta de tuerca producida con las reformas introducidas en la oficina judicial es el exponente más rancio de lo que no debe hacerse, a poco que se recupere la racionalidad y el sentido común que exige una buena gestión**

En este contexto las ideas que promociona el documento analizado son una bocanada de aire fresco sobre los cambios que hay que introducir en la configuración del sistema judicial y en su funcionamiento. El objetivo, empero, no debe ser desjudicializar para descargar el sistema del exceso de asuntos. La reforma tiene un calado mucho más profundo: desjudicializar es un excelente síntoma de una sociedad civil madura, que tiene alternativas que no incitan necesariamente a hacer uso del sistema judicial. Las herramientas están suficientemente testadas según el estado de la ciencia y los operadores jurídicos están hartos preparados para asumir parcelas de actividad, que no sólo no debieran acudir a la asistencia primaria del sistema judicial, sino que, en muchos casos, ni siquiera deberían llegar a dicho escenario. Se trata por lo tanto de racionalizar y reorganizar mejor los programas legislativos en materia jurídica, de acuerdo con el grado de madurez asumido por la sociedad civil. Ciertamente, uno de los efectos que también se debería producir es la descarga del sistema judicial en el número de asuntos y por lo tanto la liberación de recursos materiales y personales para actuaciones de más calado.

Para este propósito lo primero que tiene que hacer el legislador es dejar de incentivar el consumo de justicia estatal. No se puede publicitar el aumento del número de casos con la mentalidad del vendedor que se emociona ante el incremento de la facturación por ventas. Ni el legislador, ni el poder judicial deben aspirar a vender más litigios, sino precisamente deben esforzarse al máximo por rebajar drásticamente su número. El objetivo comercial ideal sería que las cifras de casos marcasen claramen-



te una tendencia hacia el cero. En este punto, determinados criterios burocráticos no han hecho más que inflar artificialmente la estadística de asuntos, por las razones más peregrinas. Para un ciudadano un asunto no se termina hasta que consigue el resultado al que aspira, por ejemplo, hasta que se mete el dinero que le deben en el bolsillo. Es un asunto sólo, "su" asunto. Sin embargo, para la oficina judicial, el asunto del ciudadano se trocea artificialmente en fases, con cambio de numeración e incremento de la cifra de facturación del sistema. El ejemplo más dramático es la ejecución que sigue a un juicio declarativo o a un monitorio sin oposición, que se vuelven a numerar sin recato alguno, como si de un caso nuevo se tratara. Este tipo de contabilidad falsea los resultados del sistema y sólo contribuye a enmascarar la desmesurada duración de los litigios o una productividad del personal ligada esencialmente a la manufactura de papel a destajo. Ello no tiene nada que ver con la solución real del asunto para desgracia del contribuyente y mucho menos con la gestión racional del mismo.

**En la situación presente, el peso real de los medios alternativos a los litigios judiciales es simbólico según las estadísticas**

Una vez orientada la publicidad institucional a reducir la cifra de asuntos judiciales, como se viene haciendo, por ejemplo, en materia de tráfico, el siguiente paso es fomentar los medios alternativos a los litigios judiciales. En la situación presente, el peso real de estos medios es simbólico según las estadísticas. De algunos apenas hay rastros, que convierten cada asunto casi en un hallazgo. De otros, apenas se contabilizan unos pocos centenares, que apenas trascienden a la opinión pública. La situación no deja de ser paradójica, sobre todo si se tiene en cuenta que el sistema judicial no resulta muy bien valorado en las encuestas de opinión. En casos así, sería de esperar una huida de asuntos hacia otras vías, pero los datos de que disponemos no justifican esta tendencia. Probablemente, se echa de menos una mejor campaña de divulgación y explicación de estos meca-

nismos alternativos y de prevención para que ganen la cuota de mercado que les correspondería en una sociedad moderna.

La promoción general de los medios alternativos se debe producir con miras distintas a las que suelen prodigarse. Si tratamos de desjudicializar y de impulsar la autocomposición de divergencias, hay que resistirse a poner piedras en el camino, recordando a cada paso la existencia de una vía judicial, brindando insistentemente sus terrenos de juego o mirando con recelo lo que las partes puedan hacer para componerse por sí solas. Este paternalismo ancestral con el que se vende la tutela judicial es un lastre tremendo en una sociedad moderna. Todo el mundo sabe que existen tribunales de justicia y tiene claro para que deben servir. No hace falta recordarlo a cada instante, aduciendo gangas o señuelos para su utilización. Desjudicializar es ante todo desincentivar los casos, materias o comportamientos, que machaconamente invocan el sistema judicial como sinónimo exclusivo de tutela. Por lo tanto, una vez desjudicializada una materia, se recupera la parcela de libertad propia de lo que convencionalmente se viene llamando derecho "sustantivo". No necesitamos un juez de cabecera para sobrevivir, ni es razonable un régimen de libertad jurídica vigilada judicialmente. El ciudadano es lo suficientemente avezado como para saber cuando necesita acudir a un juez y lo que espera es que esté disponible, fresco y despierto para actuar. A fuerza de querer darse atracones de tutela efectiva, el sistema judicial se atraganta y se indigesta con inusitada frecuencia. Baste con recordar que es absolutamente incapaz de cumplir con el calendario, por muy buena voluntad que ponga. En estas condiciones, la promesa de tutela efectiva se esfuma rápidamente, como comprueba el sufrido ciudadano día a día.

Además de desregular lo judicializado en exceso, hay que insistir en otros mecanismos que no tienen nada que ver con la legislación procesal o con el sistema judicial o los medios alternativos y que se olvidan con facilidad. Como decía antes es un expediente cómodo reenviar el marrón a los jueces y lavarse las manos, como ha ocurrido en muchos casos, en la mente de todos. No basta. Hay que volcarse en políticas sociales de prevención, minimizando la aparatosidad de los medios más inmedia-

tos para gestionar las causas que pueden originar un conflicto. La política no debe ser engordar la controversia, a la primera de cambio, sino justo lo contrario: actuar sobre el grano, antes de que se convierta en un tumor irreversible. En este punto, racionalmente, también pueden ser más idóneos los medios alternativos más sencillos, más amigables, fuera de un escenario judicial, que la puesta en marcha de la imponente maquinaria de un procedimiento judicial por sencillo que parezca su diseño. Piénsese sino en cómo hemos burocratizado y sobredimensionado en pocos años una de las actuaciones publicitadas como más sencillas por la ley procesal: la solicitud de un requerimiento judicial de pago mediante el juicio monitorio. ¿Podríamos preguntarnos si, en el contexto de la sociedad actual, habría otra forma de hacerlo menos aparatoso, que tarde menos y con igual alcance? El documento analizado, como puede comprobarse, invita también a efectuar esta reflexión.

**Viendo cómo se han prodigado las actuaciones legislativas en materia judicial y procesal hasta el presente, es obvio que es preciso un cambio radical del rumbo**

Viendo cómo se han prodigado las actuaciones legislativas en materia judicial y procesal hasta el presente, es obvio que es preciso un cambio radical de rumbo. Una vez más, creo que no es necesario invocar ningún argumento dogmático para promoverlo. Quiero sí apelar a la racionalidad y al sentido común. Más allá de las opciones personales legítimas de cada uno, probablemente, descubriremos que hay otra forma de hacer mejor las cosas en beneficio de todos. El documento analizado es una buena muestra de ello, porque invita a la reflexión y marca un rumbo sensato, abierto a la discusión de las propuestas y de las soluciones más idóneas en cada caso. Quieran los hados que encuentre un eco favorable y que se materialice en actuaciones legislativas concretas en la dirección de devolver a la sociedad civil la mayor autonomía posible en el campo de la libertad jurídica. Los ciudadanos lo agradecerán.

Por su importancia, se publica íntegramente el documento elaborado por la Comisión de trabajo de asesoramiento sobre desjudicialización en el ámbito civil, presidida por el magistrado Xavier Pereda Gámez, e impulsada desde la Consejería de Justicia de la Generalitat de Cataluña, concretamente desde el Centro de Estudios Jurídicos y Formación Especializada, dirigido por la también magistrada Roser Bach Pámies. Su relevancia es muy significativa, por tratarse de un documento de consenso, para cuya redacción se ha contado con la colaboración de los distintos operadores jurídicos en representación de las diferentes instituciones catalanas: altos representantes de la Administración, magistrados, notarios, registradores, abogados, procuradores y secretarios judiciales. La Junta Directiva del Colegio Notarial de Cataluña se implicó muy activamente en este proyecto, en el que estuvo representada por el director de **LA NOTARIA**, Ángel Serrano de Nicolás.

## Generalitat de Catalunya. Departament de Justícia. DOCUMENTO FINAL Comisión de trabajo de asesoramiento sobre desjudicialización en el ámbito civil

*Barcelona. Abril de 2010*

### ÍNDICE

Miembros de la Comisión

Límites a la solución judicial de los conflictos en el ámbito civil y propuestas de descongestión

1. Introducción
2. Proceso, desjudicialización y tutela judicial efectiva
3. La fijación de las diferentes funciones o competencias profesionales como presupuesto de la desjudicialización
4. Propuestas para la autocomposición de los conflictos
5. Las funciones disuasorias del litigio: la cultura jurídica, la actuación administrativa y los límites del acceso al proceso y a los recursos
6. Posibles mejoras en relación con la definición de las competencias decisorias
7. Medidas de auxilio y colaboración para el ejercicio de la jurisdicción

8. La desjudicialización de las funciones de fijación jurídica
9. La atribución de funciones de publicitación y seguridad jurídica
10. Conclusiones y recomendaciones finales

### MIEMBROS DE LA COMISIÓN

Presidente:

Sr. Xavier Pereda Gámez

Vocales:

Sr. Víctor Alegret Teijeiro

Sra. M. Rosa Blanch Domeque

Sr. Manuel Cachón Cadenas

Sr. Isidor García Sánchez

Sr. Jordi Navarro Bujía

Sr. Juan José Ortín Caballer

Sr. Jesús M. Sánchez García

Sr. Ángel Serrano de Nicolás

Secretaria

Sra. Roser Bach Fabregó



## COMISIÓN DE TRABAJO DE ASESORAMIENTO SOBRE DESJUDICIALIZACIÓN EN EL ÁMBITO CIVIL

### LÍMITES A LA SOLUCIÓN JUDICIAL DE LOS CONFLICTOS EN EL ÁMBITO CIVIL Y PROPUESTAS DE DESCONGESTIÓN

#### 1. Introducción

Por Resolución JUS/3644/2009, de 15 de diciembre, se crea la Comisión de trabajo de asesoramiento sobre desjudicialización en el ámbito civil (DOGC núm. 5532, de 23 de diciembre de 2009), con la función de redactar un documento que contenga una descripción genérica de los principios de la desjudicialización, para mejorar la situación actual de congestión de los juzgados y tribunales, una propuesta concreta de aquellos ámbitos en los que se considere oportuno esta actuación, y una proposición de modificaciones legislativas en caso de que se consideren necesarias para su implantación.

La Comisión ha realizado diversas reuniones y este es el documento final que presenta.

Hay que constatar, en primer lugar, el valor del proceso judicial como herramienta democrática de solución de los conflictos y, por tanto, tenemos que partir de la base que para intentar definir los parámetros para una desjudicialización, se debe respetar el derecho a la tutela judicial efectiva.

A partir de esta constatación, hemos intentado definir los principios que deben llevar a una desjudicialización desde la definición de las funciones o competencias jurídicas ajenas a la función jurisdiccional (asesoramiento, fijación jurídica, tramitación, avenencia, etc.) Como presupuesto de la reconducción de las competencias judiciales en su estricto ámbito, que es el ámbito decisorio.

La parte fundamental del trabajo incluye reflexiones y propuestas específicas de derivación de funciones a cada uno de estos ámbitos y de mejor definición de las competencias respectivas.

El documento finaliza con unas conclusiones y recomendaciones generales.

#### 2. Proceso, desjudicialización y tutela judicial efectiva

Debemos partir de una afirmación irrenunciable: el proceso judicial es un instrumento válido para la solución de los conflictos y es por ello que nuestra Constitución proclama el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva.

Sin embargo, *a priori*, no hay, en la demanda de desjudicializar, una denuncia de excesiva intromisión del poder del Estado, a través de los jueces, en la vida de los particulares.

La demanda de desjudicialización de la justicia civil y mercantil no se justifica tanto en la denuncia de excesos de los órganos

judiciales como en la denuncia de la excesiva carga de trabajo que soportan los tribunales. Cuando surgen voces favorables a la “desjudicialización” no lo hacen con base en una excesiva “judicialización” de la vida social y económica (por la invasión judicial de la vida privada, social y política en todos sus ámbitos, por una “universalización” del uso del proceso o por una “politización” de la justicia), sino por la “presión del trabajo”, por la insuficiencia del aparato judicial para atender con prontitud y eficacia las demandas de justicia. Son estas carencias las que llevan a muchos profesionales y estamentos a reclamar dicha desjudicialización.

Queremos destacar el valor del proceso, y definir qué hemos de entender por “desjudicializar”, salvando el derecho a la tutela judicial efectiva. Sólo así las propuestas de solución a la “sobresaturación” tendrán una legitimidad constitucional.

##### a) El valor del proceso judicial:

La defensa de los principios, los derechos y los valores constitucionales y la tutela de los derechos reconocidos en el ordenamiento jurídico a las personas (y grupos) a menudo exigen un control judicial. Este control minimiza la justicia de propia mano, favorece la paz social y contribuye a enaltecer y propagar los derechos fundamentales y los valores en que se fundamenta nuestra sociedad.

La existencia del proceso y de la litigiosidad no constituye un mal social, sino, por el contrario, el reflejo de una forma ordenada y democrática de solución de los conflictos, con la intervención del Estado. Someter las disputas (civiles, mercantiles, y también laborales, administrativas, penales) al poder arbitrador del Estado y a las reglas del litigio y del proceso es un símbolo de civilización y constituye un valor positivo de primer orden de una sociedad democrática. El poder judicial lleva a cabo un servicio público importantísimo y es garantía del Estado social y democrático de derecho.

Pero el litigio no es un fin en sí mismo, sino un instrumento de restablecimiento del equilibrio social. Sí el “principio civil” supone que los particulares regulan, en libertad, sus intereses y disponen de sus derechos, la solución judicial del conflicto privado sólo debe garantizar el ejercicio de esta libertad, protegiendo a la parte más débil.

En concreto, en el proceso civil el juez no es titular de los derechos de los particulares ni los puede retener, sino que se limita a devolver el poder que la ley otorga al individuo que lo ha visto vulnerado por la actuación de un tercero. Por ello, el juez debe preservar los derechos fundamentales, pero sólo mientras hay conflicto y ante la situación de los desvalidos, respetando la libertad de los ciudadanos para configurar y solucionar sus pugnas, tanto en forma colectiva como individual.

En el primer sentido, los cambios sociales no deben suponer, necesariamente, una mayor actividad jurisdiccional. La superación de determinados mecanismos de control social (como la estratificación social o la moral religiosa), la mayor vindicación ciudadana de derechos y prestaciones sociales, el control democrático de los defectos de funcionamiento de las instituciones públicas y de los grupos políticos, la regulación de las pautas de convivencia de una sociedad multicultural o los conflictos que nacen de los ciclos económicos negativos, por poner algunos ejemplos, no tienen como única solución la judicialización de los conflictos que generan. El equilibrio social se puede restablecer por mecanismos diversos que el del conflicto judicial, como la auto composición, la acción política, la progresión de la cultura o la educación en valores.

Desde la perspectiva individual, también hay que diferenciar la función jurisdiccional de la prestación de otros servicios sociales colaterales o meramente asistenciales que buscan también la justicia distributiva (como la orientación jurídica, la defensa legal o la fijación jurídica), de forma que se pueden desvincular de la jurisdicción algunos aspectos ahora relacionados, pero que no forman parte de su esencia. Cuando el conflicto nace de la inseguridad en la definición de las expectativas, las situaciones jurídicas subjetivas o los derechos, debe ser posible que la tarea de definición la haga una institución social diferente de la jurisdicción y así se prevengan los litigios.

Por otra parte, es innegable el incremento constante de la litigiosidad en nuestro país, en una progresión exponencial<sup>(1)</sup>, lo que ha ido acompañado de importantes esfuerzos inversores de las administraciones públicas para conseguir un servicio eficaz y dotado de los necesarios medios personales y materiales. Sin embargo, ante la citada progresión, los esfuerzos aparecen como insuficientes.

El fenómeno se debe a diversos factores (económicos, sociales, culturales) y merece un análisis más extenso de lo que este documento abarca. Hay que decir, sin embargo, que la política presupuestaria no debe ser un freno para la defensa de los derechos constitucionales (en especial, de la tutela judicial efectiva), pero tampoco es la única solución y debe ser posible analizar nuevos caminos para solucionar la congestión que sufre el orden jurisdiccional civil desde hace décadas.

## b) La “desjudicialización”:

No está definido qué debemos entender por “desjudicialización”, pero parece que una opción reduccionista debe incluir tanto la disminución de la carga de trabajo de los jueces, a través de la re-distribución de competencias con los secretarios judiciales y el resto de la organización judicial y de los operadores jurídicos, como la redefinición de los mecanismos disuasorios de acceso a la jurisdicción (mediante de medios alternativos de solución de los conflictos), así como la asignación a otros agentes sociales de las tareas que no hacen referencia al proceso de decisión del litigio: de fijación jurídica, de asesoramiento, etc.

Hay, en primer lugar, un proceso intelectual, doctrinal y filosófico que redimensionar el derecho a la tutela judicial, un cambio ideológico que devuelva a los ciudadanos y a la sociedad civil la competencia para la solución habitual de los conflictos, recuperando el principio de “intervención mínima” o de “intervención proporcionada” de la jurisdicción.

Para “desjudicializar” se pueden adoptar tres tipos de políticas: las que “penalizan” o limitan el acceso a la jurisdicción, las que favorecen o incentivan el acceso a medios alternativos de solución de conflictos y las que redefinen el sentido y alcance de lo “jurisdiccional” a sus límites ontológicos. Estas políticas no son contradictorias entre sí, sino complementarias.

La constitucionalización del derecho a la tutela judicial efectiva debe disuadir de medidas de penalización en el acceso a los tribunales, pero creemos que todavía son posibles medidas de desincentivación que respeten dicho derecho constitucional y que es necesario un esfuerzo para fijar los límites de la función de juzgar.

En primer lugar, la función del proceso mermará en la medida en que los ciudadanos respeten más los derechos de los demás y se extienda la libertad ciudadana, tanto desde la perspectiva del derecho como de la responsabilidad. Otro factor para reducir la litigiosidad debe ser el respeto a las estructuras sociales (la familia, la comunidad, la *polis*) la asunción de la bondad de la política y de la ética social (lo que exige personas e instituciones que actúen como buenos referentes). En este sentido, el menor intervencionismo judicial será siempre el socialmente más saludable.

Además, en la situación actual en la que la llamada al proceso judicial es la regla general para todo tipo de conflicto, hay que insistir también en la promoción de medios preventivos y alternativos de la solución de los conflictos. El Estado no debe fomentar la litigiosidad, sino al contrario, debe potenciar formas preventivas y alternativas de resolución (ADR).

Se deriva que el Estado debe poder “desincentivar” el acceso a los tribunales si no sacrifica el derecho fundamental, proponiendo “filtros” o “barreras” proporcionados, basadas en la devolución a la sociedad y a los ciudadanos de su poder democrático y en el fomento de soluciones alternativas a la resolución de los conflictos, sin priorizar políticas de reducción de costes (aunque éste pueda ser un efecto indirecto).

Por último, y éste es un factor fundamental en este trabajo, hay que definir las funciones propiamente jurisdiccionales con una buena aplicación de la técnica de las organizaciones y hay que establecer las competencias propias para el ejercicio de la jurisdicción, centradas siempre en la facultad y el poder de resolver los conflictos.

Algunas de las propuestas y reformas más recientes (Plan de Modernización de la Justicia del Consejo General del Poder Judicial de 2009, leyes de reforma procesal y de la oficina judicial de 2009, plan de modernización impulsada por el Ministerio de Justicia 2009 y 2010, propuestas de los Presidentes de los TSJ de



noviembre de 2009 y Acuerdo del Pleno del Consejo General del Poder Judicial de enero de 2010) apuntan en la línea de la desjudicialización que en este documento intentaremos profundizar.

### c) La tutela judicial efectiva:

La doctrina del Tribunal Constitucional hace compatible el principio *pro actione*, de estricta observancia por los órganos judiciales, con el derecho de configuración legal del proceso y de los recursos.

Es por ello que creemos que los términos del artículo 24.1 de la Constitución, piedra angular del sistema de justicia, no pueden autorizar una interpretación omnímoda de la tutela judicial efectiva, en tanto que, como derecho fundamental de configuración legal, admite diversas formulaciones, diversos grados de exigencia respecto a la implicación del juzgador. Por eso tenemos que poder situar la tutela judicial, como servicio público, en sus justos límites.

En este sentido, los ciudadanos tienen el derecho a ser tutelados por la Justicia, pero también el derecho de optar por soluciones alternativas. Todo el mundo debe poder invocar efectivamente el artículo 24 de la Constitución, pero no está compelido a invocarlo y la tutela judicial efectiva tiene también una vertiente negativa: el derecho a no verse sometido abusiva e indebidamente en el proceso o el derecho a una compensación en semejante caso. El Estado también está legitimado para resarcirse, a cargo de quien abusa, del coste del servicio judicial.

Por otra parte, en el conflicto entre libertad (individual) y seguridad (colectiva), el Estado debe ser cuidadoso en el uso de la ley y los jueces han de serlo en su intervención en la vida de los particulares. Cuando la ley tiene una significación pública y colectiva y busca el bien común (en el ámbito del Derecho público, fundamentalmente), sólo estos valores superiores justifican la limitación de la libertad de los particulares y los jueces están sometidos al principio de intervención mínima (por ejemplo, en Derecho penal) y son garantes de los posibles excesos del poder (por ejemplo, en el control de la actividad administrativa).

Pero cuando el conflicto es entre particulares (en el ámbito del Derecho privado) la intervención del Estado a través del juez sólo está legitimada si lo prevé expresamente la ley y su actuación está limitada al poder de disposición de las partes. El efecto directo de los derechos, principios y valores constitucionales sobre la vida de los particulares sólo será posible, más allá de la autonomía de los particulares, cuando no haya una libertad real en la persona, si el juez constata objetivamente una situación vulnerable y si la propia dignidad de la persona humana se ve afectada, hasta el punto de poder invocar la eficacia vinculante y directa de la Constitución<sup>(2)</sup>.

Con otro alcance, la tutela judicial efectiva está intrínsecamente relacionada, desde la perspectiva prestacional, con el acceso a la justicia, el reconocimiento y la protección real de

los derechos, la interdicción de la indefensión y el derecho a los recursos y a la ejecución de las resoluciones judiciales.

En materia civil y mercantil, la protección de estos derechos no se extiende omnímodamente a los "derechos asistenciales" (orientación jurídica, justicia gratuita), ni a las situaciones jurídicas subjetivas imperfectas.

Desde la primera perspectiva, los principios rectores de la política social y económica permiten diversas opciones de política legislativa y no obligan a concretas políticas prestacionales de tipo asistencial en materia de justicia.

Desde el segundo punto de vista, la tutela judicial efectiva no alcanza las expectativas prestacionales, ni las facultades, las potestades o las cargas, u otros vínculos obligatorios, como la deuda o la responsabilidad<sup>(3)</sup>. La técnica legislativa formula a menudo principios en forma de "derechos", que son de carácter programático y no directamente aplicables a un conflicto legal (en un mimetismo equivocado respecto al Derecho constitucional), o responden a prestaciones asistenciales no absolutas, a menudo sometidas a disponibilidades presupuestarias. En otras palabras, la Constitución garantiza una tutela judicial efectiva de los derechos subjetivos de forma compatible con una reordenación del acceso y el desarrollo de los procesos.

Por otra parte, no todos los conflictos deben tener una solución judicial. No es ya una cuestión de medios, sino de concepción. Por ejemplo, las infracciones por la circulación de vehículos de motor pueden tener otra solución que la judicial (como lo demuestra el porcentaje de acuerdos entre compañías aseguradoras) y la solución de los conflictos familiares tiene mejor calidad y duración cuando se produce fuera del Juzgado de Familia o de Violencia Doméstica.

Dicho de otra forma, la defensa de los derechos fundamentales en la vida de los particulares debe armonizar con el respeto a la libertad individual y con el derecho de autoorganización familiar y social (el principio de autonomía de la voluntad) y la intervención del Estado debe limitarse a los conflictos que ponen en peligro los valores básicos de la convivencia y del ordenamiento jurídico. Una excesiva judicialización va en contra de la misma sociedad y del desarrollo de sus mecanismos de progreso. Por ello, la invocación de la tutela judicial efectiva no siempre debe ser inmediata en el proceso de solución de los conflictos, si queremos respetar la libertad y potenciar la responsabilidad, la capacidad de gestionar los propios conflictos y la auto composición como valores.

La educación en los valores democráticos, el aprendizaje de los derechos de los demás, la conciencia y asunción de los propios deberes, la educación en el respeto de la diversidad y la progresiva construcción de una ética social pueden actuar también como mecanismos preventivos de la litigiosidad.

Creemos que la formulación constitucional de la tutela del Estado a través de los tribunales como una tutela "efectiva" (art.

24 CE) admite varias opciones de configuración legal respetando su esencia y que es posible, no sólo por razones de rentabilidad económica de la inversión en el sector justicia, sino para obtener un mejor servicio público y para un progreso social general, la aplicación de mecanismos alternativos a la judicialización.

### 3. La fijación de las diferentes funciones o competencias profesionales como presupuesto de la desjudicialización

Como hemos dicho, tenemos que partir de la definición de las competencias judiciales, que giran en torno de los conocimientos, las habilidades y los valores necesarios para resolver los conflictos de base jurídica.

En buena técnica de definición de perfiles jurídicos profesionales, las diferentes funciones y competencias se deben excluir entre sí, como manifestación de una división ordenada del trabajo. Si la sociedad ha producido, en el ámbito del conflicto, profesionales jurídicos diferentes del juez, debe ser posible apuntar la esencia de cada una de estas profesiones, la función de cada profesional y las competencias que las caracterizan.

Además, la claridad en la definición de los diversos papeles es garantía de la independencia del poder judicial, en una sociedad democrática, porque es bueno que sean diferentes los profesionales o las instituciones encargadas de cada una de las áreas o competencias, sin confusiones ni interferencias.

**3.1 La competencia decisoria:** El artículo 117 CE dice que los jueces deben “juzgar” y deben “hacer ejecutar” lo que han juzgado. El juez es un profesional dedicado a la resolución de conflictos, con una técnica basada en la confrontación de intereses de fundamento legal, en la técnica probatoria, en el reconocimiento de derechos y en hacer cumplir, si es necesario coactivamente, sus resoluciones.

Si no hay base legal para la confrontación, la función judicial no tiene objeto (por ejemplo, cuando no se invocan derechos, sino expectativas o intereses). Si el estado del conflicto no se plantea en términos de técnica adversativa (con el uso del proceso como institución), el juez no debe intervenir. Si no hay conflicto real o el conflicto desaparece (por ejemplo, por una terminación anormal del proceso), ya no tiene sentido la función jurisdiccional. Y “hacer ejecutar” no es “ejecutar” por sí mismo, ni *ex propria*, ni *ex ajena manu*, sino sólo asegurarse de que se ha cumplido la sentencia, cuando alguno de los litigantes dice que no se ha hecho.

La competencia decisoria viene acompañada de unas competencias instrumentales fundamentales, para asegurar que la decisión estará basada en las debidas garantías procesales:

- Asegurar el acceso a la justicia, como derecho de petición (especialmente, en su vertiente negativa: asegurar que no

se niegue dicho acceso), pero no siempre asegurar el acceso a los recursos (que es un derecho de configuración legal);

- Asegurar el uso de la “palabra” o al menos la posibilidad de alegar y exponer la propia postura;
- Asegurar el derecho de defensa mediante la proposición y la práctica de las pruebas;
- Asegurar que lo que el juez ha decidido se cumple.

Las formas en que se pueden materializar estas competencias son diversas y es posible plantear reformas legales que, asegurando su esencia, faciliten la tarea jurisdiccional (por ejemplo, con la introducción de la oralidad y la defensa de la inmediatez).

Es cierto que la labor jurisdiccional presenta también algunos rasgos propios de otras funciones o profesiones, como las competencias de fijación jurídica (que es, coactiva, por ejemplo, en las sentencias constitutivas), las de constatación de hechos, las de publicidad o la de seguridad jurídica o de disuasión, pero hemos convenido que estas competencias son residuales, no constituyen el núcleo central de la función judicial y pueden ser, por ello, transferidas.

En este sentido, el juez no tiene, de forma principal, una función de asesoramiento, ni una función documentada o de fijación jurídica. Tampoco le corresponde, constitucionalmente, la función conciliadora o de amigable composición, ni la tramitación de los expedientes, ni una función de ejecución material.

Sin embargo, en la competencia decisoria son posibles algunas mejoras referidas a la definición de las competencias judiciales.

**3.2 La competencia documentaria:** El juez no está para crear documentos, ni para traducir en escritos determinados manifestaciones de voluntad o actos de los particulares. La función de documentación (plasmear, poner por escrito, transcribir) es propia de la instrucción o configuración del expediente (judicial, administrativo, notarial), sometido a las debidas garantías de credibilidad.

Por ello, corresponde al secretario judicial “armar” los procesos: iniciarlos, “ordenarlos”, “instruirlos” y custodiarlos en la medida que le corresponda, finalizarlos y dejarlos en disposición de ser resueltos por el juez. Para llevar a cabo esta función, debe planificar y organizar el trabajo, tomar decisiones, gestionar la información. Las decisiones interlocutorias no son esenciales ni consustanciales a la función decisoria y tienen una mera función “instrumental”: hacer que el proceso siga el su curso. También le corresponde al secretario cumplir la resolución judicial, en lo que le corresponda, así como también recae esta obligación en la Administración pública y los particulares (art. 118 CE).



En este sentido, hay que diferenciar el expediente y su tramitación de las “piezas de convicción”, del material probatorio propiamente dicho, qué destinatario sí es el juez. Con la nueva reforma de la Oficina Judicial esto debe significar cambios importantes en la consideración de la “materialidad” del expediente y en la gestión y custodia del material probatorio. Por ello, debe ser posible el dossier electrónico procesal.

Cualquier otra pretensión de los particulares sobre creación de documentos, para la constatación de hechos físicos, constancia de la toma de posición o manifestaciones de voluntad, especialmente cuando no guardan relación con un proceso judicial abierto, no se corresponde con la función judicial y debe poder ser ejercida por otros profesionales (notarios, registradores, etc.).

**3.3 La función fijadora:** El juez no está llamado a fijar hechos jurídicos, ni es, por naturaleza, el defensor y promotor de la seguridad jurídica. Es cierto que las resoluciones judiciales generan la máxima certeza jurídica, pero este es un efecto reflejo o indirecto de la función decisoria. El juez sólo fija hechos cuando debe valorarlos y sólo en tanto ello sea necesario para el fin de decidir una controversia.

La constatación de hechos, especialmente en aras a promover la seguridad jurídica en la vida social y en las transacciones económicas y patrimoniales, y la fijación de los hechos para asegurar su eficacia y su prueba, han sido tradicionalmente funciones ajenas a la jurisdicción se han depositado, básicamente, en manos notariales.

La función notarial está al servicio de la seguridad jurídica. Las “actas de notoriedad” o las “escrituras públicas” son los instrumentos idóneos para estas competencias.

Es cierto que otras profesiones cooperan a defender la seguridad jurídica, pero su esencia no está en la fijación de hechos y actos, sino en la calificación de su validez, en su proclamación y publicación y, a veces, en su eficacia.

**3.4 La función de autocomposición:** El juez no está llamado a interceder entre las partes para conciliarlas o para conseguir un acuerdo entre ellas. El juez no es un conciliador, ni un mediador, ni puede sustituir la voluntad de las partes de resolver los conflictos entre ellas a través de un árbitro.

Otros servicios sociales están llamados a esta función, que más que fijar o documentar, se centra en hacer recuperar a las partes en conflicto su capacidad de autogobierno y de interrelación. A través de la auto composición de intereses se pueden prevenir y pueden desaparecer muchos conflictos. Es posible la intervención de un funcionario público o profesional neutral (de derecho o de otras disciplinas de la asistencia social), sin una “doble vía” u opción judicial alternativa, ni una posterior autorización judicial, en la medida en que no exista controversia.

**3.5 La función de publicidad:** El juez no se encarga de ningún instrumento de publicidad, como garantía de la seguridad jurídica y, por ello, es anacrónica la signación a su favor de

las competencias del Registro Civil. El juez no califica, sino que valora, no contrasta instrumentos y registros, sino que resuelve.

La calificación es el presupuesto para garantizar la eficacia y la eficiencia de los instrumentos registrales, sobre todo en los casos en que, de conformidad con la previsión de la ley, la inscripción registral no tiene sólo alcance publicitario sino también determinante de la plena eficacia de las situaciones inscritas. La calificación de los actos y contratos inscribibles, la decisión resultante de practicar o no la inscripción y de que despliegue sus efectos en relación a la situación inscrita y la publicidad del contenido del registro son la esencia de la función registral.

Las garantías para la eficacia de estos instrumentos no tienen que ser, necesariamente, judiciales, en la medida en que no nazcan de ninguna confrontación de intereses.

**3.6 La función de defensa:** El juez no está para defender a nadie, ni siquiera a la parte más débil, y su función se limita a garantizar la igualdad de armas.

El abogado es una figura esencial y primordial en nuestra sociedad. El asesoramiento de los particulares, sin que tenga que existir controversia propia de juicio, la explotación del conocimiento jurídico y práctico, la capacidad de negociación y de intermediación jurídica se deben garantizar como funciones propias de los abogados para que, ejerciendo correctamente su función, actúen en prevención de la litigiosidad.

El juez que garantiza el derecho de defensa no ejerce esta función, ni tampoco lo hace la persona que orienta jurídicamente el proceso con carácter preventivo.

**3.7 El deber de colaboración:** El artículo 118 CE obliga a todos los particulares e instituciones a colaborar con la Administración de Justicia durante el proceso y en ejecución de lo resuelto.

El trabajo del personal al servicio de la Administración de Justicia y determinadas actuaciones asignadas por la ley a las instituciones, los secretarios judiciales, los procuradores de los tribunales y a otros operadores jurídicos tienen este alcance y están fuera de la función decisoria.

Hay que fortalecer e incrementar los mecanismos de auxilio jurisdiccional, en su más amplio sentido, descargando al juez de determinadas funciones.

**3.8 La función disuasoria:** Por último, el juez no tiene como función propia la de convencer de que hay otras vías a la solución de los conflictos que la vía judicial, ni asesorar sobre los inconvenientes del proceso.

La información sobre las expectativas y riesgos del proceso, sobre sus posibilidades y dificultades, la oferta de nuevas vías de solución de conflictos y la promoción de los valores comunes son algunos de los mecanismos de disuasión del proceso judicial.

Esta competencia corresponde a los poderes públicos, los partidos políticos, y a las asociaciones ciudadanas y a la sociedad en general. Topamos aquí con un tema relacionado con la educación, los valores y la propagación de la cultura jurídica.

Para disuadir también es posible un ejercicio del poder de configuración legal del sistema procesal que, sin afectar a la esencia constitucional, condicione o limite el uso de determinados instrumentos procedimentales.

Es importante trabajar mecanismos de filtrado previo a la judicialización. No por ser la última de las funciones la función disuasoria es la menos importante, sino probablemente es la primera en importancia, porque devuelve a la ciudadanía el poder de decidir por sí misma sobre los conflictos que sufre.

Vamos, pues, a desgranar las diversas propuestas de desjudicialización que derivan de esta definición de competencias.

#### 4. Propuestas para la autocomposición de los conflictos

Varias son las propuestas para lograr canalizar la solución de los conflictos a través del acercamiento de las personas enfrentadas, la intercesión de terceros y la actuación decisoria de los propios implicados.

4.1 Los abogados intentan siempre agotar los **mecanismos de negociación** y solución pactada de los conflictos, antes de presentar una demanda. Sin embargo, la calidad profesional de los letrados se pone de relieve en sus habilidades negociadoras. Se deben reforzar los resortes éticos y técnicos de la actuación de los letrados, tanto como con los restantes operadores jurídicos, a fin de reservar el proceso como *última ratio* en la solución de los conflictos.

*La formación ética y el desarrollo de las habilidades negociadoras de los abogados puede facilitar la solución desjudicializada de conflictos. Hay que programar actividades formativas, promover premios para las buenas prácticas, desarrollar un código ético de los abogados y, en general, reforzar el prestigio de estos profesionales.*

4.2 Los tradicionales **sistemas alternativos de solución de conflictos** (mediación, conciliación, arbitraje, composición amigable) no son suficientemente utilizados por la ciudadanía, a veces por desconocimiento de su existencia o por falta de orientación de los agentes sociales hacia estas soluciones alternativas, a veces por una errónea concepción de la función judicial: el juez es el “primer” garante de los derechos de los ciudadanos, pero acudir a los tribunales no debe ser la “primera” iniciativa, ni es la única vía de solución del conflicto.

*Es necesaria una decidida apuesta de los poderes públicos para potenciar los sistemas alternativos para la solución de los conflictos actualmente existentes, mejorar el acceso y explorar otros nuevos, deshaciendo el equívoco de que al juez le corresponde la primera intervención.*

4.3 En concreto, la **mediación** ha experimentado un impulso normativo a partir de las Recomendaciones del Consejo de Europa 1 / 1998 (en materia civil) y 19/1999 (en materia penal), la Directiva 2008/52/CEE y la reciente Ley catalana de 15 de julio 2009, de mediación en el ámbito del derecho privado, que amplía los contenidos de la Ley 1 / 2001, de mediación familiar de Cataluña.

El Estado ha anunciado también un Proyecto de Ley de Mediación estatal, que derivaría en esta vía las reclamaciones propias del juicio verbal (hasta 6.000 euros), de forma obligatoria con respecto a una primera sesión informativa, al menos.

Basada en la voluntariedad de las partes implicadas, en la interacción entre ellas y en la falta de poder decisorio del mediador, la mediación requiere, para su potenciación, de especiales condiciones personales de los litigantes (control de los impulsos, racionalización, predisposición, etc.) y de la formación de buenos profesionales mediadores.

La aplicación decidida de estas leyes, que permiten la suspensión del proceso judicial para buscar una solución pacificadora, puede significar una importante desjudicialización de los conflictos.

*La Comisión apuesta decididamente por la mediación, como medio alternativo de solución de conflictos basado en la voluntad individual y en la capacitación técnica de los mediadores. Es necesario crear una auténtica “cultura” de la mediación. Iniciado un proceso, el juez no debería, pero, de promover la mediación “intra-procesal” antes de la configuración de la litis-contestatio y sopesar mucho la posible remisión después del período probatorio.*

4.4. Debe ser posible la introducción de **nuevos mecanismos de prevención** y de solución de conflictos. Por ejemplo, la figura del “defensor del asegurado” o del “defensor del cliente”, creados a imagen y semejanza de los defensores del pueblo, se va extendiendo en ámbitos como el sector bancario y financiero, el mundo de los seguros, las relaciones de consumo, la asistencia sanitaria, la universidad o los medios de comunicación.

La Generalitat debería potenciar, junto con el arbitraje de consumo o como complemento de las normas que lo regulan, la implicación de los sectores económicos en la configuración de “defensores” que, designados de forma imparcial entre profesionales de prestigio, pudieran analizar reclamaciones de baja entidad o de escasa cuantía por parte de los clientes, consumidores o usuarios. Opcional para el consumidor, la intervención del defensor se podría potenciar con incentivos (previa aceptación de la decisión por parte de la empresa, supresión de costes, garantía de plazos, premios, etc.).

*Proponemos la potenciación de los “defensores de los clientes” o figuras similares, para la resolución de conflictos de escasa intensidad y para la progresión de las buenas prácticas comerciales y cívicas, basadas en la ética profesional de los empresarios.*



4.5 Desde la perspectiva del **Derecho de la persona y de la familia** y en la línea de las voluntades anticipadas y los pactos en previsión de crisis futura, la auto composición significa también la previsión de futuras situaciones de incapacidad por parte del individuo ahora sano o la programación de futuras necesidades de protección legal o de disposición de bienes. En este sentido, se pueden ampliar las competencias notariales para la autorización para la donación de órganos de donante vivo y previsión de incapacitación futura y tratamientos médicos. También debe ser posible la venta notarial de bienes de menores e incapaces, previo nombramiento de defensor judicial (pues en muchos casos nadie salvaguarda mejor que la propia madre o padre los intereses del menor o incapaz), la disposición voluntaria de la vivienda familiar asignada por resolución judicial (con cesación del derecho de uso), el nombramiento de tutor dativo, el cambio convenido de tutor y la rendición de cuentas. Por último, por vía notarial podrían recogerse las manifestaciones sobre declaración de desaparición de una persona.

*Se propone que, previo nombramiento, en su caso, de defensor judicial para salvaguardar reales conflictos de intereses, se puedan resolver y documentar por vía notarial los acuerdos de los interesados sobre materia propia de derecho de la persona y de la familia (como la autorización para la donación de órganos, la previsión de incapacitación futura y los tratamientos médicos, la venta de bienes de menores e incapaces, la disposición voluntaria de la vivienda familiar, el nombramiento de tutor o la rendición de cuentas), incluida la conmutación de bienes por cuotas indivisas o de derechos reales (caso del uso y usufructo), sin intervención judicial, salvo el nombramiento de defensor, en su caso.*

4.6 La actual reforma, en trámite, del Código de Familia, para integrarlo en libro II del Código civil de Cataluña potencia las **previsiones preventivas de incapacidad futura** (la autotutela), la posibilidad de apoderamiento notarial preventivo y la figura de la asistencia del incapacitado, medidas todas ellas que pueden reducir la litigiosidad, al tiempo de constituir instrumentos eficaces de protección de las personas mayores que prevén un futuro deterioro de sus capacidades intelectivas y volitivas.

*Hay que fomentar la autotutela y los poderes preventivos de incapacidad futura, a favor del que pueda estar llamado a ser tutor. El notario que autorizara una escritura por parte del apoderado debería reclamarle certificados médicos acreditativos de su estado y controlar, hasta donde sea posible, la persistencia de las circunstancias que dieron lugar al poder.*

4.7 La posibilidad del **divorcio y la separación consensuales**, cuando no hay hijos menores, es una realidad presente en el Derecho comparado, muy vinculada a la liquidación del régimen económico matrimonial (prácticamente siempre hay bienes indivisos) y a la necesidad de presentar un convenio regulador. Situaciones equivalentes, como la constitución y la extinción de las uniones estables de pareja, deben poder formalizarse ante notario, con efectos fiscales y hereditarios y garantizando los intereses de cada cónyuge. En estos casos debe

ser clara la preferencia de la autocomposición del conflicto, sin intervención judicial.

Defendemos también, que el Registro Civil deje de estar en manos de los jueces, para responder a una función propia de la publicitación jurídica. Llegado el caso, otra alternativa para el divorcio y la separación consensuales debe ser presentar y ratificar el convenio regulador ante el encargado del registro o del juez de paz (las mismas autoridades que autorizan el matrimonio). El divorcio y la separación deberían comunicarse de oficio al Registro civil en que conste inscrito el matrimonio y se anotarían en el libro de familia.

*Se propone que el divorcio y la separación puedan ser consensuadas ante notario, ante el encargado del Registro Civil o del juez de paz si no hay hijos menores o incapacitados, sin impedir la asistencia letrada de cada cónyuge, en su caso, y con incorporación del convenio regulador en la escritura pública o en la comparecencia en el registro.*

4.8 También debe ser posible la **división de cosa común** (por disolución de matrimonio o por herencia) por vía notarial, buscando la auto composición. Habitualmente, los condominios no se oponen a la división (no hay conflicto en cuanto al qué), sino que sólo quieren asegurar el mejor precio o buscan la adjudicación a uno de los copropietarios. El Código Civil catalán establece criterios claros para la división. Además, muchas veces se produce una reducción importante del valor de los bienes por el *actio communi dividundo* en sede judicial y la vía notarial puede asegurar una mejor realización, en la línea que pregona el nuevo Código civil de Cataluña.

*Se propone favorecer la adjudicación del bien indiviso, por vía notarial, a favor del cotitular de mayor participación (art. 552 CCC), fijado su valor de mercado por tasador independiente (que podría ser designado por el notario) y la posible adjudicación, caso de participaciones iguales, por parte del notario, por sorteo entre los cotitulares interesados en la adjudicación, previo pago a los demás de su parte conforme a valor de mercado (salvo acuerdo unánime sobre el precio). Si concurriera la reclamación de otros derechos, se podría suspender la eficacia de la adjudicación hasta su resolución, con remisión de las partes a la mediación, o someter la división en el resto de peticiones judiciales.*

4.9 La introducción del principio del consenso en el procedimiento abreviado penal es otra manifestación de autocomposición y ha supuesto un cambio en los modos de actuación del ministerio fiscal para promover las soluciones facilitadoras de la sentencia. Sin apartarse de la legalidad, pero utilizando todos los márgenes de arbitrio legal se puede llegar a soluciones de acuerdo con el acusado y la defensa, especialmente en las infracciones penales conocidas como "bagatelas". En el concreto ámbito de la desjudicialización civil, estos acuerdos deben incluir los aspectos referidos a la **responsabilidad civil derivada del delito**. Las pautas para promover las soluciones consensuadas deben partir de criterios flexibles, apelando a la responsabilidad de cada fiscal que, sin apreciar un hecho distinto al contenido

en el escrito de acusación original, valorando los hechos y circunstancias que concurran, y para propiciar la conformidad, acuerde con las defensas (y, el actor civil, en su caso, y demás partes acusadoras) una rebaja de la pena o penas inicialmente solicitadas y de la responsabilidad civil, en su caso.

Una solución de conformidad, extendida a la responsabilidad civil, evitaría la reserva de acciones y / o la reproducción en vía civil de las pretensiones económicas.

*Entendemos que hay que reforzar la conformidad previa al juicio penal, incluso previa al trámite de calificación, incluyendo la responsabilidad civil derivada del delito y extendiendo los mecanismos de la conformidad privilegiada, también en materia de responsabilidad civil derivada del delito, en la fase previa al juicio oral.*

4:10 Destacamos la importancia de la **mediación en el ámbito penal** como mecanismo de desjudicialización de conflictos. Los abogados, garantes esenciales de los derechos de los ciudadanos, deben ser los verdaderos sujetos activos de la mediación penal, incluyendo los **aspectos referidos a la reparación de la víctima**, en el ámbito de la responsabilidad civil.

La Recomendación n. R (99) 19, del Comité del Consejo de Europa, define la mediación penal como "todo proceso que permite a la víctima y al delincuente participar activamente, si libremente acceden, en la solución de las dificultades resultantes del delito, con la ayuda de un tercero independiente (mediador) "y aunque el artículo 44 de la Ley Orgánica 1 / 2004, excluye de forma expresa la mediación (prohibición que ha sido muy criticada), entendemos que muchos de los procedimientos que se tramitan por violencia de género se podrían evitar si se informara adecuadamente a las partes de los problemas que el procedimiento judicial en el que se ven inmersos puede desencadenar y de las alternativas de derecho civil en la solución del conflicto.

Además, una parte de las denuncias que se presentan derivan de problemas de la convivencia cotidiana de la pareja, que en realidad no desean una separación, viéndose abocados a una separación de hecho como consecuencia de la orden de alejamiento, con todos los problemas de índole económico que ello conlleva. Aseguraría una acogida emocional, escucha, apoyo para la elaboración emocional de la situación traumática sufrida, información de la situación, condición y motivación del infractor para la comprensión de su comportamiento. Entre los hechos susceptibles de prestarse a la mediación *pre-penal* se podrían considerar los hechos no delictivos relacionados con el honor, el patrimonio, el impago de pensiones y las actuaciones sobre menores, que podrían ir de la mano de la reconsideración del principio de oportunidad en el proceso penal.

*Una parte de las denuncias derivadas de la aplicación de la ley de violencia de género se podría desjudicializar si en sede policial o judicial se derivara a la parte denunciante al servicio de atención a la víctima o a los servicios de orientación jurídica y se le informara detalladamente, después de acogerla debidamente, de todos los efectos que la denuncia puede generar. Estas actuaciones no serían*

*posibles en caso de existencia de indicios racionales de criminalidad. Defendemos una reforma legal que permita explorar soluciones alternativas a los conflictos intra-familiares y propugnamos, en la medida de lo posible, explorar la posible solución pacífica de los problemas de la pareja (cuando no conste con claridad la existencia de hechos delictivos), a fin evitar procesos que pueden estar condenados al fracaso. Habría que preparar equipos de mediación en sede policial y judicial, con intervención de abogados mediadores y otros profesionales y previa redacción de un Protocolo. En todo caso, la derivación a conciliación se comunicaría al ministerio fiscal y al juzgado. También se ha de poner en marcha el equipo de apoyo al juez que la Ley de Protección Integral reguló y que no ha entrado en funcionamiento.*

4.11 Cada vez son más frecuentes los casos de peticiones judiciales de **división de la herencia** (art. 782 LEC) cuando, si no hay menores e incapaces, sería suficiente la vía notarial. La convocatoria de junta y la designación de contador entre miembros de una misma familia, que deben seguir manteniendo relación en el futuro por razones de consanguinidad, son momentos idóneos para reconducir a mediación el conflicto, en caso de desacuerdo.

*En los casos en que no haya menores ni incapacitados que precisen de la intervención del ministerio fiscal, y también con menores e incapaces implicados, previa designación de defensor judicial, se podría practicar la división de herencia ante notario. Sólo en caso de oposición o disconformidad entre los interesados se debería acudir ante el juez, acreditando con certificación notarial el intento fallido. Ahora bien, insistimos en que ante el desacuerdo lo más conveniente puede ser la mediación.*

## 5. Las funciones disuasorias del litigio: la cultura jurídica, la actuación administrativa y los límites del acceso al proceso y a los recursos

Si la autocomposición no es posible, se inicia el camino de la reclamación jurídica, pero hasta el ejercicio de la función decisoria por parte del juez aun pueden actuar como elementos disuasorios la cultura jurídica y la educación, una debida información sobre las limitaciones del sistema de justicia gratuita y el intento de conciliación pre e intra-procesal.

Una buena actuación de la Generalitat en el ámbito del consumo y de las administraciones locales con unos servicios socio-jurídicos integrados también pueden ser eficaces mecanismos para disuadir del litigio.

Hay que analizar también la posible introducción de mecanismos fiscales o limitadores de acceso a la jurisdicción o a los recursos y las sanciones procesales por uso inadecuado del proceso.

5.1 En un plano general, los ciudadanos conocen bien los sistemas sanitario, educativo, asistencial, laboral y, en cambio, el sistema de justicia no se conoce y es visto a veces con recelo



y otras como panacea de la resolución de los conflictos. Hay que conocer la estructura democrática del proceso, como mecanismo de resolución de los conflictos, sus posibilidades pero también sus límites y las dificultades de la solución jurisdiccional de los conflictos de intereses. Propugnamos incrementar **la educación de la ciudadanía** en materia de justicia, la intervención de la sociedad civil en la solución de los conflictos, la implicación en la búsqueda de la justicia de los grupos sociales y la multiplicación de órganos de investigación y consultivos.

*Hay que velar por el acercamiento de la justicia a los ciudadanos, desde la escuela y el instituto, como mecanismo de prevención de los conflictos, y debe incrementarse la implicación de la sociedad civil en la mejora de la justicia.*

5.2 Desde la perspectiva de la seguridad jurídica, la mejora de **diversos elementos de la cultura jurídica** pueden actuar como mecanismos disuasorios de la litigiosidad: la previsibilidad económica (en cuanto a costes) y jurídica del proceso (en cuanto a la unificación de criterios jurisprudenciales), la existencia de sistemas de baremación legal<sup>(4)</sup> el conocimiento del tiempo de respuesta y otros.

También puede ser importante la implantación de estrategias de resultado, como planes pilotos de mejora procesal, la fijación de objetivos (porcentaje de conciliaciones, reducción de tiempo de espera, etc.) Profundización en los mecanismos de unificación de criterios (acuerdos gubernativos, advocación de “pleitotestigo” en el pleno del órgano judicial, fijación de interés casacional, etc.).

En concreto, debería generalizarse a órdenes diferentes de lo contencioso administrativo (civil, laboral) la figura del “pleitotestigo” (art. 37.2 y 3 LJCA), para facilitar el trámite de pleitos – masa y garantizar una aplicación coherente de la doctrina del Tribunal Constitucional sobre el precedente. Esta solución se considera mejor que la técnica de “acuerdos gubernativos”, de muchas Audiencias Provinciales, de dudoso alcance normativo.

*Hay que potenciar la seguridad jurídica y la mejora de los mecanismos culturales de la jurisdicción que la favorecen, como sistema disuasorio de la litigiosidad, en especial la información sobre los costes del proceso, la unificación de criterios y la implantación de estrategias de resultado.*

5.3 La justicia gratuita no llega a las “clases bajas” y los “grupos de autoexclusión social” carentes de capacidad de autodefensa, con enfermedades como el alcoholismo o la drogadicción, o personas de familias desestructuradas) y sus usuarios son fundamentalmente la llamada “clase media baja” y la “clase media”. Los **servicios sociales** descubren los problemas que pueden tener una proyección judicial y deben tener un **enlace preferente** con los servicios de asesoramiento y orientación jurídicas y con la justicia gratuita.

*Hay que reorganizar los servicios de orientación jurídica y de justicia gratuita de forma que atiendan a los más necesitados, incluso de oficio cuando sus circunstancias personales o familiares los hacen especialmente vulnerables y los colocan en situación de incapacidad para promover su defensa.*

5.4 La regulación del servicio público de **la asistencia jurídica gratuita** debe incorporar **modificaciones** que permitan que la prestación del servicio sea más equitativa y más adecuada a las situaciones y pretensiones concretas de las personas que lo pretendan utilizar, abordando la revisión del automatismo del derecho en las sucesivas instancias procesales. Además, hay que racionalizar el procedimiento para la obtención del derecho a la asistencia jurídica gratuita, de forma que responda estrictamente al principio de solidaridad social que la inspira.

*Debe ser posible la limitación de los beneficios de la justicia gratuita, de forma que junto con la posibilidad de declarar la insostenibilidad de una pretensión, se pueda también declarar la insostenibilidad de un recurso (y también de la oposición a una ejecución). También debe ser posible exigir que el litigante ratifique personalmente la decisión del letrado nombrado de oficio de presentar un recurso y unificar los criterios de solicitud y concesión del beneficio en los diversos órdenes jurisdiccionales, exigiendo la justificación de su necesidad también en el orden jurisdiccional laboral.*

*Compartimos la necesidad de modificación del artículo 32 de la Ley de Justicia Gratuita para someter a dictamen técnico jurídico del colegio de abogados respectivo. (o de los propios servicios de orientación jurídica) la sostenibilidad o no del recurso de apelación del litigante que goza de este beneficio. La revisión jurisdiccional debería hacerse por juez distinto del que llevó el asunto en primera instancia.*

5.5 Las **administraciones locales** deben configurar bajo unos criterios mínimos de calidad los diversos servicios de atención y orientación que presten a los ciudadanos mediante gestión directa o indirecta y que comporten cualquier tipo de asesoramiento generalista o especializado en la defensa de los derechos de los ciudadanos y ciudadanas. Así, se establecerá la exigencia de una cualificación profesional y una experiencia previa mínima a aquellas personas que presten el servicio.

Estos servicios deben promover las vías de resolución extra jurisdiccionales de los conflictos, en especial la mediación, la conciliación y el arbitraje.

Así mismo, han de establecer progresivamente mecanismos de prestación de forma telemática o telefónica.

Con el objetivo de asegurar la prestación de un servicio homogéneo y de calidad en todos los ámbitos, se promoverá la coordinación con otros servicios de atención al ciudadano de todas las administraciones públicas.

*Para reducir la judicialización, es necesario que la implicación de las administraciones locales en la resolución de los conflictos se haga bajo criterios de calidad y que el asesoramiento y la orientación jurídica a los ciudadanos se preste de forma coordinada y homogénea con el resto de administraciones competentes. Hay que diferenciar los diversos sistemas sociales de asistencia y asesoramiento jurídico, de forma que las consultas de mínimos queden excluidas, inicialmente, del acceso jurisdiccional y se instauren mecanismos alternativos de solución.*

5.6 Situaciones subjetivas que no estaban protegidas antes son hoy reconocidas como derechos gracias a la labor de los tribunales y de la jurisprudencia. El proceso judicial tiene un valor en sí mismo, como institución para discriminar los derechos de los ciudadanos respecto a las pretensiones espurias.

Pero, hecha la discriminación, debemos ser conscientes de que no se puede utilizar el proceso torticeramente, para fines no permitidos por el ordenamiento jurídico. Los efectos de un uso inadecuado (como la imposición de costas procesales) deberían ser más importantes cuando hay infracción de **la buena fe procesal o abuso de derecho**, introduciendo la agravación del sistema de costas (incluyendo, junto con el criterio de temeridad, la falta de fundamento de la acción y el uso espurio del proceso). Defendemos la ampliación del sistema de multas, respetando los principios de legalidad y tipicidad propios de todo derecho sancionador, y la regulación de la acción de responsabilidad por daños derivados del uso espurio del proceso.

*Proponemos la introducción de nuevos instrumentos de penalización del uso espurio e inadecuado del proceso y del ejercicio de acciones faltas de fundamentación o que buscan una finalidad ajena a la del proceso judicial (ampliación de los criterios de imposición de costas, sistema de multas respetando los principios de legalidad y tipicidad y la regulación de la acción de responsabilidad por daños causados por el proceso).*

5.7 El legislador puede definir o determinar las condiciones y las consecuencias del acceso a la justicia (STC 206/1987) y puede establecer límites al ejercicio del derecho fundamental, que serán constitucionalmente válidos si, respetando su contenido esencial (art.53.1 CE), buscan preservar otros derechos, bienes o intereses constitucionalmente protegidos y guardan la adecuada proporcionalidad con la naturaleza del proceso y la finalidad perseguida (SSTC 158/1987 y 32/1991).

Son posibles, por tanto, determinadas **condiciones en el acceso a la jurisdicción**, como el devengo de tasas, la limitación temporal de la petición de justicia gratuita u otras restricciones, siempre que no impongan requisitos impositivos o obstaculizadores del acceso a la jurisdicción, o trabas innecesarias, excesivas y carentes de razonabilidad o proporcionalidad respecto

a los fines que lícitamente puede perseguir el legislador (SSTC 185/1987, 60/1989, 114/1992, 206/1999, 198/2000, 116/2001, 173/2003, 273/2005, 267/2006 y 26/2008).

La introducción de la nueva tasa judicial por la Ley Orgánica 1 / 2009, en forma de depósito para recurrir, está provocando, en la práctica, una sobrecarga de trabajo burocrático que puede significar una traba innecesaria y desproporcionada.

Por otra parte, es posible una simplificación procedimental en el sistema de **recursos interlocutorios devolutivos**, de forma que, si no se insta formalmente recurso de reposición, la mera protesta o anuncio de la parte de la intención de recurrir en apelación una decisión interlocutoria, de mero trámite, puede satisfacer suficientemente las expectativas de la parte de hacer valer su interés en apelación. La experiencia demuestra que pocas veces se mantiene en apelación la queja contra la desestimación de recursos de reposición interlocutorios. La mera protesta ahorraría trabajo revisor en los juzgados.

*La utilización de la tasa judicial y la introducción del depósito para recurrir pueden ser instrumentos válidos como mecanismos disuasorios del proceso o del recurso, pero no pueden tener un fundamento recaudatorio, ni sancionador. La Comisión se muestra favorable a la extensión de un sistema de tasas si puede desincentivar un infundado acceso a la jurisdicción y / o los recursos, pero muestra sus reservas acerca de que la generalización de los depósitos de 25 y 50 euros para recurrir en reposición, revisión o queja, o en apelación o en recursos extraordinarios, pueda ser una medida adecuada para reducir la litigiosidad, al tiempo que denuncia que su aplicación está generando una gravosa tramitación procedimental de pago, acreditación, acuerdo de devolución, etc. Será necesaria una unificación de criterios sobre si este gasto se podrá o no repetir en la tasación de costas.*

*Parece proporcionada la limitación de la solicitud de justicia gratuita a los tres primeros días después del emplazamiento.*

*Propugnamos una reforma de la regulación del recurso de reposición que permita, como alternativa para la parte, hacer constar simplemente la protesta para hacer valer su derecho ante el juez (cuando se trate de resoluciones del secretario o secretaria) o ante el órgano de apelación (cuando se trate de resoluciones interlocutorias del Juez o Jueza), valorando el ahorro de la tasa o del depósito judicial.*

5.8 La doctrina constitucional sobre el sistema de recursos lo hace compatible con mecanismos de restricción de su uso (*ad ex.* Art. 449 LEC), como, la remisión de la interlocutoria en el momento de la apelación principal, la consignación para la apelación, la exigencia de un depósito para recurrir, el control previo de la sostenibilidad del recurso para las personas que litigan con justicia gratuita, etc. El principio de doble instancia puede tener limitaciones en la jurisdicción civil (impedir el recurso de apelación en determinados casos) sin violentar el artículo 1 CEDH.



El Consejo General del Poder Judicial, en su "Plan de Modernización de la Justicia" de 2009 y en el Acuerdo del Pleno 28 de enero de 2010, propone, para la reducción de la litigiosidad, la supresión del recurso de apelación en el juicio verbal de cuantía inferior a 3.000 euros y en los procesos que acaban con sentencia que no tiene cosa juzgada material y en el mismo sentido se han pronunciado los Presidentes de los Tribunales Superiores de Justicia en su reunión de noviembre de 2009.

La Comisión no ve claras estas propuestas **de limitación del acceso a la apelación**, por el sentido general del recurso de apelación (minimiza los errores, unifica las prácticas, ayuda al progreso de los jueces) y porque la propuesta afecta a materias sensibles (desahucio por falta de pago de la renta en arrendamientos urbanos, "interdicto" posesorio) y otros de dudoso carácter sumario ("interdicto" de obra nueva, precario, alimentos, derecho de rectificación o acciones sobre bienes muebles registrados).

Debería permitirse el recurso de apelación, en todo caso, para las sentencias dictadas en procesos que no tienen claramente cosa juzgada material, porque los límites de la cosa juzgada respecto al juicio declarativo ordinario están muy indefinidos en la doctrina jurisprudencial actual, teniendo en cuenta la doctrina sobre la irreproductibilidad de excepciones que se podían haber mantenido en el sumario y las nuevas previsiones limitativas del artículo 400 LEC.

Sí se puede explorar, por el contrario, la posibilidad de limitar el declarativo posterior a un juicio ya plenario o en el que las partes se han defendido con amplitud.

Quizás poniendo en relación la propuesta con la del Ministerio de Justicia sobre la mediación previa obligatoria en el juicio verbal se podría admitir la limitación del recurso de apelación si el proceso judicial se configurara como la "segunda oportunidad" ante una mediación rechazada (gestionada por un servicio de la administración local de atención y orientación a los ciudadanos o por derivación del tribunal).

*Propugnamos la introducción de restricciones en la admisión del recurso de apelación como la remisión de la apelación interlocutoria al momento de la apelación principal, la consignación para la apelación del importe de la condena, la exigencia de un depósito para recurrir, el control previo de la sostenibilidad del recurso para las personas que litigan con justicia gratuita o el co-pago del sistema de recursos en apelación, cuando la sentencia de instancia no ha apreciado dudas de hecho, ni de derecho.*

*No nos mostramos favorables a la limitación o supresión del recurso de apelación para las sentencias dictadas en procesos que no tienen cosa juzgada material, ni para los juicios verbales de cuantía inferior a 3.000 euros, salvo que el proceso judicial de primera instancia se configure como una "segunda oportunidad" ante una mediación fracasada.*

5.9 Respecto a la reforma del **recurso de casación y por infracción procesal** que son competencia del **Tribunal Supremo**, los elementos disuasorios pueden ser más intensos. A la vista

de la reforma que promueven los Presidentes de los Tribunales Superiores de Justicia y el propio Consejo General del Poder Judicial, hay que recordar que el Tribunal Supremo ha optado por una interpretación muy restrictiva del acceso a la casación por razón de la cuantía y del interés casacional (Acuerdo de 1 de diciembre de 2000) restricción que se agravará con el aumento, al doble, de la *suma gravaminis*. Esto significa que materias como el derecho contractual, el derecho del consumo, el derecho de familia o el derecho sucesorio no tendrán fácil acceso a la casación (sólo por razón de una cuantía muy elevada, superior a los 300.000 euros).

Más disuasorio es, sin duda, que sea posible la ejecución provisional de la sentencia recurrida en casación, aunque no se hace un uso notable de esta posibilidad procesal.

Sería bueno introducir que quien quiere recurrir en casación o por infracción procesal una sentencia de apelación que confirma la de instancia tenga que depositar el importe total de la condena.

*Abogamos por una revisión de los criterios de admisión del recurso de casación y por infracción procesal ante el Tribunal Supremo que favorezca la actividad normofiláctica en todas las materias y por la introducción de la necesidad de depósito o aval por el importe total de la condena para recurrir en casación o por infracción procesal cuando la sentencia de apelación confirma la de instancia.*

5.10 Por lo que respecta al **recurso de casación ante el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña**, el Anteproyecto presentado por el Departamento de Justicia se sitúa en la tendencia diametralmente opuesta: se diseña una función casacional omnimoda, con una tendencia expansiva del sentido de la casación que no se aviene claramente con el sentido del recurso extraordinario y puede significar un aumento excesivo de la labor del Tribunal Superior.

Hay que asignar definitivamente las competencias del recurso extraordinario por infracción procesal a los Tribunales Superiores de Justicia, derogando la interinidad de la DF 16ª de la LEC.

*La Comisión propone la introducción de un mecanismo de salvaguarda, en trámite de admisión del recurso de casación ante el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña que permita rechazar con límite, los asuntos inconsistentes o repetitivos, en la línea de lo previsto en el artículo 473.2, 2º LEC por el recurso por infracción procesal (inadmisión del recurso por "falta manifiesta de fundamento") o del artículo 75 quinquies LOTC (inadmisión por ser "notoriamente infundada la controversia suscitada"). Propugnamos una casación ante el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña amplia, que se extienda a las cuestiones prejudiciales de derecho común estatal (sin alcance normofiláctico en materia ajena a su competencia) y al control constitucional de los preceptos de Derecho constitucional vinculados a la interpretación de la legislación propia de Cataluña.*

5.11 La conciliación administrativa, previa a la vía judicial, se ha ensayado con éxito en la jurisdicción laboral (el SMAC), donde es obligatoria, como medio disuasorio del proceso judicial. En el ámbito civil y mercantil, la **conciliación previa al juicio** fue mucho tiempo obligatoria y sin embargo ineficaz, incluso en el ámbito que le era más propicio, como el de la justicia de proximidad (jueces de Distrito y de Paz). Su esporádica aplicación, ha producido un vacío importante en la prevención y en la solución transaccional de los conflictos civiles y mercantiles.

Hay que superar la visión de que una conciliación previa y obligatoria en el Derecho privado no se puede compatibilizar con el principio de libertad civil y de autonomía de la voluntad. Pero no parece que la solución tenga que venir dada por la creación de un organismo administrativo *ad hoc* con adscripción de abogados juristas.

Más bien propugnamos la potenciación de la conciliación pre-procesal, como acto de jurisdicción voluntaria (de "intervención" voluntaria), a cargo del secretario judicial (art. 460 LEC 1881según la ley 13/2009, art. 82 LPL), al amparo de la reforma de la oficina judicial actualmente en trámite y, especialmente, si se permite la remisión por parte del juez a conciliación del secretario (como alternativa a la mediación externa) en cualquier fase del procedimiento. La homologación de las transacciones judiciales por parte del secretario (art. 517 LEC en su nueva redacción) tiene un claro componente de fijación jurídica y no debe presentar dificultad su atribución al secretario judicial, dado el carácter no decisorio del juicio de homologación, limitado a que no sea contrario a la ley, la moral y el orden público y permeable a la revisión (art. 1817 CC).

Hay que concretar la previsión legal sobre el momento procesal para "intentar avenir", trabajar específicamente la técnica de la conciliación, formar en las habilidades necesarias (para fijar coincidencias y discrepancias, analizar los intereses subyacentes, etc.), Introducir la posibilidad de aplazamientos, asegurar la debida participación de los letrados como formalizadores jurídicos de los posibles pactos e incluir su derecho al cobro de honorarios.

Debe ser posible también una conciliación intra – procesal, a cargo del juez y en la audiencia previa o juicio verbal, una vez fijados los hechos controvertidos (art. 428.2 LEC), o por derivación al secretario judicial.

*Hay que corregir la ineficacia histórica de la conciliación judicial, a través de la potenciación de la conciliación pre-procesal o intra-procesal (a cargo del secretario judicial y como alternativa a la mediación externa) y mediante una regulación legal y protocolaria que la haga efectiva. Aprovechando la reforma de la oficina judicial, proponemos el uso de la conciliación a través de los correspondientes secretarios judiciales encargados de las conciliaciones (art. 460 LEC/1881) especialmente formados para llevar a cabo esta función.*

5.12 La búsqueda judicial **del acuerdo intra-procesal** (en la audiencia previa del juicio ordinario, o en la fase inicial del

juicio verbal), es también una alternativa en la que se ha de profundizar. Tradicionalmente, el juez no ha desarrollado habilidades suficientes para conciliar, pero la experiencia demuestra que algunos magistrados, con cualidades innatas o adquiridas, consiguen un porcentaje significativo de acuerdos.

Para llegar a acuerdos con la intervención del juez es necesario el desarrollo de una técnica especial, reclamar la presencia de las partes, personalmente, asegurar el rol propio de los abogados y procuradores, profundizar en los intereses subyacentes, que el juez evite la anticipación de criterios jurídicos sobre el fondo del conflicto y administrar de otra manera el *tempo*.

Convendría reformar la ley para establecer la presencia obligada de las partes en la audiencia previa y en el juicio verbal y modificar las normas legales y de reparto de asuntos para permitir que el juez que se ha implicado en una conciliación fracasada se pueda apartar del conocimiento del fondo del asunto, como causa de abstención.

Se deben introducir incentivos que la favorezcan, como la modificación de los criterios orientadores de honorarios para retribuir mejor la labor de los profesionales en los acuerdos, respecto a la continuación del trámite contencioso, aun en casos de justicia gratuita.

*Las facultades conciliadoras de los jueces y magistrados no están suficientemente exploradas, ni explotadas. Proponemos el diseño de programas específicos de formación judicial y letrada para tal fin y una reforma legal que favorezca la conciliación judicial en la audiencia previa y en el juicio verbal. Deben establecerse también incentivos económicos o de otro tipo para los profesionales.*

5.13 Los notarios deben incidir en el desarrollo de las **buenas prácticas comerciales, financieras y mercantiles**. Desde la perspectiva de la protección de los consumidores, los notarios han de potenciar sus facultades de información y protección de la parte débil, especialmente relevante en los supuestos de contratación en masa y en los supuestos de forma contractual pre-redactada y en los contratos de adhesión, sobre todo para el ejercicio del derecho de desistimiento, y en el ámbito de la propiedad industrial e intelectual.

*Hay que reforzar el derecho de los consumidores en relación a la petición unilateral de información y la intervención del notario y mejorar la práctica notarial con el desarrollo de la obligación de información y la concesión de plazos de reflexión (Decreto 122/2008). Debe ser posible esta actuación sin necesidad de la presencia de la otra parte contratante, articulación notarial del derecho de desistimiento unilateral y de los demás derechos contemplados en la legislación del consumidor.*

5.14 La regulación vigente del procedimiento extrajudicial de ejecución hipotecaria no sólo ha generado dudas sobre su constitucionalidad (SSTS 10 de octubre de 2007 y 25 de mayo de 2009), sino que se ha mostrado de casi nula aplicación práctica (en parte, por no contemplar la presencia de asistencia



letrada), lo que deja sin efecto la posibilidad de venta extrajudicial del inmueble hipotecado prevista en el artículo 129 de la Ley Hipotecaria e impide una desjudicialización en materia de ejecución de garantías hipotecarias. La reciente reforma del mercado hipotecario (Ley 41/2007), con el aseguramiento de la tasación como elemento esencial de la ejecución hipotecaria y las especiales condiciones del mercado en tiempos de crisis, permite sopesar la introducción de un pacto análogo al comisorio, como mecanismo de realización de valor más justo que, al mismo tiempo, podría incidir en una notable reducción de la litigiosidad judicial. Tratándose de un derecho de realización de valor, el sistema de subasta judicial suele derivar en la obtención del peor valor, por la mecánica de la intervención de terceros (los "subasteros") y otras disfunciones, como la persistencia abusiva del rédito después de la subasta, a veces decidida a favor de sociedades participadas por el acreedor. El pacto comisorio supone la privación del bien hipotecario en pago de la deuda, y la razón de su prohibición radica en la necesidad de evitar que dicha privación se produzca por razón de deudas de importe inferior al valor del bien perdido, con el perjuicio subsiguiente para el propietario deudor. Para evitar este peligro, se puede proponer la admisión de un pacto análogo, a celebrar en el momento de constitución de la hipoteca, que permita liberar el crédito con la posibilidad de poderes irrevocables a favor del acreedor para la enajenación, a un precio mínimo fijado por tasador independiente y con garantías de defensa por el deudor, a través de su abogado.

Sería necesaria una regulación cuidadosa de la institución, que garantizara los intereses del prestatario y los eventuales derechos de los acreedores posteriores (amplitud de las causas de oposición, protección de la vivienda familiar) y no deben descartarse otras fórmulas, como el convenio privado de ejecución aprobado en el proceso de ejecución o la subasta especializada.

*Se propone que, sin perjuicio de la prohibición general que del pacto comisorio rige en nuestro derecho, con rango de ley, se regule en sus aspectos esenciales y delimitadores un pacto de carácter análogo, para las hipotecas sujetas al mercado hipotecario, en la línea de las soluciones adoptadas en el Derecho comparado, con necesaria intervención de abogado defensor del deudor y con garantías de una tasación independiente lo más próxima al momento de la privación del bien, que facilite la realización del bien hipotecado mediante su adquisición por la entidad acreedora o por un tercero. Esta regulación no debería ser impedimento para contemplar también modificaciones en la dación en pago, u operaciones que indirectamente consigan idéntica finalidad, cuando es a favor de entidades acreedoras financieras o crediticias o la venta a filiales o sociedades participadas que asumen el pago de la deuda a la sociedad matriz o entidad acreedora del grupo que forman parte. Todo ello, sin perjuicio de la posibilidad de promover la aplicación, en el ámbito extrajudicial y previo pacto entre las partes, de la venta por persona especializada o de los convenios especiales de realización.*

5.15 Respecto **del arbitraje de consumo**, las administraciones públicas pueden promoverlo imponiendo la obligación, en el ámbito de sus respectivas competencias, que sus empresas públicas sometidas al derecho privado establezcan necesariamente, en sus condiciones generales de contratación y en sus contratos con los consumidores, cláusulas de adhesión o de compromiso al arbitraje de consumo, para la resolución de los conflictos y reclamaciones derivadas de la prestación de sus servicios, la aplicación de las que dependa de la voluntad de la persona consumidora.

*La Comisión entiende que las administraciones públicas, específicamente, han de potenciar el arbitraje de consumo en las empresas públicas, como sistema alternativo para la resolución de conflictos menores y de conflictos derivados de contrataciones en masa.*

5.16 Los órganos de **contratación administrativa** deberían incorporar la adhesión al arbitraje de consumo como condición de ejecución en la adjudicación de contratos por parte de la Generalidad de Cataluña y sus organismos públicos y empresas. Además, en cuanto a las entidades o empresas privadas que gestionen servicios públicos, servicios de interés general o servicios universales en régimen de concesión, se debe promover que en los pliegos de condiciones se incluya la obligación de que en los contratos con personas consumidoras se prevea la adhesión al arbitraje de consumo. De esta manera, las entidades y empresas podrían disfrutar de un sello de calidad y quedaría en manos de los consumidores someterse o no al arbitraje.

*La Generalitat debe promover que en la contratación administrativa y en la gestión de servicios en régimen de concesión por parte de empresas privadas, se incluya en los pliegos de condiciones del arbitraje de consumo.*

5.17 Las **administraciones públicas**, en el ámbito de sus respectivas competencias, deben considerar la adhesión al arbitraje de consumo como mérito objetivo en la valoración de premios a la calidad que tengan establecidos o puedan crear. La adhesión al arbitraje de consumo se debe tener en cuenta en la concesión de ayudas y subvenciones por parte de las administraciones públicas a aquellas empresas y establecimientos que ofrezcan bienes o servicios a las personas consumidoras y usuarias.

El distintivo que acredita la adhesión al arbitraje de consumo se debe considerar como distintivo de calidad. Los empresarios o empresarias adheridos/as al sistema arbitral de consumo deberían informar de forma pública a las personas consumidoras de su adhesión al arbitraje mediante este distintivo.

*Las administraciones públicas deben promover una política de incentivos del arbitraje de consumo, mediante ayudas y signos de calidad y de reconocimiento de las empresas que se someten.*

## 6. Posibles mejoras en relación con la definición de las competencias decisorias

Superadas las posibilidades de auto composición y de disuasión, el juez debe decidir. En relación al ámbito de la competencia decisoria, es posible introducir aún algunas mejoras para facilitar la desjudicialización, en la medida en que quede mejor definido el modelo de justicia y la estructura de los tribunales, adaptándose a las necesidades.

Fijados los grados de proximidad de la justicia al ciudadano, enmarcada la organización judicial como parte del conjunto de servicios públicos y mejorada la distribución competencial interna, los operadores jurídicos y los ciudadanos pueden valorar con más conocimiento de causa si les interesa o no el litigio.

6.1 Los poderes públicos, divididos en una pluralidad de centros de decisión (Ministerio, Consejo, Departamento, etc.) Y llevados a veces por una errónea concepción de la independencia judicial (entendida como una “no interferencia” en la definición de la estructura del servicio judicial), no han definido suficientemente ni han cerrado aún el **modelo de justicia** y el sistema de justicia que se quiere.

La justicia sufre, desde hace décadas, de una sobrecarga de trabajo y de claras deficiencias estructurales, pero no hay estudios de necesidades frente a cálculos de oportunidad, ni estudios de impacto y la planta y los ámbitos jurisdiccionales se amplían constantemente por impulso de reformas legislativas sustantivas o procesales y no de estudios estructurales. No se han fijado las funciones netamente jurisdiccionales (el núcleo “duro” del artículo 117 CE) respecto a la función de gestión, la función de fijación jurídica, la función de documentación o la función ejecutora, ni los ámbitos de exclusión de la jurisdicción.

*La Comisión encuentra también como causas de la excesiva judicialización de la vida social la falta de un modelo de justicia y la definición insuficiente de las políticas judiciales estructurales y, por tanto, considera que el primer paso para la mejora de las competencias decisorias debe ser de carácter estratégico o político: evaluar las necesidades reales, definir los ámbitos no jurisdiccionales del conflicto, estructurar y dimensionar la planta de forma adecuada y fijar las cargas de trabajo soportables.*

6.2 Vivimos una **excesiva tendencia a la judicialización** de los conflictos como vía preferente o exclusiva. En el ámbito civil y mercantil, las políticas públicas vigentes en materia de justicia (en temas como la orientación jurídica y la justicia gratuita) y la política legislativa actual crean expectativas falsas sobre la solución jurídica de conflictos de intereses, que no siempre tienen trascendencia jurídica e incitan y favorecen la judicialización de los conflictos respecto a otras soluciones, como la autocomposición preventiva, la negociación o la transacción.

*Es necesario recuperar la vieja autonomía de la voluntad y la auto composición (que los conflictos civiles se resuelvan con medios civiles). Es necesario un estudio de impacto de la labor jurisdiccional*

*que permita evaluar la real utilidad y eficacia de los litigios y evitar una mecánica de legislación bajo influencia mediática o de finalidad simbólica y sin memoria económica que prevea el impacto.*

6.3 El primer contacto del ciudadano no discrimina, en ningún orden jurisdiccional, ningún **grado de proximidad de la justicia** y esto implica una dificultad, porque se tratan igual conflictos que son diferentes y merecen soluciones diferentes. El abordaje jurisdiccional no puede ser igual en un conflicto todavía no suficientemente definido que en otro en el que los términos de la contradicción son claros, en un conflicto de convivencia entre los vecinos de una escalera que para resolver una reclamación por competencia desleal entre empresas, en un tema puramente fáctico que en otro de compleja interpretación jurídica, en un conflicto de raíz emocional que en otro de fundamento ideológico.

Hay que profundizar, al igual que se diferencia el procedimiento en razón de la materia o de la cuantía (ordinario, verbal), en la diferente naturaleza de las pretensiones de los que buscan justicia: la respuesta se puede adaptar, en sencillez, a la litigiosidad de baja intensidad, excluir los conflictos meta-jurídicos, reformular las reglas de *minimis*.

Concretamente, en cuanto a la justicia de proximidad, el Consejo General del Poder Judicial, en su “Plan de modernización de la Justicia” de 2009 apoya, como mecanismo de desjudicialización, la creación de “órganos específicos para la resolución de conflictos menores”.

*Hay que configurar un sistema de resolución de los conflictos cotidianos de los ciudadanos que ofrezca una solución ágil, comprensible y económica. Este sistema debe priorizar la mediación, el diálogo y la conciliación de posturas como estrategia en la resolución de conflictos, de forma que los aspectos más propios de la jurisdicción ordinaria tradicional resulten supletorias a la hora de aplicar soluciones. Los propios protagonistas del conflicto deben ser corresponsables en la búsqueda de las vías de aproximación de sus posturas. La estructura judicial debe adaptarse a los diferentes conflictos, potenciando una justicia de proximidad.*

6.4 El derecho comparado apunta en esta dirección, como en Francia (con las “maisons de droit”) o Alemania (con los servicios sociales jurídicos primarios). El nuevo sistema debe establecerse sobre la base **del ofrecimiento integrado de los diferentes servicios** de resolución alternativa de conflictos (orientación y asesoramiento, mediación, conciliación, arbitraje de consumo, etc.), que se deben estructurar de forma coordinada y conjunta entre todas las administraciones que los ofrecen, fundamentalmente la administración local.

Estos servicios se prestarán con la participación de equipos de trabajo pluridisciplinarios. En aquellos municipios en los que sea posible, el sistema debe integrar la justicia de paz y debe permitir la derivación de casos desde los tribunales.



Con independencia de que el sistema pueda ayudar a resolver los problemas de acumulación de reclamaciones judiciales ante la justicia ordinaria, la finalidad prioritaria debe ser la de implantar un sistema que solucione entre ciudadanos de una manera diferente los conflictos cuya naturaleza lo permita.

La justicia de proximidad debe incluir como última *ratio*, la función decisoria, a cargo de un juez, que puede ser de paz, en los limitados parámetros de un conflicto en el que el componente jurídico no es lo esencial.

*La Comisión apuesta por una justicia de proximidad basada en el ofrecimiento integrado de los diferentes servicios de solución de conflictos, incluida la función decisoria, estructurado de forma coordinada y conjunta entre todas las administraciones.*

6.5 El progresivo desarrollo de nuevos órdenes jurisdiccionales y especializaciones (VIDO, mercantil, familia) busca, y no siempre encuentra, una adaptación estructural de proximidad y una simplificación de la tramitación a través de atribuciones universales de competencia (penal y civil, civil y laboral, personal y patrimonial, respectivamente). En sentido contrario, la división de los juzgados, a nivel de partidos, con exclusividad en **materia civil o penal** atribuye a jueces diferentes los diferentes aspectos (civiles, criminales) del estudio y resolución de los casos. A menudo hay duplicidad de tratamiento (delito de tráfico y responsabilidad civil por accidente de circulación, delito contra la seguridad en el trabajo y petición de indemnizaciones laborales o civiles, etc.) Y conflictos de jurisdicción y de competencia. Por otra parte, de la clásica “querrela catalana” podríamos llegar a un abuso de las actuaciones penales por violencia doméstica que puedan buscar una postura aventajada en la solución de la crisis familiar.

*Es necesario un estudio detallado del incremento de la litigiosidad a causa de la división funcional en órdenes jurisdiccionales y órganos especializados. En el concreto sector de confluencia del penal y el civil, hay que evitar el uso espurio de la jurisdicción penal, como forma de ralentización de la solución de los conflictos y de tratamiento duplicado de los casos. El hecho de que el juez de violencia doméstica pueda otorgar medidas provisionales de separación incentivada, indebidamente, el uso de la vía penal.*

6.6 La práctica judicial del **proceso monitorio** es protectora del deudor, incluso cuando no da razones en el plazo de 20 días. En este trámite, no es preceptiva la designación de profesionales de justicia gratuita. En caso de que no se planteen razones por el deudor, se cierra el proceso monitorio por auto, que a menudo se notifica al deudor sin estar previsto legalmente, abriendo la vía de la apelación y de la petición de justicia gratuita. En otro caso, se exige al acreedor una formulación de demanda ejecutiva que la ley no pide (de hecho, la Ley 1 / 2009 ha aclarado que es suficiente con una “mera solicitud”) y a menudo se practican notificaciones al deudor no previstas en la ley.

*Propugnamos una interpretación simplificada del artículo 816 LEC que haga posible de forma eficaz la protección del crédito,*

*sin reclamar una demanda ejecutiva (sin perjuicio del necesario control judicial), ni la aplicación del plazo previsto en el artículo 548 LEC. Hay una interpretación favorable a la extensión de la cosa juzgada material al deudor que no presenta razones, ni se opone en el plazo legal.*

6.7 Se debe asegurar, por el contrario, el control judicial en el **proceso monitorio europeo**. Este es un proceso establecido en el Reglamento 1896/2006 CEE, es un proceso ejecutivo de matriz germana (monitorio puro, no documental) que se debe aplicar en España sin interferencias con la estructura de nuestro monitorio. La remisión supletoria los arts. 812 y ss. LEC (DF 23<sup>a</sup>, 14) no se aviene con el *acquis communautaire* y será fuente de conflictos. Puede entrar en colisión con la remisión del Reglamento a los procesos internos ordinarios para el trámite de declarativo ordinario, cuando se oponen razones y con las previsiones del art. 17.2. La exigencia de la forma de auto (DF 23<sup>a</sup>, 5 y 6) choca con la última reforma procesal que atribuye estas competencias a los secretarios y secretarías judiciales, en forma de decreto.

*En la regulación del monitorio europeo, la remisión al trámite de rescisión de sentencias dictadas en rebeldía (art. 501 y ss. LEC) es la única solución viable para garantizar la tutela judicial efectiva, en el caso que el despacho del monitorio se atribuya al secretario o secretaria judicial. En la ejecución de un título ejecutivo europeo se ha de garantizar también el control judicial.*

6.8 La Ley 66/1997, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, modificó el artículo 80 de la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido (IVA), permitiendo la reducción de la base imponible en el caso de créditos de manera total o parcialmente incobrables, sin que exista un expediente de suspensión de pagos o quiebra, siendo requisito *sine qua non* para su recuperación, que el sujeto pasivo haya instado su cobro mediante reclamación judicial al deudor.

Los apartados 4 y 5 del artículo 80 de la Ley de IVA, han sido modificados recientemente a través de la Ley 4 / 2008 de 23 diciembre 2008, regulando, también la tramitación de la recuperación del IVA en los supuestos de facturas con pago aplazado.

El artículo 80 de la Ley del IVA regula la posibilidad de recuperar el IVA de las facturas impagadas, pero establece dos requisitos para su obtención, uno la espera de un plazo inicial de un año y otro, su reclamación judicial dentro del plazo de los tres meses siguientes.

La Agencia Tributaria permite cumplir el requerimiento de la reclamación judicial a través de la presentación de una demanda de conciliación, lo que está provocando el uso espurio de este instrumento procesal por parte de algunas compañías.

Es incomprensible que se exija la interposición de una demanda judicial, para justificar la devolución del IVA (con la reforma las reclamaciones en los supuestos de pago aplazado

serán de ínfima cuantía), con los costes que ello conlleva para la propia Administración de Justicia, obligando al sujeto pasivo a acudir a la vía judicial para recuperar el IVA, cuando en muchos supuestos y debido a la total insolvencia del deudor no interpondría un pleito.

Como otro ejemplo, hemos constatado que en ciertas épocas han instado actuaciones judiciales para tener acceso a información privilegiada (en el padrón de habitantes para conocer los ocupantes de una finca, la Administración Tributaria, para saber datos fiscales del demandado, etc.).

*Se propone que se sustituya la reclamación judicial como requisito para recuperar el IVA, por una reclamación extrajudicial que conste de forma fehaciente, mediante carta emitida a través de burofax o por vía notarial. Propugnamos el rechazo de las demandas y de las peticiones de prueba que tienen por finalidad otra que la puramente jurisdiccional.*

6.9 Dentro del ámbito decisorio, **el arbitraje privado** tiene poco predicamento entre los particulares, tal vez por su coste, y no ha experimentado progresos destacables en la resolución de los conflictos entre empresas (salvo algunos arbitrajes institucionales, especialmente en el ámbito internacional). Estructuralmente, se presentan como dificultades para su expansión su carácter voluntario, la dependencia de la jurisdicción estatal para la adopción de medidas provisionales y para la ejecución del laudo, la exigente jurisprudencia, en algunas Audiencias Provinciales, sobre la validez del laudo con una interpretación muy generosa de las causas de nulidad, y la falta de árbitros estables y prestigiosos, conocidos por los contendientes y que les generen confianza.

*El arbitraje privado tiene un prestigio en Derecho internacional que no se corresponde con su escaso impacto en el Derecho interno. Es necesaria una reforma decidida de la ley de arbitraje, con la aplicación del arbitraje de equidad por persona de mutua confianza de los implicados y la profesionalización de un "colegio de árbitros".*

## 7. Medidas de auxilio y colaboración para el ejercicio de la jurisdicción

En torno a la función decisoria hay una serie de competencias que no se corresponden propiamente con la facultad de juzgar, sino con lo que los anglosajones llaman la *Litigation support*. La actividad "instructora" en la oficina judicial, la prevención y preparación de los procesos de incapacitación, la preconstitución de la prueba o la preparación del juicio monitorio son ejemplos y pueden estar en manos ajenas al juez.

Asimismo, el juez no tiene que decidir, necesariamente, sobre las incidencias de ejecución de sus resoluciones cuando no hay conflicto (averiguación de domicilio y matrimonio, concurrencia de ejecuciones, ejercicio de la tutela).

Todos los particulares y las instituciones y, en particular, los secretarios y procuradores, están llamados a colaborar (art. 118 CE).

7.1 La publicación en el BOE de la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de la reforma de la legislación procesal para la implementación de la nueva oficina judicial, y de la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, complementaria de la Ley de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva oficina judicial, ha introducido notables novedades en la tramitación de los procedimientos judiciales, que han de suponer una "desjudicialización" de los conflictos, en la medida en que **pasan al secretario o secretaria judicial un conjunto importante de competencias** que hasta ahora ostentaba el juez, esencialmente de ordenación y documentación, pero también de auxilio.

Según el sentido de la reforma, el juez no será ya el responsable de la tramitación de los pleitos y se centrará sólo en la función decisoria respecto a los que se le entreguen por los responsables de los servicios comunes o por la unidad procesal de apoyo directo.

*La reforma de la oficina judicial puede ser un importante instrumento de "desjudicialización", entendida como la incorporación de un nuevo profesional (el secretario o secretaria judicial) a trabajos que hasta ahora eran competencia de los jueces. Es imprescindible salvar las competencias indelegables del juez y la definición clara de las fronteras entre "dirección" e "inspección" de los "asuntos" (competencia del juez) y "dirección" e "inspección" de los "servicios" (competencia del secretario judicial).*

7.2 **En concreto**, la ley atribuye ahora al secretario la importante función de dirección general y de impulso del proceso, le otorga competencias exclusivas para varias calificaciones técnico-jurídicas (admisión a trámite de la demanda, control de los presupuestos procesales de jurisdicción y competencia, declaración de rebeldía, acumulación de acciones, determinación de la clase de juicio, suspensión del proceso aun por prejudicialidad penal, resoluciones sobre terminación del proceso, ejecución, aprobación de la tasación de costas, actos de conciliación, control de los requisitos para apelar y su subsanación, fijación de la indemnización de los peritos, homologación de las transacciones judiciales, resolución del levantamiento de medidas cautelares, declaración de firmeza de resoluciones judiciales, declaración de caducidad, corrección disciplinaria de conductas procesales, trámite y resolución de la reconstrucción de actuaciones, etc.).

Los presupuestos procesales (jurisdicción y competencia) pueden ser controlados de oficio por el tribunal en cualquier momento y por las partes a través de la declinatoria.

*El desarrollo de estas competencias puede significar una descarga importante del volumen de trabajo de los jueces y magistrados, pero provocará nuevas situaciones problemáticas que pueden revertir en más trabajo para los jueces. Es importante la redacción y generalización de protocolos de actuación para la unificación de criterios.*



7.3. Las **oficinas de señalamiento inmediato**, se crean y regulan en los apartados 2 y 3 de la Disposición Adicional 5ª de la LEC, para la tramitación de los juicios verbales seguidos por razón de la cuantía, los desahucios, las medidas cautelares de protección de menores, las medidas provisionales matrimoniales y la separación y divorcio de mutuo acuerdo. Las Leyes 1/2009 y 19/2009 amplían sus competencias.

*La previsión de juicios de señalamiento inmediato se debería haber extendido a todo tipo de proceso considerado de tramitación preferente en la LEC y, por tanto, los juicios verbales de protección sumaria de la posesión y al derecho de rectificación. También debería aplicarse a las solicitudes de prueba anticipada y al aseguramiento de la prueba.*

7.4 En cuanto a la **ejecución de sentencias**, si las resoluciones judiciales firmes son *per se* ejecutivas, solo hace falta la "ejecutoria" para cumplirlas, como soporte documental público y solemne en que se consigna la sentencia firme y que recoge la obligación de todos los poderes públicos y los particulares de cumplirla (art. 245.4 LOPJ).

Es clara la distribución de funciones introducida en la reforma (art. 551) entre el juez de la ejecución, que dicta una "orden general de ejecuciones" y el secretario judicial, que concreta las medidas ejecutivas y llevar a cabo la ejecución<sup>(5)</sup>.

El tribunal interviene en la oposición a la ejecución y en las tercerías. El secretario se encarga de los lanzamientos, con un exquisito respeto de las competencias del tribunal sobre los eventuales derechos de terceros ocupantes (art. 675 2 y 3 LEC), aprueba las cuentas de la administración, pero respeta las competencias del tribunal para resolver las demás controversias (art. 678 y 679); se encarga de la entrega de cosa mueble cierta y determinada, pero insta al tribunal el uso de la fuerza pública (art. 701); realiza las condenas de hacer y no hacer (art. 705 y 706), pero es el tribunal quien declara emitida una declaración de voluntad (art. 708); tramita el incidente de fijación de daños y perjuicios, pero reserva al tribunal la oposición, divide las herencias, pero respeta la competencia del tribunal para resolver la oposición (art. 787 LEC).

*En ejecución de sentencias, es posible una delegación ejecutiva en el secretario judicial, si se hace compatible con la obligación del juez de "hacer ejecutar lo que ha sido juzgado" como parte de la tutela efectiva y con la garantía jurisdiccional última del derecho a la ejecución de las sentencias. Es necesario que persista el control judicial e ir precisando el ámbito de la "mera ejecución"<sup>6</sup> respecto a los actos de trascendencia jurisdiccional. Defendemos, en este sentido, una interpretación cuidadosa de los nuevos artículos 562 y 563 LEC. La ejecución provisional es un mecanismo adecuado para la efectividad de las sentencias.*

7.5 Sin renunciar al principio de intermediación, deben potenciarse los instrumentos de **prueba preconstituida** (pericial "documentada", documental previa), a la forma anglosajona, de modo que la práctica de prueba dentro del proceso se entienda

como eventual y no siempre necesaria. La **práctica anticipada de prueba** (art. 293 LEC) debe entenderse como mecanismo de evitación del proceso, como ocurre en otros ordenamientos (la *consulenza técnica preventiva* o *el expertise préalable*) sin sustituir la obligación de las partes de buscar el material probatorio.

*Entendemos que, en el proceso civil actual, el artículo 265 LEC presenta un cuadro favorable a la obtención de las pruebas antes del proceso, lo que ha de reducir la práctica de prueba intra-procesal. Hay que reclamar a las partes que recopilen las pruebas antes del pleito y potenciar la práctica anticipada de la prueba como mecanismo para evitarlo o simplificarlo, sin olvidar que la carga de obtener el material probatorio es de las partes y no del juzgado.*

7.6 El Consejo General del Poder Judicial, en su "Plan de modernización de la justicia" de 2009, promueve como reforma para la reducción de la litigiosidad, la "ampliación del **procedimiento monitorio**". Los Presidentes de los Tribunales Superiores de Justicia, en su reunión de noviembre de 2009, proponen que los notarios puedan tramitar el requerimiento de pago y que el **juicio de desahucio** se tramite como monitorio.

La reciente reforma procesal ha aumentado la cuantía del monitorio a 250.000 euros y establece que si no se dan razones, en el momento de practicar el requerimiento, el secretario o secretaria debe dictar decreto y dar traslado al acreedor para que pida la ejecución (sin necesidad de demanda ejecutiva, ni de orden general de ejecución).

Si se salva el control jurisdiccional, se podría derivar la fase inicial del proceso monitorio a los notarios, con las debidas precauciones y salvando el control jurisdiccional de los derechos fundamentales (propiedad, inviolabilidad de domicilio, etc.).

En los procesos de desahucio por falta de pago de la renta o por expiración del plazo contractual o legal, no debe ser necesaria la celebración de juicio, en cuanto la oposición sólo se presenta en un 10% de los casos.

*Debe ser posible, como mecanismo de auxilio judicial, la alternativa de asignación de las competencias iniciales en el proceso monitorio pasando de los secretarios judiciales a los notarios, como proponen los Presidentes de los Tribunales Superiores de Justicia. Vemos posible la aplicación a los juicios de desahucios de la técnica monitoria, con desplazamiento al deudor del contradictorio, pero con un control riguroso del requerimiento practicado al inquilino. Dadas razones, el arrendador sólo podría presentar el proceso declarativo correspondiente. Si no hay oposición, se ha de asegurar la supervisión judicial de la ejecución, por la especial afectación de la inviolabilidad del domicilio, como derecho constitucional.*

7.7 En cuanto a **averiguaciones sobre el domicilio y el patrimonio**, es posible una mayor presencia e intervención de los procuradores. Dispuesto en el artículo 156 LEC que cuando el demandante manifieste que le es imposible designar un domicilio o residencia del demandado, a efectos de su personación, se utilizarán por el secretario judicial los medios oportunos para

averiguar esas circunstancias, pudiendo dirigirse a los registros, organismos, colegios profesionales, entidades y empresas a que se refiere el apartado 3 del artículo 155. Sería suficiente que el procurador acreditara el poder con que actúa para que dentro de los límites del asunto en el que interviene pudiera acceder a esta información, expresamente autorizado por resolución procesal del secretario o secretaria.

En materia de notificación y traslados el TJUE ha declarado que no es preceptivo que los lleve a cabo un órgano judicial (STJUE 25 de junio de 2009, C-14/2008, en una cuestión prejudicial planteada en interpretación del Reglamento 1348/2000).

*Cuando la averiguación de domicilio y patrimonio se dirija a registros y organismos públicos (INE para domicilio, TGSS para domicilio laboral y otras instituciones), el procurador debería estar facultado para acceder a estas consultas, en consonancia con lo que establece la ley, en sede de ejecución, para la investigación patrimonial (art. 590 LEC), para que el ejecutante pueda obtenerlos por sí mismo, o a través de su procurador, debidamente facultado al efecto por su poderdante.*

*Los procuradores podrían ser autorizados, progresivamente, para acceder a estos Ministerio de Justicia y los Colegios de Procuradores en el que se comprometieran a respetar los términos de la Circular 6 / 2009 de la SGAJ, sobre acuerdos adoptados en relación con las consultas realizadas a través del PNJ. Sería posible incluso el acceso controlado de averiguación patrimonial, estableciendo en el propio convenio con rigor y precisión los límites y responsabilidades.*

7.8 Referente a las **multas**, su imposición en el proceso civil cumple una función, si bien supone una carga para el procedimiento llegar a hacerlas efectivas, especialmente en el proceso de ejecución, donde, difícil llegar a la satisfacción del acreedor, la imposición de una multa trastorna el mejor fin de la ejecución. La ejecución por multas no debe perjudicar el derecho preferente del ejecutante.

Sin embargo, deberían **unificarse las ejecuciones** por vía administrativa y judicial contra el mismo deudor, a través de su acumulación.

*Proponemos que una vez acordada la multa procesal se expida certificación y se remita a Hacienda Pública o un Organismo recaudador que se encargue de hacerla efectiva e ingresarla en el Tesoro Público. También se debería buscar la forma de unificar las ejecuciones paralelas de la Administración y de la Jurisdicción contra un mismo deudor.*

7.9 En los **procedimientos de incapacitación**, debe ser posible distinguir los casos en que se hace necesaria la interposición de la demanda de aquellos en los que la protección de la persona se puede obtener a través de otros recursos (médicos, familiares, sociales). En esta fase debe ser posible una solución que evite el procedimiento judicial, con todo el componente de penosidad que conlleva, sobre todo para la persona supuestamente incapaz, pero también para sus familiares y personas

cercanas. Respecto al nombramiento de tutor, cuando son varios los familiares que pueden ser llamados (en el sentido legal del término) el ejercicio de la tutela, saber previamente quién está en mejores condiciones para ejercerla puede descargar el procedimiento posterior de una fase que en muchas ocasiones se convierte en fuente de conflictos.

*La Comisión se muestra partidaria de, antes de iniciar un proceso de incapacitación, establecer criterios clínicos y psicosociales de valoración de las incapacidades ("cribado"), fruto del trabajo conjunto entre los servicios sociales, los sanitarios, los órganos judiciales y las entidades tutelares, criterios que orienten la idoneidad de la propuesta de incapacitación. También aboga por identificar, antes del proceso, la persona más idónea para desempeñar el cargo tutelar.*

7.10 En el ámbito de la tutela, la existencia de sistemas alternativos de solución de conflictos puede ser de gran utilidad, de cara a resolver las discrepancias que se pueden dar entre el tutor y los parientes del tutelado (tanto si la tutela la ejerce otro pariente, una persona ajena a la familia o una entidad sin ánimo de lucro), entre los mismos parientes que no ejercen la tutela, o, casos menos frecuentes, entre el incapaz y el tutor o entre el incapaz y sus parientes. Estos conflictos se pueden dar en todos los ámbitos **del ejercicio de la tutela**: régimen de visitas, acompañamientos diversos (al médico, a lugares de ocio), enajenación de bienes cuando es necesaria, rendición de cuentas, internamientos hospitalarios o residenciales, etc. e, indefectiblemente, tienen el juzgado como destinatario y como "solucionador" del problema y, en general, el juez interviene demasiado a menudo en problemáticas que no comportan un conflicto de alcance jurisdiccional.

*Proponemos una interpretación de las previsiones sobre ejercicio de la tutela que favorezca la solución no judicializada de las incidencias que surgen respecto a decisiones personales y patrimoniales del incapacitado. La Administración pública, a través de los servicios sociales, debería facilitar formatos y modelos de utilidad y disponer de un servicio de información y asesoramiento a las familias. A través de la mediación se pueden también evitar estas disputas y descargar los juzgados de tareas de fijación y documentación jurídica.*

## 8. La desjudicialización de las funciones de fijación jurídica

El juez, para decidir, debe fijar los "hechos probados", en un ejercicio intelectual de valoración de las pruebas, pero no de configuración jurídica de hechos. Los hechos existen antes de su valoración en vía judicial y no corresponde propiamente al juez fijar o concretar hechos de significación jurídica, ni siquiera si han existido, sino sólo constatar si han sido probados o no.

Al servicio de la seguridad jurídica, esta función se ejerce fundamentalmente con la documentación, pública o privada. Constatar determinados hechos, cuando se busca la fijación jurídica,



sin ningún conflicto manifiesto, es función de los particulares, que pueden utilizar la institución notarial, la inscripción registral constitutiva, los archivos administrativos u otros medios.

8.1 La práctica forense muestra la existencia de determinados procedimientos que no contienen elementos de litigiosidad. Es el caso del procedimiento de **aceptación o repudiación de la herencia** (*interrogatio in iure*) en el que no suele haber conflicto. Para constatar la voluntad del heredero es suficiente con hacer un requerimiento y dar un plazo para manifestar si acepta o repudia la herencia. Sólo se justifica la presentación de la solicitud ante el juzgado en el caso de que intervengan menores o incapacitados, que deben ser representados por el ministerio fiscal o un defensor judicial.

Se podría resolver por vía notarial la *interrogatio in iure* (art. 28 del Código de Sucesiones) con intervención y asesoramiento de abogado, en su caso, y ante notario competente en razón del domicilio del requerido.

También pasa algo parecido con la pérdida de la letra de cambio (art. 85 LCCh).

*Proponemos que los requerimientos para aceptación o repudiación de la herencia y el expediente por pérdida de letra de cambio, como procedimientos de fijación jurídica, se puedan tramitar por vía notarial.*

8.2 Las actas de notoriedad de **declaración de herederos ab intestato** deberían extenderse a los herederos colaterales y a la Generalitat, a pesar de su mayor complejidad (pues no es suficiente el simple libro de familia del difunto, sino acreditar nuevas incidencias económicas y fiscales). Presupuesta la falta de contencioso, sería posible la solución notarial, con la intervención de un letrado, en su caso, en defensa de los interesados.

*La Comisión propone que se extienda la declaración notarial de herederos ab intestato a los colaterales y a la respectiva Comunidad Autónoma, de no existir parientes dentro del cuarto grado, con asistencia letrada en su caso, al menos de un mismo abogado para todos los interesados.*

8.3 A veces, son necesarias la **delimitación y amojonamiento de fincas y las rectificaciones de cabida**, incluso en pisos en régimen de propiedad horizontal (cuando la cuota no se corresponde con la superficie real o cuando siendo idénticos los pisos se inscribieron menos metros). La coordinación con el catastro tiene que hacer posible la rectificación a través de acta notarial que acredite los hechos, con la incorporación de certificado de perito o técnico, la comparecencia de los propietarios de las fincas vecinas, la certificación del presidente de la junta de propietarios, la autorización municipal u otra documentación pertinente.

*La Comisión propone que a través del acta notarial de presencia y protocolización de certificados catastrales, declaraciones o documentos o informes de técnicos competentes se puedan prac-*

*ticar delimitaciones y amojonamientos de fincas y rectificaciones de cabida incluso de fincas en régimen de propiedad horizontal sin necesidad de aprobación judicial, para no afectar a terceros.*

8.4. Hay actuaciones propias de los auditores de cuentas y miembros de profesiones contables (economistas, MBA, etc.) que participan de la naturaleza de actos de fijación de hechos. En otro ámbito, el notario podría hacer acta de las **juntas de sociedades** (anónima, limitada, cooperativa, asociaciones, fundaciones) y a estos efectos podría hacer la convocatoria.

*Se propone que sea de exclusiva competencia notarial la convocatoria de todo tipo de juntas (anónimas, limitadas, cooperativas, asociaciones, fundaciones, etc.) Cuando junto a la convocatoria se quiera que se haga acta notarial de la junta y que se delegue en profesionales competentes las actuaciones de fijación económica del estado contable de las sociedades (auditorías) con plena validez.*

8.5 Debería ser posible el **nombramiento de peritos o liquidadores** de sociedades o asociaciones sin necesidad de intervención judicial y este nombramiento podría ser atribuido a los colegios profesionales.

Igualmente, los registradores mercantiles podrían, en ausencia de controversia, descargar de trabajo a los juzgados mercantiles en el nombramiento de **coadministradores** de compañías mercantiles, la designación de liquidadores según la ley de sociedades de responsabilidad limitada, el nombramiento de **auditores**, la convocatoria de juntas y asambleas y la designación de su presidente, **venta y amortización** de acciones y participaciones de auto-cartera o **exhibición** de libros y soportes contables.

*Para la liquidación ordenada de personas jurídicas puede ser suficiente la designación de profesionales por parte del respectivo colegio, sin necesidad de expediente concursal. Igualmente, los registradores mercantiles podrían nombrar cargos societarios (coadministradores, liquidadores, auditores) y proveer señalamiento de juntas y asambleas y la enajenación de acciones y participaciones y exhibición de libros.*

8.6 Las **diligencias preliminares** tienen una finalidad de fijación jurídica y son cada vez más frecuentes, especialmente la de exhibición de documentos. Implican la incoación de un procedimiento que, de decidirse su admisión supone fijar una caución que se debe hacer efectiva dentro de los tres días siguientes del auto que las concede. Si no se presta la caución en tiempo se archivan las actuaciones. Prestada la caución y practicadas las diligencias preliminares la caución prestada se pierde si transcurrido un mes desde la terminación de las diligencias no se interpone la correspondiente demanda. En la práctica es frecuente que las diligencias preliminares se archiven por falta de caución o que se pierda porque no se interpone procedimiento judicial.

*Proponemos una selección de supuestos de los recogidos en el art. 256 LEC que pueda desplazarse al ámbito notarial, de modo*

que sólo cuando haya oposición o negativa a la práctica de las diligencias preliminares se pudiera llegar a la vía judicial, cuando no estén en juego derechos fundamentales.

8.7 La situación **de insolvencia del consumidor**, persona física, merece un tratamiento nuevo, en la medida que viene propiciado por un sobre-endeudamiento por asunción de deudas de forma incontrolada (sobre-endeudamiento activo) y por la incapacidad sobrevenida de hacer frente los créditos por causas imprevistas sobrevenidas (sobre – endeudamiento pasivo). Nuestro país no tiene una legislación preventiva o resolutoria del endeudamiento del consumidor y la ley concursal no contempla estas situaciones. El derecho comparado ofrece soluciones como el *fresh start* anglosajón o la condonación de la deuda alemán (*restschuldbefreiung*), cuando el deudor no ha incurrido en conducta desordenada. En este sentido, hay que tener en cuenta las competencias de las comunidades autónomas en materia de consumo.

*Proponemos una reforma legislativa que regule un proceso extrajudicial (y, en su caso, judicial), para el consumidor persona física en situación de insolvencia, que evite las consecuencias del artículo 1.911 del Código Civil estatal, en los casos de sobre endeudamiento del consumidor, aplicable sólo a los deudores de buena fe.*

## 9. La atribución de funciones de publicitación y seguridad jurídica

Las sentencias producen seguridad jurídica, más en las relaciones interpersonales que con carácter general, como efecto indirecto o reflejo. Son un instrumento de la seguridad jurídica, pero no corresponde al juez, ni es propio de la función decisoria, velar por dicha seguridad jurídica. El proceso no deja de reflejar una patología, una muestra de inseguridad jurídica que se resuelve con la sentencia, de forma que las instituciones naturales que garantizan la información y la publicidad de los hechos jurídicos más significativos, los actos y los contratos son los registros públicos.

La información de las transacciones, especialmente las inmobiliarias, la publicidad de los actos y contratos para garantizar los derechos de terceros forman parte de función de publicitación en el ordenamiento jurídico.

Por otra parte, los actos de la llamada “jurisdicción voluntaria” buscan la acreditación de determinados hechos buscando seguridad jurídica, pero no son propiamente actos de “jurisdicción”. Aunque algunos procedimientos regulados en el Libro III de la LEC de 1881 eran, realmente, procedimientos contenciosos, hecha la depuración es claro que el juez desarrolla en muchos actos de “intervención” voluntaria funciones no decisorias de un conflicto, sino de publicitación, de fijación jurídica o para la seguridad jurídica.

9.1 Las funciones del Registro Civil son, fundamentalmente, de publicidad y de seguridad jurídica (inscripciones de nacimiento, matrimonio, tutelas y defunciones). Es cierto que los encarga-

dos del Registro califican documentos, celebran matrimonios y aseguran su legalidad y hacen otras funciones no puramente de publicidad. Pero la función básica de la institución es la publicidad y no la resolución de conflictos y para desarrollarla no es necesario que estos órganos estuvieran servidos por los jueces.

*La Comisión se muestra partidaria de descargar a los miembros de la carrera judicial de las tareas propias del Registro Civil.*

9.2 Es absolutamente necesaria y urgente la promulgación de la **nueva ley de “jurisdicción voluntaria”** (mejor: “intervención” voluntaria). La regulación de la vieja LEC incluía en su Libro III actos y procedimientos de diversa naturaleza pero, depurados y apartados los procesos realmente contenciosos, la “jurisdicción voluntaria” no se puede considerar “jurisdiccional”, en el sentido de que las actuaciones descritas en la vieja ley y estas intervenciones de los jueces no se hacen para la resolución de un conflicto, de un contradictorio, sino para la fijación de hechos jurídicos.

En puridad, la expresión “jurisdicción voluntaria” incluye términos contradictorios y sería preferible hablar de “intervención voluntaria” del juez en este tipo de actuaciones, lo que facilita el desplazamiento de estas competencias a otros profesionales. El acta notarial de notoriedad, como mecanismo de fijación de hechos que no impliquen un interés público, puede ser el instrumento más adecuado para fijar “voluntariamente” determinadas situaciones fácticamente indefinidas.

Se podrían incluir en este campo las informaciones de perpetua memoria, el uso efectivo y notorio del nombre comercial, el testimonio notarial del libro de familia, el depósito y reconocimiento de efectos mercantiles, la pérdida, sustracción o destrucción de letras de cambio, pagarés o cheques, la justificación y liquidación de averías, el abandono de mercancías, el préstamo a la gruesa, la reparación de la nave, etc.

*Proponemos simplificar y homogeneizar la tramitación notarial, con una regulación más dúctil del procedimiento notarial de “jurisdicción” voluntaria (“intervención voluntaria”), consolidando la legislación y la praxis notarial ya existente con posibilidad de incluir en el futuro nuevas realidades y que el propio notario pueda exigir más documentos públicos o privados, informes técnicos o declaraciones de testigos que los aportados, antes de declarar o constatar los hechos.*

9.3 La tramitación y la inscripción de los expedientes de dominio (por dudas de identificación de la finca, inmatriculación o exceso de cabida o expediente para la reanudación del tracto sucesivo), expediente de liberación de gravámenes, inscripción de derechos reales sobre fincas no inscritas, nota marginal de doble inmatriculación y prórroga de anotación preventiva por defecto subsanable, contienen aspectos notariales y registrales que, cara a la publicación de la nueva ley de “jurisdicción” voluntaria (“intervención” voluntaria) deben quedar resueltas, evitando en la medida de lo posible la revisión jurisdiccional.



La Comisión considera imprescindible que en la nueva ley de "jurisdicción" voluntaria ("intervención" voluntaria) se definan con claridad los ámbitos de fijación jurídica y de publicitación y seguridad jurídicas, evitando lo más posible la revisión jurisdiccional de los conflictos entre los profesionales encargados de las respectivas funciones en uno y otro ámbito.

9.4 La conclusión del **contrato de arrendamiento** con abandono del domicilio por parte del arrendatario no refleja ningún conflicto, porque deriva de la renuncia del arrendatario. Este hecho puede comportar la entrega de llaves, la devolución de cantidades (fianza) o la recuperación de la posesión sin intervención judicial y por vía notarial (que acreditaría el estado de la finca, a través del acta de entrega y presencia, etc.) cuando no hay necesidad de desahucio.

*Se propone el acta notarial, en su modalidad oportuna de entrega, exhibición, presencia, etc., Como vía para la entrega de la posesión de muebles e inmuebles y la acreditación de su estado al momento de la entrega, cuando no haya contradicción, ni sea necesario el uso de la fuerza pública para el desahucio (en caso de abandono del domicilio por parte de su ocupante).*

9.5 La realización de **inventarios** (en Derecho sucesorio, Derecho matrimonial, etc.) Se puede llevar a cabo por acta notarial para constatar situaciones, cuando no haya actuación negocial, incluso con fotografías o informes técnicos, con idénticos efectos que si fuera por vía judicial.

*Se propone que, con carácter general, los inventarios notariales tengan idénticos efectos que si fueran hechos en vía judicial.*

9.6 El expediente de **consignación voluntaria** de deudas (precios, rentas) podría ser también derivado a la vía notarial, ampliando las competencias del notario la acreditación de la recepción y notificación y la declaración provisional de los efectos liberatorios del pago, como acto presunto.

*Se propone que se recoja en una disposición adicional de la nueva ley reguladora de la llamada "jurisdicción voluntaria" ("intervención voluntaria"), que tenga los mismos efectos la consignación notarial de rentas o precios que la pueda hacer judicialmente, potenciando la notarial con presunción de efectos liberatorios.*

9.7 Otra función que podrían asumir los notarios fácilmente dentro del ámbito sucesorio es la **protocolización de testamentos hológrafos**, mediante los medios de acreditación que el notario estime convenientes para garantizar la autoría, especialmente la intervención del perito calígrafo libremente designado por él o por el colegio respectivo.

*Se propone la adveración notarial de los testamentos hológrafos con la necesaria asistencia de perito calígrafo y la práctica de pruebas racionales, cuando no se trate de demostrar un hecho ya acreditado o de perjudicar a personas en sus derechos hereditarios, como consecuencia de la declaración de validez o nulidad del testamento ológrafo.*

9.8 La necesidad de que el Registro de la Propiedad se adecue a la situación extra registral se pone de manifiesto en el momento de la enajenación, sobre todo, si se formaliza hipoteca sometida a la legislación del mercado hipotecario de 1981, porque **es necesario cancelar las cargas**, condiciones resolutorias en garantía de letras de cambio, a veces extraviadas, servidumbres que se arrastran de la finca matriz y que es evidente que no pueden existir, fideicomisos o condiciones resolutorias, por poner algunos ejemplos.

*Se propone que con el rango jerárquico de ley, se contemple el acta de notoriedad o el expediente registral, según las respectivas competencias, como la vía más adecuada para acreditar la extinción de las cargas inoperantes del registro de la propiedad.*

9.9 Todo destacando las diferencias entre la función fijadora del notario y la función calificadora del registrador, que puede extenderse al control del juicio de notoriedad de las actas notariales y al contenido de los mandamientos procesales y judiciales, es necesario un respeto exquisito de las respectivas funciones, de forma que no se genere una litigiosidad añadida para las reservas de unos u otros operadores jurídicos.

Por otra parte, la asignación a los secretarios y secretarías judiciales de la ejecución, de la aprobación del remate y de la confección de los títulos a inscribir puede chocar, en tanto que no es jurisdiccional, con las competencias de calificación registral.

*La Comisión aboga por una coordinación en la regulación específica de la legislación hipotecaria, procesal, notarial y de "jurisdicción" voluntaria (intervención voluntaria) que integre todos los sistemas de verificación, aclare las opciones de los ciudadanos de actuar ante el secretario judicial o el notario y elimine o reduzca al máximo el control judicial de las discrepancias entre la calificación registral y la actuación notarial o del secretario judicial.*

## 10. Conclusiones y recomendaciones finales

10.1 La Comisión ha reflexionado sobre el sentido y alcance de una progresiva desjudicialización en la perspectiva de reducción de la carga de trabajo. Lo ha hecho a partir de la definición y delimitación de la función decisoria propia del juez frente a otras funciones y competencias (documentaria, fijadora, de publicitación).

Ha destacado la necesidad de preservar el derecho constitucional a una tutela judicial efectiva y de respetar el proceso como instrumento democrático para la resolución de los conflictos. Pero también ha constatado que este derecho y el uso del proceso no son ilimitados.

Ha advertido que el derecho a la tutela judicial efectiva actúa como sucedáneo de la auto composición de los conflictos, en la medida en que el Estado, a través del juez, sólo puede intervenir

en la vida de los particulares para solucionar los conflictos en determinadas condiciones y con unos límites bien definidos.

Ha concluido también que el derecho a la tutela judicial efectiva tiene como contrapeso, en la balanza, una vertiente en negativo: el derecho de los ciudadanos a no verse sometidos de forma abusiva e indebida a un proceso, lo que se puede traducir en limitaciones en el acceso y en determinadas medidas disuasorias. La Comisión afirma que el Estado también está legitimado para resarcirse, a cargo de quien abusa, del coste del servicio judicial.

10.2 La Comisión entiende que la desjudicialización pasa, de manera fundamental, por una clarificación de las competencias jurídicas que reduzca las propias de la función judicial en el ámbito decisorio.

Por eso reclama un fortalecimiento de la función de asesoramiento y defensa que realizan los abogados, para evitar los pleitos y la introducción de mecanismos de prevención del proceso (práctica notarial de diligencias preliminares, preconstitución de la prueba, prevención de la tutela, promoción de defensores institucionales, previsiones notariales de futuro en derecho de la persona y de la familia, conformidades en el ámbito penal, etc.).

Sostiene que el juez pueda contar con la colaboración de los operadores jurídicos (secretarios y secretarías judiciales, procuradores de los tribunales) en la tramitación procesal.

También pide que se exima al juez del conocimiento de los casos en que no hay conflicto manifiesto (ejercicio de la tutela, divorcio o separación consensual sin hijos, división de cosa común, "jurisdicción" voluntaria, etc.).

10.3 La Comisión apuesta decididamente por los medios de solución alternativa de los conflictos en todos los ámbitos (mediación, arbitraje de consumo, arbitraje privado) y por la conciliación pre e intra-procesal.

Defiende determinadas medidas disuasorias de la litigiosidad (incremento de las exigencias para disfrutar del beneficio de justicia gratuita, sanciones del abuso procesal, ampliación del sistema de tasas, introducción de determinadas restricciones en el sistema de recursos, modificaciones del juicio monitorio, etc.), reclamando que estas medidas sean proporcionadas y que no tengan finalidad recaudatoria.

Solicita a las administraciones públicas, a través de los servicios sociales, que promuevan la solución conciliada de los conflictos en una nueva justicia de proximidad, a través de un sistema integrado de servicios.

Propugna la introducción de mecanismos de mediación en la contratación administrativa.

10.4 La Comisión promueve también algunas reformas estructurales, en relación a la definición del modelo de justicia, se

muestra favorable a la introducción de la nueva oficina judicial y propone varias reformas procesales puntuales (conciliación procesal, pacto análogo al comisorio, recurso de apelación y de casación).

Propugna, también, trabajar en el ámbito de la educación para la ciudadanía y de la cultura jurídica como garantía de una futura desjudicialización de los conflictos, y el desarrollo de buenas prácticas profesionales en todos los ámbitos.

Barcelona, 15 de marzo de 2010

- (1) A modo de ejemplo, la "Hoja de Ruta" publicada por el Consejo General del Poder Judicial para la modernización de la Justicia (diciembre de 2009) pone de manifiesto que de 1999 a 2008 el número de litigios en España ha pasado de 6.280.756 a 8.908.496.
- (2) Venegas GRAU, M.: *Derechos Fundamentales y Derecho privado (los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares y el principio de autonomía privada)*, Tesis Doctoral, Marcial Pons, Madrid, 2004, 210; GUTIÉRREZ, I.: *Dignidad de la persona y derechos fundamentales*, Marcial Pons, Madrid, 2005, 110, 127 y 214.
- (3) No podemos hablar, propiamente, de derechos y deberes subjetivos respecto a la prestación de justicia. Los "derechos" y los "deberes" son las situaciones de poder de una persona (posición activa) y de sumisión de otra u otras (posición pasiva) que los faculta para pedir o les obliga a soportar, respectivamente, determinadas consecuencias establecidas a la ley. No es éste el vínculo que deriva del artículo 24 CE. En una relación jurídica, hay una situación de poder y deber concretos en que están vinculados sujetos determinados, de forma que alguno de ellos puede exigir al otro determinada conducta que éste debe observar y qué observancia le puede compeler al ordenamiento jurídico (LACRUZ BERDEJO, J. L. y SANCHO REBULLIDA, I.: *Elementos de Derecho civil*, II, 4ª ed. Barcelona, José Mª Bosch, 1997 y ed. Dykinson, nueva edición, Madrid, 2002, puesta al día por Joaquín RAMOS ALBESA).
- (4) Como en materia de seguro obligatorio de vehículos de motor, en materia de pensiones alimenticias o compensatorias en proceso de crisis familiar, indemnizaciones *standard* o criterios preestablecidos en contratos de agencia y similar, daño moral, etc.
- (5) En concreto, el secretario judicial controla la oferta de medidas alternativas o de la caución en la oposición a la ejecución provisional, resuelve la acumulación de ejecuciones y la suspensión por prejudicialidad penal, hace el juicio de pertinencia de los bienes embargados como del ejecutado, lleva a cabo la interrogación de bienes, determina la ejecución a través de entidad especializada, establece depósitos y nombra depositarios, acuerda el reembolso y sus garantías en la vía de apremio, nombra al perito tasador, acuerda la venta autorizada o la subasta, aprueba el remate y dicta el decreto de adjudicación o el de insolvencia.

## Aproximación urgente a la Ley 19/2010 de 7 de junio de regulación del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones en Cataluña

El autor del trabajo se cuestiona sobre la procedencia de la realización del mismo por varios motivos: por la necesaria regulación reglamentaria de desarrollo de la norma y en segundo lugar por la reiterada propuesta de CiU de reformar su texto. No obstante y en palabras del propio autor: «Cedo a la tentación personal de retomar temas antiguos y olvidados e intentar dar a conocer la norma para poder prestar utilidad, aunque sea transitoria.»

JAIME AGUSTÍN JUSTRIBÓ  
Notario de Barcelona

### I. Razones de este trabajo

El autor se ha preguntado si valía la pena afrontar el estudio y la exposición de esta nueva Ley por dos razones:

- 1) En su definición es una Ley reglamentaria como después veremos. Requiere según su contexto y terminología un amplio despliegue reglamentario bien sea a través de un Reglamento propiamente, tal por vía de decreto que el gobierno catalán debe aprobar en plazo de 12 meses a contar de la entrada en vigor de la ley y a través de otras disposiciones de menor rango a cargo de la persona titular del departamento competente en materia de finanzas (disposición final segunda). Llama la atención el plazo de 12 meses y no el de 1 año para la aprobación del Reglamento y la refe-



rencia a la persona titular del departamento de finanzas en lugar de nombrar directamente al Conseller de Economía.

- 2) En el panorama de las próximas elecciones autonómicas es posible que Convergencia i Unió quede en posición de gobernar, sola o en coalición. Sus dirigentes han asumido públicamente el compromiso de suprimir el ISD al menos en relaciones de proximidad familiar con lo que la Ley que me dispongo a comentar sería notablemente reformada y en su mayor parte desactivada. Por eso parecía conveniente esperar al curso de estos tiempos para ver en que queda la regulación definitiva del ISD en Cataluña pero esta Ley es una Ley nueva en vigor desde el día 12 de junio de 2010, si bien se aplica según la disposición final primera a los hechos imposables devengados a partir de 1 de enero de 2010 e incluso (en lo relativo a la flexibilidad o atenuación de las reglas de mantenimiento de los bienes adquiridos *inter vivos* o *mortis causa* objeto de reducciones objetivas) a los hechos imposables devengados con anterioridad a dicha fecha.

A pesar de ello he cedido a la tentación personal de retomar temas antiguos y olvidados e intentar darla a conocer en alguno de sus aspectos para poder prestar utilidad aunque sea transitoria. Por lo demás ya he dicho otras veces que en Derecho Fiscal estamos en una situación de permanente derecho transitorio.

## II. Aproximación a la Ley

No se puede acometer con cierto rigor jurídico el estudio de la Ley 19/2010, de 7 de junio sobre el ISD (en lo sucesivo Ley catalana) sin tener en cuenta previamente su relación —farragosa para el autor y sus lectores que manejan con dificultad el derecho público— con el sistema legal de la cesión de tributos del Estado a la Comunidad Autónoma de Cataluña, previa y recientemente modificada.

El sistema de financiación de las Comunidades Autónomas está recogido en la Ley Orgánica 23/2009, de 18 de diciembre, que modifica la Ley 8/1980, de 22 de septiembre (LOFCA) y en la Ley 22/2009, de 18 de diciembre, que regula propiamente el sistema. Ambas acometen la reforma derivada del acuerdo del Consejo de Política Fiscal y

Financiera de las Comunidades Autónomas nº 6/2009 de 15 de julio. En el artículo 25 de la Ley Estatal 22/2009 se mantiene el listado de los Impuestos cedidos entre los que se encuentra el ISD.

A efectos prácticos el Estado se ha reservado la potestad normativa originaria (artículo 4 de la Ley General Tributaria), cuyo ejercicio implicará automáticamente la modificación correlativa de la cesión. Congruentemente en el artículo 25.2 de la Ley estatal 22/2009 se establece como límite de la cesión que la eventual supresión o modificación por el Estado del Tributo cedido implicará la extinción o modificación de la cesión. El artículo 27 de ésta misma disposición establece como aplicable a los Tributos cedidos el siguiente principio de jerarquía normativa:

«Artículo 27.

*1. Los tributos cuyo rendimiento se cede a las Comunidades Autónomas se regirán por los convenios o tratados Internacionales, la Ley 58/2003 de 17 de diciembre, General Tributaria, la Ley propia de cada tributo, los Reglamentos Generales dictados en desarrollo de la Ley 58/2003 de 17 de diciembre, General Tributaria y de las leyes propias de cada tributo, las demás disposiciones de carácter general, reglamentarias o interpretativas dictadas por la Administración del Estado y, en los términos previstos en este Título por las normas emanadas de la Comunidad Autónoma competente según el alcance y los puntos de conexión establecidos en el mismo.*

*La terminología y conceptos de las Normas que dicten las Comunidades Autónomas se adecuarán a la Ley 58/2003 de 17 de diciembre General Tributaria.*

*2. La normativa que dicten las Comunidades Autónomas en relación con las materias cuya competencia les corresponda de acuerdo con su Estatuto de Autonomía y que sea susceptible de tener, por vía indirecta efectos fiscales, no producirá tales efectos en cuanto el régimen tributario que configure no se ajuste al establecido por las Normas Estatales.»*

Este apartado produce cierta perplejidad pero en todo caso habrá que estar a la jerarquía normativa del artículo 27.1 precedentemente transcrito y su vulneración podrá ser objeto de la impugnación correspondiente.

El artículo 28 de la misma Ley regula la residencia habitual de las personas físicas, considerando en general para el ISD que las personas físicas residentes en territorio español lo son en el territorio de una Comunidad Autónoma cuando permanezcan en este territorio un mayor número de días del periodo de los cinco años inmediatos anteriores contados de fecha a fecha, que finalice el día anterior al del devengo en el ISD. En el artículo 28.4 se establece que no producirán efecto los cambios de residencia que tengan por objeto principal lograr una menor tributación efectiva en los tributos total o parcialmente cedidos.

**El rendimiento del impuesto se cede totalmente y alcanza según el art. 48 a las reducciones de la base imponible, tarifa, cuantía y coeficientes del patrimonio preexistentes, reducciones y bonificaciones de la cuota y la regulación de aspectos de gestión y liquidación**

Salvo prueba en contrario se considerará que una persona física permanece en el territorio de una Comunidad Autónoma cuando radique en ella su vivienda habitual que se define con arreglo a la normativa del IRPF; en su defecto por donde tenga su principal centro de intereses, (esto es el territorio donde tenga la mayor parte de la base imponible del IRPF) y en último término en el lugar de su última residencia declarada a efectos del IRPF. En este campo del ISD se modifica pues el concepto de residencia habitual y se amplía el anterior periodo de un 1 hasta 5 años en relación con los puntos de conexión que se indicarán seguidamente.

En el artículo 32 se precisa la cesión a la Comunidad Autónoma del rendimiento del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones producido en su territorio. Se considera producido el rendimiento según los siguientes puntos de conexión: En el caso del Impuesto que grava las adquisiciones *mortis causa* y las cantidades percibidas por beneficiarios de seguros de vida en el territorio donde el causante tenga su residencia habitual a la fecha del devengo. En el caso del Impuesto que grava las dona-



ciones de bienes inmuebles el territorio en que éstos radiquen teniendo la consideración de donaciones de bienes inmuebles las transmisiones a título gratuito de los valores a que se refiere el artículo 108 de la Ley del Mercado de Valores. Y en el caso del Impuesto que grava las donaciones de los demás bienes y derechos, en el territorio donde el donatario tenga su residencia habitual a la fecha del devengo.

*En cuanto a las competencias cedidas a las Comunidades Autónomas no hay cambios en el ISD cuyo rendimiento se cede totalmente y alcanza según el artículo 48 a las reducciones de la base imponible, tarifa, cuantía y coeficientes del Patrimonio preexistentes, reducciones y bonificaciones de la cuota y la regulación de aspectos de gestión y liquidación.*

Se introduce la posibilidad de que las Comunidades Autónomas asuman por delegación del Estado la competencia para la revisión de los actos por ellas dictados en relación a los Tributos cedidos.

**Hemos de preguntarnos si la Ley con sus numerosas y sustanciales remisiones a futuras normas reglamentarias y transitoria subsistencia de las actuales no estará quebrantando el principio de reserva de ley impuesto por la LGT**

En el artículo 55.3 se establece que los documentos y autoliquidaciones del ISD se presentarán y surtirán efectos liberatorios ante la oficina competente de la Comunidad Autónoma a la que pertenezca el rendimiento de acuerdo con los puntos de conexión aplicables. Cuando el rendimiento corresponda a actos y contratos contenidos en el mismo documento que se consideren producidos en distintas Comunidades Autónomas corresponderá su presentación en la oficina competente de cada uno de ellas si bien la autoliquidación que en su caso se formule sólo se referirá al rendimiento producido en el respectivo territorio.

El régimen de cesión de Tributos del Estado a la Comunidad Autónoma de Cataluña y fijación del alcance y condiciones de dicha cesión se contienen en la Ley Estatal de 16 de julio de 2010 —16/2010—

consecuencia del nuevo sistema de financiación autonómica antes referido adecuando el contenido de la disposición adicional séptima del Estatuto de Autonomía de Cataluña al nuevo régimen de cesión de Tributos y sin que ello tenga la consideración de modificación del Estatuto. Todo ello en los términos aprobados por la comisión mixta Estado-Generalitat en sesión plenaria de 22 de diciembre de 2009. La Comunidad Autónoma de Cataluña asume además la competencia para la resolución de determinadas resoluciones económico administrativas (en única instancia) y siguiendo el criterio de normas anteriores debe remitir a la Comisión General de las Comunidades Autónomas del Senado los proyectos de Normas Legislativas en este apartado antes de la aprobación de las mismas. Esta obligación ha debido cumplirse con relación a la Ley catalana que estamos comentando.

### III. Objetivos de la Ley catalana

Siguiendo su preámbulo, el ISD (junto con el IRPF) del que es complementario, constituye un elemento importante para garantizar la progresividad del sistema tributario contribuyendo al mismo tiempo a la redistribución de la riqueza. Es una norma dictada al amparo de las competencias cedidas si bien como ya sabemos el Estado se ha reservado la potestad normativa originaria y su ejercicio implicará automáticamente la modificación correlativa de la cesión.

En la doctrina y en la calle se cuestiona y debate la utilidad y pervivencia de ISD en controversia, a veces apasionada, en la que no quiero entrar aquí.

El legislador impulsa la reforma del impuesto manteniéndolo dentro del sistema tributario pero corrigiendo las *inequidades* subyacentes. Así lo hace en parte otra Ley catalana 26/2009, de 23 de diciembre, de medidas fiscales, financieras y administrativas. Es curiosa la expresión incorrecta de la palabra «inequidades» en lugar de «iniquidades» única admitida por el diccionario de la Real Academia. Estas *inequidades* como tales no pueden ser suprimidas por la Ley ya que la equidad como criterio de aplicación del derecho es omitida por la LGT que excluye además expresamente la analogía en su artículo 14 para extender más allá de sus términos estrictos el ámbi-

to del hecho imponible, de las exenciones y demás beneficios o incentivos fiscales.

La Ley 19/2010, de 7 de junio, del ISD, publicada en el *Diario Oficial de la Generalitat* del 11 de junio, da cumplimiento al mandato al Gobierno de la Ley 26/2009 dentro del marco de competencias atribuidas a la Generalitat de Cataluña por la Ley Estatal 22/2009, de 18 de diciembre, antes citada por la que se regula el sistema de financiación de las entidades autónomas de régimen común y ciudades con estatuto de autonomía. Los objetivos de la Ley del ISD son tres:

- Reforzar la seguridad jurídica con una nueva sistematización o redacción y con la incorporación al texto de normas que precisan o aclaran conceptos.
- Reunir en un solo texto todas las normas legales vigentes en distintos textos y a la vez introducir nuevas normas con la clara voluntad de afrontar una regulación completa e integral del impuesto dentro de los márgenes de capacidad normativa que permite el vigente sistema de cesión de Tributos.
- Simplificar y mejorar la gestión del impuesto.

### IV. Aspectos formales de la Ley

La Ley del ISD es una Ley extensa, que contiene referencias a otras leyes o las reproduce y es una Ley que podemos calificar de reglamentista.

#### 1. Es una ley extensa

La nueva Ley catalana aparece con finalidad codificadora introduciendo además alguna norma nueva y con la ambición de establecer una regulación completa del ISD dentro de las limitaciones competenciales de la Ley de Cesión de Tributos. Contiene 75 artículos agrupados en seis títulos, cuatro disposiciones adicionales, dos disposiciones transitorias, una disposición derogatoria y dos disposiciones finales.

- El título primero regula las reducciones de la base imponible aplicables a las disposiciones *mortis causa*.

— El título segundo regula las reducciones aplicables a las transmisiones *inter vivos*. Es la principal novedad de la Ley.

— El título tercero dedicado a la deuda tributaria regula la tarifa y la cuota tributaria que se refieren a las dos modalidades del impuesto.

— El título cuarto se ocupa de las disposiciones comunes a los dos tipos de adquisiciones, tratamiento fiscal de las parejas estables, de las relaciones paterno-filiales de hecho y de los acuerdos de valoración previa vinculante.

— Y los títulos quinto y sexto incorporan normas relativas a obligaciones formales y a la aplicación del tributo y cierran «la regulación básica y completa del ISD».

Hemos de calificarla como una Ley larga teniendo en cuenta que regula sólo aspectos parciales del ISD. La Ley estatal que tiene una mayor exigencia de contenido al abarcar inicialmente competencias cedidas y no cedidas tiene solamente 40 artículos para regular la totalidad del tributo. La Ley catalana dedica a las reducciones de la Base Imponible 56 artículos. La mayor parte de estas reducciones están tratadas en un solo artículo el 20 de la Ley Estatal.

## 2. Referencias a otras leyes

La Ley catalana contiene naturalmente referencias o remisiones a otros artículos de la propia Ley o Leyes catalanas como sucede con la Ley de uniones estables de pareja o de situaciones convivenciales de ayuda mutua (hoy reguladas en el nuevo libro segundo del Código Civil Catalán), la Ley del Patrimonio Cultural Catalán, el Código de Sucesiones (libro cuarto del Código Civil Catalán) o la normativa sobre recaudación (artículo 72).

En cambio, no parece partidaria de la remisión expresa a normas estatales. Prefiere algunas veces reproducir literalmente (sin citar la procedencia o coincidencia total o parcial) conceptos, condiciones y requisitos establecidos en otras normas estatales como sucede con el concepto de actividad empresarial, sus elementos afectos o el concepto de entidad que gestiona un patrimonio

mobiliario o inmobiliario (artículos 7, 8 y 11) que se importan de los textos estatales del IRPF o del IS. Pero en algunas ocasiones también aparecen —porque no se pueden evitar— referencias o remisiones expresas a normas estatales: el artículo 3 que hace referencia al artículo 148 del texto refundido de la Ley General de Seguridad Social. El artículo 5 sobre exenciones y reducciones en materia de seguros con referencia a la disposición transitoria cuarta de la ley estatal del ISD. El artículo 20 a las zonas de actuación urgente debido a incendios en fincas forestales; los artículos 22 y 23 que citan la Ley del Estado 19/1995 de modernización de las explotaciones agrarias; el artículo 25 que cita la Ley del IP desactivada; el artículo 56.2 que cita la Ley del Estado 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad. Además el artículo 62 contiene una referencia genérica a la normativa estatal que se aplica como supletoria en lo referente a obligaciones formales o al incumplimiento de las mismas.

La Ley estatal recurre en cambio, sin recato alguno, a la remisión legislativa expresa con lo que se consiguen dos objetivos.

- 1) Que la Ley sea más breve.
- 2) Que resulte más práctica en el supuesto que se modifiquen las normas a las que hace remisión. Así las modificaciones de estas normas se reflejan inmediatamente en los efectos de la Ley remitente sin necesidad de modificación formal de esta.

## 3. Es una ley reglamentista

La Ley catalana es como hemos visto extensa, pretende ser meticulosa pero simultáneamente prevé un amplio desarrollo (que llama despliegue) reglamentario. En materia de requisitos de las reducciones (la parte más importante de la Ley) que enumera detalladamente podía haber acudido al expediente más cómodo de remisiones legislativas expresas con lo que como hemos dicho su contenido se hubiera aligerado considerablemente.

En su disposición final segunda se refiere al despliegue reglamentario fa-

cultando y obligando al Gobierno catalán a dictar o aprobar en el plazo de 12 meses el Reglamento (por vía de decreto) y facultando a la persona titular del Departamento competente en materia de Finanzas para dictar disposiciones de rango inferior para el despliegue y aplicación de la Ley.

Es de esperar que se cumplan estas previsiones para eliminar las inevitables inseguridades jurídicas de todos los períodos de transición en que habrá que tener en cuenta la disposición transitoria primera de la ley que establece la vigencia y aplicación de las normas reglamentarias vigentes de ámbito estatal o catalán en todo lo que no se oponga a la Ley o la contradiga en tanto no se produzca el despliegue previsto.

Una duda importante, por ejemplo, se plantea respecto a la vigencia del Decreto catalán 356/1999, de 30 de noviembre, que se aparta del llamado principio de liquidación por título que exige el artículo 27 de la Ley Estatal y que permite la llamada partición paralela por el liquidador en tanto que la practicada por los causahabientes se aparte del título sucesorio. En la regulación estatal los beneficiarios de la reducción son siempre los herederos o causahabientes y en el decreto catalán los adjudicatarios efectivos de los bienes.

**El título segundo regula las reducciones aplicables a las transmisiones *inter vivos*. Es la principal novedad de la Ley**

Hemos de preguntarnos incluso si la Ley catalana con sus numerosas y sustanciales remisiones a las futuras normas reglamentarias y transitoria subsistencia de las actuales no estará quebrantando el principio de reserva de ley del artículo 8 de la Ley General Tributaria que establece que se regularán en todo caso por Ley la delimitación del hecho imponible, del devengo, de la base imponible y liquidable, la fijación del tipo de gravamen y demás elementos directamente determinantes de la cuantía de la deuda tributaria así como el establecimiento de



presunciones que no admitan prueba en contrario.

## V. Esquema de las reformas introducidas por la Ley catalana del ISD respecto al régimen anterior

Esquemáticamente se recogen en el preámbulo o exposición de motivos cuya terminología utilizamos.

— En el título primero referente a las adquisiciones *mortis causa* se recogen las reducciones ya existentes con incremento de los importes por discapacidad y seguros de vida; se eleva hasta el 97% el porcentaje de reducción en caso de adquisición de participaciones en Sociedades Laborales; se crea como reducción propia la adquisición de bienes y derechos afectos a actividades económicas o participaciones en entidades por parte de personas que sin parentesco con el causante tienen vínculos laborales o profesionales.

Para aumentar la precisión y la seguridad jurídica de las normas incorpora los conceptos de actividad empresarial o profesional y bienes afectos importados del IRPF. Y el de entidad que gestiona un patrimonio mobiliario e inmobiliario del Impuesto de Sociedades. Todo ello sin perjuicio del inevitable y «amenazante» despliegue reglamentario.

— En el título segundo por primera vez regula las reducciones de la Base Imponible aplicables a las adquisiciones lucrativas, *inter vivos*, incorporando, ampliando y mejorando la normativa estatal y creando tres nuevas reducciones autonómicas: donación de dinero a descendientes para constituir o adquirir una empresa individual o un negocio profesional o participaciones en entidades; donación a terceros sin relación de parentesco pero con determinados vínculos laborales o profesionales de empresas negocios o participaciones y la reducción por aportación a Patrimonios protegidos.

— El título tercero regula sin modificaciones la tarifa y la cuota tributaria ya existentes con las últimas mejoras incorporadas y manteniendo el régimen transitorio de su aplicación.

— El título cuarto se refiere al tratamiento fiscal de las parejas estables equiparadas a los cónyuges; a las relaciones paterno-filiales de hecho (equiparadas a las relaciones entre ascendientes e hijos) y a los acuerdos de valoración previa vinculante.

— El título quinto en materia de obligaciones formales, en lo no regulado se remite expresamente a la normativa estatal.

— Y el título sexto contiene las normas de aplicación que prácticamente ya estaban en vigor (liquidación y pago).

La finalidad codificadora de la Ley sólo ha sido parcialmente conseguida, en vista de las constantes remisiones a un despliegue reglamentario. Ya hemos visto que la disposición transitoria primera establece la aplicación de las normas reglamentarias vigentes de ámbito catalán o estatal en todo aquello que no se oponga a la Ley o la contradiga lo que coloca al intérprete en muchos casos en una situación incómoda.

**El criterio del artículo 1.1 despeja cualquier duda, es el correcto civilmente y aunque está dictado sólo para el campo de las reducciones habrá que extrapolarlo a todo el campo del ISD**

De todo ello, y a partir de las disposiciones legales y autonómicas que hemos mencionado, pienso que hay que extraer, retener y tener en cuenta los siguientes criterios prácticos generales:

- 1) Que el Estado se ha reservado la potestad normativa de los tributos cedidos (artículo 4 de la LGT) y que por consiguiente la eventual supresión o modificación por el Estado del tributo cedido implicará automáticamente la extinción o modificación de la cesión (artículo 25 de la Ley estatal 22/2009).
- 2) Que si bien se atribuye a la Generalitat la facultad de dictar por sí sola normas legislativas ha de limitarse a las materias cedidas, esto es, reducciones de la base imponible, tarifa, cuantía y condiciones del patrimonio preexistente, reducciones y bonificaciones de la cuota

y regulación de aspectos de gestión y liquidación (artículo 48 de la Ley estatal 22/2009).

Además ha de remitir a la comisión legislativa de las Comunidades Autónomas en el Senado los proyectos de normas elaboradas al respecto antes de la aprobación de las mismas (Ley estatal 16/2010).

- 3) Se permite a las Comunidades Autónomas modificar las reducciones estatales manteniéndolas en condiciones análogas o mejorándolas y establecer reducciones propias. Se determina con toda claridad que *las reducciones estatales son un mínimo exclusivamente mejorable* por las Comunidades Autónomas (artículo 48.1 de la Ley estatal 22/2009).
- 4) En el artículo 20 de la Ley estatal del ISD se mantiene que la previa exención en el IP determina las ulteriores reducciones en el ISD estatal.

Las reducciones en las transmisiones *mortis causa* en Cataluña han dejado desde hace tiempo de estar vinculadas a la exención previa en el IP que exigía y sigue exigiendo la legislación estatal del ISD.

En cambio las transmisiones gratuitas *inter vivos* seguían con tal vinculación al IP que ha desaparecido en la nueva Ley catalana, que se desconecta del IP con regulación propia como las transmisiones *mortis causa*.

- 5) Con carácter general hago la observación de que en el artículo 20 de la Ley estatal del ISD se enumeran las reducciones y *se ordena* su aplicación.

En las normas catalanas en cambio se matiza el carácter imperativo de las reducciones: Por parentesco (se aplicarán) en minusvalía (se aplican) por personas mayores (se aplican) y en materia de seguros (se aplican).

En la reducción por parentesco complementario y en todas las demás reducciones se emplea la expresión «puede aplicarse».

En las reducciones por adquisiciones gratuitas *inter vivos* también se emplea la expresión puede aplicarse.

En consecuencia será aconsejable en todo momento la solicitud expresa de aplicación de la reducción.

## VI. Reflexiones sobre algunas dudas y dificultades planteadas al intérprete de la Ley catalana

Me parece temerario a estas alturas el examen exhaustivo de todo el articulado de la ley pendiente de su despliegue reglamentario o de su reforma según el resultado de las próximas elecciones (apartado I). Este criterio me ha llevado a eludir o limitar la aportación de doctrina o jurisprudencia administrativa anteriores. Pero para poder prestar alguna utilidad práctica e inmediata al lector me voy a limitar a examinar algunos de los preceptos de la nueva ley y exponer ciertas dudas o dificultades que me ha planteado su lectura y que podrían ser corregidas o resueltas en el futuro reglamento o reforma de la ley. A este respecto se indica en cada caso (como puntos numerados del 1 al 20) el precepto de la ley catalana o estatal —cuyo texto completo (reproducido muchas veces solo parcialmente por las limitaciones impuestas a este trabajo) hay que tener a la vista para la comprensión de este trabajo— en el que se incluye la reforma o el objeto dudoso o controvertido.

### Punto 1. Artículo 1.1. Pacto de sobrevivencia

«Artículo 1.º. Base liquidable.

1. En las adquisiciones por causa de muerte, incluidas las que correspondan a los beneficiarios de pólizas de seguros de vida y las de bienes del causante adquiridos con pacto de supervivencia, la base liquidable se obtiene de resultados de aplicar a la base imponible las reducciones que establece el presente capítulo, que sustituyen a las reducciones análogas aprobadas por la normativa estatal (...)

Este artículo incluye entre las adquisiciones por causa de muerte (no por lo tanto las gratuitas *inter vivos* que son objeto de otra regulación) las que se efectúan en virtud de pacto de sobrevivencia.

A título puramente anecdótico diré que existe una curiosa Sentencia aislada

del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 19 de febrero de 1997 que entendió que estas adquisiciones se realizaban a título oneroso por virtud de un contrato aleatorio que despliega sus efectos al fallecimiento de uno de sus contratantes y no estaba por consiguiente sujeta al ISD y si en cambio al Impuesto Sobre Trasmisiones Patrimoniales.

El criterio del artículo 1.1 despeja cualquier duda, es el correcto civilmente y aunque está dictado sólo para el campo de las reducciones (que es el de las competencias normativas de la Generalitat) habrá que extrapolarlo a todo el campo del ISD. Sigue el criterio del Código Civil catalán, comprendiendo no sólo el caso típico y tradicional de la compraventa sino extendiéndolo a todo tipo de adquisición onerosa en la línea que ya había marcado la jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña.

### Punto 2. Artículo 1.4. Incompatibilidad

«4. No puede aplicarse en ningún caso sobre un mismo bien o sobre la misma porción de un bien, más de una de las reducciones que establece el presente capítulo, ni pueden añadirse a la reducción que se aplique otros beneficios fiscales que hayan establecido la normativa catalana o la normativa estatal precisamente en consideración a la naturaleza del bien bonificado.»

Considero que en materia de reducciones el concepto de parientes colaterales queda encuadrado en el campo de la consanguinidad. Además, cuando la Ley catalana quiere extender un beneficio a los colaterales por afinidad lo hace expresamente

Se establece la incompatibilidad de más de una reducción (u otro beneficio Fiscal) establecido por la normativa catalana o estatal en consideración a la naturaleza del bien bonificado (podríamos hablar aquí de reducciones o beneficios objetivos, es decir que no atienden a las circunstancias personales del sujeto pasivo del ISD). En este punto hago constar lo siguiente:

a) Que la Generalitat tal vez se excede al regular incompatibilidades con beneficios fiscales distintos de las reducciones de la base y de las deducciones y bonificaciones en la cuota pues estos otros beneficios no entran dentro de las facultades normativas cedidas.

b) Que, a efectos económicos son también beneficios fiscales (aunque no sea reducciones en la base ni deducciones o bonificaciones en la cuota) los aplazamientos y fraccionamientos de pago que concede con cierta generosidad la norma estatal del ISD (artículos 82, 83 y 85 del Reglamento del ISD, en especial este último que se refiere a transmisiones de empresas individuales y vivienda habitual) y el eliminarlos al no ser citados en las normas de gestión y liquidación supone en la práctica un empeoramiento en la aplicación de las reducciones estatales que tienen el carácter *mínimo sólo mejorable* por la legislación catalana.

### Punto 3. Artículo 2. Reducción por parentesco

«Artículo 2. Reducción por parentesco

1. En las adquisiciones por causa de muerte, se aplica la reducción que corresponda, entre las siguientes, en razón del grado de parentesco entre el adquirente y el causante: (...)

2. Los importes que establece el apartado 1 se reducen a la mitad en caso de que el contribuyente opte, en los términos del artículo 31, por aplicar cualquiera de las siguientes reducciones y exenciones:

a) Las reducciones establecidas en las secciones tercera a décima, salvo la reducción por vivienda habitual, que establece la sección sexta, reducción que es aplicable en todos los casos.

b) Las exenciones y reducciones reguladas por la Ley del Estado 19/1995, de 4 de julio, de modernización de las explotaciones agrarias.

c) Cualquier otra reducción de la base imponible o exención que requiera que el contribuyente la solicite y que dependa de la concurrencia de de-

*terminados requisitos cuyo cumplimiento corresponda exclusivamente a la voluntad del contribuyente.»*

Las reducciones de este artículo son análogas a las del artículo 20.2 de la Ley estatal pero las mejora sensiblemente en su apartado I. Y las reduce a la mitad en los casos de opción previstos en el apartado 2.

**El criterio del artículo 6.2 de la Ley catalana es en principio más generoso que el de la DGT estatal ya que extiende la reducción no sólo a los bienes comunes sino a los privativos del causante fallecido**

Este artículo no aborda el problema que plantea la Sentencia del Tribunal Supremo de España de 18 de marzo de 2003 que entendió que respecto a los parientes colaterales del grupo tercero deben también incluirse los colaterales por afinidad. Es una sentencia aislada que no constituye todavía jurisprudencia y que no ha sido recogida por esta norma catalana. Por esto creo que en materia de reducciones el concepto de parientes colaterales queda encuadrado en el campo de la consanguinidad, tradicional en este impuesto. Además cuando la Ley catalana quiere extender un beneficio a los colaterales por afinidad lo hace expresamente en el lugar correspondiente como sucede con algunas reducciones.

Hay que recordar que en esta misma Ley se establecen determinadas asimilaciones de parentesco:

- a) Las uniones estables de pareja (ahora llamadas parejas estables) cuyos convivientes se asimilan a los cónyuges son objeto de tratamiento específico en el artículo 59.
- b) Las situaciones convivenciales de ayuda mutua se contemplan en el artículo 36 en que los convivientes quedan asimilados al resto de descendientes del grupo II.

- c) Las relaciones paterno-filiales de hecho contempladas en el artículo 60 y asimiladas a las relaciones entre ascendientes e hijos.
- d) En la disposición adicional segunda se hace constar que las referencias que contiene la Ley a los ascendientes y descendientes se aplican indistintamente y con los mismos efectos a los que lo son por naturaleza y a los que lo son por adopción.

#### Punto 4. Artículo 5 Seguros de vida

*«Artículo 5°. Reducción por seguros de vida.*

*1. En las adquisiciones por causa de muerte, se aplica una reducción del 100%, con un límite de 25.000 euros, de las cantidades percibidas por los beneficiarios de contratos de seguros de vida, si su parentesco con el contratante muerto es el de cónyuge, de descendiente o de ascendiente. En caso de seguros colectivos o contratados por las empresas a favor de sus trabajadores, debe tener en cuenta el grado de parentesco entre el asegurado y el beneficiario.»*

Este artículo está relacionado con el artículo 74 de esta misma Ley que regula el fraccionamiento de la liquidación de los seguros que se perciben en forma de renta y que con su previsto desarrollo reglamentario ha de sustituir al artículo 85 bis del Reglamento Estatal.

Ha de seguir subsistente en Cataluña la reducción que establece en el último párrafo del artículo 20.2b de la Ley Estatal del ISD del siguiente tenor:

*«La misma reducción será en todo caso aplicable a los seguros de vida que traigan causa en actos de terrorismo, así como en servicios prestados en misiones internacionales humanitarias o la paz de carácter público y no estará sometida al límite cuantitativo en el primer párrafo de esta letra (9195,49 Euros) siendo extensible a todos los posibles beneficiarios sin que sea de aplicación lo previsto en la disposición transitoria cuarta de esta ley.»*

Esta reducción tiene algunas características especiales que la distinguen de la reducción general por seguros de vida:

- a) Se aplica a toda clase de beneficiarios o causahabientes, cualquiera que sea su grado de parentesco con el causante (incluso aunque sean extraños).
- b) No tiene límite cuantitativo alguno.
- c) Es compatible con la reducción de la disposición transitoria cuarta de la ley del ISD referente a seguros contratados antes de 19 de enero de 1987 para los que seguirán subsistiendo los beneficios fiscales de los artículos 19 y 20 de la ley de 6 de abril de 1967. Esto no se aplica a las reducciones del régimen general de seguros de vida, cuyos beneficiarios deben optar por una u otra reducción.
- d) Los seguros de vida beneficiados han de traer causa en actos de terrorismo o en los servicios especificados en el texto legal. La redacción puede dar lugar a dificultades de interpretación entendiéndose que se aplica siempre que el fallecimiento se haya producido por acto terrorista o en prestación de servicio sin necesidad de ningún otro requisito o bien que se aplica sólo a aquellos seguros que expresamente hubieran previsto estas contingencias en la póliza de su contrato.

#### Punto 5. Artículo 6. Requisitos personales del sujeto pasivo beneficiario de la reducción en la adquisición mortis causa de bienes y derechos afectos a una actividad económica

*«Artículo 6°. Supuestos de aplicación.*

- 1. *En las adquisiciones por causa de muerte que correspondan al cónyuge, a los descendientes a los ascendientes o a los colaterales hasta el tercer grado del causante, tanto por consanguinidad o adopción como por afinidad, puede aplicarse a la base imponible una reducción del 95% del valor neto de los elementos patrimoniales afectos a una actividad empresarial o profesional del causante*
- 2. *La reducción establecida en el apartado 1 también se aplica respecto a los bienes del causante utilizados en el desarrollo de la actividad empresarial o profesional ejercida por el cónyuge superviviente, cuando éste sea el adjudicatario de los bienes en*

la partición hereditaria o el causante se los haya atribuido.

3. También pueden disfrutar de la reducción establecida en el apartado 1 las personas que, sin tener la relación de parentesco que en el mismo se especifica, y sin perjuicio de que deban cumplir los demás requisitos y condiciones que determina la presente sección, cumplan en la fecha de la muerte del causante los siguientes requisitos:
  - a) Tener una vinculación laboral o de prestación de servicios con la empresa o el negocio profesional del causante, con una antigüedad mínima acreditada de diez años.
  - b) Tener encomendadas tareas de responsabilidad en la gestión o dirección de la empresa (...)

En relación con los requisitos personales del sujeto pasivo beneficiario de la reducción en el ISD son regulados en Cataluña de forma directa e igualitaria (esto es sin las preferencias que entre ellos establece la Ley estatal) el cónyuge descendientes, ascendientes y colaterales hasta el tercer grado del causante tanto por consanguinidad o adopción como por afinidad y también como novedad de ésta Ley las personas que sin tener relación de parentesco con el causante tengan una vinculación laboral o de prestación de servicios con la empresa o negocio profesional del causante con una antigüedad mínima acreditada de 10 años o tener encomendadas tareas de responsabilidad en la gestión o dirección de la empresa o el negocio con una antigüedad mínima de 5 años (novedad esta última de la Ley).

La DGT estatal en 23 de marzo de 1999 entendió aplicable la reducción *mortis causa* a la adquisición de bienes y derechos comunes al matrimonio (es decir no sólo gananciales) afectos a la actividad empresarial del solicitante sin que diga quién ha de ser el adquirente de los bienes dentro del grupo de parientes beneficiarios.

El criterio del artículo 6.2 de la Ley catalana es en principio más generoso que el de la DGT estatal ya que extiende la reducción no sólo a los bienes comunes (régimen de gananciales o de comunidad más extensa) sino a los privativos del causante

fallecido, si bien con mayor rigor y precisión exige que el adquirente de los bienes sea exclusivamente el cónyuge sobreviviente que ejerza la actividad empresarial o profesional.

Por otra parte la Ley catalana no exige tampoco expresamente el requisito del ejercicio personal, habitual y directo de la actividad por el causante de quien procedan los bienes o elementos afectos a la actividad empresarial o profesional. Otra cuestión distinta es la exención en el desactivado IP que sigue exigiendo tal ejercicio para la efectiva aplicación de la reducción estatal del ISD. La propia ley catalana también lo exige expresamente en su artículo 39.1 a para el donante y aplicación de la reducción en el Impuesto de Donaciones en las transmisiones gratuitas *inter vivos*.

A la vista de esta omisión podría mantener la opinión de que el ejercicio de la actividad personal, habitual y directa por el causante al abrirse la sucesión no es indispensable para la efectividad de la reducción pero, dado que los artículos 7.2 y 8.3 de la ley catalana establecen la necesidad de regulación reglamentaria, creo que sería aventurado en este momento.

**No se incluyen en la enumeración de elementos afectos la obra propia de pintores, escultores, músicos y ceramistas que están exentas en el art. 4.3 del IP presupuesto necesario para la aplicación de la reducción en el ISD estatal**

Las consecuencias más claras de la diferencia se apreciarían en el supuesto de arrendamiento de la empresa o actividad o en el de la jubilación o incapacidad de su titular en cuyos casos se mantendría la reducción al no ser exigido el ejercicio personal, habitual y directo de la actividad por el causante. Por cierto el Tribunal Supremo en Sentencia de 12 de marzo de 2009 ha declarado que la norma fiscal y la laboral son distintas y que puede aplicarse la reducción en el ISD si el empresario jubilado ejerce una actividad económica aunque esto sea incompatible con la pensión de jubilación sin perjuicio de las con-

secuencias que esto puede producir en el ámbito laboral.

Tampoco se exige en la ley catalana como sucede en la regulación estatal que los rendimientos de las actividades económicas han de constituir la principal fuente de renta del causante (a falta del temible despliegue reglamentario).

**Punto 6. Artículos 7 y 8. Se delimita el concepto de actividad empresarial o profesional y se enumeran los bienes afectos con importación de las normas del IRPF (artículos 27 y 29 de la Ley del IRPF)**

«Artículo 7º. Concepto de actividad empresarial o profesional.

1. A efectos de la aplicación de la reducción que establece la presente sección, tiene la consideración de actividad empresarial o profesional aquella actividad que, a través del trabajo personal o de la participación en el capital, o de ambos factores conjuntamente, supone la ordenación, por cuenta propia, de medios de producción o de recursos humanos, o de unos y otros a la vez, con la finalidad de intervenir en la producción o la distribución de bienes y servicios. En particular, tienen tal consideración las actividades extractivas, de fabricación, de comercio o de prestación de servicios, incluidas las de artesanía, agrícolas, forestales, ganaderas, pesqueras, de construcción o mineras, y el ejercicio de profesiones liberales, artísticas y deportivas.

2. Deben determinarse por reglamento las condiciones y los requisitos de acreditación de una actividad empresarial o profesional a efectos de lo establecido en el apartado 1.»

«Artículo 8º. Bienes afectos.

1. A efectos de la aplicación de la reducción que establece la presente sección, tienen la consideración de elementos patrimoniales afectos a una actividad económica:
  - a) Los bienes inmuebles en los que se realiza la actividad.
  - b) Los bienes destinados a la oferta de servicios económicos y socioculturales para el personal (...)



- c) *Los demás elementos patrimoniales que sean necesarios para obtener los rendimientos de la actividad, en ningún caso tienen esta consideración los activos representativos de la participación en fondos propios de una entidad ni los activos representativos de la cesión de capital a terceros.»*

No se contiene en el artículo 7 mayor delimitación específica de la actividad empresarial o profesional.

Como ya he dicho, la exención previa en el IP (con sus remisiones al IRPF), que es necesaria para la aplicación de las reducciones posteriores en el ISD estatal, no rige como requisito de aplicación en las reducciones catalanas. Esta exención previa (artículo 4 ocho 1 y dos de la Ley del IP) se condiciona a que la actividad empresarial o profesional sea la principal fuente de renta de su titular y que éste la desempeñe de modo personal, habitual y directo. Y en general se considera actividad empresarial o profesional a la que tuviese la naturaleza de actividad económica según las normas del IRPF.

En el campo de este último impuesto (artículo 27.2) se consideran actividades económicas el arrendamiento de inmuebles (y hasta el 31 de diciembre de 2006 también la compra venta de inmuebles) cuando se cuente con un local separado y una persona empleada a tiempo completo.

Nada de esto aparece regulado en la Ley catalana del ISD sin perjuicio naturalmente de que permanezca totalmente vigente en el campo propio de los demás impuestos (IRPF, IP y reducciones estatales en el ISD).

El artículo 8 contiene una enumeración mínima de los elementos patrimoniales afectos, en cuanto el apartado c de este artículo, abre la remisión a cualesquiera otros elementos que sean necesarios para la obtención de los rendimientos.

No se incluyen en la enumeración de elementos afectos la obra propia de pintores, escultores, músicos y ceramistas *que están exentas en el artículo 4.3 del IP* presupuesto necesario para la aplicación de la reducción en el ISD estatal. Estos elementos son en cierto modo equiparables a las existencias en almacenaje o stock propias

de los empresarios que habrían de ser objeto de reducción.

Lo que se transmite, según la Ley catalana, han de ser sólo elementos patrimoniales afectos a actividades económicas para que sean susceptibles de reducción. Estos elementos civilmente no pueden ser tratados como patrimonio separado distinto del patrimonio personal más amplio del causante y que constituye su herencia global. En los elementos comprendidos en la reducción por transmisión *mortis causa* de elementos afectos a una actividad económica no tienen esta consideración los activos representativos de la participación en fondos propios de una entidad ni los activos representativos de la cesión de capitales a terceros (cuyos rendimientos si se incluyen en la base del ahorro en el IRPF de su titular).

**En las situaciones de comunidad y sociedades civiles será más seguro atender a la efectiva actividad económica profesional o empresarial de las personas físicas que formen parte de la «entidad» sin atribuir personalidad jurídica a la naturaleza poco definida de ésta**

En cambio, según el artículo 13, *pueden* quedar afectos a la actividad económica de la entidad cuyas participaciones se transmiten y cuyo valor es susceptible de reducción (según veremos después).

Y en cualquier caso habrá que afrontar la posibilidad de comprobación del valor de los bienes y derechos transmitidos por la Administración Tributaria reconocido con carácter general por el artículo 57 de la LGT.

En esta comprobación la Administración tendrá o no en cuenta los criterios de valoración del IP por el principio de estanqueidad de los tributos constantemente aplicado por los órganos gestores y reconocido por el artículo 7 de la LGT y cuyos criterios (los del IP) no son vinculantes para otros impuestos como para el ISD, salvo los supuestos de remisión expresa.

Pero hay que tener presente que el artículo 18.4 de la Ley Estatal del ISD, vigente en Cataluña estimula a declarar como

mínimo los valores establecidos para el IP (aunque este impuesto esté hoy desactivado pero no suprimido) para no aplicar sanción alguna sobre la parte de cuota del ISD que corresponda al mayor valor obtenido por la comprobación.

En cualquier caso y como casi siempre habrá que esperar al previsto desarrollo o despliegue reglamentario.

#### **Punto 7. Artículo 9. Regla de Mantenimiento**

*«Artículo 9º. Regla de mantenimiento.*

*El disfrute definitivo de la reducción establecida en la presente sección queda condicionado al mantenimiento del ejercicio de la actividad empresarial o profesional durante los cinco años siguientes a la muerte del causante, salvo que el adquirente fallezca en este plazo, así como al mantenimiento en el patrimonio del adquirente, durante el mismo plazo y con la misma excepción, de los mismos bienes y derechos o de bienes y derechos subrogados de valor equivalente, y de su afectación a la actividad.»*

Se establece la obligación de mantener todos los elementos patrimoniales adquiridos por sucesión *mortis causa* y beneficiados por la reducción durante los 5 años siguientes a la muerte del causante o sus subrogados de valor equivalente y de su afectación a la actividad empresarial o profesional. Esta posibilidad de subrogación equivale a admitir la enajenación de lo adquirido *mortis causa* a título oneroso sustituyendo lo enajenado por los bienes obtenidos en contraprestación. Se exceptúa el caso de fallecimiento del sucesor antes de expirar este plazo de 5 años. En este supuesto habrá lugar a la deducción por sobreimposición decenal a que se refiere el artículo 29 de esta Ley. El requisito de mantenimiento de este artículo 9 tiene pues dos vertientes:

- a) El mantenimiento de la actividad por el sucesor. Aquí no hay dispensa ni moderación alguna. Parece que la Ley se refiere a la misma actividad requisito no exigido por la norma estatal que no se mejora por lo tanto y de la que se merma el beneficio. Si los causahabientes son menores o incapacitados no podrán ejercer por si la actividad empresarial o profesional pero si pueden hacerlo sus

representantes legales como autoriza el RD Estatal 1704/99 para la exención para el IP requisito necesario para la posterior reducción en el IS en el régimen común y que no puede ser agravado por la legislación autonómica.

- b) El mantenimiento de los bienes o elementos patrimoniales adquiridos en el patrimonio de los sucesores o de sus subrogados por valor equivalente. El valor de los bienes subrogados no puede ser inferior al de los adquiridos inicialmente lo que concuerda además con el artículo 35.I de esta Ley.

## Punto 8. Artículos 10 y 11. Reducción por la adquisición de participaciones en las entidades y sus requisitos

«Artículo 10. Supuesto de aplicación.

1. En las adquisiciones por causa de muerte que correspondan al cónyuge, a los descendientes, a los ascendientes o a los colaterales hasta el tercer grado del causante, tanto por consanguinidad o adopción como por afinidad, puede aplicarse a la base imponible -una reducción del 95% del valor de las participaciones en entidades, con cotización o sin cotización en mercados organizados, por la parte que corresponda en razón de la proporción existente entre los activos necesarios para el ejercicio de la actividad empresarial o profesional, minorados en el importe de las deudas derivadas de la misma, y el valor del patrimonio neto de cada entidad. Dichas reglas se aplican asimismo a la valoración de la participación en entidades participadas para determinar el valor de las participaciones de la entidad tenedora.

2. En caso de adquisición de participaciones en sociedades laborales, la reducción establecida en el apartado 1 es del 97%.

3. La reducción establecida en la presente sección no se aplica en ningún caso a las participaciones en instituciones de inversión colectiva.»

«Artículo 11. Requisitos.

1. Para poder disfrutar de la reducción establecida en la presente sección, es preciso que se cumplan los siguientes requisitos:

a) Que la entidad no tenga como actividad principal, en los términos establecidos en el artículo 12, la gestión de un patrimonio mobiliario o inmobiliario.»

Ni en la Ley catalana ni en la Ley estatal aparece la delimitación del concepto de entidad como diferenciada del de sociedad. Puede acudir a diversos criterios orientadores pero en cualquier caso parece que ha de haber dos exigencias básicas: a) Patrimonio de la entidad separado del particular de los socios o partícipes b) Y también gestión separada de este patrimonio.

Este patrimonio separado ha de ser susceptible de proporcionar un rendimiento o utilidad económica para los socios o partícipes y ha de ser apto para ser transmitido por actos *inter vivos* o *mortis causa* haciendo coincidir los dos elementos básicos del contrato de sociedad según la doctrina clásica: aportaciones de cosas puestas en común y ánimo de lucro partible. Por eso quedan excluidas de esta consideración las Fundaciones en que no hay capital de los partícipes sino aportaciones patrimoniales que quedan adscritas al cumplimiento de un fin determinado que no coincide con el lucro de los aportantes.

Tampoco se aplicará la reducción a las participaciones de los capitalistas en las cuentas en participación en que no se puede apreciar más comunidad que la que nazca de la coincidencia de intereses entre gestor y partícipes. Sí puede aplicarse la reducción al patrimonio empresarial del socio gestor. Tampoco parece que pueda aplicarse la reducción a la transmisión de participaciones en comunidades de bienes sin personalidad jurídica: no son sociedades y no tributan por el Impuesto de Sociedades sino en el IRPF en el régimen de atribución de rentas a los comuneros. No obstante a efectos del impuesto de operaciones societarias estas comunidades se equiparan a sociedades y están sujetas a este impuesto (tipo 1%) según el artículo 22 de la Ley del ITP que se transcribe:

«Artículo 22. A efectos de este impuesto, se equiparán a sociedad: (...) 4º la Comunidad de bienes, constituida por actos *inter vivos*, que realice actividades empresariales, sin perjuicio de lo dispuesto en la Ley del IRPF.

5º La misma comunidad constituida u originada por actos *mortis causa*, cuando continúe en régimen de indivisión la explotación del negocio del causante por un plazo superior a tres años. La liquidación se practicará desde luego, sin perjuicio del derecho a la devolución que proceda si la comunidad se disuelve antes de transcurrir el referido plazo.»

Como criterio práctico y siguiendo las orientaciones de la Resolución 2/1999 de la DGT Estatal parece que en las situaciones de comunidad, sociedades civiles y otros supuestos dudosos será más seguro atender a la efectiva actividad económica profesional o empresarial de las personas físicas que formen parte de la «entidad» sin atribuir personalidad jurídica a la naturaleza poco definida de ésta. Y atribuir por tanto el beneficio fiscal no a la transmisión *mortis causa* de las participaciones de la entidad sino a la actividad económica del comunero socio o componente que forma parte de ella y que fallece.

Como novedad de la Ley catalana se establece que la reducción de la adquisición de participaciones en sociedades laborales es de 97% y se reitera lo ya establecido en la reducción aplicable a la transmisión del negocio empresarial o profesional a las participaciones en Instituciones de inversión colectiva (Fondos de Inversión y SICAV) cuya transmisión no se bonifica.

El artículo 13 se refiere a las sociedades *holding* colocadas en la cabecera de otras sociedades y pertenecientes a grupos familiares que, bajo la apariencia de empresa, acogen en realidad meros patrimonios personales que no desarrollan actividad económica alguna

Para la determinación del concepto de entidad se puede acudir a otros varios criterios que no siempre nos resultarán de utilidad completa.

- a) Sujetos pasivos del Impuesto de Sociedades. Es la opinión preferida por la doctrina administrativa.



- b) Entidades inscribibles en el Registro Mercantil (artículo 81 del reglamento). Pero se plantearían dificultades en el tratamiento de las participaciones en Fondos de Inversión SICAV y Fondos de Pensiones que también se inscriben en el Registro Mercantil.
- c) Participaciones en cooperativas.
- d) Participaciones en uniones temporales de Empresa que no tienen personalidad jurídica.
- e) Agrupaciones de interés económico (tienen personalidad jurídica y naturaleza mercantil con responsabilidad solidaria de los socios).
- f) Sociedades de empresas (que son verdaderas Sociedades Anónimas).

Los entes a que se refiere la Ley General Tributaria (artículo 35.4) están sujetos al régimen de atribución de rentas en el IRPF y podrán gozar en su caso de las reducciones en el ISD por transmisión de empresa individual.

El causante de la sucesión ha de reunir las condiciones determinadas en la Ley o sea las establecidas en el artículo 11, participación mínima individual o conjunta con otros parientes y la del ejercicio efectivo de funciones de dirección con remuneración adecuada. Como es habitual este precepto ha de ser objeto de despliegue reglamentario.

En el caso de entidades (artículo 13) pueden estar afectos a la actividad económica y ser susceptibles de reducción los activos representativos de fondos propios de una entidad y la cesión de capitales a terceros, lo que no podía suceder como ya hemos visto en el caso de transmisión de empresas individuales o negocios profesionales.

#### **Punto 9. Artículos 12 y 13. Concepto de entidad que gestiona un patrimonio mobiliario e inmobiliario (importado del Impuesto de Sociedades).**

«Artículo 12. Concepto de entidad que gestiona un patrimonio mobiliario o inmobiliario.

1. A efectos de la aplicación de la reducción establecida en la presente sección, tie-

ne la consideración de entidad que gestiona un patrimonio mobiliario o inmobiliario aquella entidad en la cual, durante más de noventa días del año natural inmediatamente anterior a la fecha de la muerte del causante, más de la mitad del activo estuviera constituido por valores o más de la mitad del activo no estuviera afecto a actividades económicas.

2. Únicamente a efectos de determinar si se dan los requisitos para considerar que una entidad gestiona un patrimonio mobiliario o inmobiliario, el valor del activo y el valor de los elementos patrimoniales no afectos a actividades económicas son los que se deducen de la contabilidad, siempre y cuando esta refleje fielmente la verdadera situación patrimonial de la entidad.

3. Para determinar, a efectos de lo establecido en el apartado 2, la parte del activo que está constituida por valores o elementos patrimoniales no afectos (...)

«Artículo 13. Actividad económica y bienes afectos.

Para determinar, al efecto de la reducción establecida en la presente sección, si se desarrolla una actividad económica, o si esta actividad tiene elementos patrimoniales afectos, es preciso atender, respectivamente, a las reglas que determinan los artículos 7º y 8º, excepto en relación con los activos a que se refiere el último inciso de la letra c del artículo 8º 1, los cuales pueden estar afectos a la actividad económica.»

La Ley catalana tiene en este artículo en el punto de mira a las sociedades *holding* colocadas en la cabecera de otras sociedades pertenecientes a grupos familiares. Este procedimiento ha venido siendo utilizado en la reestructuración de patrimonios familiares de cierta importancia y responde al criterio expresado en el preámbulo de la Ley de excluir de las reducciones aquellas estructuras que más o menos organizadas bajo la apariencia de empresa acogen en realidad meros patrimonios personales que no desarrollan actividad económica alguna y la transmisión de cuyas participaciones no puede ser objeto de reducción.

En el artículo 13 transcrito se contiene una remisión a la regulación de los artículos 7 y 8 de esta misma ley (actividad económica individual y bienes afectos a

la misma, con la excepción reconocida al final del punto anterior).

**El concepto de finca rústica de dedicación forestal vendrá establecido por el instrumento de ordenación, por el convenio o contrato de gestión forestal por haber sufrido incendios forestales en los 25 años anteriores a la muerte del causante o por resolución administrativa**

En cualquier caso en que se solicite la reducción por la adquisición *mortis causa* de participaciones en entidades sólo podrá aplicarse esta a la parte de valor de las participaciones que se corresponda con el valor patrimonial neto que resulte sólo de la realización de actividades económicas por la entidad, excluyendo por consiguiente el valor que corresponda a los demás bienes, derechos y deudas que no estén afectos a actividades económicas (artículo 10.1 de la Ley catalana).

#### **Punto 10. Artículo 19. Regla de mantenimiento en la reducción por la adquisición de la vivienda habitual del causante**

«Artículo 19. Regla de mantenimiento.

1. El disfrute definitivo de la reducción establecida en la presente sección queda condicionado al mantenimiento de la vivienda, o de la vivienda subrogada de valor equivalente que pase a ser vivienda habitual del causahabiente, en el patrimonio del adquirente durante los cinco años siguientes a la muerte del causante, salvo que el adquirente fallezca en este plazo.

2. El supuesto de subrogación a que se refiere el apartado 1 se aplica tanto si el importe resultante de la transmisión de la vivienda habitual del causante se ha destinado a adquirir la vivienda habitual del causahabiente como si se ha destinado a amortizar el préstamo o crédito hipotecario concedido al causahabiente para la adquisición de su vivienda habitual. La subrogación debe producirse en ambos casos en el plazo de seis meses desde la fecha de

*transmisión de la vivienda habitual del causante.»*

Se admite aquí la enajenación o subrogación del bien adquirido de valor equivalente que pase a ser vivienda habitual del causahabiente estimando que se produce subrogación no sólo en los casos en que el importe resultante de la transmisión de la vivienda habitual del causante sea destinado a adquirir la vivienda habitual del causahabiente como si se ha destinado a amortizar el préstamo o crédito hipotecario concedido al causahabiente para la adquisición de su vivienda habitual. La subrogación debe producirse en ambos casos en el plazo de 6 meses desde la fecha de transmisión de la vivienda habitual del causante. Esta vinculación o relación entre ambas viviendas habituales, la del causante y la del causahabiente mejora evidentemente la regla estatal.

## **Punto 11. Artículo 20. Reducción por la adquisición de determinadas fincas rústicas de dedicación forestal**

*«Artículo 20. Supuesto de aplicación.*

*En las adquisiciones por causa de muerte que correspondan al cónyuge, a los descendientes, a los ascendientes o a los colaterales hasta tercer grado del causante, puede aplicarse a la base imponible una reducción del 95% del valor de las fincas rústicas de dedicación forestal, si cumplen alguno de los siguientes requisitos:*

- a) Disponer de un instrumento de ordenación forestal que haya sido aprobado por el departamento competente o que se apruebe en el plazo voluntario de presentación de la autoliquidación.*
- b) Ser gestionadas en el marco de un convenio, acuerdo o contrato de gestión forestal formalizado con la Administración forestal.*
- c) Estar ubicadas en terrenos que han sufrido incendios forestales en los veinticinco años anteriores a la fecha de la muerte del causante o que, de conformidad con la normativa forestal, han sido declarados zona de actuación urgente debido a los incendios que han sufrido.»*

La delimitación del concepto de finca rústica de dedicación forestal que podría

ser de caracterización dudosa vendrá dada por el instrumento de ordenación, del convenio, acuerdo o contrato de gestión forestal, por haber sufrido incendios forestales en los 25 años anteriores a la muerte del causante o por la resolución administrativa de declaración de zona de actuación urgente debido a los incendios que han sufrido.

Esta regulación coincide en algunos aspectos con los beneficios de la disposición adicional cuarta de la Ley estatal 19/1995 de modernización de explotaciones agrarias en que se beneficia la transmisión del pleno dominio o de la nuda propiedad (*no por lo tanto del usufructo*) de las fincas forestales por actos *inter vivos* o *mortis causa*.

De hecho, el régimen previsto en la Ley estatal 19/1995 es más restrictivo en el sentido de que el importe del beneficio es menor (del 50 al 90%) si bien el ámbito subjetivo de reducción es más amplio. No exige ninguna relación de parentesco entre el causante y el adquirente lo cual permite a cualquier persona aprovecharse de la reducción. Pero si los adquirentes son parientes del causante entonces puede resultar más beneficiosa la reducción del 95% prevista en la norma catalana, superior al porcentaje de la Ley estatal (máximo 90%) También la reducción de la Ley catalana alcanzará a las adquisiciones en plena propiedad, nuda propiedad y usufructo según establece el artículo 32 de esta Ley.

Por consiguiente el adquirente de finca forestal que reúna los requisitos establecidos en cada Ley creo que podrá ejercitar las siguientes opciones:

- 1) La reducción general de las transmisiones de patrimonio empresarial o profesional si en este patrimonio se integran las fincas forestales que aquí no se entienden como elementos patrimoniales aislados.
- 2) La reducción de la Ley de la disposición adicional cuarta de la Ley estatal 19/1995 de modernización de explotaciones agrarias considerando aquí las fincas forestales como elementos patrimoniales aislados.
- 3) La reducción del artículo 20 de la Ley catalana que también considera estas

fincas como elementos patrimoniales aislados.

Por aplicación de lo previsto en el artículo 1.4 de la Ley catalana no puede aplicarse en ningún caso sobre un mismo bien más de una de las reducciones de la Ley catalana o beneficios fiscales que establezca la normativa catalana o la normativa estatal en consideración a la naturaleza del bien bonificado.

## **Punto 12. Artículo 22 y siguientes. Reducción por la adquisición de bienes del causante utilizados en la explotación agraria del causahabiente**

*«Artículo 22. Supuestos de aplicación.*

*1. En las adquisiciones por causa de muerte que correspondan al cónyuge, a los descendientes, a los ascendientes o a los colaterales hasta el tercer grado del causante, tanto por consanguinidad o adopción como por afinidad, puede aplicarse a la base imponible una reducción del 95% del valor neto de los elementos patrimoniales utilizados en una explotación agraria de la cual sea titular el causahabiente que resulte adjudicatario de los bienes por razón de la partición hereditaria o por atribución del causante (...)*

**Este artículo solventa muchos problemas que se han planteado por la defectuosa redacción del artículo 20.2c de la Ley estatal que no se ha modificado pese a las numerosas críticas cosechadas**

El sujeto pasivo del ISD que puede beneficiarse de esta reducción que fue establecida por la Ley catalana 7/2007 ha de ser necesariamente agricultor profesional, efectivamente adjudicatario de los bienes o elementos patrimoniales aislados cuya transmisión *mortis causa* se bonifica y que han pertenecido a un causante incluido en el grupo familiar de parentesco o quien haya mantenido una relación laboral dentro de la explotación agraria con una antigüedad mínima acreditada de 10 años o sea el titular de la propia actividad con la misma antigüedad mínima.



Las explotaciones agrarias a que se refiere este artículo no es necesario que se ajusten a la configuración de la Ley estatal 19/1995 (que requiere calificación del órgano administrativo correspondiente y su inscripción en el Registro Especial).

Aunque habrá que recurrir a esta Ley para determinar los requisitos exigidos por la ley catalana para la aplicación de la reducción:

- a) La calificación de agricultor profesional del adquirente.
- b) La determinación de las personas jurídicas a que se refiere el artículo 6 de la Ley estatal y de que sea socio el sujeto pasivo del ISD. Estas personas jurídicas pueden ser cooperativas, sociedades agrarias de transformación, sociedades civiles, laborales u otras mercantiles.

Hay que observar que La Ley 19/1995 admite explotaciones agrarias prioritarias de carácter familiar o de carácter asociativo y que no contempla en ella ningún tipo de beneficio fiscal para la transmisión de partes sociales de estas últimas. Creo que desde luego serán de aplicación a estas participaciones las reducciones que la Ley catalana aplica en general a las transmisiones de participaciones en entidades.

En resumen la Ley 19/1995 es aplicable en Cataluña y los causahabientes de estas explotaciones podrán ejercitar las opciones análogas a que nos hemos referido al comentar las reducciones para la adquisición de determinadas fincas rústicas de dedicación forestal (artículos 20 y 21) (punto 11).

**Punto 13. Artículo 32. Ámbito de aplicación para las reducciones establecidas en las secciones tercera a décima (esto es las objetivas). Se aplican tanto en la adquisición de la plena o de la nuda propiedad como en el caso de adquisición de cualquier otro derecho sobre los bienes afectados**

«Artículo 32. Ámbito de aplicación.

Las reducciones establecidas en las secciones tercera a décima se aplican tanto en caso de adquisición de la plena propiedad o de la nuda propiedad como en caso de ad-

quisición de cualquier otro derecho sobre los bienes afectados.»

**En Cataluña (con criterio estricto pues LGT excluye precisamente la analogía) pueden entenderse análogos a la sociedad de gananciales el régimen de participación en las ganancias, la asociación a compras y mejoras y el pacto de convivencia o mitja guadanyeria**

Este artículo solventa muchos problemas que se han planteado por la defectuosa redacción del artículo 20.2c de la Ley estatal que no se ha modificado pese a las numerosas críticas cosechadas.

Para interpretar adecuadamente sin restricciones ni reservas este precepto hay que fijarse en la expresión *plena o nuda propiedad o cualquier otro derecho sobre los bienes afectados*. El beneficio fiscal se concede pues a cualquier adquisición de derechos sobre elementos patrimoniales que tengan la calificación legal en el momento de la transmisión *mortis causa* esto es a la muerte del causante con una matización respecto a los instrumentos de gestión de las fincas rústicas forestales (que pueden ser aprobados después de la muerte del causante pero dentro del plazo de presentación).

A partir de aquí cualquier adquisición *mortis causa* de derechos que deriven del causante podrá gozar de este beneficio de reducción de la base imponible y por consiguiente se aplicará:

- 1) A la transmisión de la plena propiedad, en su totalidad o por cuotas.
- 2) A la transmisión, en su totalidad o por cuotas de los derechos de usufructo, uso y habitación (éste último naturalmente sólo en las viviendas).
- 3) A los derechos, de nuda propiedad en su totalidad o por cuotas correlativas a estos derechos de usufructo, uso y habitación.
- 4) A la extinción de los derechos de usufructo, uso y habitación que produce la consolidación de la plena propie-

dad adquirida por título *mortis causa* sobre estos mismos bienes. El requisito exigible en estos supuestos será que la propiedad correlativa haya sido adquirida inicialmente a título hereditario del causante titular de los «bienes afectados».

- 5) A las sustituciones hereditarias de cualquier tipo, vulgar, pupilar, cuasipupilar y fideicomisaria ya que los sustitutos adquieren derechos desde la muerte de su causante o sustituyente, primer titular de los bienes afectados. No obstante, habrá de tener en cuenta la regla del artículo 261 de la ley estatal del ISD (que según su párrafo primero se aplica a la tributación del usufructo, sustituciones, reservas, fideicomisos e instituciones sucesorias forales) «Artículo 26.f . En la sustitución vulgar se entenderá que el sustituto hereda al causante y en las sustituciones pupilar y ejemplar que hereda al sustituido».

Este criterio no es totalmente coincidente con las soluciones del libro cuarto del Código Civil de Cataluña, en que el sustituto vulgar y el fideicomisario heredan o suceden al sustituyente. Pero el sustituto pupilar o ejemplar hereda al sustituyente sólo respecto de los bienes que el sustituido hubiese adquirido de éste por herencia o legado. En los demás bienes, heredan directamente al sustituido. En el campo del ISD creemos que ha de prevalecer en la práctica el criterio de la Ley Fiscal aunque no nos guste a los civilistas.

Aquí entendemos que se produce una diferencia muy importante respecto de la norma estatal del artículo 20 de la ley del ISD en redacción introducida por la ley 66/1997 que utiliza la expresión «derechos de usufructo sobre los mismos» (empresa individual, negocio profesional o participaciones en entidades). Esta expresión —poco técnica- en sentido literal parece referirse a transmisiones independientes de derechos de usufructo, integrados en la sucesión del causante como pudiera ser un usufructo temporal disponible que no se extingue por fallecimiento del causante y que es susceptible de transmisión hereditaria a los causahabientes del usufructuario.

Y produce graves dificultades de interpretación que han sido abordadas por los criterios generosos y abiertos de la DGT estatal manifiestos ya en las Resoluciones de 23 de marzo de 1999 y de 2 de junio de 1999 dictadas para supuestos de consolidación del usufructo con la nuda propiedad y en las que con benévolo criterio interpretativo entiende que las transmisiones separadas del usufructo y de la nuda propiedad por actos *mortis causa* encajan todas en el ámbito de la reducción 20.2C) de la Ley del ISD.

Pero entendemos que la consolidación del usufructo con la nuda propiedad (por adquisición del usufructo por el nudo propietario) entrará dentro del ámbito de la reducción solo si esta adquisición se produce por el mismo título de sucesión *mortis causa* del causante de quien se adquiere la nuda propiedad y esto ocurrirá siempre que actúe la fuerza expansiva de la nuda propiedad. Pero si la adquisición del usufructo por el nudo propietario se debe a un negocio jurídico distinto no entrará dentro del campo de la reducción y tampoco será aplicable la reducción en la adquisición de la nuda propiedad por el usufructuario, si no deriva de sucesión del causante, específicamente ordenada.

**En las transmisiones de negocios empresariales o profesionales se exige que la transmisión sea de todos los elementos afectos a la actividad y que el transmitente ejerza la actividad de modo habitual, personal y directa**

Lo que creemos pues, decisivo (así en Cataluña como en el resto de España) es que para que opere la reducción es preciso que la consolidación se produzca por sucesión *mortis causa* del causante (y no en virtud de negocio jurídico distinto compra, renuncia o donación) ya que el beneficio fiscal se concede exclusivamente a estas transmisiones *mortis causa*.

**Punto 14. Adquisición de derechos económicos derivados de la extinción del usufructo. Aplicación a Cataluña de la reducción del artículo 20.2c de la Ley estatal del ISD**

«c) En los casos en que la base imponible de una adquisición *mortis causa* que corresponda a los cónyuges, descendientes o adoptados de la persona fallecida, estuviese incluido el valor de una empresa individual, de un negocio profesional o participaciones en entidades, a los que sea de aplicación la exención regulada en el apartado octavo del artículo 4 de la Ley 19/1991, de 6 de junio, del Impuesto sobre el Patrimonio, o el valor de derechos de usufructo sobre los mismos o de derechos económicos derivados de la extinción de dicho usufructo siempre que con motivo del fallecimiento se consolidara el pleno dominio en el cónyuge, descendientes o adoptados, o percibieran éstos los derechos debidos a la finalización del usufructo en forma de participaciones en la empresa negocio o entidad afectada para obtener la base liquidable se aplicará en la imponible, con independencia de las reducciones que procedan de acuerdo con los apartados anteriores, otra del 95% del mencionado valor, siempre que la adquisición se mantenga, durante los diez años siguientes al fallecimiento del causante, salvo que falleciera el adquirente dentro de ese plazo (...)

En este artículo se establece la reducción en el ISD en la adquisición de derechos económicos derivados de la extinción del usufructo sobre los bienes cuya transmisión se bonifica o la percepción de derechos debidos a la finalización del usufructo en forma de participaciones en la empresa, negocio o entidad afectada. La adquisición de estos derechos económicos derivados de la extinción del usufructo creo que está comprendida dentro del ámbito del artículo 32 referido en el anterior punto 13. Pero no sé si sucede lo mismo respecto del negocio jurídico de percepción de los derechos debidos a la extinción del usufructo por fallecimiento del usufructuario. Este negocio jurídico estaría normalmente sujeto a dos impuestos:

- 1) Al ISD por herencia entre el usufructuario y sus causahabientes por la valoración de estos derechos como un crédito a incluir en el inventario de los bienes relictos por el usufructuario.
- 2) Al ITP como dación en pago de deudas por el 7.2 a de su Ley reguladora al satisfacerse el crédito a los herederos del usufructuario en participaciones de la entidad, empresa o negocio.

Al ser incluido en el texto del artículo 20.2c de la Ley estatal del ISD se configura curiosamente sólo como transmisión *mortis causa* y por consiguiente exclusivamente sujeta al ISD.

Este crédito en la regulación mercantil de las sociedades de capital equivale prácticamente al importe de los beneficios no distribuidos durante el periodo de duración del usufructo que se ha extinguido.

En consideración al carácter de las reducciones estatales (mínimos sólo mejorables por las comunidades autónomas) entiendo que de todas formas será también aplicable esta reducción a Cataluña a pesar de no aparecer expresamente incluida en la regulación de la Ley catalana.

**Punto 15. Artículo 34. Bienes comunes de los cónyuges.**

«Artículo 34. Bienes comunes de los cónyuges.

Las reducciones establecidas en las secciones tercera a décima, si los bienes o derechos que son objeto de la reducción han formado parte de la sociedad de gananciales regulada en el artículo 1.344 del Código Civil o de otros regímenes económicos matrimoniales análogos, y con independencia de las adjudicaciones concretas que resulten de la liquidación del régimen económico matrimonial, sólo pueden afectar a la mitad del valor de cada bien o derecho adquirido, o a la parte que corresponda en razón de la participación del causante en la comunidad matrimonial.»

Para que entre en juego este precepto se precisa que se pretenda la aplicación de las reducciones en la sucesión *mortis causa* establecidas con criterios objetivos o sea las de las secciones tercera a décima del título 1º capítulo 1º de la ley catalana, o sea todas, excepto las reducciones por circunstancias personales sección 1º o las de seguros de vida.

Dado que la regulación de esta reducción se aplica sólo a las transmisiones *mortis causa* este artículo sólo será efectivo en la disolución del vínculo conyugal por muerte de uno de los cónyuges que



abre la sucesión de este (no en los casos de nulidad, separación o divorcio).

Ha de tratarse de bienes o derechos que hayan formado parte de la sociedad de gananciales o de otro régimen económico matrimonial análogo.

En Cataluña (con un criterio estricto pues nos movemos en el campo del derecho fiscal y en la LGT se excluye precisamente la analogía) pueden entenderse análogos a la sociedad de gananciales el régimen de participación en las ganancias, la asociación a compras y mejoras y el pacto de convivencia o mitja guadanyeria.

No parece en cambio que deba incluirse en la analogía el régimen de comunidad de bienes y el «agermanament» en que la comunicación de bienes se hace extensiva no solo a las ganancias (guanys) sino también a los bienes privativos de los cónyuges.

**Sólo cuando hay previsiones específicas en la Ley Civil o Fiscal que se refieren expresamente a ellos entran en juego los parientes por afinidad como destinatarios de la norma**

Ante la ausencia de previsiones legales específicas son posibles varias interpretaciones para la delimitación del hecho imponible a que se refiere el artículo 34. Así, cabe entender:

a) Que La Ley quiere extenderlo a cualquier sistema de comunidad matrimonial universal o limitada excluyendo sólo los sistemas de separación.

Ya hemos dicho que este criterio amplio parece conculcar el artículo 14 de la LGT en que no se admite la analogía para extender más allá de sus términos estrictos el hecho imponible, las exenciones y los demás beneficios o incentivos fiscales.

Desde este punto de vista hubiera sido más preciso eludir la expresión (régimenes matrimoniales análogos) y hablar de cualquier régimen económico de

comunidad con la única exclusión del sistema de separación de bienes.

b) Que la Ley alcanza sólo a las comunidades matrimoniales limitadas a las ganancias obtenidas durante el matrimonio.

c) La reducción en el ISD sólo puede afectar a la porción del valor del bien o derecho que hubiese pertenecido a la sociedad conyugal del consorte o conviviente fallecido con independencia de las adjudicaciones concretas resultantes de la liquidación del régimen económico matrimonial.

Ya sabemos y así lo ha declarado en Tribunal Constitucional que las normas fiscales no han de supeditarse a las Civiles.

El artículo 7 de la Ley General Tributaria al hablar de las fuentes del ordenamiento tributario relega al último lugar y sólo como derecho supletorio las disposiciones generales del derecho administrativo y los preceptos del derecho común. Y según el artículo 111.4 del Código Civil de Cataluña, las disposiciones de éste constituyen el derecho común en Cataluña y se aplican supletoriamente a las demás leyes.

Pero este artículo 34 de la Ley catalana prescinde del derecho privado (esto es del libro segundo del Código Civil de Cataluña) y desconoce la libertad contractual de los socios o comuneros pactantes, el cónyuge sobreviviente y los herederos del premuerto quienes liquidan libremente la sociedad conyugal y desactiva fiscalmente las normas civiles de la sociedad de gananciales y en general de cualquier régimen matrimonial de comunidad.

Como nadie discute en la jurisprudencia de los tribunales y en la doctrina científica, el cónyuge sobreviviente y los herederos del premuerto pueden civilmente, con plena libertad, liquidar la sociedad conyugal y adjudicarse los bienes que la integran en la forma que tenga por conveniente. Y parece claro que las leyes fiscales, conociendo y respetando esta libertad civil deben mantenerse neutrales ante situaciones que no sean ilegales y fraudulentas.

Hay un precedente útil en la ley estatal del ISD artículo 27.I (la llamada partición

paralela o principio de igualdad en la partición) cuya vigencia hemos de mantener en Cataluña al no existir regulación específica y que consagra el principio de igualdad o proporcionalidad en la partición hereditaria en los siguientes términos.

*«En las sucesiones por causa de muerte, cualesquiera que sean las particiones y adjudicaciones que los interesados hagan, se considerará para los efectos del impuesto como si se hubiesen hecho con estricta igualdad y con arreglo a las normas reguladoras de la sucesión, estén o no los bienes sujetos al pago del impuesto, por la condición del territorio o por cualquier otra causa y, en consecuencia, los aumentos que en la comprobación de valores resulten se prorratearán entre los distintos adquirentes o herederos.»*

En este artículo 27 de la Ley estatal se proclama expresamente el respeto a las normas reguladoras de la sucesión que se encuentran en el derecho civil. Sólo cuando los interesados se apartan de estas normas civiles entra en juego la ficticia partición fiscal, que practica de oficio la Oficina Liquidadora del ISD y que viene a restablecer la legalidad civil que es la que se toma en cuenta entonces a efectos fiscales.

Hemos de recordar que el Tribunal Supremo de España en una Sentencia de 28 de julio de 2001 vino a decir que puede extenderse el principio de la partición legal ficticia del artículo 27 de la Ley del ISD (pensado solo para la partición hereditaria) a la liquidación de la sociedad conyugal. Esta sentencia no ha sido confirmada por otras posteriores no ha llegado a sentar jurisprudencia y ha sido rectificada por el propio Tribunal Supremo en sentencia de 16 de diciembre de 2004.

El criterio de la primera sentencia de 28 de julio de 2001 no ha sido admitido siquiera por la DGT estatal que con posterioridad a ella en varias resoluciones, las primeras de 22 de mayo de 2003 y de 29 de mayo de 2003 y otras posteriores confirma el criterio que ya había sostenido en la resolución 2/1999 de 3 de marzo (referente esta última a la vivienda habitual) y entiende correctamente que el artículo 27 de la Ley estatal del ISD no afecta a las adjudicaciones que se hagan en la disolución de la sociedad de gananciales y por consiguiente podrán aplicarse íntegras las reducciones en la base imponible de

los bienes beneficiados para los que se adjudiquen libremente a la herencia del cónyuge premuerto. Así lo ha entendido también la resolución del Tribunal Económico Administrativo Central de 16 de marzo de 2005.

## **Punto 16. Artículos 37 al 56. Reducciones de la Base Imponible en las adquisiciones lucrativas *inter vivos***

La Ley contempla las siguientes reducciones:

— Las que mejoran las reducciones análogas del Estado (secciones primera, segunda y quinta) transmisiones de negocios empresariales o profesionales, participaciones en entidades y bienes del Patrimonio cultural.

— Las reducciones propias de Cataluña que son las de la sección tercera (reducción por la donación de participaciones en entidades a personas no parientes pero con vínculos laborales o profesionales) sección cuarta (donación de dinero para constituir o adquirir una empresa individual, negocio profesional o participaciones en entidades) sección séptima (donación de vivienda habitual o de dinero para adquirirla) y sección octava (reducción por aportaciones a patrimonios protegidos de discapacitados).

Se aplican también estas reducciones para las adquisiciones gratuitas *inter vivos* a las donaciones *mortis causa* con transmisión inmediata de la propiedad, sujeta a condición resolutoria o premoriencia del legatario.

Hay que hacer notar que en esta materia de donaciones como ya he dicho las remisiones que la Ley estatal hace al Impuesto sobre el Patrimonio (de forma que la exención previa en el IP es requisito indispensable para la posterior reducción en el ISD) han tenido vigencia en Cataluña hasta la publicación de esta Ley que ha desvinculado la reducción en el Impuesto de donaciones a dicha previa exención en el IP, como ya sucedía en Cataluña con relación a las transmisiones *mortis causa*.

Para evitar repeticiones diré que en general se regulan de modo simétrico o parecido a lo establecido en las transmisiones *mortis causa* de los elementos patrimoniales que son objeto de reducción y su

aplicación planteará cuestiones análogas a las ya expuestas.

En las transmisiones de negocios empresariales o profesionales se exige que la transmisión sea de *todos los elementos afectos* a la actividad y que el transmitente ejerza la actividad de modo habitual, personal y directa. Esta exigencia no aparece expresada como ya he dicho respecto del causante en las transmisiones *mortis causa* de la Ley catalana.

El ejercicio de modo personal, habitual y directo no excluye la designación de apoderados que admite expresamente el artículo 38. 2 b al hablar como posibles sujetos pasivos beneficiarios de la reducción a las personas que sin ser parientes tengan vínculos laborales, profesionales o puestos de responsabilidad.

Respecto a las transmisiones gratuitas *inter vivos* a estas personas con vínculos laborales o profesionales, se admiten las reducciones tanto de los negocios individuales como de las participaciones en entidades. Pero en cuanto ésta última con una particularidad importante pues exige que en el capital de la entidad la participación del donatario después de la donación ha de ser superior al 50%. Aquí no hay agravamiento de las condiciones estatales por que se trata de una reducción propia de la comunidad autónoma y no análoga o sustitutiva de una reducción estatal.

La donación de dinero para constituir o adquirir una empresa individual, un negocio profesional o participaciones en entidades (reducción propia de Cataluña) para gozar del beneficio exige que la empresa, negocio o entidad tenga su domicilio legal y fiscal en Cataluña. Tampoco hay aquí agravamiento de la reducción estatal que no existe.

Para las donaciones se exige en general la escritura pública.

Las reducciones propias tienen límites cuantitativos relativamente modestos tanto en cuanto a los bienes y derechos transmitidos (elementos objetivos de la reducción) como en cuanto a los requisitos subjetivos que han de concurrir en los posibles adquirentes.

Muchas de las dudas y dificultades que hemos expuesto para la interpretación y aplicación de la Ley en relación a las re-

ducciones por transmisiones *mortis causa* podrían ser repetidas para las transmisiones *inter vivos*.

## **Punto 17. Título VI (artículos 68 a 74 de la ley). Normas de aplicación del tributo en que se regula la liquidación y pago del Impuesto**

En cuanto al aplazamiento y fraccionamiento de pago aparte del que pueden conceder los órganos de gestión se rige por la normativa general de recaudación con lo que se desactivan algunos aplazamientos o fraccionamientos establecidos en el Reglamento Estatal del Impuesto de Sucesiones y entre ellos los de la adquisición de vivienda habitual y de empresas individuales lo que supone en definitiva un agravamiento de las condiciones de la adquisición establecidas por la legislación estatal, mínimo que debía respetarse.

## **Punto 18. Parentesco por afinidad**

La afinidad es el vínculo que une a una persona con los parientes consanguíneos de su cónyuge. Es una proyección del parentesco del cónyuge. Los parientes por afinidad en línea recta o colateral pueden ser sujetos pasivos del ISD y beneficiarios de las reducciones. El Tribunal Supremo en Sentencia de 18 de marzo de 2003 (fuera del campo de las reducciones) consideró que los colaterales del grupo III de la Ley estatal del ISD incluye a los parientes por afinidad. Con posterioridad a esta sentencia la DGT estatal en 20 de febrero de 2006 ha sostenido lo contrario. Suele entenderse que sólo cuando hay previsiones específicas en la Ley Civil o Fiscal que se refieren expresamente a ellos entran en juego los parientes por afinidad como destinatarios de la norma.

En la Ley catalana pueden plantearse las siguientes dudas.

- a) Si existe parentesco por afinidad entre el conviviente de hecho y los parientes por consanguinidad del otro conviviente dada la equiparación del matrimonio y de las uniones estables de pareja del artículo 59 de la Ley catalana. Creo que la asimilación se refiere sólo a convivientes y cónyuges y no se extiende a otros efectos colaterales del matrimonio. Así lo estableció el Tribunal Supe-



rior de Justicia de Cataluña en 10 de febrero de 2000.

b) Si subsiste el parentesco por afinidad después de la disolución del matrimonio. La DGT estatal en resoluciones de 4 de julio de 2001 y 25 de octubre de 2007 se manifestó en sentido contrario a la extinción en tanto sobreviva el conviviente o cónyuge. Puede sostenerse, sin embargo, que cabe considerar dos situaciones distintas.

1) Que el matrimonio concluya por la causa ordinaria que está en la base de su formulación legal y que es la muerte de uno de los cónyuges. Es una causa independiente de la voluntad de los cónyuges. En este caso puede mantenerse, en ausencia de norma legal contraria, que subsiste el parentesco por afinidad incluso si el cónyuge sobreviviente contrae segundas nupcias o convive en unión estable con otras personas. Esto ha de ser así porque el matrimonio disuelto por muerte de uno de los cónyuges ha producido todos sus efectos normales (uno de ellos el parentesco por afinidad) y el sobreviviente conserva el mismo status de pariente por afinidad que ostentaba al tiempo de la muerte del difunto. Así lo admite el Tribunal Supremo en la sentencia que antes hemos citado de 18 de marzo de 2003.

2) Si el matrimonio termina por causas extraordinarias (nulidad, separación o divorcio que dependen de la voluntad de uno o de los dos cónyuges) se disuelve el vínculo conyugal y ello acarrea las consecuencias personales familiares y patrimoniales establecidas en la Ley con desaparición del status anterior de casado y por lo tanto de su proyección al parentesco de afinidad.

#### *Punto 19. Beneficios fiscales en el IRPF cuando se transmiten inter vivos a título gratuito empresas familiares o participaciones en entidades beneficiadas por la reducción del 95% en el ISD*

La Ley del IRPF (artículos 33.3c y 36) establece que las posibles ganancias patrimoniales no tributan en estos casos en el IRPF del transmitente, si el donatario puede beneficiarse de la reducción del 95% en el Impuesto de donaciones.

Se sostiene a mi juicio abusivamente por alguna administración fiscal que no es aplicable tal beneficio en el IRPF cuando la donación se acoga a un incentivo autonómico *no coincidente exactamente* con el regulado por la normativa estatal ya que la Ley del IRPF se está refiriendo a los beneficios fiscales contenidos por la ley estatal del impuesto de sucesiones y no a los regulados, como análogos o sustitutivos de los del Estado o como propios de la Comunidad Autónoma.

#### *Punto 20. Reflexión final*

El autor ha realizado estos comentarios partiendo de una perspectiva de derecho privado, en el que se ha formado, cuyo campo no quiere abandonar y en un intento —no conseguido— de convergencia ordenada y respetuosa con el Derecho Fiscal. También ha utilizado criterios ya expuestos en trabajos anteriores.

Como se ha expresado reiteradamente a la vista de una ley «reglamentista» y de un pronto y próximo despliegue reglamentario se han omitido referencias a doctrinas o criterios administrativos recientes (todavía vigentes) que no se sabe si serán mantenidos, rectificadas u omitidos con el riesgo conscientemente asumido de una exposición incompleta.

En la situación legislativa actual (Estatut y Ley de Cesión de Tributos vigentes) la Generalitat carece de instrumentos sustantivos para poder dar un tratamiento fiscal autónomo (distinto del general del Estado) a instituciones tan ligadas a la tradición jurídica catalana (como fiducias, fideicomisos, cuartas viudal, trebelánica, falcidia y otras análogas) si no es a través de la vía indirecta (y vergonzante) de la reducciones o beneficios en el ISD, cuya cuantía no resulte escandalosa y que están comprendidos en las competencias cedidas. Esto sería posible sobre todo en la creación de reducciones propias con requisitos subjetivos y objetivos que podrían encajar y adaptarse a las peculiaridades de cada institución en el Código Civil de Cataluña prácticamente completo.



## Conclusiones del Congreso de la Unión Internacional del Notariado sobre el blanqueo de capitales

La colaboración del notario con el Estado ante los nuevos desafíos de la sociedad: transparencia de los mercados financieros, blanqueo de capitales, urbanismo y medio ambiente, constituyó uno de los temas de debate del Congreso Internacional del Notariado celebrado en Marrakech.

Elisabeth GARCÍA CUETO  
*Notaria de Santa Coloma de Queralt*

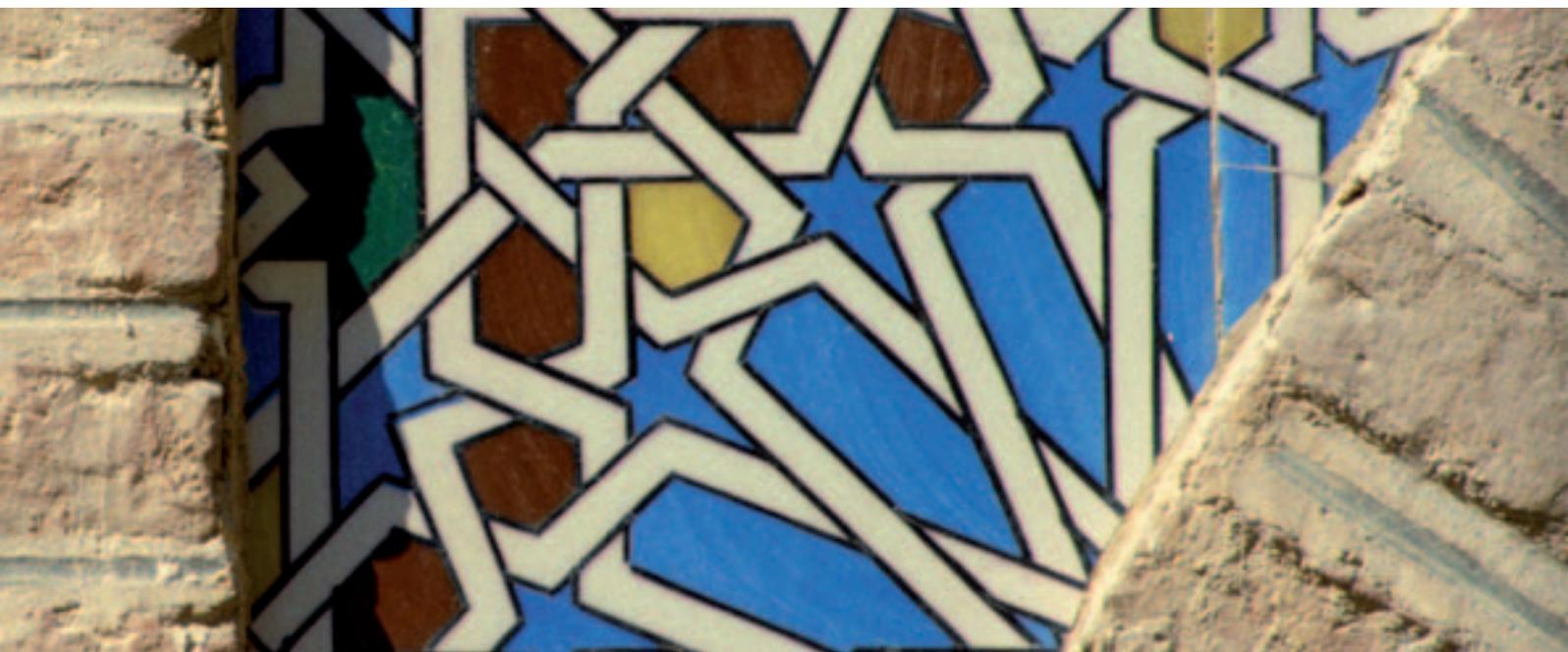
Del 3 al 6 de octubre de 2010, tuvo lugar en la ciudad de Marrakech el XXVI Congreso de la Unión Internacional del Notariado (UINL). Los temas del Congreso fueron la colaboración del Notario con el Estado ante los nuevos desafíos de la sociedad

(transparencia de los mercados financieros, blanqueo de capitales, urbanismo y medio ambiente) y el Documento Notarial al servicio de la seguridad de las inversiones, en particular, su fiabilidad para la publicidad registral y su fuerza ejecutiva.

El primer tema es de especial relevancia en nuestro país, tras la *Ley 10/2010, de 28 de abril, de Prevención del Blanqueo de Capitales y de la Financiación del Terrorismo*. Las **conclusiones** a las que se llegó en el Congreso fueron las siguientes:

a) *El notario no es un actor principal en los mercados financieros.*

Esta conclusión es atribuible a los sistemas jurídicos con organización notarial de tipo latino, donde el notario preserva un interés general también perseguido, en consecuencia, por los poderes públicos. Sin la intervención del notario, en esta línea, concurriría una situación de insuficiencia documental sin el mínimo estándar de seguridad jurídica que debe ofrecerse a la sociedad como garantía en estas transacciones.





Es interesante detenerse en la opinión del notario griego, Styliani Noula-Papachatzí, quien relaciona el notariado con la actual crisis económica. En concreto, en la que está inmersa su país. Enfatiza la necesidad de los notarios, como funcionarios públicos en régimen de libre mercado, para moverse por el eje del equilibrio en dicha libertad. Esa colaboración Estado-Notariado, de gran importancia, atribuye al segundo participante el papel de actor secundario, ya sea en la seguridad jurídica; en la colaboración con el Estado, en todos sus niveles; dotando transparencia legal y funciones de supervisión las distintas transacciones; por supuesto, autenticando los actos, interpretándolos y diferenciándolos de los documentos privados, en ejecutividad y prueba; reducción de los litigios que se derivan al ámbito judicial, competitividad y otros muchos.

Así las cosas, el compañero entiende que la crisis, incluso, puede llegar a ser un factor de crecimiento de la profesión porque: (i) la seguridad jurídica es uno de los elementos más importantes que se aportan por el documento público notarial y si éste repercute positivamente en la economía, dota de una cierta estabilidad a los mercados; (ii) la preparación e imparcialidad del notario crean una atmósfera de cierta seguridad para los inversores que, junto con las distintas políticas de los Estados (bonificaciones, reducciones fiscales, subvenciones, entre otros), favorecen y permiten el desarrollo de proyectos de gran envergadura, y a largo plazo ayudan a deshinchar las actuales burbujas especulativas y contribuyen a eliminar la desestabilización económica.

En definitiva, el notariado ha de encontrar el equilibrio en el elenco de sus funciones, tanto en su calidad de funcionario como en el depósito de datos útiles; como informador de cualquier transacción sospechosa a las autoridades competentes, incluso verificando el origen de los fondos o como consejero legal para su cliente en los actos previos, mediante el desarrollo de su trabajo con rigor, precisión técnica y eficiencia. Así consigue cumplir lo que denomina el binomio regulación-supervisión. Representa la autoridad y consigue el cumplimiento de la normativa (es el tercero de confianza de las partes y el Estado) y dota

al mercado y a la vida social de una mayor transparencia. Y ello también se consigue conociendo con mayor profundidad a los clientes, y mediante el desarrollo integral y de una manera responsable de la función encomendada, como notarios, con una conducta íntegra como ciudadanos y con una finalidad tendente a conseguir la mejor protección legal posible de quienes utilizan nuestros servicios y a la sociedad; por consiguiente, el notario será un auxiliar indispensable para los poderes públicos.

**El notariado ha de encontrar el equilibrio como informador de cualquier transacción sospechosa a las autoridades competentes y como consejero legal para su cliente**

*b) El mercado financiero debe estar regulado y sujeto a un control efectivo*

Para el sistema económico, los mercados financieros representan un elemento de gran calado para la circulación de activos: compras, ventas, aumento de liquidez, canalización de inversiones... Es por ello que el funcionamiento de los mercados ha de estar acotado por unas reglas prefijadas que garanticen la eficiencia, transparencia y veracidad, transmitiendo confianza a los operadores diversos. No es más que la aplicación del Estado Policía en el sector.

*c) La regulación no es un obstáculo a los mercados*

Especialmente bien tratada en las ponencias argentinas, esta premisa implica un resguardo a los inversores de los títulos que circulan, ya que dota de seguridad en orden al cumplimiento de los requisitos legales establecidos, así como representa los valores que posteriormente podrán disponer.

*d) Los mercados financieros deben estar sujetos a las reglas de la eficacia, transparencia y veracidad. Y es deber del Estado controlar la actividad financiera*

Tal y como relata la ponencia argentina, el Estado puede optar por dos métodos o sistemas a fin de evitar o tratar el problema del blanqueo de capitales: (1) el de reconstruir la ruta del dinero a partir del hecho ilícito cometido. O bien

(2) obtener el compromiso de algunos sectores (bancos, profesionales, entre los que encuentra un lugar destacado el notariado), para que cumplan con ciertas obligaciones, mayoritariamente de control e información. Es este segundo el sistema elegido, aunque complejo y sutil, para obtener un resultado más completo y elaborado.

No obstante, cabe resaltar la importancia de las reglas en las que este sistema se apoya: Instrucciones que deben tener en cuenta no sólo un aspecto finalista sino también las posibilidades, facultades y límites de los sectores afectados. Ello implica no atribuir más responsabilidad a los agentes intervinientes que aquella que realmente podría exigirse dentro de la actividad normal de su función. Y es justamente éste el fallo existente en determinados sistemas, como el modelo argentino. Así las cosas, una estructura más avanzada debería tender a fijar tanto pautas objetivas para informar, como la categoría del obligado y el tipo de actividad afectada, sin olvidar tampoco las numerosas "mutaciones" culturales y en especial aquellas que provienen de las tecnologías de la información y comunicación, que rompen y disipan, en un cierto modo, las fronteras físicas entre los diferentes países. Ello conlleva crecimiento y prosperidad, pero a la vez puede provocar disfunciones. De ahí, que para garantizar una seguridad preventiva, es indispensable un cierto intervencionismo por parte del poder público.

*e) Los colegios, y las organizaciones notariales, colaboran con el Estado en la seguridad de las transacciones, y ofrecen su colaboración para los temas financieros*

Todas estas instituciones han de asegurar que el acto sea la expresión de las intenciones reales de las partes. Formalmente cualquier tipo de mención consignada en un acto auténtico comprende las declaraciones tanto de las partes como del notario mismo. No obstante, esta diferencia en la realidad no es tan nítida, pues el notario debe aconsejar a sus clientes también en la redacción de sus declaraciones, aclarándoles el significado, el alcance y las consecuencias que se derivan de cada expresión. El notario debe, en el marco de la ley, aconsejar en el ámbito privado pero



# Internacional

también colaborar con los poderes públicos, cuando en un acto de confianza los clientes le hacen partícipe de datos o información que pudiera ser relevante.

Otros puntos de ayuda tienen su apoyo en la necesaria renovación del catastro y la adecuación de éste a la realidad (cuestión solventada en otros países), en cuestiones de medio ambiente y urbanismo.

f) *El documento público notarial es preferente para la constitución de las hipotecas frente a un sistema carente de seguridad jurídica preventiva, como ha demostrado la crisis financiera de las "subprime" en EEUU, donde se han detectado circunstancias varias, todas ellas coincidentes en la falta de intervención del notario*

Aunque pueda parecer sorprendente desde la perspectiva del sistema espa-

ñol, no es infrecuente encontrarse con numerosos países, incluso europeos, en los que no es habitual el uso del documento notarial en dichas operaciones. Así lo pone de manifiesto la ponencia del notariado holandés, donde está en debate justamente esta cuestión, como consecuencia de la configuración en dos fases de su sistema de transmisión.

g) *La actividad de concesión de préstamos hipotecarios exige prudencia de las entidades financieras y reflexión de los prestatarios*

h) *Los inmuebles que serán objeto de hipoteca a favor de los bancos deben quedar sujetos a una previa tasación objetiva, a través de una entidad independiente*

i) *El notariado rechaza un sistema a dos velocidades*

j) *Las nuevas tecnologías son un instrumento adecuado para el ejercicio de la actividad notarial*

Las emergentes tecnologías de la información han provocado la necesaria adaptación de la profesión a las mismas a un ritmo totalmente acelerado. El documento público electrónico es rápido y eficaz, mantiene la verificación de la firma y la cualidad del notario interviniente, y también los demás principios esenciales del notariado latino, ya que no merma de eficacia, calidad, conservación, fuerza probatoria y ejecutiva el documento notarial.

No obstante, ello ha producido una desacralización de la tarea o función notarial aunque el acceso generalizado al saber ha reequilibrado la relación entre notario y cliente, y generado una posibilidad de rapidez a las transacciones realizadas.





## Reseñas de Derecho comparado

### **Deutschland – Alemania: La legalización de la eutanasia pasiva**

El Tribunal Constitucional Alemán y la Corte de Justicia Federal han establecido, desde este pasado junio, que no se puede considerar como delito el hecho de terminar con la vida de un paciente mediante la interrupción del tratamiento médico o privación del soporte que le mantenía en vida, siempre que el causante hubiera dado su consentimiento claro o hubiera manifestado su expreso deseo de no mantenerle artificialmente con vida.

El caso que estrenó esta nueva tendencia del Tribunal de Karlsruhe giraba en

torno a la vida de una señora en estado comatoso, que había sido mantenida artificialmente durante 5 años. Antes de quedarse en dicho estado, aún en plenas facultades, la causante había expresado el deseo de que su vida no fuera prolongada artificialmente en el caso de que por enfermedad llegara a quedarse en una situación crítica. El abogado de la hija le recomendó cortar la línea de alimentación que la mantenía con vida (en estado comatoso), motivo por el cual fue condenado por los tribunales inferiores por haber incurrido en un delito de homicidio en grado de tentativa. Se absolvió, no obstante, a la hija, quien fue considerada inocente, por haber actuado

bajo asesoramiento legal. El letrado apeló la sentencia, dando lugar al comentado pronunciamiento.

Con la presente sentencia se reconoce, por primera vez, la primacía de la voluntad del paciente frente la del médico, tendencia que ha sido seguida por los tribunales alemanes desde entonces. No obstante, no se extiende a la legalización al suicidio asistido, que sigue siendo penado en Alemania, con prisión de hasta 5 años.

(<http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&sid=c033c25998f018af9f8c801d0b8cf5c7&nr=52999&pos=1&anz=2>)

## Normativa comentada de prevención del blanqueo de capitales

NUEVO



### **Adaptada a la Ley 10/2010**

La reciente publicación de la Ley 10/2010, de 28 de abril, ha supuesto un cambio muy importante en las obligaciones que los miles de sujetos obligados deben seguir en la prevención del blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo.

Es importante conocer el alcance exacto del contenido de los preceptos legales y, al tiempo, faci-

litar la aplicación de la norma a los sujetos obligados clarificando cómo afecta la nueva Ley al contenido del Reglamento (Real Decreto 925/1995, de 25 de junio) en el sentido de precisar lo que permanece vigente.

Para ello, se comenta artículo a artículo, tanto el texto de la Ley señalada como el del Reglamento.

**Autor:** Juan Antonio Aliaga Méndez  
**Prólogo de** Javier Zaragoza

**Páginas:** 912 • **Encuadernación:** Tapa dura  
**ISBN:** 978-84-8126-613-9



## El acta de notificación en la subrogación hipotecaria activa y otras cuestiones de la reciente jurisprudencia y doctrina registral

Antonio Ángel Longo Martínez. Notario de Calafell

### EL ACTA DE NOTIFICACIÓN DEL ARTÍCULO 2 DE LA LEY 2/1994

*Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 23 y 24 de septiembre de 2009*

La Ley 41/2007, de 7 de diciembre, introdujo en el procedimiento de subrogación hipotecaria activa regulado por la Ley 2/1994 la necesidad de que la notificación a la entidad acreedora de la intención de la entidad oferente de iniciar dicho procedimiento se haga notarialmente, e incorpore un ejemplar de la oferta vinculante, aceptada por el deudor, conteniendo las nuevas condiciones del préstamo que ésta está dispuesta a aplicar. Dicha acta contendrá además el requerimiento para que la entidad acreedora entregue a la oferente una certificación del saldo deudor actual de dicho préstamo.

Dicha novedad no podía ser valorada sino muy positivamente, por cuanto representa una garantía añadida, dirigida fundamentalmente a dar fehaciencia al comienzo del procedimiento legalmente previsto, en interés de todas las partes implicadas. Sin embargo, y lamentablemente, la regulación sigue conteniendo lagunas que la práctica diaria ha ido poniendo al descubierto, y que han hecho necesaria la toma de postura de la DGRN en diferentes ocasiones. Es el caso de las resoluciones de 23 y 24 de septiembre pasado, en las que se vuelve a traer a colación el juego de plazos que se contiene en el artículo 2 de la Ley, concretamente el que recoge sus párrafos tercero y cuarto: “La aceptación de la oferta por el deudor implicará su autorización para que la oferente notifique, por conducto notarial, a la entidad acreedora, su disposición a subrogarse, y le requiera para que le

entregue, **en el plazo máximo de siete días naturales**, certificación del importe del débito del deudor por el préstamo o préstamos hipotecarios en que se haya de subrogar.

*Entregada la certificación, la entidad acreedora tendrá derecho a enervar la subrogación si, **en el plazo de quince días naturales**, a contar desde la notificación del requerimiento y en respuesta al mismo, comparece ante el mismo Notario que le haya efectuado la notificación a que se refiere el párrafo anterior y manifiesta, con carácter vinculante, su disposición a formalizar con el deudor una modificación de las condiciones del préstamo que igualen o mejoren la oferta vinculante. De esta manifestación se dejará constancia en la propia acta de notificación.”*

El cómputo de estos dos plazos ha sido objeto de discusión entre los especialistas, notarios y registradores, no obstante lo cual parece que puede sintetizarse, como “mínimo común denominador” de las opiniones, que los mismos se cuentan desde que la entidad oferente haya notificado en acta notarial a la entidad acreedora su intención de subrogar, y que con ellos la norma compele a ésta a determinadas actuaciones; así, dicha entidad tendrá:

— Los siete días naturales que la Ley le da para entregar a la oferente la certificación de la deuda.

— Los quince días naturales (dentro de los que se engloban los siete anteriores) para comparecer ante el Notario autorizante del acta y manifestar, con constancia en la misma, su intención de enervar.



En los supuestos de hecho tratados por la Dirección General en las resoluciones citadas se dan las siguientes circunstancias:

— La entidad acreedora no comparece ante el Notario autorizante del acta, dentro de los siete días desde que se le hizo la notificación, para entregar la certificación de saldo.

— El Notario que autorizó el acta la cierra pasados esos siete días, pero antes de los quince.

— La escritura de subrogación se formaliza pasados los quince días desde la notificación (dato que la DG se encarga de destacar —“debe hacerse constar”, dice— pero sin valorar más allá).

— El Registrador aprecia el defecto consistente en que el acta está cerrada antes de los quince días que tiene la oferente para enervar, aun cuando no haya entregado la certificación.

Y en lo que la DG se centra, para acabar declarando inscribible la subrogación, es en si para enervar debe haberse entregado la certificación dentro de plazo, concluyendo que sí. No cabe, pues, la enervación si no se ha certificado en plazo. Y, como sabemos y dice más adelante el mismo artículo, si no ha habido certificación el procedimiento subrogatorio debe continuar mediante el cálculo de la deuda por la entidad oferente bajo su responsabilidad, y el depósito de su importe en poder del Notario autorizante, a disposición de la entidad acreedora.

El problema es que en la regulación de esos dos plazos, el de siete para entregar la certificación y el de quince para enervar, existe una gran diferencia: **la entrega de la certificación no tiene por qué hacerse notarialmente**, mientras que **la decisión de enervar sí debe constar en la misma acta de notificación**. Esta es, sin duda, una de las grandes lagunas legales, por cuanto toda lógica habría indicado la necesidad de que la entrega de la certificación constara en el acta.

Al respecto, la DG dice que, cuando menos en base a los principios de buena fe y de lealtad entre entidades financieras, la entrega de la certificación por la entidad acreedora *debería* hacerse por la misma vía notarial por la que recibió el requerimiento, y la entidad oferente *no debería* seguir el procedimiento de subrogación mediante depósito notarial del importe del débito si ha recibido la certificación de la deuda por vía distinta a la notarial. Todo ello sin perjuicio de las acciones que en su caso pudiera ejercer ante los tribunales la entidad acreedora para ejercer su derecho a enervar.

A la vista de lo anterior, cabe plantearse las siguientes cuestiones:

— ¿Es correcto que —como en el supuesto de las Resoluciones— se cierre el acta antes de los quince días, si en los siete días siguientes a la notificación la entidad acreedora no ha comparecido ante el Notario y entregado la certificación?

Hay que reparar en que, pese a ser ésta “una parte” del defecto planteado por el Registrador, la Dirección General no se define, y únicamente fundamenta y rechaza “la otra parte” del defecto, negando la posibilidad de enervar si no se ha certificado.

En su día, y mediante “nota aclaratoria” de 14 de marzo de 2008, el Consejo General del Notariado entendió que para cerrar el acta había que esperar los quince días previstos en el artículo 2 de la Ley.

En mi opinión, la interpretación que hizo el Consejo sigue siendo correcta, por lo ya dicho: la entrega no tiene por qué hacerse notarialmente —aunque según la DG *debería*— y de haberse hecho en otra forma y en plazo, cerrando el acta anticipadamente se estaría impidiendo a la entidad acreedora ejercer el derecho de manifestar en la forma legalmente prevista —constancia en el acta— su decisión de enervar. ¿Qué haría el Notario que ha cerrado el acta si antes de los quince días comparece un representante de la acreedora con un burofax acreditando haber enviado a la oferente la certificación de saldo dentro de los siete días?

— Ahora bien, suponiendo que se conteste afirmativamente a la anterior cuestión, ¿es correcto autorizar la subrogación en base a un acta cerrada después de los siete, pero antes de los quince días? Parece que para la DG sí. Yo siento no compartir ese criterio, por las razones expuestas; sintetizando, porque siendo elemental que si hay manifestación de querer enervar no puede haber subrogación, estaríamos autorizando ésta sin haber comprobado en la forma legalmente prevista que no se ha hecho tal manifestación.

— ¿Tiene alguna incidencia que en este caso la escritura de subrogación se autorice antes o después de pasados los quince días? En las resoluciones citadas la Dirección General destaca la circunstancia de haber pasado esos quince días, pero no dice por qué resulta un dato destacable. Obviamente, si no hubieran pasado los quince días, no se habría cumplido el plazo que para la manifestación de querer enervar concede la Ley a la entidad acreedora, pero ¿qué importancia tiene ésto si se considera que no habiendo comparecido para entregar la certificación ya no puede haber tal manifestación? Lo cierto es que únicamente si el Notario autorizante del acta es el mismo que autoriza la subrogación, podría saber que han pasado los quince días y no ha habido manifestación de querer enervar (aunque no se entendería entonces por qué se había cerrado el acta con anterioridad); de ser Notarios distintos, con un acta cerrada antes de tiempo esa circunstancia queda en el aire.

En todo caso, siguiendo la doctrina de estas resoluciones, que parece basarse más en principios como la “lealtad entre entidades” que en la letra de la Ley, siempre será una cautela elemental que el representante de la entidad subrogada declare expresamente que ésta no ha recibido la certificación de la acreedora por cualquier vía distinta de la entrega al Notario autorizante del acta.

## CONSECUENCIAS DE LA DEROGACIÓN POR INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 14.4 DEL CÓDIGO CIVIL EN LA REDACCIÓN DADA POR EL DECRETO 1836/1974

*Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de septiembre de 2009*

De nuevo el tema de la adquisición y pérdida de la vecindad civil es objeto de tratamiento por el Tribunal Supremo, lo cual no es extraño por cuanto nuestro ordenamiento civil por un lado hace depender de la vecindad la mayor parte de los derechos y deberes que configuran el estatuto personal y patrimonial de los ciudadanos (Capítulos IV y V del Título Preliminar del Código Civil), con lo cual la incidencia que su correcta determinación presenta en el ámbito jurídico es constante; por otro, ese mismo ordenamiento continúa presentando una cada vez menos justificable falta de conexión entre vecindad y Registro Civil, lo que dificulta enormemente tal determinación.

Y si bien el Tribunal Supremo hace referencia a una norma hoy derogada, la prolongación en el tiempo de los efectos de la misma hace necesario tomar en consideración la doctrina que emana de esta sentencia, como es de ver en el mismo supuesto de hecho que se sustancia, en el cual los derechos de los litigantes dependían en último término de la adquisición o no de la vecindad civil catalana por su madre, y consecuentemente de la aplicación de una u otra legislación a la herencia de la misma.

Se discute concretamente sobre la legislación aplicable a la herencia de Doña Milagrosa, viuda de Don José Pablo, la cual, en base a su presunta vecindad civil navarra, había otorgado testamento en favor de su hijo Leonardo, sin nada dejar a su otro hijo, Victorio. Este aduce que la causante tenía vecindad civil catalana, y reclama su mitad de la herencia, o, como mal menor, su legítima, que se valora en 522.620.916 pesetas, esto es, tres millones ciento cuarenta y una mil catorce euros con noventa y siete centimos (3.141.014,97 euros), más la octava parte del valor de una serie de bienes que se determinaría en ejecución de sentencia. Son antecedentes resumidos, en orden cronológico:

— En fecha 21 de noviembre de 1968, D. Jose Pablo hace ante el Registro civil de Pamplona declaración de querer adquirir la residencia foral navarra por residencia continuada de dos años. Dicha declaración causó inscripción marginal en la de nacimiento de ambos cónyuges, al ser adquirida la misma vecindad civil por la esposa, D.ª Milagrosa, en virtud del principio de unidad familiar, establecido en el artículo 15.3 CC, que en su redacción original, y al regular las formas de “ganar vecindad”, disponía que “en todo caso, la mujer seguirá la condición del marido”.

— D. Jose Pablo falleció el 20 de abril de 1986, en Barcelona, donde siempre habían residido los cónyuges (sic en la sentencia del Supremo). Esta mención hay que ponerla en relación con la alegación que se hace por el recurrente del carácter fraudulento de la adquisición de vecindad navarra, que la Audiencia estima, pero no el Supremo por falta de pruebas.

— El 20 de febrero de 1996, es decir, a punto de cumplirse los diez años desde la defunción de su esposo, D.ª Milagrosa declaró ante el encargado del Registro civil su voluntad de conservar la vecindad civil de Navarra.

— D.ª Milagrosa falleció el 11 de enero de 1998 en Barcelona.

— El Juzgado de 1ª Instancia, la Audiencia Provincial y el TS dan la razón a Don Leonardo, condenando a su hermano Don Victorio al pago de la legítima.

Interesan las siguientes cuestiones, tratadas por la STS:

**a)** Doña Milagrosa no adquirió la vecindad foral navarra por manifestación expresa y residencia continuada de dos años sino de conformidad con el derogado artículo 15.3 (luego 14.4) del Código Civil *que imponía a la mujer casada la vecindad del marido, y dicha declaración fue suficiente para causar nota marginal en la inscripción de nacimiento de la causante.*

**Y la norma del vigente art. 14.5 CC de que la declaración ante el Registro Civil no necesita ser reiterada, debe entenderse en el supuesto de declaración expresa, lo que no ocurre en el presente caso, en el que doña Milagrosa no adquirió la vecindad civil navarra por declaración expresa ante el Encargado del Registro Civil sino por seguir la vecindad adquirida por su esposo.**

Por tanto, la posibilidad de que Doña Milagrosa conservara la vecindad civil navarra venía condicionada a que la misma hiciera personalmente, en tiempo y forma, la pertinente declaración de voluntad ante el Registro Civil correspondiente.

**b)** La norma contenida en el art. 14.4 CC (anterior 15.3) por la que **la mujer casada se veía vinculada a la vecindad civil de su esposo dejó de surtir efecto en 1978 con la entrada en vigor de la Constitución, en la fecha de su publicación, el 29 de diciembre de 1978, al quedar derogado dicho precepto por ser claramente inconstitucional**, y a tenor de la Disposición Derogatoria, apartado 3, por ser contraria al principio de igualdad entre los cónyuges consagrado en los arts. 14 y 32.1 CE. En consecuencia, *doña Milagrosa, por residencia continuada en la ciudad de Barcelona durante más de diez años, recuperó la vecindad civil catalana, en fecha 29 de diciembre 1988.*

La inconstitucionalidad de la normativa anterior a la Constitución que se oponga a lo previsto en ésta, conforme a la citada Disposición Derogatoria, apartado 3, fue ya puesta de manifiesto en la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de octubre de 1986 a propósito de un supuesto en que el régimen económico matrimonial había quedado determinado por la vecindad civil del marido al tiempo de contraer matrimonio, si bien sin consecuencias prácticas para el referido supuesto, por cuanto el matrimonio se había celebrado antes de entrar en vigor la Constitución. La posterior publicación de las Leyes 11/1990, de 15 de octubre, y 18/1990, de 17 de diciembre, que dieron nueva redacción a los artículos 14 y 15 del Código Civil, adecuaron la regulación de esta materia al principio constitucional de no discriminación por razón de sexo.



**c) La competencia del juez ordinario para declarar la derogación de una norma por inconstitucionalidad sobrevenida.** Frente a la posición del recurrente de que el juez debería haber planteado la cuestión de inconstitucionalidad, el TS cita la STC 39/2002, de 14 febrero, según la cual está claramente admitida la posibilidad de que el juez ordinario declare la derogación por inconstitucionalidad sobrevenida de normas anteriores a la Constitución, y no se requiere el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad, aunque puede optar por ella como reconoce la sentencia del Tribunal Constitucional citada.

**d) Interpretación de la disposición transitoria de la Ley 11/1990.** Como sabemos, citada Ley 11/1990, de 15 de octubre, de reforma del Código Civil en aplicación del principio de no discriminación por razón de sexo, elimina el principio de unidad familiar por el cual la mujer casada seguía la vecindad del marido, y los hijos no emancipados la de su padre, y en defecto de éste la de su madre.

La disposición transitoria de dicha Ley establece unas pautas para solventar las consecuencias de la eventual pérdida forzosa de la vecindad que en su caso se hubiere producido en virtud de la aplicación del mencionado principio. Así, dicha disposición permite a la mujer casada recuperar la vecindad civil que ostentaba antes de contraer matrimonio con dos condiciones: que lo solicite de forma expresa y que lo haga en el plazo de un año desde la entrada en vigor de la Ley 11/1990. Según el recurrente, ello demuestra que el legislador estaba convencido de la vigencia del art. 14.4 CC antes de la entrada en vigor de la Ley de 1990, porque si no todas las mujeres habrían readquirido la vecindad civil *ope legis* a la entrada en vigor de la Constitución.

La complejidad de este asunto, dice el Tribunal Supremo, viene provocada por la falta de diligencia del legislador en la regulación de esta materia, pues la derogación del denominado principio de unidad familiar en la vecindad civil no se formalizó efectivamente hasta la reforma efectuada en 1990. En el caso que se concluya que la disposición transitoria transcrita tuvo como finalidad la de permitir a las mujeres casadas en la situación que en ella se preveía optar por la vecindad civil de origen, sin tener en cuenta la derogación operada por la Constitución, debería considerarse que la citada Disposición transitoria contenía una norma inconstitucional, por haber olvidado el legislador dicha derogación por incompatibilidad con el principio de igualdad entre los cónyuges y obligaría a la Sala a plantear la cuestión de inconstitucionalidad. Sin embargo, el art. 5.1 LOPJ obliga a los jueces a interpretar y aplicar las Leyes “según los preceptos y principios constitucionales”, estableciendo la denominada interpretación *secundum constitutionem*, que debe ser utilizada en este punto.

De acuerdo con esta técnica, **debe entenderse que la citada Disposición transitoria se aplicará en aquellos casos en que la mujer no haya adquirido la vecindad civil de origen en el momento de entrar en vigor la Ley 11/1990.** Es decir, que la Disposición transitoria de la Ley 11/1990 no es la única forma de recuperar la vecindad civil perdida por el matrimonio, puesto que seguían funcionando los distintos sistemas establecidos en el art. 14 CE (sic: se refiere al CC), es decir, la

de residencia de dos años, con declaración favorable y la de 10 años, sin declaración en contra, que a partir de la derogación por inconstitucionalidad sobrevenida del art. 14.4 CE (sic: se refiere al CC), permitieron a las mujeres casadas adquirir una vecindad distinta de la de su marido, cerrando el ciclo la citada disposición transitoria cuando ello no hubiese ocurrido. De este modo, al haber quedado excluido por la norma constitucional el principio de unidad familiar, la mujer casada pudo adquirir, con independencia de su cónyuge una vecindad civil distinta de la que ostentaba su marido, cumpliendo los requisitos exigidos en el Código. Y ello es lo que ocurrió en el presente caso, concluye el Tribunal Supremo, puesto que residiendo D.<sup>a</sup> Milagrosa en Barcelona, según se ha probado, adquirió la vecindad civil catalana en 1988, es decir, diez años después de la entrada en vigor de la Constitución, *por no haber efectuado una declaración en contra de la misma.*

En resumen, según el Supremo, por consecuencia de la derogación que la Constitución provocó de la norma del art. 14.4 CC, desde el día 29 de diciembre de 1978 (publicación de la Constitución) toda mujer casada que hubiera perdido su vecindad de origen por seguir la de su marido dejó de estar sujeta a dicha vinculación y pasó a estarlo al régimen general de adquisición y pérdida de la vecindad por residencia continuada del art. 14.5: posibilidad de adquirir la vecindad de su residencia voluntariamente a los dos años (29 de diciembre de 1980) y adquisición automática de la misma —si no hay declaración en contrario— a los diez años (29 de diciembre de 1988). De no haberse producido ese cambio de residencia, tendría la opción adicional que deriva de la Disposición transitoria de la Ley 11/1990, de recuperar, en el año siguiente a la entrada en vigor de esta Ley, la vecindad que perdió al contraer matrimonio.

Los supuestos de adquisición voluntaria, sean por residencia de más de dos años, o por la opción de recuperación reconocida en la Ley 11/1990, no deberían presentar mayor problema, tanto menos cuanto que exigen un reflejo documental de esa voluntad en el Registro Civil correspondiente. Ahora bien, la adquisición automática de la vecindad del lugar de residencia por el transcurso de los diez años sin declaración en contrario provoca efectos un tanto paradójicos, a los que convendría prestar atención:

— Por un lado, los de la sentencia estudiada: una persona que ha adquirido una determinada vecindad conforme a Ley, y ordena su sucesión al amparo de la misma, se encuentra con que a los diez años de publicada la Constitución pierde esa vecindad por haber estado viviendo en territorio diferente, lo cual altera drásticamente la eficacia de sus disposiciones sucesorias; y ello pese a haber hecho declaración de querer conservar la que entendía que era su vecindad civil, declaración que deviene ineficaz dado que para entonces ya había perdido la misma por el juego de la residencia continuada.

— Por otro lado, el que la mujer que contrajo matrimonio a partir del 29 de diciembre de 1978 no perdió su vecindad si la de su marido era diferente, porque la Constitución había derogado el aparentemente vigente art. 14.4 CC; vigencia ésta cuya apariencia resulta destacada al dictar el legislador en 1990 una

norma expresamente dirigida a que esa persona pudiera *recuperar* la vecindad que había *perdido* como consecuencia de su matrimonio, es decir, dando por supuesto esa pérdida que ahora hay que entender que el TS descarta.

Todo ello nos conduce, como decíamos al principio, a conclusiones que no es la primera vez, ni mucho menos, que se exponen: la insuficiente regulación en nuestro derecho de la acreditación de la vecindad civil de la persona. Teniendo su determinación la trascendencia que tiene, no parece lógico que haya tantísimos casos en los que esa acreditación no puede ser fehaciente, a veces ni tan siquiera documental, y esté por el contrario sujeta a hechos la prueba de los cuales ni los mismos interesados pueden a veces facilitar. Del mismo modo que el régimen económico matrimonial —por mencionar el efecto que probablemente nos venga a la mente más de inmediato— debería tener reflejo en toda inscripción de matrimonio, y no sólo cuando existen pactos expresos, la conexión entre vecindad y Registro Civil debería ser objeto de un estudio en profundidad que permitiera evitar situaciones como las que hoy se dan, en las que una adquisición voluntaria de vecindad civil por residencia continuada —o de conservación de la anterior— sí se hace constar en el Registro en virtud de la pertinente declaración, pero el cambio *ipso iure* de vecindad a los diez años de residencia se produce no ya sin constancia en el Registro Civil, sino en la mayoría de los casos sin conocimiento de los propios interesados.

## FECHA DE OTORGAMIENTO DE LA ESCRITURA COMO DETERMINANTE DE LA NORMATIVA APLICABLE A LAS DECLARACIONES DE OBRA NUEVA

*Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 9 de enero de 2010*

El supuesto de hecho que da lugar a la resolución es el de una escritura de declaración de obra nueva, de fecha 25 de septiembre de 2007, relativa a una construcción terminada el 26 de abril de 2007; es decir: construcción dos meses y pico anterior, pero escritura dos meses y pico posterior a la entrada en vigor (1 de julio de 2007) de la Ley 8/2007, de 28 de mayo, del Suelo. El Registrador entiende aplicable esta normativa, mientras que el Notario aduce que el régimen aplicable a los requisitos para obtener la inscripción de las obras nuevas terminadas debe ser el que corresponda a la fecha de la finalización de la obra (en este caso el resultante de la Ley 6/1998, de 13 de abril, de Régimen del Suelo y Valoraciones).

La Dirección General confirma el defecto, y en consecuencia declara aplicable la Ley 8/2007, de 28 de mayo, de Suelo, en la cual, y como medida de control de la legalidad urbanística, el artículo 19.1 impone a los Notarios determinadas obligaciones de comprobación del cumplimiento de los requisitos y deberes urbanísticos por los interesados. Así, dicha norma prescribe que, para autorizar una escritura de declaración de obra nueva terminada, los Notarios exigirán —además de la certificación expedida por técnico competente a que se refiere tal disposición— «la acreditación documental del cumplimiento de todos los

requisitos impuestos por la legislación reguladora de la edificación para la entrega de ésta a sus usuarios y el otorgamiento, expreso o por silencio administrativo, de las autorizaciones administrativas que prevea la legislación de ordenación territorial y urbanística». Recuerda a continuación que en Resolución Circular de 26 de julio de 2007, dicha norma fue interpretada en el sentido de que esta exigencia «... significa que no se autorizarán por los Notarios ni se inscribirán por los Registradores de la Propiedad escrituras públicas de declaración de obra nueva terminada o actas de finalización de obra de edificaciones sujetas a la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación (en lo sucesivo LOE) sin que se les acrediten tanto el seguro decenal regulado en el artículo 19 de la citada Ley, como los demás requisitos documentales exigidos por esa Ley para la entrega al usuario. Tal documentación no es otra que el Libro del Edificio a que se refiere el art. 7 de la LOE».

Añade la Dirección General que «el objeto del art. 19.1 de la Ley 8/2007 no es el regular los controles administrativos sobre la forma en que se ha ejecutado la obra, sino los requisitos necesarios para su documentación pública e inscripción registral y, por lo tanto, **las sucesivas redacciones legales en la materia**» —y cita desde la Ley 8/1990, de 25 de julio hasta el Texto Refundido de la Ley del Suelo, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio—, «**serán de aplicación a los documentos otorgados durante sus respectivos periodos de vigencia, aunque las correspondientes obras se hayan ejecutado en un momento anterior**».

Es este punto de la resolución el que parece conveniente analizar más detenidamente. Inicialmente, parece que conforme a esta doctrina, en toda declaración de obra nueva terminada otorgada a día de hoy, y con independencia de la fecha de finalización de la construcción, estaríamos obligados a cumplir lo previsto en el vigente Texto Refundido, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, en cuyo art. 20 se contiene la misma prescripción que en el antes transcrito art. 19.1 de la Ley 8/2007.

¿Implica ésto una modificación en el régimen hasta ahora aplicable a las llamadas «obras preexistentes» u «obras nuevas viejas»? Entiendo que no, sin perjuicio de que convenga hacer algunas observaciones:

a) En cuanto a aquellas construcciones respecto de las cuales hubiere prescrito la eventual infracción urbanística y no conste en el Registro anotación que lo contradiga, seguirá siendo suficiente con acreditar dicha circunstancia por cualquiera de los medios previstos en el art. 52 del RD 1093/1997: certificación catastral o municipal, certificación técnica, o acta notarial, de las que resulte su antigüedad, y la coincidencia de su descripción con la hecha constar en el título.

Sí debe no obstante tenerse en cuenta en relación a estos casos algo que puede pasarnos por alto en ocasiones, y es la posibilidad de que, estando prescrita la acción de restablecimiento de la legalidad urbanística, la construcción sea no obstante posterior a la entrada en vigor de la Ley de Ordenación de la Edificación (6 de mayo de 2000), y, si bien no la licencia de obras,



sí debamos exigir que se nos acredite la existencia del seguro decenal y del Libro del Edificio. Ello, naturalmente, sin perjuicio de las excepciones reconocidas en los casos de autopromotor de vivienda unifamiliar, a las que cabrá añadir, en cuanto a dicho seguro, el supuesto de que hayan pasado también los diez años de vigencia legal del mismo, cosa que habrá podido empezar a ocurrir por tanto a partir del 6 de mayo de 2010.

b) En cuanto a las construcciones anteriores al 18 de agosto de 1990, fecha de entrada en vigor de la Ley 8/1990, la doctrina de la DGRN se contiene en Resoluciones como las de 3 de octubre de 2002, 6 de julio de 2005 o 11 de junio de 2007.

En esta última, la DGRN recuerda que la Disposición Transitoria 5.ª del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1992 estableció que las edificaciones existentes a la entrada en vigor de la Ley 8/1990, se entenderán incorporadas al patrimonio de su titular, por lo que no puede impedirse su inscripción; no es obstáculo para ello que se basen sólo en la mera manifestación del interesado. Es decir, debe acreditarse su antigüedad, pero, a diferencia del supuesto anterior, no es preciso que la descripción de la obra declarada se apoye en certificación técnica o administrativa.

Hay que recordar que la citada Disposición Transitoria 5ª fue mantenida en vigor por la Ley del Suelo de 1998 y por la Ley del Suelo de 2007, y que su contenido viene hoy recogido en la también Disposición Transitoria Quinta del vigente Texto Refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio (*Disposición transitoria quinta Edificaciones existentes. Las edificaciones existentes a la entrada en vigor de la Ley 8/1990, de 25 de julio, situadas en suelos urbanos o urbanizables, realizadas de conformidad con la ordenación urbanística aplicable o respecto de las que ya no proceda dictar medidas de restablecimiento de la legalidad urbanística que impliquen su demolición, se entenderán incorporadas al patrimonio de su titular.*)

## **DIVISIÓN HORIZONTAL SIN LICENCIA DE VIVIENDA UNIFAMILIAR**

*Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 14 de enero de 2010*

Se plantea el supuesto de hecho en territorio de la Comunidad Autónoma de Andalucía. La división horizontal afecta a una edificación declarada como vivienda unifamiliar, que obtuvo licencia municipal de obras con fecha 29 de enero de 1992, habiéndose declarado la ampliación de la misma al amparo de lo dispuesto en el art. 52 del Real Decreto 1093/1997. La discusión vuelve a centrarse en la aplicabilidad o no del art. 53 a) del citado Real Decreto, según el cual no podrán constituirse como elementos susceptibles de aprovechamiento independiente más de los que se hayan hecho constar en la declaración de obra nueva, a menos que se acredite, mediante nueva licencia concedida de acuerdo con las previsiones del planeamiento urbanístico vigente, que se permite mayor número. En la interpretación de dicho precepto, la Dirección General tiene declarado que para su aplicación es precisa norma con rango de Ley que

exija claramente licencia. El Registrador alega que en este caso dicha norma la constituye el art. 66.2 de la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía, que *considera actos reveladores de una posible parcelación urbanística aquellos en los que, mediante (...) divisiones horizontales o asignaciones de uso o cuotas en proindiviso de un terreno, fincas, parcelas, (...) puedan existir diversos titulares a los que corresponde el uso individualizado de una parte del inmueble.* La Notaria alega que tal precepto debe entenderse aplicable a los terrenos que sean no urbanizables, y la Dirección General entiende indudable que el precepto no se refiere a una edificación sino al terreno, finca o parcela, y añade: *“En definitiva, y, como ya ha dicho este centro directivo (vide Resoluciones citadas en el «Vistos»), la propiedad horizontal propiamente tal, aunque sea tumbada, desde el momento en que mantiene la unidad jurídica de la finca —o derecho de vuelo— que le sirve de soporte, no puede equipararse al supuesto anterior pues no hay división o fraccionamiento jurídico del terreno al que pueda calificarse como parcelación pues no hay alteración de forma —la que se produzca será fruto de la edificación necesariamente amparada en una licencia o con prescripción de las infracciones urbanísticas cometidas—, superficie o linderos. La asignación del uso singular o privativo de determinados elementos comunes o porciones de los mismos, tan frecuentes en el caso de azoteas o patios como en el de zonas del solar no ocupadas por la construcción, no altera esa unidad. Sería lo mismo que exigir licencia para la división horizontal en los frecuentes supuestos de edificaciones integradas por varias viviendas adosadas, construidas con una licencia que así lo autoriza sobre un solar indivisible según la misma ordenación.”*

Trasladando la cuestión a Cataluña, la respuesta genérica a la cuestión sería muy diferente, pues la norma legal que la DG “reclama” para la exigibilidad de la licencia conforme al art. 53 del RD 1093/1997 la tenemos en el art. 179, letra r, del TR de la Ley de Urbanismo, que la exige para *“la constitución de un régimen de propiedad horizontal o bien de un complejo inmobiliario privado, o su modificación cuando comporte un incremento del número de viviendas o establecimientos, y también las operaciones que tengan por objeto constituir más elementos susceptibles de aprovechamiento independiente de los que se hayan hecho constar en una declaración de obra nueva precedente. No es precisa la licencia si la licencia de obras ya contiene el número de departamentos individuales susceptibles de aprovechamiento independiente”.* La regla general es por tanto la exigibilidad de licencia para cualquier constitución o modificación de propiedad horizontal, en tanto en cuanto conlleve un incremento de elementos independientes.

No obstante lo cual, entiendo que en un supuesto como el que parece que es objeto de la Resolución quizá también en Cataluña la escritura se podría haber autorizado e inscrito. Todo dependerá de cómo se hubiere declarado esa ampliación de obra nueva. Si sobre lo que era registralmente una vivienda unifamiliar se declara e inscribe en su momento por la vía del art. 52 del RD 1093/1997 —antigüedad de la obra— una ampliación consistente en otra vivienda, la construcción resultante podrá ahora ser objeto de división horizontal con formación de dos viviendas independientes, puesto que de la misma no resultan más elementos independientes de los que ya constan en

la descripción tabular. Y aun si de dicha descripción no resulta que hay dos viviendas, pero puede demostrarse ahora, por los mismos medios previstos en el citado art. 52, que así es desde una fecha que implique la prescripción de la eventual infracción urbanística, tampoco sería exigible la licencia para la división horizontal.

Por lo demás, la doctrina de la DGRN de entender no exigible la licencia en los casos de división horizontal, en base a las especiales características de este régimen jurídico, parece encontrar un argumento de peso cuando pone el ejemplo de *“los frecuentes supuestos de edificaciones integradas por varias viviendas adosadas, construidas con una licencia que así lo autoriza sobre un solar indivisible según la misma ordenación”*; pero éste no es propiamente un supuesto de división horizontal sin licencia, sino más bien de licencia implícita en la de obras, lo cual queda claro en el propio art. 179 letra r del TR catalán, antes transcrito, que lo contempla en su último párrafo: si la licencia de obras determina el número de elementos, es suficiente para constituir éstos como independientes en la división horizontal.

Fuera de estos casos, sigue pareciéndonos chocante que según la DGRN se pueda constituir en propiedad horizontal, con formación de dos viviendas privativas, la construcción que en la misma escritura se declara en obra nueva y que la licencia autoriza como una vivienda unifamiliar. Ese fue el caso de la Resolución de 16 de enero de 2002, transcrita por la Notario en su recurso, y citada en *“vistos”* de la que comentamos, y en la que la DG argumenta que *“si bien es cierto que corresponde al planeamiento la determinación de la intensidad edificatoria de cada zona de suelo, ello debe agotarse en el señalamiento del volumen edificable o de los metros cuadrados de edificación residencial por hectárea”*. Cuesta admitir que el planeamiento no tenga nada que decir en relación al número de viviendas edificables por sector; desde luego, no parece entenderlo así el legislador catalán, que en el art. 36 del TR de la Ley de Urbanismo dice que *“el planeamiento general asigna el aprovechamiento urbanístico”*, y que *“también integra el aprovechamiento urbanístico la densidad del uso residencial, expresada en número de viviendas por hectárea”*.

## PROPIEDAD HORIZONTAL: ALCANCE DE LA PREVISIÓN ESTATUTARIA QUE PERMITE LA SUBDIVISIÓN DE LOCALES

*Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de febrero de 2010 y Resolución de la DGRN de 12 de abril de 2010*

La STS de 11 de febrero de 2010 resuelve un supuesto a favor de un propietario de un local en planta baja de edificio en régimen de propiedad horizontal que, amparándose en la norma estatutaria que autoriza la subdivisión de dichos locales, realiza ésta, y, para dar al local segregado salida a la vía pública, convierte en puerta lo que hasta entonces era una ventana.

El TS reconoce que dicha doctrina es singular para el caso concreto: interpretación del art. 7 LPH en caso de locales comerciales sitos en planta baja, mientras que las sentencias invocadas por el recurrente tienen carácter general (en la de 27 de

junio de 1996, el TS, en un caso con idéntica previsión estatutaria, negó al propietario de un local en planta sótano comunicar la porción segregada mediante apertura de puerta al vestíbulo de entrada del inmueble).

El interés de la sentencia, por tanto, radica en determinar la aplicabilidad de su contenido a aquellos supuestos en los que se plantea formalizar una división de local integrante de un edificio en propiedad horizontal, cuando dicha división, por sí sola, no permite a los locales resultantes de la misma tener salida a elemento común o a la vía pública, y por tanto no reunirían los requisitos para ser susceptibles de su consideración como *“elementos independientes”*, conforme a los artículos 1 de la LPH, o, en Catalunya, 553-2 del CCC. Todo ello, por supuesto, partiendo de que la previsión estatutaria no prevea —como en ocasiones ocurre— la apertura directa de esa comunicación.

En ocasiones, ese acceso a elemento común o a la vía pública se consigue mediante la constitución previa o simultánea de una servidumbre de paso por otro elemento independiente, posibilidad expresamente reconocida por la DGRN en la Resolución de 16 de mayo de 2002, en la cual dicha servidumbre se constituía sobre el local resto y en favor del segregado.

Aquí, sin embargo, se trata de dar esa salida a través de la apertura de una puerta, bien a la vía pública, en la Sentencia comentada, bien al portal del edificio, en la de 27 de junio de 1996.

De acuerdo con el TS, si se trata de local comercial en planta baja y de puerta abierta a la calle, la doctrina singularizada de dicho supuesto es que sí procede admitirlo.

A partir de ahí, la cuestión es si cabe seguir esa doctrina, o pedir la autorización de la comunidad. Personalmente, creo que pediría esa autorización, y la licencia de obras correspondiente, necesaria ésta también para proceder a esa apertura, y por tanto para garantizar la posible configuración del local como elemento independiente. No obstante, en Catalunya, si se ha otorgado la licencia de división en aplicación del art. 179.2 r del TR de la Ley de Urbanismo, en base a un proyecto que contempla esa apertura, dicha licencia debe considerarse que incorpora la de obras.

En la RDGRN partimos también de una autorización en los estatutos de comunidad que permite dividir o segregar los locales, en base a lo cual la sociedad propietaria del local sótano efectúa lo siguiente:

— Segrega una porción y *“retiene el uso sobre el espacio libre exterior, el cual mientras no sea asignado de otro modo corresponderá al local resto”*, lo cual para el Registrador supone una modificación del título constitutivo de la División Horizontal que requiere acuerdo unánime de la comunidad de propietarios.

— Además de dicha previsión, en la escritura se establecen unos estatutos para dicho local, en que se dispone que la propietaria irá segregando distintos locales, asignando a cada uno una cuota que será su módulo de participación en elementos comunes, y determina que los propietarios de las plazas de apar-



camiento integrados en dicho local 1, podrán constituirse en junta, a efecto de tratar los asuntos que le afecten, aplicándose analógicamente la Ley de Propiedad Horizontal.

— Por último, constituye servidumbre de paso permanente sobre la finca resto y a favor de la segregada, que adquirirá eficacia jurídica cuando se separe la propiedad de ambas fincas.

Haciendo referencia a cada una de estas tres cuestiones, hay que decir que el único defecto apreciado por el Registrador alude a la primera:

a) El problema que —supongo— parece ver el registrador es la utilización del verbo “retener” por parte de la sociedad dueña del local, al referirse al uso del espacio libre exterior, cual si fuera un derecho atribuido a la sociedad, y no al local. En todo caso, la DG estima el recurso, matizando que *perteneciendo al local matriz el uso exclusivo de algún elemento, tal uso se puede atribuir a cualquiera de los locales en que se subdivide aquél, sin necesidad de consentimiento de la Junta.*

b) Respecto a las normas estatutarias que configuran el régimen aplicable al total local sótano de modo —dice la escritura— “análogo” a la propiedad horizontal, decir que es perfectamente admisible, y que dicho régimen podría ser no ya análogo sino el “de la” propiedad horizontal; en este sentido, recordemos que la Resolución de 19 de junio de 2001 admitió expresamente la constitución en propiedad horizontal de un departamento integrado en un edificio sobre el que ya estaba constituido el régimen de propiedad horizontal, a modo de “superposición de dos regímenes independientes”.

c) Por último, en cuanto a la constitución de servidumbre como modo de dar acceso al exterior o a un elemento común, podríamos cuestionarnos si el hecho de que la misma quede suspensivamente condicionada a la separación de la propiedad de ambas fincas podría suponer un obstáculo para la configuración del local segregado como elemento independiente.

En todo caso, ese problema no se daría en Catalunya, al permitirse la servidumbre sobre predios dominante y sirviente del mismo propietario (art. 566.3 CCC).

# Ley de Sociedades de Capital

## Doctrina y Jurisprudencia

Texto Refundido

NUEVO



Director:

Carlos Vázquez Iruzubieta

El texto de la Ley de Sociedades de Capital está actualizado conforme a la reforma introducida por el Real Decreto-Ley 13/2010, de 3 de diciembre, de actuaciones en el ámbito fiscal, laboral y liberalizadoras para fomentar la inversión y la creación de empleo. La nueva Ley de Sociedades de Capital posibilita varias lecturas. Por una parte, lo más evidente, que consiste en la refundición de normas que no están dispersas en varias leyes, sino que integran dos leyes concretas y autónomas.

Una segunda lectura nos permite apreciar que también hay nuevas disposiciones que pretenden conjugar las normas de leyes diversas en la medida de lo posible, especialmente lo relativo a la esencia de las sociedades

anónimas y limitadas, acomodando las sociedades comanditarias por acciones a los preceptos de las anónimas, salvo el contenido de los pocos artículos que en la refundición se dedican de modo exclusivo a esta especie societaria, que despierta poco interés entre los inversores españoles.

En tercer lugar, se incorporan subespecies de las limitadas, como la unipersonal o las sociedades de nueva empresa, y entre las anónimas, las cotizadas en mercados secundarios oficiales. Y finalmente, la prometedora intención legislativa de concluir en un Código de las Sociedades Mercantiles y, más aún, llegar a un nuevo y necesario Código de Comercio.

Páginas: 956 • Encuadernación: Tapa dura • ISBN: 978-84-8126-771-6

# Reseña de las principales sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña<sup>(\*)</sup>

Publicadas en el segundo y tercer trimestre de 2010

Por Víctor Esquirol. Notario de El Masnou

## LEGÍTIMA Y SEGURO DE VIDA

### Las primas de los seguros de vida contratados por el causante son computables para calcular las legítimas

*Sentencia n.º 14/2010, de 7 de abril (Ponente: José Francisco Valls Gumbau)*

**Resumen:** Se plantea si la prima única del seguro Vida Caixa satisfecha por el causante de 89 años de edad por importe de 1.860.000 euros a cambio de una pensión vitalicia y de un capital para el caso de muerte de importe similar al de la prima, lo ha sido en fraude de los derechos legitimarios y si se tiene que computar o no en el caudal relicto. La sentencia de instancia califica el seguro como un contrato que presenta las características de un vitalicio sin que haya ninguna simulación ni se pueda presumir una donación. En cambio, la sentencia de la Audiencia Provincial lo califica como un seguro de vida, declara que la prima única abonada debe computarse en el *relictum* y considera que se suscribió en fraude de derechos legitimarios.

El TSJC confirma la sentencia de la Audiencia y concluye que la suscripción de dicho contrato no tiene otra explicación que defraudar los posibles derechos legitimarios de sus hijos, con los que no tenía una buena relación. Afirma que el causante no tenía necesidad de concertar este contrato para cubrir sus necesidades, ni se puede justificar con los beneficios de una inversión que le producía menos beneficio que una simple imposición a plazo. También menciona el art. 88 de la Ley 50/1980 del Contrato de Seguro (LCS), que dispone: "La prestación del asegurador deberá ser entregada al beneficiario, en cumplimiento del contrato, aun contra las reclamaciones de los here-

*deros legítimos y acreedores de cualquier clase del tomador del seguro. Unos y otros podrán, sin embargo, exigir al beneficiario el reembolso del importe de las primas abonadas por el contratante en fraude de sus derechos."*

Por otra parte, sigue diciendo el TSJC que el CS, vigente en el momento de la apertura de la sucesión, no menciona nada sobre la cuestión (como tampoco lo hace actualmente el CCCat), si bien la doctrina considera colacionables, como donación, las primas de seguro de vida pagadas por el causante, excepto seguros sociales u otros de tipo mutualista. Aunque no debe confundirse colación con computación, aplica el mismo régimen a estos efectos.

**Comentario:** En la práctica diaria los notarios nos planteamos a menudo la cuestión del tratamiento sucesorio de los seguros de vida con relación a la legítima, especialmente cuando se pactan para el caso de defunción del causante y éste es, además, el tomador del seguro, esto es, la persona que lo contrata y paga la prima del seguro. Por una parte, es evidente que la indemnización por el seguro de vida es un derecho que nace cuando muere el causante y que no ha formado parte en ningún momento de su patrimonio, por lo que no se debería computar para calcular la legítima. Por otra parte, no es menos cierto que la mencionada indemnización produce un enriquecimiento a los beneficiarios a espaldas de la herencia, de modo que, a pesar de ser una relación jurídica convenida por el causante, puede resultar paradójicamente que el heredero, sucesor en la personalidad jurídica del causante, resulte menos favorecido por la muerte de éste que el beneficiario designado en el contrato de seguro. Pero, en definitiva, la voluntad del causante es libre... excepto en materia legitimaria.

A pesar de que, desgraciadamente, ni el CS ni el CCCat regulan la cuestión, la doctrina es prácticamente unánime al considerar que la indemnización no forma parte del *relictum* a efectos de la compu-

(\*) El texto íntegro de las sentencias puede consultarse en [www.poderjudicial.es](http://www.poderjudicial.es).



tación de la legítima (ROCA TRIAS, *Institucions del Dret civil de Catalunya*, 2009, 7ª edición, págs. 558 y 560; JOU, *Comentarios al Código de Sucesiones*, 1996, pág. 1204; NAVAS, "Assegurança de vida en cas de mort de l'assegurat, composició del cabal hereditari i quantum legítimari", *RCDP*, vol. 4, 2004, pág. 233; ROCA-SASTRE MUNCUNILL, *Derecho de Sucesiones*, pág. 48). La LCS apunta también en esta dirección al disponer en el art. 84, 3º que, si no hubiese beneficiario designado, el capital formará parte del patrimonio del tomador (por lo que, *a sensu contrario*, si hay beneficiario, no forma parte del patrimonio) y en el art. 88, 1º, que la compañía de seguros deberá entregar la indemnización al beneficiario *aun contra las reclamaciones de los herederos legítimos*. La jurisprudencia ha optado por la misma solución al declarar como no computable el importe de la indemnización y como computables las primas del seguro abonadas por el causante; así lo declaran, como más recientes, la SAPB de 15 de mayo de 2010 y la STJC que comentamos. La doctrina mencionada también considera como computables las primas del seguro de vida, sin necesidad de intención defraudadora.

No obstante, si la indemnización por seguro de vida técnicamente no forma parte del relictum, en buena técnica tampoco las primas del seguro deberían ser consideradas integrantes del mismo. Como máximo deberían agregarse al cómputo como integrantes del donatum, es decir, de las donaciones o liberalidades hechas por el causante en vida y que se computan a efectos del cálculo de la legítima. Suscribimos en este sentido la opinión de VALLET que califica el contrato de seguro de vida como un contrato a favor de un tercero que implica una donación *mortis causa* indirecta a favor del beneficiario. Es una donación ya que produce un empobrecimiento en el patrimonio del tomador y un enriquecimiento en el patrimonio del beneficiario; es indirecta porque utiliza un negocio jurídico de naturaleza diferente a la donación; y es *mortis causa* porque el beneficiario no adquiere ningún derecho hasta la muerte del asegurado y, mientras tanto, tiene una simple expectativa ("Las donaciones *mortis causa* indirectas en el Derecho civil y en el mercantil", en *Estudios sobre donaciones*, Montecorvo, 1978, pág. 223 y ss.).

En cuanto a la cuestión de qué es lo que se debe computar, si las primas o la indemnización, Vallet dice: "El empobrecimiento del estipulante, correlativo en más o menos parte con el enriquecimiento del beneficiario, es el producido en su patrimonio por el pago de las primas. Y éstas, por lo tanto, son lo único que, en buena técnica y perfecta justicia debe considerarse donado por el estipulante a los efectos de su computación para determinar el capital de la sociedad conyugal y para fijar la cifra base del cálculo de las legítimas" (*op. cit.*, pág. 239).

Sin embargo, debemos plantearnos si no sería más adecuado o más equitativo computar como *donatum* no las primas, sino la propia indemnización percibida por el beneficiario. Vallet opina que esta opción sería lógica si aplicásemos en todo su rigor las consecuencias de la calificación de donación *mortis causa*, pero que iría en contra del desarrollo de la institución del seguro de vida ya que el tomador posiblemente dejaría de someterse al sacrificio del pago de las primas si supiera que sus legitimarios distanciados de él deben participar del premio de sus sacrificios (*op. cit.*, pág. 238).

En mi opinión, por el contrario, creo que se aviene mejor con la naturaleza de la legítima catalana el hecho de que se compute

la indemnización recibida por el legitimario en lugar de las primas de seguro. La institución de la legítima en Cataluña no establece una relación jurídica entre el causante y sus legitimarios, sino entre éstos y el heredero o persona obligada al pago de la legítima. El causante puede prescindir totalmente de las legítimas en su testamento o en su contrato sucesorio e, incluso, gravarlas o limitarlas, sin que ello afecte en absoluto la eficacia de dicho negocio jurídico. El testamento sigue siendo válido en caso de preterición intencional de legitimarios (art. 451-16.1) y de desheredación injusta (art. 451-21.2) y las limitaciones que imponga en la legítima se consideran no establecidas (art. 451-9.1). Los derechos de los legitimarios funcionan con independencia de lo que disponga el causante (a excepción, lógicamente, de que se les atribuyan bienes en pago). La legítima no es, por tanto, en Cataluña, una limitación de las facultades dispositivas *mortis causa* de una persona. Lo que en definitiva intenta evitar la institución de la legítima es que una o distintas personas reciban mucho más que los legitimarios o, quizá mejor dicho, intenta conseguir que éstos reciban alguna cosa en la herencia de los familiares más directos. De acuerdo con estos parámetros, el legislador catalán parece más preocupado por computar e imputar el beneficio adquirido por el beneficiario de la atribución que el coste que ha representado para el causante. Esta conclusión se deduce del criterio seguido para valorar los bienes objeto de las donaciones u otras disposiciones computables e imputables, que no es el valor que tienen en el momento de la disposición (coste para el causante) sino en el momento de la apertura de la sucesión (beneficio actualizado); de este modo resulta en los art. 451-5, c y 451-8.4. Por tanto, creo que es más adecuado computar la indemnización recibida por el beneficiario que las primas pagadas por el causante.

Esta solución también es aplicable al seguro de vida contratado para asegurar el pago de una deuda, donde el beneficiario es la persona física o jurídica acreedora (a pesar del beneficiario designado en la póliza y de la *causa solvendi*, el beneficiario final es el heredero que se encuentra liberado de la deuda de su causante), y para los productos financieros del tipo planes de pensiones, donde la cantidad a percibir no se integra en la masa hereditaria. En este último caso, entiendo que lo que se debe computar no es tampoco la cantidad aportada por el causante, sino la recibida por el beneficiario con deducción del IRPF soportado por éste, que viene a ser un diferimiento del impuesto a cargo del causante y que se desgravó en su día.

Finalmente, el hecho de que la indemnización del seguro de vida sea computable a efectos del cálculo de la legítima no se debe confundir con el hecho de que sea también imputable a la legítima. Computación e imputación son operaciones contables totalmente diferentes: la computación sirve para calcular la legítima global y es independiente de la voluntad del causante, mientras que la imputación se utiliza para calcular la legítima individual a percibir por el legitimario afectado y depende de la voluntad del causante. Según la regla general de los arts. 451-7 y 451-8.1, sólo se imputan a la legítima las atribuciones *mortis causa* o *inter vivos* realizadas por el causante cuando así lo ha dispuesto (en las donaciones, además, con el consentimiento del donatario). Por tanto, el carácter imputable de las indemnizaciones por seguro de vida requiere un pacto expreso en este sentido entre causante y legitimario, lo que no se suele hacer en la práctica.

## TESTAMENTO OTORGADO CON INTIMIDACIÓN

**La fe notarial no puede abarcar la validez del consentimiento prestado cuando se induce previamente a su intervención mediante actuaciones ilícitas que no se le ponen de manifiesto**

*Sentencia n.º 15/2010, de 8 de abril (Ponente: Ma. Eugènia Alegret Burgués)*

**Resumen:** Un testamento se declara nulo por los tribunales de instancia porque se considera acreditado el hecho de que se había otorgado bajo intimidación de la testadora. El TSJC recuerda que el art. 126 CS, aplicable a la sucesión por la fecha de defunción de la causante, hoy 422-2 CCCat, incorporó la intimidación grave como mecanismo para anular un testamento o una disposición testamentaria. A falta de definición legal de intimidación, considera como tal la coacción o fuerza moral que inspira a una persona el temor racional y fundado de padecer un daño inminente y grave si no accede a las pretensiones de otra persona, de forma que produce una inhibición de su voluntad y la exteriorización de otra diferente; y para calificarla como grave se debe tener en cuenta la edad y condición de la persona intimidada. En este caso, la testadora era una señora de edad avanzada que vivía en compañía de su hija, quien ejerció la intimidación. Por tanto, considera que la intimidación es grave y confirma no sólo la nulidad del testamento sino también la indignidad sucesoria de la hija en base al art. 11.4 CS. Con relación a la actuación del notario que autoriza el testamento, declara que la fe notarial hace referencia a la capacidad de la testadora, pero no puede abarcar la validez del consentimiento prestado cuando se induce previamente mediante actuaciones ilícitas que no se le ponen de manifiesto, y que no tiene por qué conocer ni presumir cuando ignora el contexto de la situación familiar de la testadora.

**Comentario:** Esta sentencia trata un tema que tradicionalmente nos ha preocupado mucho en la práctica notarial: la formación de la voluntad del testador, especialmente cuando éste tiene una edad avanzada y cuando la persona sospechosa de ejercer una influencia negativa en su voluntad es su cuidador, sea familiar o no. Y yo diría que nos preocupa incluso más que la apreciación de la capacidad, porque es más difícil de ver.

La sentencia que contamos exculpa al notario porque considera que no tiene por qué conocer las circunstancias bajo las cuales se forma la voluntad de la testadora. Sin embargo, que el notario haya salvado su responsabilidad no nos debe tranquilizar porque el notario debe denegar la autorización del testamento si ve indicios claros de intimidación. Y en el caso que nos ocupa, si es cierto lo que la sentencia declara probado, sí que había intimidación. Me hubiera gustado pedir la versión de notario, pero la sentencia no lo cita (sólo se puede deducir que es un notario que ejercía en la ciudad de Barcelona en el año 2002) y, por otra parte, declaró en el proceso que no recordaba las circunstancias de su intervención.

Los hechos que la sentencia declara probados son los siguientes: la testadora, de 97 años de edad, está ingresada en una clínica, donde se presentan su hija, el marido de ésta y un notario. El marido y el notario pasan a una sala contigua y la hija entra en la habitación de la testadora, donde permanece durante más de veinte minutos. El notario le dice al yerno que se tiene que ir, el yerno le dice que espere y entra en la habitación. Se

escuchan “voces subidas de tono”; el yerno sale de la habitación y avisa al notario de que ya puede entrar. Parece que la hija se queda en la habitación mientras se otorga el testamento. En el testamento se declara a la hija como heredera única en perjuicio de su hermano.

Es evidente que el notario no debe hacer de detective, pero entre la investigación detectivesca y la despreocupación hay un término medio. No olvidemos el art. 193.3 RN: “*Los notarios darán fe de que los comparecientes han prestado su libre consentimiento al contenido del instrumento*”. Puede que la palabra “libre” sea un poco excesiva si la interpretamos en un sentido amplio, ya que, tal como establece la sentencia, las presiones sobre el otorgante pueden escapar al control del notario, por estar producidas con anterioridad a su intervención. Creo que una interpretación correcta del precepto es que el notario debe comprobar que no existen indicios que afecten a la formación de voluntad de los comparecientes; otra cosa el notario no la puede asegurar.

Si son ciertos los hechos expuestos, creo que el notario no actuó correctamente. Los 97 años de la testadora, que no acude al notario, sino que el notario es requerido para ir a clínica a instancias de una hija que es la beneficiaria en perjuicio de otra persona que no está presente, la larga espera del notario, la intervención del yerno, las voces subidas de tono, la presencia de la beneficiaria en la lectura del testamento... hay demasiados indicios. El notario debería haber negado su intervención.

Con relación a los efectos de la intimidación, el TSJC y los tribunales de instancia declaran nulo el testamento otorgado con intimidación en consonancia con el art. 126.3 CS, en lugar de declarar nula la institución de heredero, conforme al art. 126.4. Y lo hace acertadamente ya que la intimidación, en el caso que nos ocupa, afecta a la voluntad de otorgar el testamento, que de no existir no se hubiera otorgado. Asimismo, declaran eficaz el anterior testamento, aunque en el CS no hay una norma equivalente al actual art. 422-4 CCCat. Y también aciertan, a mi parecer, ya que en el proceso quedó demostrado que el testamento anterior era el que recogía la verdadera voluntad de la causante, testamento que ya había otorgado a espaldas de su hija, que la había forzado a hacer un testamento todavía anterior.

## COMPRAVENTA A CARTA DE GRACIA

**La compraventa a carta de gracia es válida si no se demuestra que encubre un préstamo con garantía de la finca vendida**

*Sentencia n.º 18/2010, de 13 de mayo (Ponente: Núria Bassols i Muntada)*

**Resumen:** Se plantea, entre otras cuestiones de menor interés, si la compraventa con pacto de retroventa es nula por simulación de un préstamo con pacto comisorio.

El TSJC declara la validez del contrato, que encaja en la figura de la venta a carta de gracia o empenyament, regulada en los arts. 236 y siguientes de la CDCC. Acepta que si se demostrara que la finalidad de la transmisión fuera la de servir de garantía a un préstamo concedido por el vendedor al comprador, la venta sería nula, y que la carga de la prueba corresponde a quien pretende la invalidez del contra-



to, pero recuerda la reiterada doctrina jurisprudencial que establece que la interpretación de los negocios jurídicos es función privativa del tribunal de instancia, cuyo criterio debe mantenerse en casación, a menos que la interpretación de éste sea desorbitada o arbitraria.

**Comentario:** En el mismo sentido, Roca Trias (*Instituciones del Dret civil de Catalunya*, vol. I, 4a edición, pág. 177) exige que para que la compraventa a carta de gracia pueda declararse nula, debe probarse la vulneración del principio de prohibición del pacto comisorio.

## SEPARACIÓN DE BIENES: PRESUNCIÓN DE DONACIÓN ENTRE CÓNYUGES

**Si uno de los cónyuges casados en régimen legal de separación de bienes adquiere un inmueble con el dinero de su consorte, se presume que éste le ha donado el dinero. La presunción es iuris tantum y sólo se puede desvirtuar si se acredita la existencia de un negocio fiduciario o un pacto reversional**

*Sentencia n.º 23/2010, de 7 de junio (Ponente: José Francisco Valls Gombau)*

Se declara probado que una persona había adquirido un inmueble y lo había escriturado a nombre de su mujer, con quien estaba casado en régimen legal de separación de bienes. Posteriormente, el marido alega la existencia de un negocio fiduciario afectado por simulación relativa, solicita la nulidad del contrato de compraventa y que se le declare como propietario único del inmueble.

El TSJC declara que “una vez demostrada la titularidad del bien por uno de los cónyuges realizada en adquisición onerosa durante el matrimonio, dicho bien forma parte de su patrimonio, conforme a lo dispuesto en el art. 39 CF”. Este precepto establece: “En las adquisiciones hechas a título oneroso por uno de los cónyuges durante el matrimonio, si consta la titularidad de los bienes, la contraprestación se entiende pagada con dinero del adquirente. En caso de que la contraprestación proceda del otro cónyuge, se presume su donación”.

El TSJC considera que la presunción de donación es de carácter *iuris tantum*, por lo que se puede desvirtuar por prueba en contrario, a cargo de quien pretende la nulidad, acreditando la fiducia alegada o un pacto reversional, hecho que no ha ocurrido en el caso que nos ocupa.

# DictaLaw®

## USTED HABLA Y EL ORDENADOR LO TRANSCRIBE TODO



### El primer y único sistema integrado de reconocimiento de voz para juristas

Con **DictaLaw** multiplicará por cuatro su productividad frente al uso del teclado, por no hablar de su comodidad y facilidad de uso.

La incorporación de un extenso vocabulario jurídico en castellano y latín así como un conjunto de herramientas de lenguaje natural son la clave de la extraordinaria precisión de **DictaLaw**.

Hablar y escribir ahora es lo mismo.

**DictaLaw. Dígalo por escrito.**

Solicite ahora más información sin compromiso llamando al **902 250 500** o en **www.dictalaw.es**



# Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado contra calificaciones de la propiedad y mercantiles

Publicadas en el tercer trimestre de 2010

Por Fernando Agustín Bonaga. Notario de Calatayud

## ANOTACIÓN PREVENTIVA

### A) En general

*Resolución de 4 de junio de 2010 (BOE 192, de 9 de agosto de 2010: 12805)*

Incorpora la doctrina de las Resoluciones de 19 septiembre 2008 y 13 mayo 2008, sobre vigencia de anotaciones preventivas tras la LEC-2000. Hay tres posibles situaciones:

- Anotaciones solicitadas tras la entrada en vigor de la LEC-2000: caducan a los 4 años, pero son susceptibles de prórogas sucesivas (art. 86 LH redactado por la LEC 2000).
- Anotaciones practicadas antes de la vigencia de la LEC-2000: mismo régimen.
- Anotaciones prorrogadas en virtud de mandamiento presentado antes de la entrada en vigor de la LEC-2000. A ellas se refiere la Instrucción DGRN de 12 de diciembre de 2000, que les aplica transitoriamente el artículo 199-2 RH (tácitamente derogado tras la nueva LEC): quedan indefinidamente prorrogadas hasta la firmeza de la resolución judicial que ponga fin al procedimiento. La anotación no caduca automáticamente en el momento de la firmeza, sino que sólo puede pedirse la cancelación a los 6 meses desde la emisión de la resolución firme (por analogía con el art. 157 LH), para dar tiempo al anotante a presentar ésta antes de que el anotado pudiera realizar enajenaciones a terceros. [Es doctrina constante, que sólo fue abandonada por una Resolución aislada (de 21 de julio de 2005)].

### B) De crédito refaccionario

*Resoluciones de 17 de mayo de 2010 (BOE 162, 5 de julio de 2010: 10657) y de 20 de mayo de 2010 (BOE 177, 22 de julio de 2010: 11697)*

Deniegan la práctica de las anotaciones pretendidas por no considerar refaccionario el crédito que nace de la aportación de dinero realizada por un cooperativista a una cooperativa de viviendas, en la que después causó baja, de modo que el dinero aportado se destinó a la compra de los terrenos donde se iban a construir las viviendas.

En nuestro Derecho no hay una definición de crédito refaccionario, sino normas que regulan su preferencia (artículo 1923 Cc, Ley de Hipoteca Naval, Ley Concursal) y la posibilidad de anotarlo preventivamente en el Registro de la Propiedad (art. 59 LH). Para la más reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo (Sentencia de 21 de julio de 2000) se trata del crédito que nace de cualquier contrato (no necesariamente préstamo) que implique un adelanto de dinero, material o trabajo por el contratista al propietario, para la construcción, reparación, conservación o mejora de un inmueble.

El crédito de estos supuestos no es refaccionario, pues no aumenta el valor del bien, ya que las fincas continúan siendo rústicas y no hay aún declaración de obra sobre ellas. Es un derecho de reembolso sin la preferencia que otorga la refacción frente a los demás acreedores sociales, pues el cooperativista que causa baja responde, hasta el importe reembolsado, de las deudas sociales durante los cinco años siguientes (art. 15-4 Ley Cooperativas). El TS la considera acción personal encau-



drada en el artículo 1964 Cc sobre prescripción de acciones personales sin término especial.

### C) De demanda

*Resolución de 11 de mayo de 2010 (BOE 172, 16 de julio de 2010: 11386)*

En su día fue practicada anotación de demanda de elevación a público de documento privado, que se prorrogó antes de la LEC-2000. Se dictó sentencia estimatoria de la demanda que, tras recursos, devino firme. Contra la sentencia de ejecución se volvió a recurrir, llegando a la casación.

Transcurridos más de 6 meses desde la sentencia de casación en fase de ejecución, el recurrente pretende la cancelación de la anotación, por aplicación analógica del artículo 157 LH (posibilidad admitida respecto de anotaciones de embargo; v. gr. Resolución de 20 de diciembre de 2005). La Dirección lo rechaza, porque el recurso de casación contra sentencia de ejecución tiene por finalidad garantizar la integridad del fallo declarativo, pero no supone necesariamente el fin del procedimiento ejecutivo (como ocurre en el supuesto resuelto, donde la sentencia de casación en fase ejecutiva se limita a considerar insuficiente el mandamiento judicial que supla la voluntad del demandado y exige escritura pública).

*Resolución de 16 de agosto de 2010 (BOE 234, 27 de septiembre de 2010: 14794)*

Se celebró en su día un contrato de cesión a cambio de obra futura, garantizada con condición resolutoria, respecto de una finca que posteriormente el cesionario aportó a una reparcelación urbanística, trasladándose la condición resolutoria a las fincas de resultado adjudicadas al cesionario, pero no a las adjudicadas al Ayuntamiento y a otros propietarios minoritarios, sobre las cuales se pide ahora también anotación preventiva de demanda por incumplimiento de la condición. La Dirección deniega la anotación por infracción del principio de tracto sucesivo, al no haber intervenido los titulares en el procedimiento. Además, la subrogación real *ope legis* con traslado de las cargas de las fincas de origen a las de resultado, no opera sobre las fincas de cesión obligatoria al municipio (art. 124 Reglamento Gestión Urbanística).

### D) De prohibición de disponer

*Resolución de 8 de julio de 2010 (BOE 222, 13 de septiembre de 2010: 14079)*

Declara inscribible una escritura otorgada en 2004 por la que se aportaron dos fincas a la constitución de una sociedad limitada, a pesar de ser presentada al Registro cuando ya constan anotadas dos prohibiciones de disponer judiciales de 2005 y 2008. El artículo 145 RH dispone que este tipo de anotación impide inscribir actos dispositivos posteriores a la misma, pero no es obstáculo para inscripciones basadas en asientos anteriores al de dominio objeto de la anotación. La Dirección ha interpretado este artículo (vigente desde 1947):

- Por Resoluciones de 7 de abril, 8 de abril y 18 de abril de 2005, la Dirección declaró que el cierre registral resultante del artículo

145 RH se restringe a los actos dispositivos posteriores a la anotación, pero no a los anteriores.

- Por el contrario la Resolución de 28 de noviembre de 2008 (BOE 7, 8-I-09: 344) entendió que la prohibición de disponer inscrita cierra el Registro a los actos dispositivos no sólo posteriores, sino también a los anteriores no inscritos (para tal pronunciamiento pudo ser determinante el hecho de concurrir un motivo de orden o interés público relevante, pues la prohibición había sido decretada en expediente administrativo de disciplina urbanística).
- La Dirección opta ahora por una solución ecléctica: el artículo 145 RH no impide la inscripción de actos dispositivos anteriores a la anotación de prohibición; pero tal inscripción no implica la cancelación de dicha anotación, sino que ésta se arrastrará, de modo que corresponderá al titular cuya adquisición ha sido inscrita después de la anotación, pedir el levantamiento de ésta, de forma similar a como pasa con las anotaciones de embargo a través de las tercerías de dominio. Este fue también el criterio de la R. 3 junio 2009 (BOE 155, 27-VI-09: 10607), que declaró inscribible una venta hecha antes de la declaración del concurso de acreedores de la sociedad vendedora y de su anotación, y que guarda gran analogía con la resolución actual, ya que ambas anotaciones (de declaración de concurso y de prohibición de disponer) tienen igual efecto: suspender o restringir facultades dispositivas.

## ARRENDAMIENTO

*La SAP Alicante (6ª), de 14 de enero de 2008, publicada por Resolución de 24 de junio de 2010 (BOE 193, 10 de agosto de 2010: 12928) anula esta resolución:*

Resolución de 22 de abril de 2006 (BOE 143, 16-VI-06: 10793). Confirma el criterio del TS (Sentencias de 30 de marzo de 1987, 28 de marzo de 1990, 19 de septiembre de 1997): para la inscripción de un arrendamiento de un inmueble perteneciente a varios condueños, no hace falta unanimidad, sino sólo mayoría, salvo que el arrendamiento, por su duración u otras concretas estipulaciones, exceda la mera administración y pudiera considerarse como acto de disposición o gravamen (así, el TS exige unanimidad en arrendamiento rústico de más de 6 años).

## CANCELACIÓN DE ASIENTOS

*Resolución de 19 de julio de 2010 (BOE 227, 18 de septiembre de 2010: 14360)*

Deniega la cancelación de una inscripción de adjudicación en procedimiento de ejecución hipotecaria, pretendida por omisión del trámite de audiencia e incongruencia en el mandato judicial. Los asientos ya practicados están bajo la salvaguarda de los Tribunales, y sólo cabe cancelarlos o modificarlos con el consentimiento de todos los titulares registrales o por sentencia recaída en juicio contra los mismos (art. 40 LH).

*Resolución de 20 de julio de 2010 (BOE 227, 18 de septiembre de 2010: 14361)*

Deniega la inscripción de un mandamiento de cancelación de cargas posteriores dictado en procedimiento de apremio, al estar la anotación de embargo cancelada por caducidad. Las cargas que eran posteriores al expedir la certificación de cargas, como consecuencia de la cancelación de la anotación de embargo, han pasado a ser preferentes.

*Resolución de 14 de julio de 2010 (BOE 228, 20 de septiembre de 2010: 14428)*

A los efectos de la cancelación por caducidad ex artículo 82-5 LH, recoge la doctrina de la STS de 31 de enero de 2001: el plazo de prescripción de la acción derivada de la condición resolutoria explícita en la venta de inmuebles, es el propio de las acciones personales sin término especial: 15 años en el artículo 1964 del Código civil (30 años: en Navarra; y en Cataluña transitoriamente, pues la Ley 29/2002 lo reduce a 10 años).

## CONCURSO E INSOLVENCIA

*Resolución de 7 de junio de 2010 (BOE 192, 9 de agosto de 2010: 12806)*

Anotada en el Registro la declaración de concurso, no cabe anotar más embargos posteriores que los acordados por el Juez concursal (art. 24-2 Ley Concursal). Ahora bien, el artículo 55-1, permite continuar los procedimientos administrativos de ejecución que ya tuviesen providencia de apremio y las ejecuciones laborales donde ya se hubiesen embargado bienes, todo ello antes de la declaración de concurso, siempre que los bienes embargados no resulten necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor, cuestión ésta de apreciación judicial, a la que no se extiende la calificación registral y respecto de la cual la Administración actuante (la Tesorería de la Seguridad Social en el caso resuelto) sólo puede pedir al órgano judicial que se pronuncie, de modo que dicha Administración recuperará sus facultades de ejecución si la decisión es negativa, y perderá su competencia si es positiva (S. 5 de 22 junio 2009, de la Sala de Conflictos de Jurisdicción y Competencia del TS).

*Resolución de 8 de junio de 2010 (BOE 192, 9 de agosto de 2010: 12807)*

Declara inscribible una escritura de compraventa de finca perteneciente a una sociedad declarada en concurso voluntario, otorgada con intervención y conformidad de los administradores concursales, quienes manifiestan no ser necesaria la autorización judicial por tratarse de un acto inherente a la continuación de la actividad profesional o empresarial del deudor (posibilidad admitida por el artículo 43-3 Ley Concursal).

La Dirección no considera relevante el argumento –usado por el Registrador– de que los mismos administradores consideraron necesaria la autorización judicial, puesto que de hecho la obtuvieron, si bien lo que se incorporó a la escritura fue una copia sin la firma del Juez, cuando la exigencia de titulación pública del artículo 3 LH hace necesario aportar testimonio suscrito por el Secretario.

*Resolución de 11 de junio de 2010 (BOE 192, 9 de agosto de 2010: 12810)*

Declara inscribibles en el Registro de la Propiedad dos resoluciones judiciales inglesas por las que se declara la apertura de sendos procedimientos concursales contra dos nacionales ingleses.

La contradicción que, en materia de reconocimiento de resoluciones concursales extranjeras, existe entre la Ley Concursal española (cuyo artículo 220 exige un procedimiento de exequátur) y el Reglamento CE 44/2001 (cuyo artículo 16 impone el reconocimiento automático sobre la base del “principio de confianza comunitaria”), debe resolverse a favor del segundo en los supuestos en los que, como el de la resolución, concurren sus presupuestos de aplicación (cuestión incluida en el control registral): que la resolución proceda de un Estado miembro, salvo Dinamarca; que las autoridades de dicho Estado hubiesen basado su competencia en las reglas del propio Reglamento; que la resolución se incluya dentro del ámbito material del Reglamento; que sus efectos no sean manifiestamente contrarios al orden público español; que no exista limitación a la libertad personal o el secreto postal.

*La SAP Badajoz (2ª), de 26 de febrero de 2008, publicada por Resolución de 24 de junio de 2010 (BOE 193, 10 de agosto de 2010: 12923) anula esta resolución:*

Resolución de 7 abril 2006 (BOE 127, 29-V-06: 9421). Confirma la doctrina de la STS de 10 de junio de 1997. La aprobación del convenio concursal con los acreedores pone fin al expediente de suspensión de pagos, con la consecuencia de que el deudor recobra de nuevo su plena libertad de actuación, salvo que en el convenio pactado se le hubiese impuesto alguna limitación —la cual será siempre de interpretación estricta— como por ejemplo: que haga falta el consentimiento de la comisión interventora (supuesto de Resolución de 21 de agosto de 1993); o que se haya cedido a la comisión de acreedores la administración y liquidación de los bienes (caso de la Resolución de 23 de agosto de 1993).

## CONDICIÓN

### A) Suspensiva

*Resolución de 12 de mayo de 2010 (BOE 173, 17 de julio de 2010: 11476)*

Admite la inscripción de una escritura de compraventa cuyo perfeccionamiento queda sujeto a la condición suspensiva de que el comprador, en plazo de 18 meses desde el otorgamiento, obtenga: o bien consentimiento del acreedor hipotecario para la subrogación en el préstamo que grava la finca; o bien financiación de cualquier entidad financiera.

La Dirección recapitula doctrina consolidada. En nuestro Derecho, no sólo cabe la constitución de nuevos derechos reales (Resolución de 4 de mayo de 2009), sino también alterar su contenido típico sujetándolos a condición, término o modo. En caso de condición, hay que distinguir dos momentos: en fase de pendencia, el Registro publicará una titularidad actual y otra expectante, de modo que la inscripción de actos dispositivos sobre el dominio requerirá la actuación conjunta de ambos titulares; en fase de cumplimiento o incumplimiento, se extingue una de las dos titularidades y se consolida la otra, de modo que la inscripción de actos dispositivos otor-



gados sólo por uno, requerirá acreditar que el desenvolvimiento de la condición se realizó a su favor (Resoluciones de 16 de octubre de 1991 y 12 de junio de 1999). No hay obstáculo para inscribir una transmisión sujeta a condición suspensiva, siempre que se fije un plazo en que la misma deba considerarse cumplida o incumplida, a fin de evitar situaciones permanentes de pendencia (Resolución de 22 de julio de 2004).

La condición del supuesto es válida (según la interpretación restrictiva que el TS hace del artículo 1115 Cc), porque no es puramente potestativa, sino simplemente potestativa, ya que la subrogación u obtención de financiación no depende del mero arbitrio del obligado. Tiene su causa justificativa en la actual situación socio-económica: la disminución del precio de los inmuebles produce para el vendedor mayor riesgo de ser requerido de pago por obligación personal en caso de que el acreedor no consienta la subrogación en los términos del art. 118 LH. No estamos ante un pacto comisorio. El pacto de reserva de dominio es válido y lícito.

## B) Resolutoria

*Resolución de 9 de junio de 2010 (BOE 192, 9 de agosto de 2010: 12808)*

Deniega la reinscripción a nombre del vendedor de una finca que fue vendida con condición resolutoria ex artículo 1504 Cc, que se pretende en virtud de acta de notificación al comprador en la cual consta también el allanamiento de éste a que el vendedor resuelva y haga suyas las cantidades entregadas.

La Dirección no considera aplicable a este caso su doctrina (ej.: Resolución de 23 de marzo de 2010, resumida en materia de cancelación de hipotecas) sobre exigencia del consentimiento de los titulares con derecho inscrito posterior a la condición resolutoria – o subsidiaria declaración judicial-, que se refiere sólo a los casos en que se altera el efecto resolutorio, por ejemplo anticipándolo con la conformidad del titular del derecho resoluble, lo cual podría suponer una renuncia inadmisibles por perjudicar a terceros (art. 6-2 Cc). En el supuesto resuelto, no se anticipa la resolución. Es cierto que se presenta un mandamiento judicial de embargo, pero después de la presentación del acta. Y aunque es doctrina consolidada que el Registrador puede y debe tomar en consideración documentos pendientes de despacho aunque hayan sido presentados con posterioridad a fin de conseguir mayor acierto en la calificación y evitar asientos inútiles (ej.: Resolución de 24 de octubre de 2005), esto nunca puede desnaturalizar el principio de prioridad.

La reinscripción pretendida se deniega por falta de uno de los requisitos exigidos reiteradamente por la Dirección (ej.: Resolución de 19 de junio de 2007): además de aportar el título del vendedor y la notificación judicial o notarial, hay que presentar el resguardo de consignación en banco o en Caja oficial del importe que haya de ser devuelto al adquirente o corresponda, por subrogación real, a los titulares de derechos extinguidos por la resolución, teniendo además en cuenta que no cabe deducción alguna, aunque se hubiera establecido cláusula penal o se hubiese pactado otra cosa en la escritura, por cuanto puede tener lugar la corrección judicial prescrita en el art. 1154 Cc.

## DOCUMENTOS JUDICIALES

*Resolución de 3 de junio de 2010 (BOE 192, 9 de agosto de 2010: 12804)*

Deniega la inscripción de un mandamiento judicial recaído en procedimiento de elevación a público de documento privado que, teniendo por emitida la declaración de voluntad de venta a favor de los herederos del comprador, ordena la inscripción a su nombre de la finca vendida, que se segrega de una finca registral. Existen dos defectos:

- Para practicar la segregación es necesario inscribir previamente un exceso de cabida. Si bien la Dirección tiene declarado que se puede acordar la inscripción de un exceso de cabida en un procedimiento declarativo, hace falta cumplir los requisitos de los procedimientos especiales de la legislación hipotecaria. Aquí falta la citación a los colindantes de los artículos 200 y 201 LH.
- No cabe inscribir directamente el mandamiento, sino hace falta escritura pública. Cuando una resolución judicial condene a emitir una declaración de voluntad, transcurridos 20 días sin que el condenado lo haga, el tribunal emitirá auto teniendo por emitida la declaración si estuviesen predeterminados los elementos esenciales del negocio (art. 708 LEC). Así, sólo será directamente inscribible el auto cuando se trate de actos unilaterales (ejercicio de opción, cancelación...). En los demás casos, lo único que hace la Lec es permitir al demandante otorgar la escritura por sí solo, sin necesidad de que comparezca el Juez.

*Resolución de 15 de junio de 2010 (BOE 192, 9 de agosto de 2010: 12812)*

Deniega la inscripción de un testimonio de auto judicial, en cuya parte dispositiva desestima la oposición a la ejecución de un título judicial, pero que no se refiere a finca registral alguna, ni solicita ninguna operación registral, ni determina los actos o derechos cuya inscripción haya de practicarse.

*La SAP Las Palmas (5ª), de 10 de octubre de 2008, publicada por Resolución de 24 de junio de 2010 (BOE 193, 10 de agosto de 2010: 12931) anula la Resolución de 27 de abril de 2006 La SAP Las Palmas (5ª), de 29 de octubre de 2009, publicada por Resolución de 24 de junio de 2010 (BOE 193, 10 de agosto de 2010: 12942) anula la Resolución de 28 de abril de 2006.*

Ambas resoluciones anuladas son similares. La Dirección admite la inscripción de sendos autos recaídos en expediente de dominio para reanudación del tracto, pese a que al titular de la última inscripción inferior a 30 años se le notificó una sola vez (en lugar de las tres exigida legalmente), porque entiende que la calificación del Registrador se debe limitar a apreciar el hecho de que quien aparece protegido por el Registro haya sido emplazado en el procedimiento, independientemente del modo en que se haya cumplimentado ese emplazamiento, cuya falta sí debe denunciar el Registrador pero cuyo modo sólo compete apreciar al Juez.

*Resolución de 15 de julio de 2010 (BOE 234, 27 de septiembre de 2010: 14793)*

Rechaza la inscripción de una sentencia declarativa de dominio a favor del demandante en una tercería de dominio, por varios defectos: no constar su firmeza; se presenta sólo la sentencia de

apelación, pero hace falta aportar también la de Primera Instancia, que es donde consta el contenido de la resolución inscribible; al tratarse de fincas gananciales, debería haberse demandado también a los herederos del cónyuge cotitular, así como al titular de una anotación preventiva de derecho hereditario; falta de expresión en la sentencia del título material por el que adquirió el demandante; falta de circunstancias personales del actor exigidas por la legislación hipotecaria; figurar ya canceladas por caducidad las anotaciones cuya cancelación se pretende.

*Resolución de 16 de julio de 2010 (BOE 227, 18 de septiembre de 2010: 14359)*

Deniega la inscripción de una sentencia firme que anula una licencia de obras, porque el titular registral actual no ha tenido parte en el procedimiento, ni en su día se anotó preventivamente la demanda. No procede ni la inscripción de la sentencia como tal, ni la nota marginal de declaración de ilegalidad que prevé el art. 75 de RD 1093/1997.

*Resolución de 27 de julio de 2010 (BOE 228, 20 de septiembre de 2010: 14429); Resolución de 19 de agosto de 2010 (BOE 234, 27 de septiembre de 2010: 14795) y Resolución de 20 de agosto de 2010 (BOE 234, 27 de septiembre de 2010: 14796)*

Incorporan la misma doctrina. Para cumplir con el principio de tracto sucesivo, la demanda debe dirigirse contra el titular registral. Si éste ha fallecido, es preciso acreditar la fecha de su fallecimiento (art. 166-1 RH). Sólo deberá nombrarse un administrador judicial de la herencia yacente si no se conoce el testamento del causante, no hubiese parientes con derecho a la sucesión por ministerio de la Ley, y la demanda fuese genérica a los posibles herederos del titular registral; pero no cuando el Juez haya considerado suficientemente la legitimación pasiva de la herencia yacente.

## ELEVACIÓN A PÚBLICO DE DOCUMENTO PRIVADO

*Resolución de 2 de junio de 2010 (BOE 192, 9 de agosto de 2010: 12803)*

Deniega la inscripción de una escritura (de 2007) de elevación a público de un documento privado de compraventa (de 2003), por los siguientes motivos:

- Fallecido el vendedor, la escritura es otorgada por sus herederos, pero uno de ellos es incapaz y es representado por su tutor, quien a su vez es uno de los compradores. En el documento privado se dejó aplazada la mayor parte del precio, que se declara en la escritura íntegramente percibido. Es cierto que civilmente la venta se perfeccionó al tiempo de otorgar el documento privado y que entonces no hubo conflicto de intereses. Pero, a efectos registrales, la fecha del negocio inscribible es la de la escritura. Así resulta de estas consideraciones: la fehaciencia del art. 1227 Cc se refiere sólo a la fecha, pero no al contenido; sólo son inscribibles los títulos públicos (art. 3 LH); la carta de pago total supone una renuncia de derechos o créditos del tutelado contra el tutor-comprador, que exige autorización judicial actual.
- No basta con que la escritura esté otorgada y los compradores manifiesten ser vecinos de Cataluña y tener régimen de separación de bienes, sino que hay que especificar si es convencional

o el legal supletorio (art. 159 RN, Resoluciones de 15 de junio de 2009 y 5 de marzo de 2010).

- Hay que determinar la concreta participación que adquiere cada cónyuge comprador, pues las compras en separación de bienes crean un proindiviso por cuotas al que se le aplica el art. 54 RH.
- Hay que acreditar los medios de pago de las cantidades que se declaran cobradas al tiempo de otorgar la escritura, aunque la venta se hubiese perfeccionado con el documento privado. El art. 177 RN no tiene por objeto regular la forma de los pagos, sino la forma de su constancia en los instrumentos públicos, por lo tanto las sucesivas redacciones dadas al mismo serán de aplicación a los documentos otorgados durante sus respectivos períodos de vigencia, aunque los pagos hubiesen sido anteriores (Resolución de 5 de septiembre de 2009).

*Resolución de 10 de junio de 2010 (BOE 192, 9 de agosto de 2010: 12809)*

Deniega la inscripción de una escritura de elevación a público de documento privado de compraventa de una vivienda perteneciente a una división horizontal, por encontrar razonables las dudas del Registrador en cuanto a la identidad de la finca. En efecto, entre la escritura y el Registro, hay diferencias en cuanto a la superficie, la cuota de participación y los linderos; que ni se acreditan (el certificado catastral que se aporta sólo justifica el cambio de denominación de la vía pública donde está el edificio), ni se cumplen las exigencias legales de modificación del título constitutivo de la propiedad horizontal. Para que un título pueda inscribirse hace falta que la descripción de finca en él contenida permita apreciar indubitadamente la identidad entre el bien inscrito y el transmitido (Resolución de 11 de octubre de 2005).

*Resolución de 14 de junio de 2010 (BOE 192, 9 de agosto de 2010: 12811)*

Deniega la inscripción de una escritura de elevación a público de un contrato de promesa de compraventa y cesión de derechos de usufructo y retracto, por estos defectos:

- No especifica ni describe las fincas afectadas. El acceso al Registro de títulos exige que contengan una descripción de la finca que permita apreciar de modo indubitado la identidad entre el bien inscrito y el transmitido (Resolución de 11 de octubre de 2005). No es admisible suplir tal omisión mediante instancia privada, pues al tratarse de un extremo esencial, hace falta consentimiento de los interesados mediante un nuevo otorgamiento.
- No está inscrito el título de quien aparece como transmitente (principio de tracto sucesivo, ex art. 20 LH). No cabe el argumento de que la otorgante ostenta una participación mayoritaria en la sociedad titular, porque la representación de una sociedad no corresponde a los socios, sino a sus administradores o a sus apoderados (y en este caso, ni se invoca poder alguno, ni se cumplen por tanto las exigencias sobre juicio de suficiencia de facultades representativas por parte del notario).
- Existe indeterminación en cuanto al objeto, duración y contenido de la cesión de retracto. Aunque nuestro sistema es el de *numerus apertus* de derechos reales (arts. 2 LH y 7 RH), siempre hay que respetar las características estructurales típicas de los



derechos reales (generalidad, inmediatividad, absolutividad), lo cual exige determinar el concreto contenido del derecho.

## HIPOTECA

*La S. Juzgado 1º Inst. 4 de Girona, de 3 de julio de 2008, publicada por Resolución de 24 de junio de 2010 (BOE 193, 10 de agosto de 2010: 12936) anula esta resolución:*

Resolución de 4 de marzo de 2005. Declara inscribible una escritura de hipoteca de máximo que asegura al fiador de un préstamo el reembolso de la cantidad que en su caso deban pagar como tal. El Registrador entiende que la misma obligación no se puede garantizar con dos hipotecas. Pero lo cierto es que la fianza es una obligación diferente de la obligación principal. Además de la posibilidad de subrogarse en la posición del acreedor, al fiador solvens puede también convenirle ejecutar la hipoteca.

*La SAP Ciudad Real (2ª), de 16 de abril de 2008, publicada por Resolución de 24 de junio de 2010 (BOE 193, 10 de agosto de 2010: 12938) anula esta resolución:*

Resolución de 2 de diciembre de 2006. El Registrador entendió que en una hipoteca de máximo en garantía de un crédito en cuenta corriente, no cabe pactar que la falta de pago de intereses sea una causa de vencimiento anticipado, sino que tales intereses impagados deben cargarse como una partida más en la cuenta. Por el contrario la Dirección entiende que no hay obstáculo a que los contratantes, en uso de la libertad del art. 1255 Cc, puedan pactar causas de vencimiento anticipado que garanticen al acreedor la eficacia de su crédito.

*La SAP Barcelona (16ª), de 17 de junio de 2008, publicada por Resolución de 24 de junio de 2010 (BOE 193, 10 de agosto de 2010: 12940) anula estas resoluciones:*

Resoluciones de 2 de septiembre y 3 de septiembre de 2005. La anulación es parcial y se refiere al siguiente pacto (que la Dirección había admitido): en un crédito garantizado con hipoteca se pacta una ampliación de la responsabilidad hipotecaria sujeta a la condición suspensiva de que un tramo de crédito no haya sido amortizado antes de una fecha determinada (dos meses anterior a la establecida para la amortización obligatoria del crédito).

## INFORMACIÓN REGISTRAL

*Resolución de 29 de julio de 2010 (BOE 195, 12 de agosto de 2010: 13064)*

Una Abogada solicita del Registro Mercantil tres certificaciones parciales del historial de sendas sociedades, fundando el interés de su cliente en investigar jurídicamente los bienes gananciales de su matrimonio, al objeto de su presentación en el Juzgado. El Registrador deniega la expedición por falta de interés legítimo (cita la Resolución de 11 de septiembre de 2009) e infracción de la LOPDP. Por el contrario, la Dirección entiende que no procede una denegación genérica y matiza los dos argumentos del Registrador:

- En cuanto al interés que da derecho a acceder al Registro, debe ser directo (de lo contrario, hay que acreditar el encargo), cono-

cido (es decir, acreditado, salvo en los casos de autoridades o funcionarios cuyo interés se presume por el art. 221-2 LH), legítimo (no contrario a Derecho) y patrimonial (el solicitante tiene o espera tener una relación patrimonial para la cual es relevante la información). En el Registro de la Propiedad, el interés ha de probarse a satisfacción del Registrador, bajo su responsabilidad, de acuerdo con el sentido y función de la institución registral. Pero en el Registro Mercantil, el interés del solicitante se presume en aras de la transparencia y agilidad del mercado (art. 12 RRM: “el Registro Mercantil es público”).

- En cuanto a la protección de datos personales, entiende la Dirección (sobre la base de la STC de 20 de noviembre de 2000) que los datos sensibles de carácter personal o patrimonial sólo podrán ser objeto de publicidad para los fines propios de la institución registral. Tales fines, según Instrucción DGRN de 17 de febrero de 1998, son la investigación jurídica, patrimonial y económica encaminada a la contratación o a la interposición de acciones judiciales (lo que legítimamente pretende la recurrente), pero no la investigación privada de datos no patrimoniales, que sólo podrán ser objeto de publicidad según las normas sobre protección de datos. Así, es el Registrador quien debe calificar, no sólo si procede o no expedir la información, sino también qué datos inscritos puede incluir o debe excluir de ella.

## INMATRICULACIÓN

*Resolución de 13 de julio de 2010 (BOE 227, 18 de septiembre de 2010: 14358)*

En un auto dictado en expediente de dominio para inmatriculación de finca, se solicita la inmatriculación de una finca con la superficie que figura en el catastro (2.184 metros) y la constancia de un exceso de cabida (hasta 2.527 metros) basado en un informe de Arquitecto Técnico.

La Dirección entiende que hay que inscribir con la superficie que consta en el catastro sin hacer constar la mayor cabida pretendida, pues los artículos 53-7 de la Ley 13/1996 y 298 RH prohíben la inmatriculación si no se aporta certificación catastral descriptiva y gráfica en términos “totalmente coincidentes” con la descripción del título (sin que quepa entender tal coincidencia cuando la diferencia de cabida no exceda del 10%; pues tal criterio permisivo lo prevén los artículos 41 a 49 de la Ley del Catastro, en relación a la constatación registral de la referencia catastral, pero no a la inmatriculación).

## OBRA NUEVA

*La SAP Barcelona (14ª), de 22 de junio de 2009, publicada por Resolución de 24 de junio de 2010 (BOE 193, 10 de agosto de 2010: 12930) anula esta resolución:*

Resolución de 28 de octubre de 2004. Exonera del requisito del seguro decenal en una declaración de obra realizada por una sociedad (cuyo domicilio social está en otro inmueble), que se refiere a una vivienda unifamiliar realizada en régimen de autopromoción, con manifestación de que va destinarse a uso propio.

*La S. Juzgado 1 Inst. 6 de Pamplona, de 4 de julio de 2005, publicada por Resolución de 24 de junio de 2010 (BOE 193, 10 de agosto de 2010: 12943) anula esta resolución:*

Resolución de 6 de octubre de 2004. En relación al requisito de obtención de licencia municipal para la inscripción de obras nuevas, el Registrador entiende necesario documento firmado por el secretario del ayuntamiento certificando el acuerdo de concesión de licencia, dado el monopolio de la fe pública por parte del secretario municipal. Por el contrario, la Dirección entiende que, aunque la concesión de licencia es un acto administrativo, la comunicación de la misma es otro acto independiente, no sujeto a requisitos de forma, pudiendo hacerse por cualquier medio que permita tener constancia de su recepción, fecha y contenido. En consecuencia, admite un ejemplar de la resolución de la Alcaldía por la que se concedió la licencia de obras (la competencia del Alcalde no se cuestiona).

*Resolución de 26 de julio de 2010 (BOE 227, 18 de septiembre de 2010: 14364)*

Inscrito un edificio, se declara en construcción una ampliación de obra, consistente en transformar el destino de una planta y sobreedificar otra, creando una propiedad horizontal con tres elementos (almacén, vivienda y vivienda). Posteriormente los propietarios donan los tres elementos a diferentes hijos. En el número de protocolo siguiente, el propietario de cada una de las dos viviendas otorga acta de fin de obra manifestando ser autopromotor individual de una única vivienda unifamiliar para uso propio.

La Dirección interpreta los requisitos de la excepción legal a la obligación de constituir seguro decenal. "Autopromotor individual" debe entenderse de forma amplia, como opuesto al promotor colectivo, incluyendo a personas físicas y jurídicas (Resoluciones de 5 de abril de 2005 y 9 de julio de 2003) y a la llamada "comunidad valenciana" respecto de cada uno de los promotores en cuanto a su propia vivienda unifamiliar para cuya construcción se han constituido en comunidad (Resolución-Circular DGRN de 3 de diciembre de 2003). "Vivienda destinada a uso propio" es la no destinada originariamente a una posterior entrega o cesión de uso a terceros, requisito acreditable con la manifestación del promotor en tal sentido, siempre que no quede desvirtuada por ningún otro elemento documental (p.ej. en la Resolución de 9 de mayo de 2007 la licencia municipal de obras no lo era para una vivienda unifamiliar).

En el caso resuelto el seguro decenal es obligatorio, según los criterios de la citada Resolución-Circular. No se trata de una rehabilitación (el seguro decenal es exigible cuando la licencia se limite a autorizar una obra autónoma de reforma, ampliación o modificación del edificio, no simultánea a una rehabilitación). Nada cambia el hecho de existir elementos no destinados a vivienda en el edificio (el seguro es obligatorio si el destino principal del edificio es el de vivienda, aunque sea superior el número de elementos que no lo sean). No estamos ante una verdadera "comunidad valenciana", porque no hay independencia estructural entre las dos viviendas, situadas una sobre otra en una misma propiedad horizontal. No se trata de una única vivienda unifamiliar, sino de un edificio plurifamiliar.

*Resolución de 23 de julio de 2010 (BOE 227, 18 de septiembre de 2010: 14363)*

Se otorgó en su día la declaración de obra y división horizontal de un edificio por la que se crearon dos viviendas privativas las cuales fueron adjudicadas en disolución de condominio a sendos propietarios. El Registrador no inscribió esta escritura y exigió el seguro decenal, por entender que no concurría la excepción prevista para el autopromotor. Ahora, se otorga una ampliación de obra y modificación de propiedad horizontal por la que se declaran nuevas plantas y se constituyen nuevos elementos privativos (que no son viviendas), y los declarantes disuelven la comunidad adjudicándose en pleno dominio los nuevos elementos.

La Dirección confirma la obligatoriedad del seguro decenal, no para la ampliación (pues no se refiere a viviendas, como reconoció la Resolución de 17 de noviembre de 2007), sino para la inscripción del edificio, pues aunque hay más número de locales y garajes, el destino principal del edificio es el de vivienda. Reitera la doctrina de la resolución anterior sobre los requisitos de la excepción del autopromotor y en este caso exige el seguro por entender que no concurren: no se trata de autopromotor individual, sino que tanto la obra inicial como la ampliación se hacen en régimen de comunidad ordinaria (que los propios otorgantes proceden a disolver); no se trata de una "comunidad valenciana" (pues no hay independencia estructural entre las dos viviendas, integradas en la misma propiedad horizontal); lo construido no es una vivienda unifamiliar (sino un edificio plurifamiliar con dos viviendas); para que el requisito de ser destinada a uso propio pueda resultar de la mera declaración del promotor, hace falta que no haya contradicción documental (en este caso —al igual que en la Resolución de 9 de mayo de 2007—, la licencia de obras no era para una vivienda unifamiliar).

*Resolución de 22 de julio de 2010 (BOE 227, 18 de septiembre de 2010: 14362)*

Varias personas en régimen de comunidad ordinaria declaran la obra nueva de una vivienda sobre una finca registral en la que ya figuraba previamente inscrita la obra de otra vivienda a favor de los mismos cotitulares. Ambas viviendas no forman propiedad horizontal y se hallan sobre porciones de finca distintas.

La Dirección reitera la exposición de las resoluciones anteriores sobre los requisitos de la no obligatoriedad del seguro decenal en favor del autopromotor individual de una sola vivienda para uso propio. En el caso resuelto, debe constituirse el seguro: no se trata de una única vivienda unifamiliar (se había declarado antes otra sobre la misma finca por los mismos comuneros); no existe autopromotor individual (sino una pluralidad de titulares en comunidad ordinaria); no existe uso propio y diferenciado sobre cada vivienda (sino que todos los comuneros tienen el uso conjunto de las dos viviendas).

## PARCELACIONES

*Resolución de 17 de junio de 2010 (BOE 192, 9 de agosto de 2010: 12814)*

La Dirección, aunque no abandona su doctrina favorable a la inscripción de parcelaciones cuya licencia o declaración de innecesidad se adquiere por silencio positivo, la restringe notablemen-



te a la luz de la STS (3ª) de 28 de enero de 2009, la cual considera norma esta-tal básica la que prohíbe la adquisición por silencio de licencias contrarias a la ordenación territorial o urbanística (art. 242-6 LS-1992 y art. 8-1-b LS-2008), sin que esto contradiga la regla general de silencio positivo del art. 43 LRJAP-PAC, pues esta norma permite pre-visión en contra por otra Ley.

En el supuesto resuelto, la Dirección aplica esta doctrina y deniega la inscripción de una escritura de segregación cuya licencia se pretende adquirida por silencio, sobre la base del art. 68-2 de la Ley 7/2002 de Ordenación Urbanística de Andalucía, que dispone la nulidad de las parcelaciones urbanísticas en suelo no urbanizable. Además tiene en cuenta un informe municipal en el que se afirma la existencia de indicios de parcelación ilegal. Este informe no forma parte del título ni consta en ninguna inscripción, pero fue aportado por los propios recurrentes en un recurso que se planteó en su día contra la denegación de licencia para una parcelación anterior de la finca matriz.

*Resolución de 12 de julio de 2010 (BOE 227, 18 de septiembre de 2010: 14357)*

Se deniega la inscripción de una obra nueva y venta de participación indivisa referidas a una finca rústica, porque, si bien es cierto que no existe una asignación formal y ex-presa de uso individualizado de una parte del inmueble, sí hay elementos de juicio reveladores de una posible parcelación urbanística, con riesgo de creación de núcleo de población, que precisaría de licencia o declaración de innecesariedad: el historial registral de la finca revela la existencia de una pluralidad de titulares sobre ella en virtud de sucesivas ventas de participaciones indivisas otorgadas inmediatamente después de la declaración de obra de una vivienda; además, en cada venta el vendedor declara que construye la vivienda como autopromotor con la intención de destinarla a su domicilio personal (después cada comprador le exoneraba de la obligación de constituir el seguro decenal) y cada comprador le apodera para que haga declaraciones de obra y ventas de participaciones sucesivas.

El art. 66 de la Ley de Ordenación Urbanística de Andalucía considera también actos reveladores de posible parcelación urbanística aquéllos en los que, mediante la inter-posición de sociedades, divisiones horizontales, o asignaciones de uso o cuotas en proindiviso de un terreno, o de una acción o participación social, puedan existir diversos titulares a los que corresponde el uso individualizado de una parte de terreno equivalente.

## **PATRIA POTESTAD**

*Resolución de 8 de mayo de 2010 (BOE 172, 16 de julio de 2010: 11385)*

Admite la inscripción de una venta otorgada por la madre de un incapacitado, como titular de la patria potestad rehabilitada, para la cual existe autorización judicial (conforme a los arts. 171 y 166 Cc), pero en cuyo auto se exige la acreditación al Juzgado de la reinversión de la cantidad obtenida.

Tal acreditación no es requisito de inscripción, sino una medida de aseguramiento que el Juez ha de tomar bajo su responsabilidad (art. 2023 LEC-1881). Además, la razón por la que el auto permite la enajenación es la necesidad de obtener recursos para el tratamiento del hijo, lo cual supone una actuación de tracto sucesivo en

un período de tiempo indefinido, cuya acreditación demoraría sin fecha la inscripción, desprotegiendo los intereses del hijo. Es cierto que la Resolución de 12 de julio de 1999 denegó la inscripción de una venta otorgada por una hija como tutora de su madre, por no cumplir las prevenciones de subasta y avalúo exigidas en el artículo 2015 LEC-1881 al que se remitía la sentencia; pero tales medidas se refieren a la propia venta, mientras que el control de la reinversión del dinero es una actuación posterior a la misma.

*Resolución de 14 de mayo de 2010 (BOE 234, 27 de septiembre de 2010: 14792)*

Se refiere a una escritura de préstamo hipotecario en la que intervienen: como prestatarios, el padre y un hijo mayor de edad; y como hipotecantes, los dos citados y otros dos hijos, uno mayor de edad y el otro de 17 años, que consiente en la escritura a los efectos del art. 166-3 Cc.

La Dirección no descarta la posibilidad de conflicto de intereses, y exige el nombramiento de defensor judicial. En la escritura se dice sólo que el préstamo "ha sido concedido con la finalidad de rehabilitación de vivienda", pero sin especificar si es o no la habitual.

## **PROCEDIMIENTO REGISTRAL**

*La S. Juzgado 1ª Inst. 6 de Córdoba, de 18 de diciembre de 2009, publicada por Resolución de 24 de junio de 2010 (BOE 193, 10 de agosto de 2010: 12929), anula la Resolución de 17 abril 2008*

*La S. Juzgado 1ª Inst. 6 de Córdoba, de 18 de diciembre de 2009, publicada por Resolución de 24 de junio de 2010 (BOE 193, 10 de agosto de 2010: 12933)], anula la Resolución de 7 abril 2008*

*La SAP Lleida (2ª), de 30 de octubre de 2009, publicada por Resolución de 24 de junio de 2010 (BOE 193, 10 de agosto de 2010: 12937), anula la Resolución de 16 febrero 2008*

Las tres resoluciones anuladas son las primeras (es de suponer que se irán resolviendo más impugnaciones jurisdiccionales en lo sucesivo) que establecieron que, cuando se le presentan títulos, el Registrador debe exponer todos los defectos que impidan la inscripción del título, aunque no se le haya acreditado el pago del impuesto, sin que quepa suspender la calificación hasta que se acredite el pago del impuesto y después volver a apreciar otros defectos.

## **PROPIEDAD HORIZONTAL**

*Resolución de 13 de mayo de 2010 (BOE 172, 16 de julio de 2010: 11387)*

Una parcela está formalmente inscrita a nombre del constituyente de un régimen de propiedad horizontal, pero en el cuerpo de la inscripción se dice que pertenecerá por cuotas indivisas, como anejo inseparable de los elementos privativos que se enajenen. Ahora, el recurrente alega que se trata de un error y pretende que se rectifique la inscripción para hacer constar que la parcela es elemento común.

La Dirección no considera que exista error (ni material ni de concepto), porque la inscripción se realizó en la misma forma que el título. Lo que pasa es que la inscripción inicial publica una titularidad

que ya no es actual; pero de la misma –y de las inscripciones de los elementos privativos – se deriva la titularidad vigente. El cambio de la naturaleza de la parcela (de anejo a elemento común) supone modificar el título constitutivo y exige unanimidad de los propietarios.

*Resolución de 1 de junio de 2010 (BOE 172, 16 de julio de 2010: 11388)*

Se pretende modificar los estatutos de una propiedad horizontal mediante escritura otorgada por todos los integrantes de la comunidad de propietarios. El Registrador deniega la inscripción por infracción del principio de tracto sucesivo, ya que, respecto de uno de los departamentos que está inscrito a nombre de dos cónyuges con carácter ganancial, la escritura ha sido otorgada por sólo uno de ellos.

La Dirección admite la inscripción. Remite a su doctrina (Resoluciones de 30 noviembre de 2006 y. 19 de abril de 2007) sobre distinción entre acuerdos colectivos (que requieren consentimiento de la Junta como órgano) y actos que afectan al contenido de la propiedad (que requieren el consentimiento individualizado de los propietarios afectados). Siendo la modificación estatutaria un acto colectivo de la Junta, no cabe exigir el consentimiento individualizado de todos los dueños ni oponerle el principio de tracto sucesivo. Es cierto que requiere unanimidad, pero le resulta aplicable el artículo 15-1 LPH, que en caso de proindiviso sobre un elemento, obliga al nombramiento de un solo representante que asista y vote en la Junta.

*Resolución de 18 de junio de 2010 (BOE 192, 9 de agosto de 2010: 12815)*

Deniega la inscripción de una escritura por la que se cambia el destino de un elemento en propiedad horizontal (de local, a vivienda), con la consiguiente modificación de la fachada, por la única voluntad de su propietario. Los Estatutos establecen que los elementos privativos se destinarán a viviendas o locales, según vengán caracterizados en el título constitutivo, y que la modificación de la fachada exige consentimiento de la Comunidad.

*La SAP Madrid (9ª), de 3 de octubre de 2008, publicada por Resolución de 24 de junio de 2010 (BOE 193, 10 de agosto de 2010: 12932) anula esta resolución:*

Resolución de 14 junio 2004. No considera exigible licencia de parcelación para asignar, como anejo, el uso privativo de las dos partes de terreno común de la propiedad horizontal, a cada uno de los dos elementos privativos de la misma. En la propiedad horizontal tumbada no se altera la unidad jurídica del suelo.

*La SAP Almería (1ª), de 28 de marzo de 2007, publicada por Resolución de 24 de junio de 2010 (BOE 193, 10 de agosto de 2010: 12939), anula, por extemporánea, esta resolución:*

Resolución de 19 de octubre de 2005. Ni el incumplimiento de la obligación del vendedor de aportar el certificado de gastos comunes del art. 9 LPH (o que el comprador le exonere), ni la prohibición de autorización de la escritura afectan a la validez del negocio celebrado, por lo cual si éste reúne los requisitos que para su validez exigen las leyes, no existen obstáculos para su inscripción. Diferente sería que la ley estableciese como sanción de la infracción la no inscribibilidad (como ocurre señaladamente en materia de retracto arrendaticio).

## RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL

*Resolución de 16 de junio de 2010 (BOE 192, 9 de agosto de 2010: 12813)*

Por sentencia firme se aprueba la propuesta de convenio regulador formulado por una pareja de hecho “en adopción de medidas paterno-filiales”, entre las que se incluye un pacto sobre el domicilio común, que habían comprado por mitades indivisas, cuyo uso y disfrute queda a favor de los menores y de la madre con quien convivirán, y respecto de cuya propiedad se extingue el condominio adjudicándose al padre con asunción de todo el préstamo hipotecario pendiente. La madre se obliga a facilitar todos los trámites y escritura necesarios para inscribir la extinción de condominio.

La Dirección entiende que la extinción de condominio exige escritura pública. Primero, porque la sentencia en cuestión no aprueba la extinción (sino sólo las medidas paterno-filiales, entre las cuales no se incluye). Pero es que además, aunque la sentencia hubiese aprobado la extinción, el principio de legalidad hipotecaria exige titulación pública (art. 3 LH), que la Dirección interpreta exigiendo el tipo de título congruente con el acto inscribible (o sea, que la extinción de comunidad debería constar en escritura pública y no en ejecutoria). La Dirección recuerda anteriores pronunciamientos suyos: es inscribible el convenio regulador aprobado judicialmente donde se liquide el régimen conyugal, pero sin extenderlo a otros actos con significación negocial propia (Resolución de 10 de marzo de 1988); por ello exige escritura pública por ejemplo para intercambiar bienes privativos al liquidar el régimen de comunidad (Resolución de 22 de marzo de 2010); pero cabe el convenio regulador para adjudicar bienes adquiridos en régimen de separación de bienes (Resolución de 29 de octubre de 2008), aunque no para disolver una comunidad de bienes adquiridos en ausencia total de régimen conyugal, como ocurre en el presente caso de unión de hecho.

*Resolución de 19 de junio de 2010 (BOE 192, 9 de agosto de 2010: 12816)*

En su día se inscribió una escritura en la que el comprador manifestó adquirir para su sociedad de gananciales. Ahora, se pretende la inscripción de un acta de manifestaciones otorgada unilateralmente por él en la cual rectifica dicha escritura alegando que en aquel momento su matrimonio se acogía al régimen catalán de separación de bienes, para cuya justificación aporta al acta certificaciones municipales de empadronamiento del comprador en Cataluña entre 1975 y 2009, así como certificado del Registro Civil acreditativo de la celebración del matrimonio en 1994 en Valls.

La Dirección deniega la inscripción del acta y exige el consentimiento de la esposa, puesto que los asientos practicados están bajo la salvaguarda de los Tribunales y su rectificación exige, o bien consentimiento del titular registral y de todos aquéllos a quienes el asiento atribuya algún derecho, o en su defecto resolución judicial recaída en juicio entablado contra todos aquéllos a quienes el asiento conceda derechos. Así resulta del artículo 40-d LH, pero también de la doctrina del TS sobre litisconsorcio pasivo necesario en procedimientos relativos a bienes gananciales, de la naturaleza de la sociedad de gananciales como comunidad germánica y de la presunción de ganancialidad del art. 1361 Cc.



Es cierto que la Dirección también ha declarado (Resolución de 10 de septiembre de 2004 y 13 de septiembre de 2005) que, cuando la rectificación se refiere a hechos susceptibles de prueba mediante documentos fehacientes e independientes de la voluntad de los interesados, bastará para la subsanación la mera petición del interesado acompañada de tales documentos. Pero no es esto lo que ha ocurrido en este supuesto, donde se ha acreditado la vecindad del comprador, pero no el régimen de su matrimonio, cuya determinación es más compleja.

## REPRESENTACIÓN

*La SAP Málaga (6ª), de 4 de febrero de 2009, publicada por Resolución de 24 de junio de 2010 (BOE 193, 10 de agosto de 2010: 12925) anula esta resolución:*

Resolución 4 de octubre de 2005. Rechaza la calificación registral que entendía mal realizada la reseña de poder hecha por el Notario autorizante de una escritura de compraventa. La reseña afirma que el poder comprende la facultad de comprar bienes inmuebles; mientras que lo comprado en la escritura son participaciones indivisas de inmuebles.

*La SAP Málaga (6ª), de 21 de octubre de 2008, publicada por Resolución de 24 de junio de 2010 (BOE 193, 10 de agosto de 2010: 12926) anula esta resolución:*

Resolución de 29 de septiembre de 2005. Rechaza la calificación registral que entendía mal realizada la reseña de poder hecha por el Notario autorizante de una escritura de compraventa. El Notario, tras reseñar los datos de la escritura de poder, juzgó suficientes las facultades representativas acreditadas para otorgar la presente escritura de compraventa.

*La SAP Murcia (2ª), de 3 de noviembre de 2008, publicada por Resolución de 24 de junio de 2010 (BOE 193, 10 de agosto de 2010: 12927) anula, por extemporánea, esta resolución:*

Resolución de 21 de septiembre de 2005. Rechaza la calificación registral que denegó la inscripción de un acto otorgado por el gerente de una sociedad cuyo cargo estaba pendiente de inscripción en el Registro Mercantil. La inscripción de cargos sociales es obligatoria, pero la infracción de esta obligación no afecta a la validez del nombramiento.

*La SAP Madrid (10ª), de 13 de mayo de 2009, publicada por Resolución de 24 de junio de 2010 (BOE 193, 10 de agosto de 2010: 12935) anula esta resolución:*

Resolución de 13 de febrero de 2008. Considera bien realizado el juicio de suficiencia de facultades representativas. El Notario autorizante expresa que tiene a la vista copia autorizada de la escritura de poder y que, a su juicio, de la misma resulta que son suficientes las facultades representativas acreditadas para la presente escritura de préstamo y constitución de hipoteca y todos los pactos complementarios incluidos en esta escritura.

## SOCIEDADES MERCANTILES

*La SAP Madrid (9ª), de 3 de octubre de 2008, publicada por Resolución de 24 de junio de 2010 (BOE 193, 10 de agosto de 2010: 12932) anula, por extemporánea, esta resolución:*

Resolución de 14 de mayo de 2007 (BOE 15-VI-07). Interpreta el art. 401 RRM: en la denominación de una sociedad anónima, limitada o sujeta a inscripción, no podrá incluirse el nombre de una persona sin su consentimiento. Pero la Dirección entiende que este consentimiento será sólo necesario cuando haya circunstancias que permitan individualizar el nombre respecto de una persona concreta. No cuando se usen nombres y apellidos de uso común tan frecuente que difícilmente sirvan para identificar a una persona ajena a la sociedad, ni cuando se trata de una denominación de fantasía (en el caso concreto era el nombre de un personaje retratado por Domenico Ghirlandaio: "Giovanna Tornabuoni").

*La S. Juzgado Mercantil 2 de Valencia, de 11 de febrero de 2008, publicada por Resolución de 24 de junio de 2010 (BOE 193, 10 de agosto de 2010: 12941) anula esta resolución:*

Resolución de 17 de julio de 2006. Considera error material de escasa entidad, que no impide la inscripción, el padecido en una escritura de constitución de sociedad, en cuyo otorgamiento primero figura la denominación "Bar Gabbana, SL", igual que en el certificado de denominación; mientras que en los Estatutos (que no son documento unido sino que forman parte del cuerpo de la escritura) figura el nombre "Bar Gabanna, SL".

*Resolución de 9 de julio de 2010 (BOE 222, 13 de septiembre de 2010: 14080)*

Un socio cuyas participaciones representan el 5% del capital de una sociedad limitada, obtuvo en su día anotación preventiva de publicación de complemento de convocatoria de una Junta General. Ahora el mismo socio pretende la prórroga de la anotación practica-da. Lo cierto es que la anotación no debió practicarse nunca, porque el derecho del socio a pedir la publicación de un complemento de convocatoria (y la sanción de nulidad de la Junta si los administradores no lo publican) se regula sólo para las sociedades anónimas y no para las limitadas. Pero en todo caso, como los asientos practicados están bajo la salva-guardia de los Tribunales, la Dirección entra a resolver y rechaza la prórroga, porque el artículo 104 RRM prevé para la anotación un plazo de caducidad de tres meses y no prevé la posibilidad de prorrogarlo.

## URBANISMO

*Resolución de 19 de mayo de 2010 (BOE 162, 5 de julio de 2010: 10658)*

El Registrador deniega la inscripción de una certificación municipal de reparcelación urbanística, que es conforme con el Plan Parcial, pero que comprende en parte terreno declarado no urbanizable, tanto por el Plan General, como por los acuerdos del Consejo de Ministros dictados en ejecución del artículo 130 de la Ley 62/2003 de medidas fiscales, administrativas y sociales, los cuales declaran no urbanizable la zona por riesgo radiológico (la zona reparcelada está cerca de Palomares).

Así lo impone el principio de jerarquía normativa: sobre el Plan Parcial prevalecen, tanto el Plan General (que no es una mera directriz), como los acuerdos del Consejo de Ministros que desarrollan una Ley.



## Reseña de las principales Resoluciones de la Dirección General de Derecho y Entidades Jurídicas de la Generalitat

Publicadas en el segundo y tercer trimestre de 2010

Por Víctor Esquirol. Notario de El Masnou

### CÉDULA DE HABITABILIDAD

#### La cédula de habitabilidad es necesaria en las ventas de viviendas a favor de personas jurídicas

*Resolución de 20 de abril de 2010 (DOGC 16 de junio de 2010)*

**Resumen:** Una sociedad limitada compra un piso, cuyo destino no figura en la descripción registral, aunque en la escritura de compra se hace constar que se trata de una vivienda. No se aporta la cédula de habitabilidad, pero se incluye una cláusula que establece que “siendo la adquirente una sociedad, no tiene ni puede tener por definición el carácter de consumidor ni de usuario de la vivienda, que son, en última instancia, los auténticos protegidos legalmente en este tipo de transacciones” según la normativa vigente en materia de vivienda y cédula de habitabilidad, que al referirse a la obligatoriedad de la cédula en el momento de la transmisión, sustituye el concepto de adquirentes por el de personas adquirentes, con lo que parece querer hacer referencia sólo a las personas físicas. Además, se hace constar que la única finalidad de la transmisión es ampliar el activo social de la sociedad adquirente.

Sin embargo, el registrador de la propiedad exige la cédula limitándose a reproducir los arts. 132 y 135 Llei 18/2007, de 28 de diciembre, del Dret a l'Habitatge (LDH) y los arts. 8 y 9 del Decreto 55/2009. El notario autorizante, en un extenso escrito, recurre la nota de calificación basándose en la vaguedad de estos preceptos, por ejemplo, al hablar de actos de “transmisión y cesión”, cuando es evidente que la cédula no es exigible en todos los actos de “transmisión y cesión” de viviendas, como sería el caso de una aportación a una sociedad o de una donación, donde se debe interpretar que no es exigible. Por tanto, considera que la ley debe ser aplicada de acuerdo con una interpretación lógica, sistemática y razonable, que lleva a entender que la exigencia de la cédula debe estar en consonancia con la protección de los consumidores y usuarios de viviendas. El notario recurrente cree que hay base legal para distinguir entre los preceptos que van dirigidos al incremento y la mejora del parque de viviendas y los que intentan proteger a los consumidores; considera evidente que el legislador no ha pretendido la mejora del parque de viviendas por la vía de someter todas las transmisiones a la exigencia de la cédula de habitabilidad, lo que sería una vulneración flagrante del principio de libertad de contratación. También insiste en que las sociedades no pueden ser consumidores ni usuarios de viviendas y, si después los alquilan o venden a personas físicas, será en ese momento cuando se tendrá que exigir la cédula. Finalmente, alega que si una so-

iedad puede adquirir una vivienda sin los requisitos del art. 132 de la Ley del derecho a la vivienda mediante una ampliación de capital, una fusión o una escisión, ¿por qué no puede hacerlo en caso de compra?

La DGDEJ desestima el recurso. En primer lugar, recuerda su Resolución de 31 de marzo de 2009, en la que destacaba la evolución normativa de las cédulas de habitabilidad, derivada de un mandato constitucional y estatutario relativo al derecho a una vivienda digna y adecuada, como parte de la función social del derecho de la propiedad que conduce a la doble finalidad de proteger al consumidor o usuario que accede a la propiedad o al uso de una vivienda y de garantizar la calidad y el buen uso de las viviendas mediante una actividad de control público. Esta función social de la sociedad implica la obligación de mantener la vivienda en el estado de habitabilidad adecuada y de mantener al día la cédula.

Por otra parte, considera que no hay base, desde el punto de vista sistemático y gramatical, para diferenciar, en la normativa aplicable, entre las normas destinadas a las personas físicas y las destinadas a las personas jurídicas, ya que la norma habla de “personas” sin excluir las personas jurídicas. Esta diferenciación no se deriva tampoco del concepto de consumidor, ya que el art. 1.2 de la Ley 3/1993, de 5 de marzo, del Estatuto del consumidor (en la fecha en que escribo esto, ya derogada), considera que se consideran consumidoras las personas físicas o jurídicas que, como destinatarios finales, adquieren, usan o disfrutan de los bienes o servicios. Asimismo, declara que la obligatoriedad de entregar la cédula en el momento de transmitir una vivienda no es sólo una norma de protección del adquirente, sino también un mecanismo de control periódico del cumplimiento de la obligación de renovar la cédula, lo que permite, también, luchar contra la práctica de la desocupación permanente de las viviendas que la ley pretende limitar. Esta obligatoriedad deriva no sólo del art. 132 LDH, que es instrumental, sino principalmente del art. 26.2, que es la norma material, que la exige en cualquier transmisión para venta, alquiler o cesión de uso.

Finalmente, recuerda que no es necesario entregar la cédula de habitabilidad en negocios que no implican una transmisión voluntaria y efectiva del uso de la vivienda a cambio de un precio o contraprestación ni en negocios entre copropietarios ni en actos de sucesión como los que se producen en los casos de modificaciones estructurales de personas jurídicas.

**Comentario:** Creo que la clave de esta resolución es el artículo 26.2 LDH. El notario recurrente no discute si la normativa



sobre habitabilidad delimita o no la función social de la propiedad de una vivienda, sólo pone en duda que la cédula de habitabilidad sea exigible en cualquier tipo de transmisiones. De la misma forma que la DGDEJ, en la Resolución de 31 de marzo de 2009 y en la que comentamos, excluyen en la interpretación de la ley determinados tipos de transmisiones de la exigencia de la cédula, considera también que se deberían excluir las transmisiones a favor de las personas jurídicas, por los motivos ya expresados. Lo que sucede es que el notario no ha tenido en cuenta que la DGDEJ no está interpretando sólo el art. 132 de la LDV, sino también el art. 26.2 del mismo texto legal (al que el notario no hace ninguna referencia en su extensa nota de recurso), que dice literalmente que la cédula se debe entregar “en cualquier transmisión, para venta, alquiler o cesión de uso” y que lo que hace la DGDEJ es limitarse a recordar qué transmisiones no se pueden considerar como ventas. Queda claro, por tanto, que la cédula es exigible sólo en las transmisiones que sean ventas, pero en todas las ventas. Nos puede gustar más o menos, nos puede parecer más o menos acertado, puede que, como dice MARSAL (In-Dret, 3/2010), hay una desproporción entre el incumplimiento de una obligación administrativa y el cierre registral, pero creo que no hay base legal para diferenciar entre ventas a favor de personas físicas o a favor de personas jurídicas, y que el legislador ha demostrado interés en que no haya más excepciones que las previstas por el art. 9 del Decreto 55/2009.

## PROPIEDAD HORIZONTAL

### El acuerdo de limitar el uso de elementos privativos en determinadas actividades se debe tomar con el consentimiento de todos los propietarios de aquéllos

*Resolución de 21 de abril de 2010 (DOGC 27 de mayo de 2010)*

**Resumen:** La junta de una comunidad de propietarios de un edificio constituido en régimen de propiedad horizontal toma un acuerdo en virtud del cual se prohíbe que los elementos privativos se puedan destinar a actividades relacionadas con la hostelería. El acuerdo se aprueba por mayoría de más de las cuatro quintas partes, pero con el voto en contra y la oposición del propietario del local comercial. Una vez elevado a escritura pública, se presenta a inscripción en el Registro de la Propiedad, pero el registrador lo califica negativamente ya que considera que es necesario el consentimiento del propietario del local comercial, así como el del titular del derecho de hipoteca que recae sobre éste.

La DGDEJ considera que, en efecto, es necesario el consentimiento del propietario que se opuso, basándose en el art. 553-25.4 del CCCat, que dispone que “los acuerdos que disminuyan las facultades de uso y goce de cualquier propietario o propietaria requieren que éste los consienta expresamente”. En cuanto a la cuestión del consentimiento del titular de la hipoteca, resuelve que no es necesario ya que, por una parte, la ley no exige que participe en la adopción del acuerdo y, por otra, no queda desprotegido porque el artículo 117 LH lo faculta para solicitar a la administración judicial si considera que el inmueble hipotecado ha perdido valor con la limitación de usos acordada con el consentimiento del deudor.

**Comentario:** Estoy de acuerdo con la doctrina de esta resolución. La parte recurrente alega un conflicto entre el art. 553-25.4, que exige el consentimiento de los propietarios perjudicados por la limitación de las facultades de uso y disfrute, y el art. 553-11.2,e), que establece que los estatutos pueden limitar las actividades que se pueden realizar en los elementos privativos. Yo no veo ningún conflicto, ya que el art. 553-25.4 complementa el 553-11.2,e) porque establece los requisitos necesarios para incorporar a los estatutos este tipo de limitaciones. Esto no impide que el acuerdo pueda adoptarse por la mayoría de las 4/5 partes del art. 553-25.2, pero entre los propietarios que consientan deberán estar los afectados por la limitación; y si ésta afecta a todos los propietarios, será necesaria la unanimidad (a excepción del supuesto del art. 533-39.2).

### No es necesario que se acredite el estado de deudas con la comunidad cuando se aporta un elemento privativo a una sociedad mercantil

*Resolución de 28 de junio de 2010 (DOGC 30 de julio de 2010)*

**Resumen:** Se otorga una escritura de aportación de un elemento privativo de una propiedad horizontal a una sociedad mercantil, sin que se aporte el certificado que acredite el estado de deudas con la comunidad ni se renuncie por la sociedad a dicha información. La escritura se inscribe en el Registro Mercantil, pero no en el Registro de la Propiedad ya que el registrador exige el certificado o la renuncia. El notario autorizante interpone recurso alegando, entre otras cosas, que el registrador de la propiedad no tendría que volver a calificar una escritura calificada por el registrador mercantil y que la aportación a una sociedad mercantil no es estrictamente una transmisión onerosa.

La DGDEJ revoca la nota. Considera que la exigencia del art. 553-5 del CCCat, reforzada por el art. 65.2 de la Ley de la vivienda, no se aplica en los negocios entre copropietarios, como la disolución de comunidad, venta de cuota indivisa de un copropietario a otro o liquidación de sociedad conyugal, ni en procedimientos de ejecución judicial ni en operaciones societarias, donde el transmitente forma parte en calidad de socio de la sociedad adquirente.

En cuanto a la cuestión de la doble calificación registral, entiendo que la del registrador mercantil y la del registrador de la propiedad operan en ámbitos diferentes: el primero califica el negocio mercantil, mientras que el segundo valora el acto dispositivo de la finca. Por tanto, debe haber dos calificaciones diferentes.

**Comentario:** La DGDEJ aprovecha que la Ley de la vivienda confirma la exigencia del art. 553-5 CCCat para aplicar en este precepto la doctrina que la propia DG ha establecido para la exigencia de la cédula de habitabilidad en las resoluciones de 31 de marzo de 2009 y 20 de abril de 2010. Aunque la finalidad de las dos exigencias puede tener muchos motivos diferentes (por ejemplo, en materia de cédula de habitabilidad, el control del parque de viviendas), es razonable considerar que no todas las transmisiones onerosas tienen las mismas características para determinar el grado de protección del adquirente.

## La inscripción del exceso de cabida de un departamento privativo no se puede realizar para el procedimiento de expediente de dominio, sino que se debe realizar mediante escritura pública o sentencia judicial dictada en procedimiento contradictorio

*Resolución de 20 de julio de 2010 (DOGC 26 de agosto de 2010)*

**Resumen:** Se pretende inscribir un exceso de cabida de un elemento privativo que forma parte de una propiedad horizontal mediante una interlocutoria judicial dictada en procedimiento de expediente de dominio. La registradora de la propiedad califica negativamente basándose en dos motivos: a) que el expediente de dominio es improcedente para hacer constar el exceso de cabida de un departamento de un edificio dividido horizontalmente; y b) la falta de participación en el procedimiento del resto de propietarios del edificio. La DGDEJ considera, en primer lugar, que ambas cuestiones se encuentran en el ámbito de la calificación registral, porque se está discutiendo la idoneidad del procedimiento judicial utilizado para dictar la resolución, así como la relación de este procedimiento con los titulares registrales que se verán afectados por la resolución final, si se inscribe. Y, entrando en el fondo, declara que la rectificación de la cabida de uno de los departamentos privativos implica modificar el título constitutivo, lo que exige el otorgamiento de escritura pública de elevación a público del acuerdo de la junta de propietarios o sentencia judicial dictada en procedimiento contradictorio en la que fuesen demandados todos los propietarios. Excepcionalmente, admite la idoneidad del expediente de dominio en aquellos supuestos en los que, para la descripción del departamento y de sus límites, el error de superficie contenido en el título constitutivo sea evidente y fácilmente comprobable.

## ADMINISTRADOR CON CARGO NO INSCRITO. PAGO DEL IMPUESTO PREVIO A LA INSCRIPCIÓN

**El acto efectuado por el administrador no inscrito en el Registro Mercantil no es inscribible en el Registro de la Propiedad. Para acceder al Registro de la Propiedad no es suficiente con que el título que recoge un acto sujeto al ITP haya sido presentado ante la Administración Tributaria, sino que es necesario acreditar el pago efectivo del impuesto**

*Resolución de 22 de abril de 2010 (DOGC 31 de mayo de 2010)*

**Resumen:** Se trata de una escritura de elevación a público de un contrato de permuta de derecho de subsuelo. Hasta un total de ocho defectos pone de manifiesto la nota de calificación, de los que la DGDEJ revoca tres y confirma el resto. Haré una simple referencia a todos ellos y me centraré en la cuestión que considero más interesante, la relativa a la actuación del administrador no inscrito.

1. El primer defecto es que las fincas sobre las que se constituye el derecho de subedificación están gravadas con una reserva de dominio a favor de un tercero. La DG declara que la exis-

tencia de la reserva de dominio no cierra el registro a los actos posteriores, que quedan supeditados a la reserva de dominio.

2. El segundo defecto es la falta de inscripción en el Registro Mercantil del cargo de administrador de una de las partes, cuyo nombramiento había sido elevado a público el mismo día que el título presentado. La DG confirma el defecto y considera que la inscripción en el Registro Mercantil debe ser previa a la inscripción del acto dispositivo inmobiliario en el Registro de la Propiedad, "por la presunción de exactitud de los asientos registrales que establece el art. 7 del RRM".
3. El tercer defecto es la falta de aportación de las cartas de pago del impuesto, aunque consta que se ha solicitado su aplazamiento, que ha sido rechazado por la Administración Tributaria. La DG exige que se acredite no sólo que el título ha sido presentado sino también que se ha pagado el impuesto, ya que la carta de pago tiene que archivar en el Registro de la Propiedad (art. 256 LH).
4. El cuarto defecto es la identificación insuficiente de las plazas de aparcamiento que son objeto de contraprestación en la cesión del subsuelo, que se realiza por remisión a un anexo y a un plano entre los que hay divergencias.
5. El quinto hace referencia al plazo para ejercer el derecho de subsuelo, que no se determina directamente sino indirectamente con relación a otros plazos, lo que la DG estima insuficiente.
6. El sexto defecto es la falta de criterios de fijación de la cuota de participación en la propiedad horizontal. La DG exige que, al menos, se fije la cuota que tendrán los elementos privativos nuevos, resultantes del ejercicio del derecho de subsuelo, con relación al total de la finca.
7. El séptimo defecto hace referencia a la determinación de la finca sobre la que se constituye el derecho de subsuelo, ya que se trata de dos fincas que son entidades de una propiedad horizontal, que suman la totalidad de la propiedad horizontal y que se declara que serán objeto de derribo. La DG declara que la constitución del derecho de subsuelo se inscriba en la finca matriz, es decir, en la hoja de la totalidad del edificio.
8. Y el octavo defecto se debe a la existencia de una condición resolutoria que no está condicionada al pago de la contraprestación, sino al cumplimiento de otras obligaciones. La DG establece que el art. 6.2 de la Ley 23/2001, de 31 de diciembre, permite que se pacte una condición resolutoria explícita para el caso de no realización de la obra en las condiciones, las características y los plazos de ejecución estipulados. Ahora bien, el hecho que determina la condición pactada en el documento privado no es ninguno de los que enumera el precepto y, por ello, confirma también este defecto.

**Comentario:** Con relación a la actuación del administrador, cuyo cargo no figura inscrito en el Registro Mercantil, quiero hacer constar que es la primera vez que la DGDEJ se pronuncia sobre el tema y lo hace en contra del último criterio de la DGRN que, en las dos últimas resoluciones que trataron este tema, ambas de 13 de noviembre de 2007, declaró que no era necesaria la inscripción en



el Registro Mercantil para que el acto realizado por el administrador pueda inscribirse en el Registro de la Propiedad. El argumento de la DGRN es que el art. 125 LSA dispone que “el nombramiento de los administradores surtirá efecto desde su aceptación” y es a partir de este nombramiento cuando tiene plenas facultades representativas y vincula a la sociedad con sus actos. De este modo, establece la DGRN, el incumplimiento de la obligación de inscribir no está en el ámbito de calificación del registrador de la propiedad. En cambio, la DGDEJ considera, como ya he mencionado, que debe prevalecer la presunción de exactitud de los asientos registrales. Si me tuviera que definir, prefiero el criterio de la DGRN, ya que considero que si el acto es plenamente válido y eficaz en el momento de su otorgamiento, debería ser inscrito en el Registro de la Propiedad sin más requisitos.

Por último, también considero discutible que el título no sea inscribible si no se ha pagado efectivamente el impuesto, sin que sea suficiente la presentación del título a la Administración Tributaria. Aunque el art. 254.1 LH establece que no se practicará la inscripción en el Registro de la Propiedad si no se ha pagado el

impuesto, esta norma debe interpretarse teológicamente, ya que hay veces que el acto está sujeto al impuesto pero éste no se paga, por ejemplo, si se solicita la exención. Y, en la interpretación de esta norma podemos considerar, siguiendo el criterio que la propia DG ha aplicado en la resolución comentada anteriormente sobre la cédula de habitabilidad, que este precepto tiene carácter instrumental y que en su interpretación debe prevalecer la norma material, que se encuentra en el art. 54.1 del TR de la Ley del ITPAJD que establece: “Ningún documento que contenga actos o contratos sujetos a este impuesto se admitirá ni surtirá efecto en Oficina o Registro Público sin que se justifique el pago de la deuda tributaria a favor de la Administración Tributaria competente para exigirlo, conste declarada la exención por la misma, o, cuando menos, la *presentación* en ella del referido documento.” En definitiva, es una norma que pretende evitar la ocultación a la Administración Tributaria de determinados actos sujetos al impuesto. Una vez acreditado este conocimiento, la Administración ya tiene a su disposición medios legales suficientes para que se haga efectivo el pago, si corresponde, y en la forma que corresponda.

# La Tercería de mejor derecho

NUEVO



Autora:

Clara Fernández Carrón

El objetivo que se ha perseguido con este estudio es el ofrecer al lector una exposición sistemática de los mecanismos de que disponen los acreedores de un deudor, aparentemente solvente, para obtener la satisfacción de su derecho de crédito en el marco de una ejecución singular, tras lo cual se ciñe el objeto de la investigación a la acción de tercería de mejor derecho, que es el mecanismo específico de que disponen los acreedores preferentes para hacer valer las llamadas «preferencias crediticias».

El estudio de esta institución procesal se aborda desde una doble perspectiva, teórica y práctica, que permite que el lector se familiarice no sólo con la tercería de mejor derecho y con las diferentes técnicas jurídicas

que refuerzan la tutela del crédito, sino también que conozca cuáles son los problemas específicos que se plantean en este ámbito y cómo los resuelven en la práctica los tribunales —en muchos casos de forma contradictoria—, lo que inevitablemente ha exigido el manejo de la cuantiosa y prolija jurisprudencia recaída en esta materia.

El trabajo incorpora las modificaciones introducidas en la Ley de Enjuiciamiento Civil por la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva oficina judicial, que entró en vigor el 4 de mayo de 2010, modificaciones que, por lo que respecta a la materia objeto de este estudio, son muy numerosas y de hondo calado.

Páginas: 756 • Encuadernación: Tapa dura • ISBN: 978-84-8126-687-0



## Acto central de conmemoración del 50 aniversario de la Compilación del Derecho Civil Catalán



La conferencia central corrió a cargo de Robert Follia

El pasado 21 de julio tuvo lugar el acto central, dentro de la programación del Colegio Notarial, de conmemoración del 50 aniversario de la Compilación del Derecho Civil de Cataluña. El Colegio culminó, de esta forma, la celebración de esta destacada efeméride que se ha celebrado, a lo largo de todo el año, en distintas ciudades catalanas. La inestimable aportación al texto de los más ilustres notarios de la época, cuya labor ha sido destacada tanto por la Administración como por las principales instituciones jurídicas de ámbito autonómico y estatal, han centrado una vez más la atención en la importante contribución del notariado a un documento cuya repercusión trascendió el ámbito legal para adentrarse en el social y constituir ya parte de la historia.

El acto contó con la presencia de la consejera de Justicia, Montserrat Tura y la presidenta del Tribunal Superior de Justicia, M. Eugenia Alegret, así como de numerosos representantes de la sociedad civil catalana. Ejerció de presentador el destacado periodista Josep Cuní, director del programa matinal de TV3 líder de audiencia en Cataluña, quien aportó la visión y repercusión social del acontecimiento.

Robert Follia, notario y ex decano del Colegio, fue el encargado de pronunciar la conferencia "*Significado y importancia de la Compilación*", en la que hizo un amplio repaso al extenso y arduo proceso de elaboración de la Compilación. Como brillante continuador de la labor iniciada por la generación de la Compilación, remarcó que dada la época en que se publicó, fue un texto fundamental para la conservación del dere-



cho catalán y permitió su desarrollo posterior. Haciendo un breve repaso a la historia, expuso que, después de la Guerra Civil, el Derecho catalán estaba totalmente amortecido. Fue en el Congreso de Zaragoza de 1946 donde se empezó a gestar el texto, en un encuentro que pretendía compilar las instituciones forales o propias de los diversos territorios con la finalidad de conseguir un Código Civil de carácter general. Pero el resultado fue que las compilaciones que se redactaron en ese momento quedaron ya como definitivas. En 1947 se creó una Comisión, formada por 37 miembros, encargada de redactar el anteproyecto de Compilación; un anteproyecto que, ya antes de su aprobación, fue utilizado por el Tribunal Supremo en la sentencia de 23 de noviembre de 1955, señalando que *“aunque todavía no tenga el rango de norma legal, marca una orientación legislativa autorizada”*.

El texto pasó a la Comisión de Codificación que, después de varias sesiones, lo modificó sustancialmente. Fue entonces cuando pasó a las Cortes y se creó una Comisión en Cataluña, integrada entre otros por los notarios Porcioles, Roca Sastre, Faus Esteve y Figa Faura, quienes introdujeron la mayoría de enmiendas en el texto que fue finalmente aprobado el 21 de julio de 1960. A raíz de su publicación, se publicaron numerosas conferencias y diversos libros y comenzó su estudio en la Universidad. Empezó también a aplicarse el derecho catalán en las sentencias de la Audiencia territorial de manera progresiva.

Finalmente, Follia concluyó afirmando que *“el éxito de la Compilación radica en que se trata de un texto bien hecho, bien ordenado, redactado con muy buena técnica jurídica y con un gran sentido práctico, conservando lo más importante y modificando aquello que era necesario modificar, y aclarando muchísimo el sistema de fuentes”*.

Por su parte, Joan Carles Ollé, decano del Colegio Notarial de Cataluña, destacó *“la extraordinaria calidad jurídica de la Compilación, redactada por una generación de juristas de primerísimo nivel”*. Además, manifestó que *“es uno de los momentos más álgidos de la historia de la escuela jurídica catalana”*, afirmando que *“este texto sentó las bases del derecho catalán moderno”*. Comentó que la implicación del notariado en la defensa y elaboración del derecho civil catalán ha sido clave en diversas etapas de la historia de Cataluña, como han destacado diversos autores, entre ellos Jaume Vicens Vives y Johnn Elliot. Quiso recordar también la intervención decisiva de ilustres representantes de la comunidad jurídica como el eminente civilista español José Castán Tobeñas, el que había sido decano del Colegio de Madrid y Presidente de la Junta de decanos Eduardo López Pálop y el decano de Colegio de Abogados de Barcelona Francesc de Condorines, profundizando posteriormente su intervención en los cuatro notarios claves en la Compilación: Ramon Faus, Lluís Figa, José M. Porcioles y Ramon M. Roca Sastre, máximos artífices de esta obra colectiva. Finalmente, aseguró que en el actual Código Civil de Cataluña *“se percibe claramente todavía el espíritu, e incluso el texto, de la mayoría de preceptos de la Compilación”*.

Por otro lado, Montserrat Tura, consejera de Justicia, remarcó que este aniversario *“es una ocasión inmejorable para referirnos al pasado de dónde venimos y al futuro hacia dónde vamos, y nos permite recordar el pasado milenario de nuestra historia y de la de nuestras instituciones, a la vez que ser conscientes del presente y del futuro de nuestro derecho, que es vivo y ha sido a menudo pionero”*.

Finalmente, Josep Cuní quiso remarcar que *“esta profesión, la de los notarios, a menudo sobrepasa barreras y fronteras”*, destacando que esta celebración se produce en un momento de la historia *“que a más de uno le puede parecer que hoy, ese hito conseguido hace 50 años, no sería posible”*. Se mostró crítico con la sociedad civil actual, a la que definió como *“más crítica pero menos resolutive; menos atemorizada pero más pasiva”* e hizo referencia a la obra *“Homenots”* de Josep Pla, que recoge la figura de Ramon Roca Sastre y José M. Porcioles.

El éxito de la Compilación radica en que se trata de un texto bien hecho, bien ordenado, redactado con muy buena técnica jurídica y con un gran sentido práctico



## Vida corporativa

Con motivo del 50 aniversario de la Compilación del Derecho Civil de Cataluña, el Colegio, junto al Colegio de Abogados de Barcelona y la Academia de Jurisprudencia y Legislación de Cataluña organizaron conjuntamente una exposición con fondos bibliográficos y documentales de las tres instituciones que ha acompañado los distintos actos celebrados en las respectivas sedes.



Montserrat Tura, consejera de Justicia, recorrió la placa conmemorativa del 50 Aniversario

La exposición ha pretendido ser una muestra que explicase, a través de sus piezas, el largo proceso de gestación, redacción, aprobación e inmediata repercusión de la Compilación.

De este modo, en sus vitrinas se recogieron los textos de las sucesivas propuestas de apéndices que la comunidad jurídica catalana más destacada elaboró tan pronto como se aprobó el código civil español y que fueron publicados por la Academia. O la publicación de les Conferencias sobre las variedades comarcales del derecho civil catalán de los años treinta. También albergó el ejemplar que la Revista

Jurídica de Catalunya editó con el Proyecto de Compilación del derecho civil de Cataluña, redactado por la Comisión especialmente nombrada con esta finalidad. Junto a la edición oficial de la Compilación aprobada, se pudo observar la edición acompañada de los valiosos comentarios que redactaron F. de A. Condomines y Ramon Faus, junto a la edición facsimilar que el Colegio editó recientemente.



La exposición reunió fondos bibliográficos y documentales sobre el proceso de gestación, redacción, aprobación y repercusión inmediata de la Compilación

Otras publicaciones ilustran la repercusión inmediata que tuvo el nuevo texto y la voluntad de su aplicación. Así se expusieron las ediciones de las conferencias que se realizaron en el Colegio de Abogados o los comentarios surgidos de la Universidad de Barcelona.

En cuanto al fondo documental, destacaron los expedientes personales de los notarios Faus Esteve, Roca Sastre, Porcioles y Figa Faura, así como una breve pero significativa copia del Acta de la Junta de Gobierno de ICAB en que se nombra a diez destacados juristas y notarios para que revisen el texto del proyecto de Compilación. Como curiosidad, se pudieron ver propuestas las cartas cruzadas de Josep Lluís Sagarra y Josep M. Pons Guri sobre diferentes aspectos de la Compilación.



Presentación de la nueva etapa de LA NOTARIA

## Presentada la nueva etapa de LA NOTARIA

El pasado 5 de octubre tuvo lugar la presentación de la nueva etapa de LA NOTARIA, la publicación oficial del Colegio que, tras 152 años de historia, ha sido y continua siendo una revista de referencia en el ámbito jurídico no sólo de Cataluña, sino también del conjunto de España. El acto contó con la presencia de varios decanos y de muchos notarios del propio Colegio y de otros Colegios, que se desplazaron a Barcelona en muestra de simpatía y apoyo al nuevo proyecto. La sesión fue presidida por el Subdirector General de los Registros y del Notariado, Iván Heredia, y contó con las intervenciones de Ángel Serrano, Director de la revista; Jacinto Gil Rodríguez, catedrático de Derecho Civil de la Universidad del País Vasco; Ignacio Solís, decano del Colegio de Notarios de Madrid; del decano del Colegio Notarial de Cataluña, Joan Carles Ollé, y del propio Subdirector.

En su intervención, Ángel Serrano destacó que *“LA NOTARIA pretende, conservando la tradición, adaptarse a los nuevos tiempos, con un formato más ágil e incorporando nuevas tendencias del momento actual.”* Además, destacó el hecho de que a partir de ahora se dispone de una versión online, a la que puede acceder toda la comunidad jurídica, así como el interés en que mantenga el nivel intelectual de una revista jurídica científica, pero que también tenga una visión práctica. Así mismo, en cuanto a contenidos destacó que se potencian, especialmente, las secciones de derecho comparado y derecho comunitario. Por último remarcó que se ha incorporado al mundo universitario, implicándolo en el consejo editorial.

Por su parte, Jacinto Gil Rodríguez, catedrático de la Universidad del País Vasco, reflexionó acerca del papel actual de la investigación en la Universidad, destacando que se ha convertido *“en una ocupación y en una preocupación”* y reivindicando el máximo nivel de excelencia que cabe exigir. Además, destacó que para la Universidad esta publicación constituye *“una oportunidad”* y recordó que para el Notariado, la investigación constituye *“no una obligación, sino una devoción”* y subrayó que *“la profesión notarial siempre está presente cuando reflexionamos acerca de la investigación científica”*.

Ignacio Solís, decano del Colegio Notarial de Madrid, quiso destacar la excelente relación y sintonía entre ambos colegios, y remarcó la importante aportación del notariado catalán no sólo en la Compilación —de la que este año se celebra el 50 aniversario— sino también fuera del ámbito estrictamente catalán. Además, remarcó la importancia de la sección *“Tribuna”* y de las *“Noticias corporativas”* como foros de opinión en el nuevo formato, desde donde poder tratar temas de la máxima actualidad.

Por su parte, Joan Carles Ollé, decano del Colegio, destacó la *“enorme responsabilidad que supone esta nueva etapa, siguiendo la estela de todos aquellos quienes con su esfuerzo han mantenido a lo largo de su historia el prestigio de esta publicación”*. Así, quiso recordar a los fundadores Joaquim Roca, Pere Martí y Félix Falguera, quien la dirigió durante muchos años, y luego fue recordado decano del Colegio, destacando el hecho de que la revista surgió de la necesidad de participar activamente en la aprobación de la Ley del Notariado, en ese momento todavía no vigente. Así mismo, destacó la recuperación de información corporativa, la atención preferente al ámbito europeo, la voluntad de convertirla en una tribuna de opinión, la edición online y la existencia, por primera vez, de una doble edición, en catalán y en castellano. También el compromiso con la libertad y pluralidad, la apertura a otras zonas de España y el acercamiento al

LA NOTARIA pretende, conservando la tradición, adaptarse a los nuevos tiempos, con un formato más ágil e incorporando nuevas tendencias del momento actual



## Vida corporativa

mundo universitario. Finalmente, remarcó que *“el contexto de crisis económica y de valores hace imprescindible cambios también en el ámbito notarial, siempre sin desvirtuar su esencia, y los próximos años serán claves. Se trata de adaptarse para continuar ofreciendo un servicio público esencial en un Estado de derecho”*. Para finalizar, agradeció una vez más el esfuerzo de la Dirección General de los Registros y del Notariado para buscar el consenso entre notarios y registradores, y recordó que *“la gran asignatura pendiente del notariado es la falta de mecanismos realmente representativos en la cúpula, que dificulta la conexión con los problemas reales de la profesión”*, reivindicando la necesidad de reformar el Reglamento Notarial, reclamando la votación universal del Presidente y su equipo de gobierno, e introduciendo elementos democráticos y más medidas de control, en pro de la modernización de la profesión.

Iván Heredia, Subdirector General de los Registros y del Notariado, fue el encargado de clausurar el acto. Tras manifestar su satisfacción por el hecho de que *“una revista con esta proyección continúe su andadura con nuevos retos”*, destacó que el colectivo notarial siempre ha estado muy directamente vinculado a la investigación y la doctrina y concluyó manifestando que *“esta revista es una forma más de potenciar la seguridad jurídica preventiva, manteniendo siempre la voluntad integradora del Colegio de Cataluña y constituyendo un foro abierto a todos los colectivos y siempre guiado por criterios científicos y de vocación de servicio público.”*

A lo largo de su historia se han publicado más de 300 volúmenes de LA NOTARIA y, aun cambiando de periodicidad, sólo dejó de publicarse entre 1938 y 1942 a raíz de la Guerra Civil. Así, a lo largo de la historia ha ido recogiendo la historia del notariado de Cataluña y del conjunto de España, siempre teniendo como última finalidad la defensa de la institución notarial, del derecho civil catalán y una apuesta decidida por el estudio y la investigación.

El Consejo Editorial de LA NOTARIA está formado por muy ilustres compañeros y quince prestigiosos catedráticos de las universidades catalanas y del resto de España. Éstos son: Esther Arroyo Amayuelas (U. de Barcelona), Luis Humberto Clavería Gozálbex (U. de Sevilla), Joan Egea Fernández (U. Pompeu Fabra), Ignacio Farrando Miguel (U. Pompeu Fabra), Andrés Domínguez Luelmo (U. de Valladolid), Jacinto Gil Rodríguez (U. del País Vasco), José Luis Linares Pineda (U. de Girona), Sergio Llebaría Samper (Esade-URL), Juan José Marín López (U. Castilla-La Mancha), José María Miquel González (U. Autónoma de Madrid), Susana Navas Navarro (U. Autónoma de Barcelona), Pablo Salvador Coderch (U. Pompeu Fabra), Antonio Vaquer Aloy (U. de Lleida), Rafael Verdera Server (U. de Valencia), Francisco Vicent Chuliá (U. de Valencia).

Los notarios que forman parte de dicho Consejo son: Robert Follia Camps, José Antonio García Vila, Ildefonso Sánchez Prat, Josep M. Valls Xufre y M. Ángeles Vallvé Ribera.



## Seminario Internacional sobre la revisión del Reglamento Bruselas I

El pasado 21 de octubre tuvo lugar en el Colegio un Seminario Internacional dedicado a analizar el Reglamento de Bruselas I. En su inauguración, Francisco Garcimartín, catedrático de la Universidad Rey Juan Carlos, coorganizadora del Seminario, reivindicó la necesidad de que la Universidad se abra al mundo exterior y a otras instituciones, así como *“la importancia de ser activos, no sólo una vez aprobados los textos, sino también en el proceso de elaboración de las leyes”*. Así mismo, destacó la relevancia de organizar actos con colaboración institucional, y remarcó que *“ahora que se revisa el Reglamento es el momento de celebrar un seminario como éste”*. Por su parte, Iván Heredia, subdirector general de los Registros y del Notariado, que sustituyó en la inauguración a la directora general de los Registros y del Notariado, María Ángeles Alcalá, que excusó su presencia por tener que asistir al acto de la toma de posesión de los nuevos ministros del mismo día, remarcó *“el papel tremendamente activo del Colegio de Notarios de Cataluña en la vertiente corporativa e investigadora”* e hizo un breve repaso a la historia afirmando que *“el convenio de Bruselas del 68 puso en marcha el derecho procesal europeo, ambicioso para su época; el modelo de Bruselas lo mejoró con el hoy vigente Reglamento 44/2001; pero la comunidad ha ido más lejos y ahora es el momento de plantear a dónde hay que llevar este Reglamento”*. Finalmente, aseguró estar *“convencido de que las conclusiones del seminario ayudarán en la correcta construcción y definición de un espacio europeo de libertad, seguridad y Justicia”*, labor en la que la Dirección General está plenamente implicada. Por ello, aseguró, están trabajando, fundamentalmente, en el futuro Reglamento de sucesiones, y se ha retomado la idea de elaborar una ley jurídica internacional, en la línea de trabajar con la máxima coherencia respecto a las normativas comunitarias.

Destaca el importante papel que desempeña el documento notarial como instrumento jurídico europeo de control de legalidad, fruto de lo cual se entiende el amplio despliegue de funciones que se le atribuyen al notario



De izquierda a derecha, Alegría Borrás, Joan Carlos Ollé y Francisco J. Garcimartín

El Seminario contó con dos conferencias centrales. La primera corrió a cargo de Trevor H. Hartley, profesor de la London's School of Economics, titulada *“Choice-of-Court Agreements and Brussels I Regulation”*. A ella siguió una mesa coloquio que reunió a Diana Sancho Villa, Titular de la Universidad Rey Juan Carlos, quien comentó *“Reglamento de Bruselas I y Convenio de la Haya sobre acuerdos de elección de foro: supuestos de aplicación”*; Sara Sánchez Fernández, investigadora de la Universidad Rey Juan Carlos I, quien repasó *“Cláusulas de elección de foro: daños y derecho a indemnización”*; y Jesús Gómez Taboada, notario de Tordera, quien versó sobre *“Aplicabilidad de las normas sobre competencia judicial internacional al ámbito notarial”*.

La segunda conferencia fue pronunciada por Alegría Borrás Rodríguez, catedrática de la Universidad de Barcelona, y versó sobre *“La aplicación del Reglamento a domiciliados de terceros Estados”*. La mesa posterior contó con la participación de Iván Heredia, quien analizó *“Artículos 6.1 y 6.2: problemas de aplicación”*; Ana Crespo Hernández, de la Universidad Rey Juan Carlos, quien repasó *“Propuestas para la regulación del contrato de trabajo”*; Rafael Arenas García, catedrático de la Universidad Autónoma de Barcelona, que se centró en *“La supresión del exequátor: problemas y soluciones”*; y finalmente Pedro Carrión García de Parada, notario de Reus, quien versó sobre *“Reconocimiento y ejecución del documento notarial en el marco del Reglamento Bruselas I”*.

La principal conclusión a que se llegó en el marco de este seminario fue el importante papel que debe desempeñar el documento notarial como instrumento jurídico europeo que garantiza el control de legalidad, fruto del cual es el amplio despliegue de funciones que se le atribuyen al notario. De este modo, se debe apostar por la circulación de documentos, entendiendo siempre de aquellos que se consideran auténticos, es decir, aquellos que ofrecen y merecen plena confianza gracias a la intervención del notario. Quedó claramente reflejada la importancia, pues, de la función notarial como garante del control de legalidad para que un documento pueda desplegar plenos efectos, lo cual requiere, a su vez, de la adopción de medidas de control y preventivas.



## Vida corporativa

La clausura corrió a cargo del decano del Colegio, Joan Carles Ollé, quien remarcó que las nuevas necesidades existentes —entre ellas el nuevo contexto internacional, la ampliación de la Unión Europea, las migraciones a gran escala o la internacionalización de los mercados— requieren de nuevas necesidades de unificación y armonización que supongan un paso más después del Reglamento Bruselas I. La dificultad está en alcanzar estos objetivos sin pérdida de seguridad jurídica. La meta final ha de ser el *“hacer compatibles y mantener un adecuado equilibrio entre los dos grandes principios de libertad y seguridad”*. Además, recordó que no puede olvidarse que existen normativas muy distintas que dificultan que el fondo de cada documento notarial sea distinto en cada caso, motivo por el cual *“el debate ha lanzado ideas como la existencia de un documento auténtico complementario de validación y cumplimiento final de los requisitos por parte del notario español, por ejemplo.”* Para finalizar, afirmó que *“el notariado simpatiza con estos movimientos de reforma, que sabemos necesarios, y el desafío es acertar en el cómo y cuáles deben ser los límites, ofreciendo siempre la máxima seguridad jurídica”*.

La jornada finalizó con un éxito importante en lo que ha sido una primera colaboración en una materia de tanta actualidad y proyección futura en el mundo académico y notarial como es el Derecho Internacional Privado entre la Universidad Rey Juan Carlos y el Colegio Notarial de Cataluña, que sus responsables en el acto, el catedrático Francisco Garcimartín y el decano del Colegio de Cataluña Joan Carles Ollé manifestaron su voluntad de reeditar en el futuro.

---

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

---

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

[www.colnotcat.es](http://www.colnotcat.es)

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

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

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

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



**CNC**  
COL·LEGI DE NOTARIS  
DE CATALUNYA