

# La Notaria

Número 3 | 2018

Revista del Colegio Notarial de Cataluña

Fundada en 1858

CELEBRADA LA III JORNADA NOTARIAL DE SANT BENET

## Celebrada la III Jornada Notarial de Sant Benet

En vigor los nuevos Reglamentos Europeos de Régimen Económico Matrimonial y Uniones de Hecho

«El nivel de seguridad jurídica de España es elevadísimo y con una relación coste-beneficio óptima»

Entrevista a Pedro J. Garrido Chamorro  
DIRECTOR GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

«No somos suficientemente conscientes de nuestros derechos como consumidores»

Entrevista a Elisabeth Abad Giralt  
DIRECTORA DE LA AGENCIA CATALANA DE CONSUMO

### TRIBUNA

Alfonso Cavallé Cruz  
Jaume Giró Ribas  
Jesús Fuentes Martínez  
Enric Brancós Núñez  
Raquel Iglesias Pajares  
Víctor J. Asensio Borrellas

### DOCTRINA

El nuevo derecho francés de las obligaciones  
Análisis sintético sobre política arancelaria notarial,  
imparcialidad y leyes de mercado  
La protección de datos y la prevención del blanqueo de  
capitales en la quinta Directiva  
La influencia de la reforma protestante en el derecho  
hereditario y en la abstracción del negocio jurídico

### PRÁCTICA

Deberes y derechos de los  
administradores  
Responsabilidad Civil del Notario.  
El notario como testigo  
en el proceso civil

# SERÁ TU PRIMERA REFERENCIA DE CONSULTA

NOVEDAD



## iQMEMENTO NOTARIOS LEFEBVRE

Presentamos iQM Notarios, una aplicación diferente, eficaz y específica para tu profesión, que incluye:



**Los Mementos Francis Lefebvre:** garantía de acceso inmediato a soluciones rigurosas y de directa aplicación. Mementos: Fiscal, Sociedades Mercantiles, Sucesiones y Transmisiones (Fiscal), Familia, Sucesiones (Civil).



**Los Formularios Prácticos de Sociedades Anónimas y Limitadas,** con todos los documentos necesarios para cada operación, incluidas las escrituras públicas.



Una **base de datos jurídica que te ofrece todos los fundamentos** que respaldan las soluciones propuestas: normas, sentencias, resoluciones administrativas, etc.



Y además es **multisoporte**, consulta la información en cualquier momento y lugar.

SOLICITA MÁS INFORMACIÓN

91 210 80 00

[clientes@lefebvreelderecho.com](mailto:clientes@lefebvreelderecho.com)

**Director:**

Ángel Serrano de Nicolás

**Subdirector:**

Javier Martínez Lehmann

**Consejo de redacción:**

Víctor Javier Asensio Borrellas, Leticia Ballester Azpitarte, Víctor Esquirol Jiménez, Pablo Gómez Clavería, Jesús Gómez Taboada, Antonio Longo Martínez, Susan Marsinyach Calvet

**Consejo editorial:**

Esther Arroyo Amayuelas (U. de Barcelona), Luis Humberto Clavería Gosálbez (U. de Sevilla), Andrés Domínguez Luelmo (U. de Valladolid), Joan Egea Fernández (U. Pompeu Fabra), Ignacio Farrando Miguel (U. Pompeu Fabra), Jacinto Gil Rodríguez (U. del País Vasco), José Luis Linares Pineda (U. de Girona), Sergio Llebaría Samper (Esade-URL), Juan José Marín López (U. Castilla-La Mancha), José María Miquel González (U. 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.ª Valls Xufré (Notario), M.ª Angels Vallvé Ribera (Notario)

**Coordinación:**

Sandra Purroy Corbella

Diseño, Preimpresión e Impresión por Lefebvre-El Derecho

ISSN: 0210-427X

D.L.: M-15124-2012

NIPO (Papel): 051180400

NIPO (PDF): 051180416

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.notariosdecataluña.org](http://www.notariosdecataluña.org)

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

## Parejas estables: regulación catalana y de la Unión Europea

Con la entrada en vigor del Reglamento (UE) 2016/1104 del Consejo, de 24 de junio de 2016, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de efectos patrimoniales de las uniones registradas (en adelante, REPUR) se plantea la problemática no el qué parejas o uniones pueden autorizarse notarialmente en Cataluña, pues en esto nada ha influido, sino el cuándo deben considerarse registradas a los efectos del REPUR.

Al efecto, conviene precisar que las parejas estables, a que se refieren los arts. 234-1 a 234-14 CCCat, *no son un estado civil* (como tampoco lo son ninguna de las uniones que puedan crearse al amparo de las otras legislaciones autonómicas, con los límites de la STS de 15 de enero de 2018), y como los estados civiles son tasados tampoco pueden crearse por la libre determinación por los particulares; por ello es plenamente coherente que tampoco puedan acceder al Registro Civil, a nuestros efectos irrelevante pues aunque sí es registro jurídico, con sus consiguientes efectos *erga omnes*, sin embargo, en ningún Considerando ni artículo del REPUR se exige que tenga que tener tal naturaleza el registro en que puedan quedar registradas. Por otra parte, *carecen de régimen económico matrimonial* (v. RDGRN 11 de junio de 2018), por lo que no se les puede aplicar supletoriamente ninguno de los regulados positivamente (al estar contemplados exclusivamente para el matrimonio), y lo que necesariamente tendrán que hacer es pactar un régimen patrimonial, pues, al efecto, no es baladí que el REPUR tampoco hable de régimen económico matrimonial, sino de efectos patrimoniales, que necesariamente se logran mediante pacto al efecto.

Pacto patrimonial, no régimen económico matrimonial, que necesariamente siempre será contractual; así, no en vano, el art. 234-3.1 CCCat dice que sus relaciones patrimoniales se “regulan exclusivamente por los pactos de los convivientes”, y este pacto tanto podrá consistir en una remisión íntegra o parcial al supletorio, como directa o supletoriamente a uno legalmente regulado, pero que, en cualquier caso, siempre nace del pacto, sea por la mera remisión o transcribiendo íntegramente alguno de los tipificados, como tal estáticos; aunque, también, podrían ser dinámicos remitiéndose a uno de los legalmente previstos incluso con sus evoluciones legislativas, pero en cualquier caso siempre será contractual y, en consecuencia, sin que quepa aplicarles sus posibles presunciones, pues como tales son legales, y no de origen convencional.

Dicho lo que precede, cualquier pareja (homo o heterosexual), de catalanes, de españoles, de ciudadanos de la Unión Europea o incluso de terceros países (lo sean ambos o uno solo de ellos) podrán constituir una pareja estable en Cataluña –incluso aunque no sean residentes, *cfr.*, por ser plenamente trasladable, STSJ CL 1494/2017, de 10 de abril - ECLI: ES:TSJCL:2017:1494- y no cabe hablar de que se les aplicará tal o cual régimen económico matrimonial pues necesariamente tendrán que pactar ellos su régimen patrimonial (que no económico matrimonial), aunque –como decía- sea por remisión a uno legal. Sin duda que en cuanto creen una familia se les aplicará el art. 9.1 CC español, pero es que una familia también puede crearla una persona soltera que tiene un hijo; y, desde luego, como no son un matrimonio, ni cabe entenderlo por analogía –cuanto menos en España en que sí pueden ser matrimonio los homosexuales, y justo al no serlo lo excluyen- no podrá aplicárseles nada de los efectos del matrimonio, art. 9.2 CC español, pues sus efectos patrimoniales siempre serán convencionales (expresos, tácitos o simplemente de hecho), incluso aunque acudan de manera directa a uno de los legales. Tampoco lo que pactan son en propiedad capítulos matrimoniales, sino una regulación convencional siempre de sus efectos patrimoniales.

Y ya en lo que atañe a considerárseles registradas a los efectos del REPUR, y como más extensamente he sostenido en las últimas *Jornades de Tossa de 2018*, el registro administra-

tivo catalán sí cumple con los requisitos para poderlas considerar registradas, pues su Considerando (16) distingue, y aunque el REPUR lo será únicamente a los efectos patrimoniales Considerando (19), los tres supuestos siguientes: a) Las parejas estables cuya “unión se halla institucionalmente sancionada mediante su registro ante una autoridad pública”, esto lo es el registro administrativo catalán y, desde luego, no lo es el protocolo notarial, que, por otra parte, no cumple como tal registro a los efectos de pensión en razón de la inscripción, como resulta de la STS, Sala de lo Social, 393/2017, de 4 de mayo de 2017; además, el registro es voluntario, nunca constitutivo, pero sí obligatorio si se quiere gozar de la plenitud de efectos de la unión registrada; b) Las “parejas vinculadas por uniones de hecho”, que como indica el propio Cdo. (16) aunque las reconocen algunos Estados miembros, sin embargo, “deben disociarse de las uniones registradas” (sería el caso de las constituidas en escritura pública pero no registradas), aunque su “carácter oficial permite tener en cuenta su especificidad y proceder a su regulación en el Derecho de la Unión”; y, finalmente estarían, Cdo. (17) *in fine* REPUR, c) Las uniones no contempladas en su Derecho nacional, por algunos Estados miembros, a las que “(n)inguna de las disposiciones del presente Reglamento deberá obligar”, de lo que cabe derivar que sí a las otras dos modalidades.

Como el mismo Cdo. (16) contempla lo que se pretende es “eliminar los obstáculos a la libre circulación de las personas que hayan registrado su unión”, y, en efecto, las parejas estables catalanas pueden o no voluntariamente registrarse, por lo que incluso en su propia voluntad queda, eso sí registrándose, el que se les aplique o no el REPUR; pues, además, aunque en el Considerando (35) se contemple al tratar de la conexión, como último punto de conexión la del “Estado miembro en virtud de cuya legislación se llevó a cabo el registro obligatorio de la unión para su creación”, no se trata de que se exija la inscripción obligatoria –ni menos la constitutiva- por la normativa aplicable del Estado miembro, o su unidad territorial, que, además, deberá tener competencia en materia civil, pues las CCAA que no la tengan podrán establecer diversos efectos, pero no los civiles, ni tampoco, por ello, los patrimoniales –Cdo. (18)- de administración cotidiana y liquidación. Se trata a mi entender de que estén institucionalmente reconocidas y que, además, puedan inscribirse, no que el registro sea obligatorio para reconocerlas, sino que sea obligatorio ese registro para reconocerles la plenitud de efectos, entre los que no es baladí la pensión (para Madrid –como ejemplo de Comunidad Autónoma sin competencia en materia civil- STC 81/2013, de 11 de abril de 2013 y, para Navarra, STC 93/2013, 23 de abril de 2013, en este caso Comunidad Autónoma con competencia civil).

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



## Editorial

- Parejas estables: regulación catalana y de la Unión Europea  
*Ángel Serrano de Nicolás* ..... 3



## Tribuna

- La actuación notarial en la Ley reguladora de los contratos de crédito inmobiliario  
*Alfonso Cavallé Cruz* ..... 7
- Vivir en tiempos interesantes. Prospectiva tentativa de un siglo lleno de incertidumbres  
*Jaume Giró Ribas* ..... 22
- La extinción del censo y el artículo 565-11.5 del Código Civil de Cataluña (luces y sombras de una precipitada reforma)  
*Jesús-Julián Fuentes Martínez* ..... 28
- El documento notarial en soporte electrónico  
*Enric Brancós Núñez* ..... 33
- Comentarios a la sentencia del Pleno del TC de 17 de enero de 2019  
*Raquel Iglesias Pajares* ..... 37
- El bitcoin: una primera aproximación jurídica en derecho civil español  
*Víctor J. Asensio Borrellas* ..... 40



## Entrevista

- “El nivel de seguridad jurídica de España es elevadísimo y con una relación coste-beneficio óptima”  
*Pedro José Garrido Chamorro* ..... 46
- “No somos suficientemente conscientes de nuestros derechos como consumidores”  
*Elisabeth Abad i Giralt* ..... 52



## Doctrina

- El nuevo derecho francés de las obligaciones  
*Rémy Cabrillac* ..... 59
- Análisis sintético sobre política arancelaria notarial, imparcialidad y leyes de mercado  
*Ramón Bernabé Panós* ..... 65
- La protección de datos y la prevención del blanqueo de capitales en la quinta Directiva  
*Alfonso Ortega Giménez* ..... 93
- La influencia de la reforma protestante en el derecho hereditario y en la abstracción del negocio jurídico  
*María J. Roca Fernández* ..... 100



## Internacional

- El nuevo Reglamento Europeo de Régimen Económico Matrimonial  
*Jesús Gómez Taboada* ..... 108
- El Reglamento (UE) 650/2012: tras sus primeros años de aplicación ¿qué preocupa a los operadores jurídicos?  
*Jaume Tarabal Bosch y Maria Esperança Ginebra Molins* ..... 114



## Práctica

- Deberes y derechos de los administradores  
*Gerardo Conesa Martínez*..... 116
- Responsabilidad Civil del Notario. El notario como testigo en el proceso civil  
*Marcos Mas Rauchwerk* ..... 120



## Sentencias

- Sentencias del Tribunal Supremo  
*Redacción Lefebvre-El Derecho*..... 139
- Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña  
*Víctor Esquirol Jiménez*..... 149



## Resoluciones

- Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado en recursos contra calificaciones mercantiles y de la propiedad  
*Fernando Agustín Bonaga* ..... 154
- Resoluciones de la Dirección General de Derecho y Entidades Jurídicas de la Generalitat  
*Víctor Esquirol Jiménez*..... 197



## Vida Corporativa

- Noticias corporativas y del mundo del Derecho..... 205

## La actuación notarial en la Ley Reguladora de los Contratos de Crédito Inmobiliario



Alfonso Cavallé Cruz  
Decano del Colegio Notarial de las Islas Canarias

### I. INTRODUCCIÓN

Los poderes públicos tienen el deber de *garantizar la defensa de los derechos y sus legítimos intereses de los consumidores y usuarios, mediante procedimientos eficaces, además han de promover su información y educación*<sup>(1)</sup>. Entre las instituciones del Estado que tienen por encargo hacer efectivo este mandato, se encuentra el Notariado, integrado por *funcionarios públicos*<sup>(2)</sup> entre cuyos deberes el ordenamiento jurídico les impone, de forma expresa, *velar por el respeto de los derechos básicos de los consumidores y usuarios*<sup>(3)</sup> y *garantizar, mediante el suministro de una información jurídica comprensible, que el consumidor y usuario celebra el contrato únicamente previa reflexión suficiente y con pleno conocimiento de su alcance jurídico*<sup>(4)</sup>. Estas obligaciones son consecuencia natural de su deber genérico de *velar por la regularidad no sólo formal sino material de los actos o negocios jurídicos que autorice o intervenga*<sup>(5)</sup>.

«En el ámbito de la actuación notarial — dice la Dirección General de los Registros y del Notariado (DGRN) en Resolución de 9 de septiembre de 2015— *pueden distinguirse, fundamentalmente, tres fases:*

1º *El momento previo al otorgamiento del documento público, circunscrito a su preparación, redacción, asesoramiento e información.*

2º *El momento mismo del otorgamiento, en el que las partes prestan su consentimiento y el Notario autoriza el documento y lo incorpora al protocolo.*

3º *El momento posterior al otorgamiento, referido a la conservación, custodia y expedición de copias del documento público protocolizado».*

En los últimos tiempos la práctica fue diferente en la contratación ordinaria frente a la contratación en masa.

- En la *contratación ordinaria* en documento notarial la fase previa (*preparación, redacción, asesoramiento e información*) tiene para todos los interesados efectiva relevancia práctica y descansa en la interacción de los futuros otorgantes con el Notario a quien, con la rogación, requieren la prestación de su ministerio<sup>(6)</sup>. Es el tiempo en que le facilitan datos para la elaboración del instrumento, le piden resuelva dudas, le solicitan asesoramiento e información, le expresan los fines empíricos que se proponen alcanzar, etc. Sobre estas rogaciones, la documentación recibida, las declaraciones emitidas y las conductas seguidas por los otorgantes, el Notario procede a dar redacción al instrumento público, *conforme a la voluntad común de los otorgantes, la cual deberá indagar, interpretar y adecuar al ordenamiento jurídico*<sup>(7)</sup>, y en cuya redacción debe emplear *estilo claro, puro, preciso, sin frases ni términos oscuros ni ambiguos, y observando, de acuerdo con*



la Ley, como reglas imprescindibles, la verdad en el concepto, la propiedad en el lenguaje y la severidad en la forma<sup>(8)</sup>.

- Por su parte, en la *contratación en masa bajo condiciones generales* la situación ha sido diferente en la práctica, no sólo porque *el clausulado ha sido redactado conforme a minuta*<sup>(9)</sup>, sino, sobre todo, porque, con frecuencia, se han venido dando prácticas organizativas de las empresas predisponentes que dificultan al consumidor el derecho a elegir a su *Notario de confianza*<sup>(10)</sup> y, además, hacen que aquellas acaparen la fase precontractual en perjuicio del consumidor, que quedó apartado en los días previos de su interrelación con el Notario. De este modo, el consumidor adherente, solo se hacía presente ante el Notario, al que de hecho no siempre había tenido la oportunidad real de elegir, el mismo día del otorgamiento del contrato. La consecuencia ha sido una debilidad del sistema con disminución de transparencia material, aumento de conflictividad y pérdida de seguridad.

Para corregir estos desequilibrios en la contratación seriada se percibe con nitidez la necesidad de dar mayor presencia y protagonismo al consumidor en la fase precontractual dada su relevancia. No en vano, como señala el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, *reviste una importancia fundamental para el consumidor disponer, antes de la celebración de un contrato, de información sobre las condiciones contractuales y las consecuencias de dicha*

*celebración. El consumidor decide si desea quedar vinculado por las condiciones redactadas de antemano por el profesional basándose principalmente en esa información*<sup>(11)</sup>.

La experiencia de los últimos años confirma que, en la contratación bajo condiciones generales, en su fase precontractual, no se aprovechó suficientemente las posibilidades que brinda la actuación notarial. Así fue en la contratación hipotecaria, donde se evidenció la conveniencia de promover la interacción entre el consumidor y el Notario en aquella fase, tal como ocurren en la contratación ordinaria.

También ha quedado demostrado que puede y debe aprovecharse el instrumento público notarial como lugar idóneo para dejar prueba en beneficio de ambas partes del cumplimiento de los deberes de transparencia, incrementar la seguridad jurídica y evitar conflictos. Esta utilidad del instrumento público no es novedosa, pues ya se recoge con carácter general en el párrafo segundo del art. 194 RN<sup>(12)</sup>.

Hoy se pretende dar cumplida respuesta a estas necesidades en la **Ley reguladora de los contratos de crédito inmobiliario (en adelante LRCCI)**, aprobada definitivamente en el Parlamento el día 21 de febrero y pendiente a día de hoy, 2 de marzo de 2019, de su publicación en el BOE, que entrará en vigor a los tres meses de su publicación<sup>(13)</sup>.

Esta norma tiene algunos antecedentes que, tras varios años de aplicación práctica, permiten augurar su acierto. A fin de dar mayor protagonismo al consumidor en la fase precontractual e incrementar su información, se inició una experiencia en el Colegio Notarial de las Islas Canarias, a través de tres Circulares de obligado cumplimiento<sup>(14)</sup>. Sus contenidos mantienen importantes paralelismos con la nueva Ley y su aplicación práctica ha tenido resultados muy positivos. En estas Circulares se adoptaban medidas como comunicar al prestamista por correo electrónico que el borrador del contrato se encontraba preparado y se le invitaba a acudir en los días previos al otorgamiento a la notaría a fin de revisarlo y recibir información y asesoramiento previo individualizado. También entre otras medidas se estableció, con carácter obligatorio, un test o guión cuestionario detallado que debía completar el Notario en base a las preguntas y diálogo con el consumidor, a fin de evaluar su grado de información y el cumplimiento de algunos deberes de transparencia del empresario. Una medida similar fue la Circular adoptada en el Colegio Notarial de Cataluña aplicable a los préstamos sujetos a la Ley 2/2009.

Otra experiencia piloto, con origen en el Consejo General del Notariado, fue el Programa Transparencia, con grandes coincidencias con lo que ahora se previene en la Ley de reforma de los contratos de crédito inmobiliario.

Otra experiencia piloto, con origen en el Consejo General del Notariado, fue el Programa Transparencia<sup>(15)</sup>, con grandes coincidencias con lo que ahora se previene en la Ley de reforma de los contratos de crédito inmobiliario:

- el envío telemático desde la entidad de crédito por conducto seguro al Notario, con antelación suficiente, de la documentación necesaria para la elaboración del documento y de la oferta vinculante o la Ficha de Información Personalizada;

- la clave telemática que recibiría el prestatario para entregar al Notario que hayan elegido a fin de que accediera al expediente con la oferta vinculante y otros documentos relacionados;



- la invitación efectuada por correo electrónico desde la notaría al prestatario, para comparecer anticipadamente en la fase precontractual en la oficina notarial, a recibir información sobre la Ley de escritura;

- y el guión cuestionario, similar al del Colegio de Canarias, tal como ahora se previene con el test que deberá incorporarse al acta que regula la Ley.

Dice el preámbulo de la LRCCI que esta Ley tiene como objeto la trasposición de la Directiva 2014/17/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de febrero de 2014, sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial y por la que se modifican las Directivas 2008/48/CE y 2013/36/UE y el Reglamento (UE) nº 1093/2010<sup>(16)</sup>. También señala el preámbulo que, *al objeto de recuperar la confianza de los prestatarios, se introducen previsiones cuya finalidad es la de potenciar la seguridad jurídica, la transparencia y comprensión de los contratos y de las cláusulas que los componen, así como el justo equilibrio entre las partes*. Esta norma será de aplicación a los contratos de préstamo concedidos por personas físicas o jurídicas que realicen dicha actividad de manera profesional, cuando el prestatario, el fiador o garante sea una persona física (en adelante prestatario) -por tanto, la presente Ley extiende su régimen jurídico a todas las personas físicas, con independencia de que sean o no consumidores<sup>(17)</sup>- y el contrato tenga por objeto, conforme el artículo 2.1, que determina el ámbito de aplicación de esta norma<sup>(18)</sup>: la concesión de préstamos con garantía hipotecaria u otro derecho real de garantía sobre un inmueble de uso residencial, incluidos aquellos elementos tales como trasteros, garajes, y cualesquiera otros que sin constituir vivienda como tal cumplen una función doméstica (art. 2.1.a.), o aquellos cuya finalidad sea adquirir o conservar derechos de propiedad sobre terrenos o inmuebles construidos o por construir, siempre que, en estos casos, el prestatario, el fiador o garante sea un consumidor (art.2.1.b.).

La LRCCI introduce normas que dotan a los Notarios de herramientas que les permitirán hacer más efectivos los derechos de los prestatarios e incrementar en esta contratación la seguridad jurídica. Así señala en el Preámbulo que, *entre los aspectos más novedosos de la Ley se establece una regula-*

*ción detallada de la fase precontractual. En este sentido, se ha optado por ir más allá de la estricta transposición de la Directiva 2014/17 con el objetivo de garantizar que el prestatario tenga a su disposición la información necesaria para que pueda comprender en su integridad la carga económica y jurídica del préstamo que va a contratar y que, por lo tanto, se pueda considerar cumplido el principio de transparencia en su vertiente material. Y, en lo que se refiere a la actuación del Notario, el preámbulo expone cuál es el papel que le asigna a tal efecto, al expresar que esta medida, destinada a reforzar el equilibrio que debe existir entre las partes en toda relación jurídica contractual, se complementa atribuyendo al Notario la función de asesorar imparcialmente al prestatario, aclarando todas aquellas dudas que le pudiera suscitar el contrato, y de comprobar que tanto los plazos como los demás requisitos que permiten considerar cumplido el citado principio de transparencia material, especialmente los relacionados con las cláusulas contractuales de mayor complejidad o relevancia en el contrato, concurren al tiempo de autorizar en escritura pública el contrato de préstamo o crédito hipotecario. Y añade, de ese modo, se constituirá prueba en beneficio de ambas partes -prestamista y prestatario- de que el primero ha cumplido con su obligación de entregar en los plazos previstos dicha documentación y el segundo podrá ejercer el derecho, que presupone también la existencia de un deber, a conocer las consecuencias de aquello a lo que se obliga.*

## II. GARANTÍAS EN LA INSTRUMENTACIÓN

En relación con la actuación notarial, la LRCCI adopta medidas concretas de transparencia que robustecen el papel y responsabilidad del Notario que pasamos a ver.

Hemos de tener en cuenta que, conforme al artículo 3 LRCCI, *las disposiciones de esta Ley y las contenidas en sus normas de desarrollo tendrán carácter imperativo, no siendo disponibles para las partes contratantes salvo que la norma expresamente establezca lo contrario y que, conforme al mismo precepto, serán nulos de pleno derecho los actos realizados en fraude de lo dispuesto en esta Ley, de conformidad con lo previsto en el artículo 6 del Código Civil, y en particular la renuncia previa de los derechos que esta Ley reconoce al deudor, fiador, garante o hipotecante no deudor.*



## 1º. DERECHO A LA LIBRE ELECCIÓN DE NOTARIO.

La LRCCI, en los artículos 14 y 15, reconoce y da rango legal al principio de libre elección de Notario por el prestatario. Este principio se conforma como un derecho del prestatario, una obligación del prestamista, una condición de transparencia material y un requisito para el buen funcionamiento del sistema notarial.

### a) La libre elección de Notario como derecho del prestatario:

#### 1.- Titular del derecho.

El párrafo segundo del artículo 126 RN establece que, *en los supuestos de contratación bancaria, el derecho de elección corresponderá al cliente*, que podrá ser o no consumidor.

Con la LRCCI dota rango legal el principio de libre elección de Notario, que se convierte claramente en *norma de transparencia*. Así se configura en dos preceptos: el artículo 14, relativo a las *normas de transparencia en la comercialización de préstamos inmobiliarios*, y en el artículo 15, sobre *comprobación del cumplimiento del principio de transparencia material*. Ambos preceptos reconocen al prestatario como titular del derecho de elegir al Notario que autorizará el acta y el contrato de préstamo.



## 2.- Libre elección y derecho a la información.

El derecho del prestatario a la elección del Notario está vinculado con su derecho básico a recibir información <sup>(19)</sup>, lo que comprende el recibirla de la fuente adecuada y en el momento oportuno. Se trata de que el prestatario elija al Notario *que le suministre información jurídica comprensible, a fin de que celebre el contrato únicamente previa reflexión suficiente y con pleno conocimiento de su alcance jurídico* <sup>(20)</sup>, o lo que es lo mismo, que le apoye para adoptar su decisión *con el debido conocimiento de causa* <sup>(21)</sup>.

En la LRCCI, el derecho de elección de Notario y el derecho a la información están vinculados y van de la mano, así resulta del artículo 15 al establecer que *el prestatario habrá de comparecer ante el Notario por él elegido a efectos de obtener presencialmente el asesoramiento* y el Notario hará constar, en acta notarial previa a la formalización del préstamo hipotecario, *las cuestiones planteadas por el prestatario y el asesoramiento prestado... y... deberá informar individualmente haciéndolo constar en el acta, que ha prestado asesoramiento... sin que sea suficiente una afirmación genérica.*

El Notario *elegido* por el prestatario, y no otro, será, por tanto, el que deberá brindarle información comprensible, a fin de que conozca con sencillez tanto la carga económica, esto es, la onerosidad de la prestación que quiere obtener, como la carga jurídica, es decir, su posición jurídica en el contrato <sup>(22)</sup>.

## 3. Libre elección y confianza.

El primer provecho al que es llamado el documento notarial es generar confianza: «*nihil prius fide*». «*Fides*» significa eso, fe o confianza. La confianza en el Notario y, por tanto, en el instrumento público, dota de seguridad y certeza al tráfico jurídico.

La elección por el prestatario del Notario que autorizará el acta y la escritura facilita la interrelación de confianza entre ambos, lo que mejora la comunicación y, por tanto, la información y el asesoramiento a la parte más necesitada de protección. Según la exposición de motivos del RD 45/2007, de 19 de enero, *exigiendo la función pública notarial el necesario asesoramiento al otorgante del acto o negocio jurídico, resulta obvio que éste ha de elegir al Notario que mayor confianza le merezca*. En similares términos se manifestó el Tribunal Supremo cuando afirmó que la libre elección de Notario está *vinculada a uno de los caracteres más relevantes de la función notarial que es el asesoramiento al otorgante del acto o negocio jurídico, quien es lógico que pueda designar, de entre varios, al Notario que mayor confianza le merezca* <sup>(24)</sup>.

**La elección por el prestatario del Notario que autorizará el acta y la escritura facilita la interrelación de confianza entre ambos, lo que mejora la comunicación y, por tanto, la información y el asesoramiento a la parte más necesitada de protección.**

## 4.- Carácter irrenunciable y no negociable.

La libre elección de Notario es un derecho subjetivo del prestatario, irrenunciable, conforme al art. 3 LRCCI, y, por tanto, no negociable <sup>(25)</sup>. Por su parte el art. 89.8 TRLGDCU considera abusivas las cláusulas de renuncia o transacción sobre el derecho a elección de fedatario. Consecuentemente, no cabe la renuncia pura y simple, ni por contraprestación, directa o indirecta, ni la transacción.

## 5. Tiempo para el ejercicio del derecho.

Como dice la DGRN, *por su propia naturaleza, la libre elección de Notario es necesariamente aplicable al momento previo,*

*así como al otorgamiento del documento público* <sup>(26)</sup>.

El momento en que el prestatario ha de ejercitar su derecho a elegir está estrechamente relacionado con el tiempo de que dispone para obtener del Notario información, que no se circunscribe, al momento de la lectura, otorgamiento o autorización, sino que alcanza también de modo determinante a la fase precontractual.

La elección del Notario por el prestatario debe ser posible durante todo el periodo de los diez días naturales previos al día del otorgamiento, tal como se desprende del artículo 14.1 LRCCI, que:

- Impone al prestamista la obligación de entregar al prestatario o potencial prestatario, con una *antelación mínima de diez días naturales* respecto al momento de la firma del contrato, entre otra documentación, la advertencia al prestatario de la obligación de recibir asesoramiento *del Notario que elija el prestatario para la autorización de la escritura pública de préstamo* <sup>(27)</sup>.

- Y entre la documentación que el prestamista deberá remitir a la aplicación para la puesta a disposición del Notario elegido, el último párrafo del artículo 14.1 LRCCI, incluye una manifestación firmada por el prestatario, en la que declare que ha recibido la documentación y que le ha sido explicado su contenido. La remisión se hace por medios telemáticos seguros y el sistema deberá permitir al Notario una comprobación fehaciente de la fecha en que se incorporaron a la aplicación, para su puesta a disposición del mismo Notario, los citados documentos firmados por el prestatario. La recepción por el Notario elegido, con una antelación mínima de diez días naturales respecto al momento de la firma del contrato, será la forma de comprobar fehacientemente que el prestamista entregó en plazo la documentación al prestatario y, en consecuencia, que éste pudo, desde el inicio del plazo, elegir autónomamente Notario.

## b) La libre elección como deber de transparencia del prestamista.

El deber del prestamista de facilitar la libre elección es un requisito de transparencia del que derivan obligaciones *de hacer* y *no hacer*. Como obligaciones *de hacer* el prestamista, debe informar en tiempo y forma al prestatario de su derecho y, además, deberá adoptar medidas organizativas eficaces para hacerlo realidad. Como obliga-



ción de *no hacer* deberá evitar actuaciones o prácticas organizativas que oculten, dificulten o impidan su ejercicio.

### 1. Obligación de informar.

El artículo 14, 1, g) de la LRCCI impone al prestamista el deber de entregar, con una antelación mínima de diez días naturales respecto al momento de la firma del contrato, *la advertencia al prestatario de la obligación de recibir asesoramiento personalizado y gratuito del Notario que elija el prestatario para la autorización de la escritura pública del contrato de préstamo, sobre el contenido y las consecuencias de la información contenida en la documentación que se entrega.*

### 2. Medidas organizativas:

La norma exige al prestamista una actitud proactiva pues *deberá quedar organizado de modo que el cliente pueda dirigirse a cualquier Notario de su libre elección para que éste, con carácter previo a la firma del préstamo, extraiga la documentación para preparar y autorizar el acta y la escritura, siendo debidamente informado del derecho de elección que tiene y puede ejercitar por este medio* (último párrafo artículo 14. 1).

### 3. Requisito de transparencia.

Los deberes del prestamista de informar y facilitar la elección al prestatario, tienen la consideración de *normas de transparencia en la comercialización de préstamos inmobiliarios* <sup>(28)</sup>. Si el prestamista dificultó, impidió o no informó al prestatario en tiempo y forma habrá incumplido un requisito de transparencia, que no quedará subsanado por la aceptación o la renuncia del prestatario, ni siquiera por una información y asesoramiento completo dado por un Notario que no fuese elegido autónomamente por el prestatario <sup>(29)</sup>. Cualquier medida organizativa o práctica <sup>(30)</sup> del prestamista contrarias a este derecho es abusiva al amparo de lo dispuesto, con carácter general, en el art. 82.1 del TRLGDCU y, en especial, en los art. 89.8 TRLGDCU (renuncia o transacción sobre el derecho a elección de fedatario) y 86.1 TRLGDCU (la exclusión o limitación de forma inadecuada de los derechos legales del consumidor o usuario, por incumplimientos de deberes del empresario, que limiten o priven al consumidor y usuario de los derechos reconocidos por normas dispositivas o imperativas, como es el caso del derecho de elección de Notario) lo que impedirá la



incorporación de las condiciones generales al contrato <sup>(31)</sup>. El párrafo segundo del art. 83 del TRLGDCU, en la nueva redacción dada por la LRCCI, establece que *las condiciones incorporadas de modo no transparente en los contratos en perjuicio de los consumidores serán nulas de pleno derecho* <sup>(32)</sup>.

La prueba del cumplimiento de estos deberes de transparencia e información compete al predisponente, por ser el obligado a facilitarlos.

### c) Libre elección y funcionamiento del sistema notarial.

El principio de libre elección de Notario <sup>(33)</sup>, es un elemento esencial para la adecuada concurrencia entre los notarios <sup>(34)</sup>. Como expresa la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso, de 7 de junio de 2001, *el Notario viene obligado a ser imparcial y en aras de esa imparcialidad debe cuidar que se respete el derecho de libre elección de Notario (art. 142 del Reglamento)* <sup>(35)</sup>. Y como afirma esta sentencia, la imparcialidad <sup>(36)</sup> del Notario es de tal importancia que ha de guardarse *incluso en la apariencia*.

La exposición de motivos del RD 45/2007, de 19 de enero, recuerda que el Notario *ha de prestar su función en régimen de plena independencia e imparcialidad, sin que puedan existir circunstancias que pongan en riesgo o dificulten tan esencial nota. El ejercicio de la función pública notarial en libre concurrencia y la libre elección de Notario por el consumidor, dan eficiencia al sistema que*

*depende del necesario equilibrio entre ambas facetas, «primando (...) el derecho del usuario a elegir al Notario que crea conveniente»* <sup>(37)</sup>. La libre elección por el consumidor favorece la necesaria independencia organizativa y económica del Notario frente a las entidades financieras, inmobiliarias y empresas que contratan en masa.

La legislación notarial considera como faltas graves las conductas que le impidan al Notario *prestar con imparcialidad, dedicación y objetividad las obligaciones de asistencia, asesoramiento y control de legalidad o que pongan en peligro los deberes de honradez e independencia* <sup>(38)</sup>. Además, la LRCCI modifica el régimen disciplinario de los Notarios y añade entre las faltas muy graves el incumplimiento en *levantar el acta previa a su formalización en los términos previstos en la Ley*. Entre estas previsiones, o términos previstos en la Ley, está que el acta sea autorizada por el Notario libremente elegido por el prestatario <sup>(39)</sup>.

### 3º. INFORMACIÓN Y ASESORAMIENTO EN TIEMPO Y FORMA.

A fin de asegurar la transparencia de estos contratos junto al deber de información del prestamista, existe también el deber de información del Notario, con distinta naturaleza: uno procede de una de las partes contratantes y el otro de un funcionario imparcial e independiente <sup>(40)</sup> de las partes. Ambas informaciones se complementan, pero no se suplen y las dos



son obligatorias, ya que, como se dice en el art. 15. 9 de la LRCCI, *la actuación notarial regulada en este artículo en ningún caso eximirá al prestamista de dar al prestatario las oportunas explicaciones y aclaraciones sobre los efectos y cargas derivadas del préstamo.*

## a) Información del prestamista

La información precontractual que deberá facilitar el prestamista ha de ser clara, oportuna y adaptada a la persona:

- El requisito de la *claridad* se reitera a lo largo de todo el articulado de la LRCCI.

- La *oportunidad* implica que debe entregarse con la *debida antelación*, que nunca será inferior a diez días naturales, respecto del momento en que el prestatario quede vinculado por cualquier contrato u oferta de préstamo, con el objeto de que el consumidor pueda adoptar una decisión informada y *comparar los préstamos disponibles en el mercado, para evaluar sus implicaciones y para tomar una decisión fundada sobre la conveniencia de celebrar o no un contrato de préstamo*<sup>(41)</sup>.

- La información *personalizada se facilitará mediante la Ficha Europea de Información Normalizada (FEIN)*<sup>(42)</sup> extendida en un solo documento *con caracteres tipográficos claramente legibles*<sup>(43)</sup>, en la que se incluye información personalizada y los contenidos que se detallan en el ANEXO I de la LRCCI.

La decisión del prestamista debe apoyarse en la información precontractual que, en definitiva, fue la que le permitió optar por un producto y, consecuentemente, elegir celebrar con un determinado prestamista un contrato con un contenido definido. En base a la previa información el consumidor llega a tener el conocimiento y convencimiento necesario de que su opción responde a lo verdaderamente querido.

Si el prestamista facilitó en forma y oportunamente información clara, habrá actuado con lealtad y transparencia, y recae en el prestatario un deber mínimo de diligencia consistente en leerla, consultar, asesorarse o interesarse por su contenido, para lo que la LRCCI ofrece amplias posibilidades.

## b) Información y asesoramiento del Notario

Seguidamente enumeramos algunos de las características de la información que debe facilitar el Notario:

### 1. Información comprensible.

El Notario ha de suministrar *información jurídica comprensible*<sup>(44)</sup>, por tanto, adaptada a las circunstancias de la persona a la que se dirige, de modo que el lenguaje técnico no sea una barrera que impida o dificulte al compareciente la comprensibilidad. Esa *información jurídica comprensible* va más allá de una mera lectura automática

o literal del instrumento público, pues las explicaciones del Notario han de adaptarse a la persona, de modo que, pueda conocer el *valor y alcance de su redacción*<sup>(45)</sup>.

### 2. Contenido.

Dice el artículo 1 RN que los Notarios *como profesionales del Derecho tienen la misión de asesorar a quienes reclaman su ministerio y aconsejarles los medios jurídicos más adecuados para el logro de los fines lícitos que aquéllos se proponen alcanzar.* Desde el punto de vista temporal, la información y asesoramiento, como ya apuntamos, no se limita al momento del otorgamiento, lectura, suscripción y autorización del documento, o fase contractual, sino que también alcanza a la fase pre y post contractual<sup>(46)</sup>, y se extiende a todos los aspectos relacionados con *los Códigos Civil y de Comercio, Ley Hipotecaria y su Reglamento y en otras leyes especiales*, como dice el artículo 194 RN. Entre estas leyes especiales se encuentran:

**Dice el artículo 1 RN que los Notarios como profesionales del Derecho tienen la misión de asesorar a quienes reclaman su ministerio y aconsejarles los medios jurídicos más adecuados para el logro de los fines lícitos que aquéllos se proponen alcanzar.**

- La Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación, cuyo artículo 23<sup>(47)</sup> exige que el Notario advierta *de la aplicabilidad de esta Ley, tanto en sus aspectos generales como en cada caso concreto sometido a su intervención;*

- El Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, cuyo artículo 81 establece que *los notarios en el ejercicio profesional de su función pública informarán a los consumidores y usuarios en los asuntos propios de su especialidad y competencia -y precisamente a los Notarios les compete, conforme al artículo 1 LN, dar fe, conforme a las leyes, de los contratos y demás actos extrajudiciales-;*

- Y, en materia de los contratos regulados en la LRCCI, como dice su preámbulo que,



atribuye al Notario la función de asesorar imparcialmente al prestatario, aclarando todas aquellas dudas que le pudiera suscitar el contrato, y de comprobar que tanto los plazos como los demás requisitos que permiten considerar cumplido el citado principio de transparencia material, especialmente los relacionados con las cláusulas contractuales de mayor complejidad o relevancia en el contrato, concurren al tiempo de autorizar en escritura pública el contrato de préstamo o crédito hipotecario.

### 3. Imparcialidad.

El Notario, que no es asesor de parte, asesorará con imparcialidad<sup>(48)</sup>, lo que es compatible con su función equilibradora que le obliga a una especial protección al otorgante débil o más necesitado, categoría en la que se encuadra el prestatario, frente al que su deber de asesoramiento e información se hace más intenso. En este sentido el artículo 147 RN impone que, *sin mengua de su imparcialidad, el Notario insistirá en informar a una de las partes respecto de las cláusulas de las escrituras y de las pólizas propuestas por la otra, comprobará que no contienen condiciones generales declaradas nulas por sentencia firme e inscrita en el Registro de Condiciones Generales y prestará asistencia especial al otorgante necesitado de ella. También asesorará con imparcialidad a las partes y velará por el respeto de los derechos básicos de los consumidores y usuarios.*

### 4. Presencial.

*El prestatario habrá de comparecer ante el Notario por él elegido a efectos de obtener presencialmente el asesoramiento* (artículo 15.1)<sup>(49)</sup>. El contacto presencial ante el Notario de los comparecientes le permite a aquél hacer una apreciación de las circunstancias de cada persona, ponderar aspectos como su grado de entendimiento e instrucción, que le llevarán a modular y adecuar sus explicaciones a fin de que los comparecientes, guiados por el Notario, alcancen un *cabal conocimiento del alcance y efectos*<sup>(50)</sup> jurídicos y económicos del negocio.

### 5. Individual.

*En todo caso, el Notario deberá informar individualizadamente haciéndolo constar en el acta* (artículo 15.2.c).



### 6. Obligatorio.

*El prestatario, o quien le represente a estos efectos, deberá comparecer ante el Notario, para que este pueda extender el acta, como tarde el día anterior al de la autorización de la escritura pública del contrato de préstamo* (artículo 15.3)<sup>(51)</sup>. *La obligación de comparecencia y las normas de protección al prestatario previstas en la presente Ley se extenderán a toda persona física que sea fiadora o garante del préstamo* (artículo 15.4). La incomparecencia lleva aparejada que *no podrá autorizarse la escritura pública de préstamo* (artículo 15.5), sin que pueda el prestatario renunciarse a este derecho-obligación<sup>(52)</sup>.

Desde el punto de vista del Notario, se califica como falta disciplinaria muy grave, la autorización *sin respetar el período de información precontractual obligatorio previo a la autorización de la escritura en los préstamos y créditos hipotecarios sobre vivienda residencial y de levantar el acta previa a su formalización en los términos previstos en la Ley*<sup>(53)</sup>.

### 7. Contenido.

Sin perjuicio del asesoramiento e información sobre los aspectos relacionados con el negocio jurídico, y los actos previos y posteriores, el Notario deberá, en especial, responder a las *cuestiones planteadas por el prestatario* (art. 15. 2. b.) y prestar asesoramiento relativo a las *cláusulas específicas recogidas en la Ficha*

*Europea de Información Normalizada (FEIN) y en la Ficha de Advertencias Estandarizadas (FIAE), de manera individualizada y con referencia expresa a cada una* (artículo 15. 2. c.).

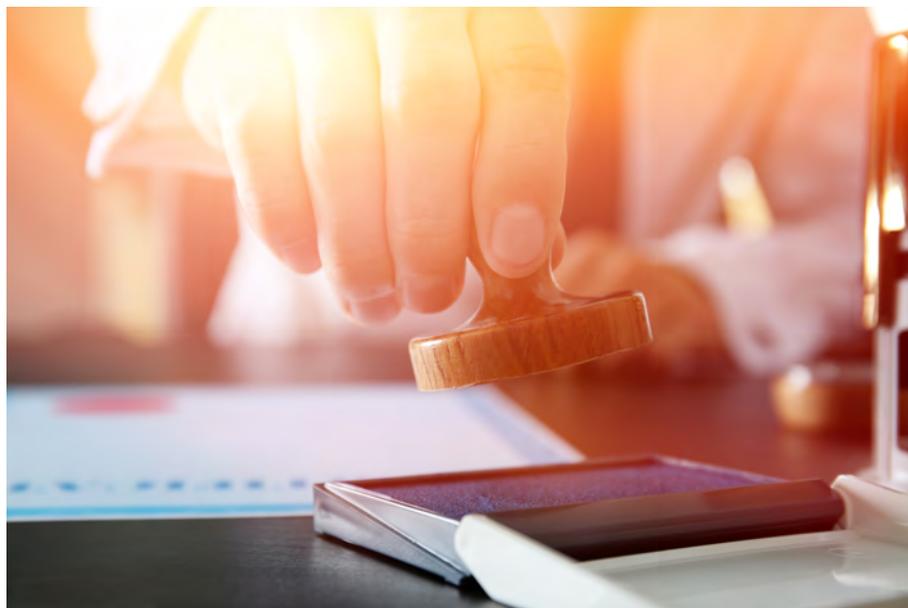
### 4º. PROCEDIMIENTO DOCUMENTAL:

Este procedimiento se inicia con la remisión telemática por el prestamista de la documentación al Notario elegido por el prestatario y finaliza con la autorización por éste de la escritura de préstamo o crédito hipotecario.

#### 1º Envío telemático de la documentación a la notaría

El procedimiento documental comienza con la remisión por el prestamista, por *medios telemáticos seguros, a la aplicación, para su puesta a disposición* del Notario elegido por el prestatario, de la documentación relacionada en el apartado 1 del art. 14 LRCCI<sup>(54)</sup>, *junto a la manifestación firmada por el prestatario, en la que declare que ha recibido la documentación y que le ha sido explicado su contenido a los efectos de lo dispuesto en el artículo siguiente* -art. 15 relativo a la comprobación del cumplimiento del principio de transparencia material-.

Continúa diciendo el último párrafo del artículo 14.1, que *la remisión de la documentación se realizará por medios telemáticos seguros cuyas especificaciones se determinarán reglamentariamente, que deberán cumplir las siguientes exigencias*



mínimas: el sistema deberá permitir al Notario una comprobación fehaciente de la fecha en que se incorporaron a la aplicación, para su puesta a disposición del mismo Notario, los citados documentos firmados por el prestatario; deberá garantizar que no se ocasione ningún coste, directo o indirecto, para el cliente; y deberá quedar organizado de modo que el cliente pueda dirigirse a cualquier notario de su libre elección para que éste, con carácter previo a la firma del préstamo, extraiga la documentación para preparar y autorizar el acta y la escritura, siendo debidamente informado del derecho de elección que tiene y puede ejercitar por este medio.

Entre los documentos a remitir deberán estar obligatoriamente: 1) la Ficha Europea de Información Normalizada (FEIN); 2) una Ficha de Advertencias Estandarizadas (FiAE); 3) en caso de tratarse de un préstamo a tipo de interés variable, de un documento separado con una referencia especial a las cuotas periódicas a satisfacer por el prestatario en diferentes escenarios de evolución de los tipos de interés; 4) una copia del proyecto de contrato; 5) información clara y veraz de los gastos; 6) cuando el prestamista, intermediario de crédito o su representante, en su caso, requiera al prestatario la suscripción de una póliza de seguro en garantía del cumplimiento de las obligaciones del contrato de préstamo, así como la suscripción de un seguro de daños respecto del inmueble objeto de hipoteca y del resto de seguros previstos en la normativa del

mercado hipotecario, deberá entregar al prestatario por escrito las condiciones de las garantías del seguro que exige; 7) la advertencia al prestatario de la obligación de recibir asesoramiento personalizado y gratuito del Notario que ha sido elegido por el prestatario; 8) y la manifestación firmada por el prestatario, en la que declare que ha recibido la documentación y que le fue explicado su contenido (art. 14.1 LRCCI).

Junto a estos documentos, también podrá el prestamista remitir al Notario otros documentos, como aquellos que sean necesarios para confeccionar la escritura (por ejemplo: la tasación, la escritura de propiedad, recibo de contribución, etc.) y, en especial, aquellos que sea conveniente incorporar a la escritura a fin de dejar prueba de la adopción de *protocolos o actuaciones específicas adoptados por la entidad de crédito para dar cumplimiento a su propio especial deber de transparencia*<sup>(55)</sup>.

## 2º El acta.

Uno de los aspectos más novedosos de la LRCCI, y con el objetivo de complementar las medidas dirigidas a reforzar el equilibrio que debe existir entre las partes, es la formalización, con carácter previo, de un acta en la que se dejará constancia del deber de asesoramiento imparcial que debe prestar el Notario al prestatario, *aclarando, como dice el preámbulo, todas aquellas dudas que le pudiera suscitar el contrato, y en la que comprobará que tanto los plazos como*

*los demás requisitos que permiten considerar cumplido el principio de transparencia material, especialmente los relacionados con las cláusulas contractuales de mayor complejidad o relevancia en el contrato.*

*De ese modo, -dice el preámbulo- se constituirá prueba en beneficio de ambas partes -prestamista y prestatario- de que el primero ha cumplido con su obligación de entregar en los plazos previstos dicha documentación y el segundo podrá ejercer el derecho, que presupone también la existencia de un deber, a conocer las consecuencias de aquello a lo que se obliga.*

### a) Redacción.

Para la redacción del acta se estará a lo dispuesto en el artículo 15 LRCCI y al Capítulo II, del Título IV, del Reglamento Notarial, artículos 147 y siguientes, en especial la sección 4ª, relativa a las actas notariales, artículos 198 y siguientes. La transcripción de los hechos, compete exclusivamente al Notario, *según lo que presencie o perciba por sus propios sentidos*<sup>(56)</sup>, sin que, por su naturaleza, quepa la posibilidad de que sean redactados en base a minutas presentadas por cualquiera de las partes. En relación con las manifestaciones que hagan los comparecientes, serán redactadas por el Notario *de la manera más apropiada a las declaraciones de los que en ellas intervengan, usando las mismas palabras, en cuanto fuere posible, una vez advertido el declarante por el Notario del valor jurídico de las mismas en los casos en que fuese necesario*<sup>(57)</sup>, y consignarán en el documento *aquellas advertencias que requieran una contestación inmediata de uno de los comparecientes y aquellas otras en que por su importancia deban, a juicio del Notario, detallarse expresamente*<sup>(58)</sup>.

### b) Comparecencia e intervención.

*El prestatario, o quien le represente a estos efectos, deberá comparecer ante el Notario, para que este pueda extender el acta, como tarde el día anterior al de la autorización de la escritura pública del contrato de préstamo* (artículo 15.3). La obligación de comparecencia se extenderá -además del prestatario- *a toda persona física que sea fiadora o garante del préstamo* (artículo 15.4). En consecuencia, si el prestatario es persona física, pero el fiador o el garante fueran personas jurídicas, no será necesario, aunque sí conveniente, que el representante de esta última comparezca en el acta.



La comparecencia podrá efectuarse personalmente o mediante apoderado, con poder en documento público <sup>(59)</sup>, que contenga facultades que deberán ser suficientes a juicio del Notario <sup>(60)</sup>. Si son varias personas los prestatarios o garantes, no es necesaria la comparecencia simultánea de todos ellos, por lo que podrán comparecer separadamente y, de las distintas comparecencias, se dejará constancia mediante diligencias sucesivas <sup>(61)</sup> en una única acta.

### c) Comprobaciones específicas.

Establece el artículo 15. 2. LRCCI que *el Notario verificará la documentación acreditativa del cumplimiento de los requisitos previstos en el artículo 14.1, relativo a las normas de transparencia en la comercialización de préstamos inmobiliario. La primera comprobación del Notario, a fin de admitir el requerimiento, será verificar que la documentación entregada por el prestamista, intermediario de crédito o su representante designado al prestatario, coincide con toda la exigida en el artículo 14.1. El Notario, tras comprobar que la documentación se ha entregado efectivamente al prestatario, deberá examinar los documentos a fin de verificar que se adecuan a los requisitos formales y de contenido que establece la LRCCI. Así deberá constatar que la FEIN y la FIAE se ajustan al modelo y exigencias fijados, que el contenido del proyecto contractual respeta las normas y que no existen discrepancias entre la información contenida en la FEIN y FIAE y demás documentación facilitada al prestatario y la Ley contractual.*

Una vez quede justificado el cumplimiento, hará constar en el acta y reseñará en la escritura de préstamo *que el prestatario ha recibido en plazo la documentación y asesoramiento* (artículo 15.7). Lo que implica verificar:

a) Si la puesta a disposición del prestatario de los documentos descritos en el artículo 14.1 se hizo con una antelación mínima de diez días naturales respecto del previsto para el otorgamiento y autorización de la escritura de préstamo, y que el prestatario ha recibido en plazo la documentación y el asesoramiento previsto (artículos 10, 14 y 15). El mecanismo que tendrá el Notario para asegurarse de que el prestatario recibió la documentación en plazo, es la constancia de la recepción de la documentación en la notaría, que le debió remitir el prestamista por medios

telemáticos. El sistema informático *deberá permitir al Notario una comprobación fehaciente de la fecha en que se incorporaron a la aplicación, para su puesta a disposición del mismo Notario, los citados documentos firmados por el prestatario* (artículo 14.1) y, entre ellos, se incluye *la manifestación firmada por el prestatario, en la que declare que ha recibido la documentación y que le ha sido explicado su contenido por el prestamista* (art. 14.1.).

Esta documentación, dice el art. 14, *deberá remitirse también al Notario elegido por el prestatario a los efectos de lo dispuesto en el artículo siguiente, es decir el art. 15, referido a la comprobación del cumplimiento del principio de transparencia material. Como garantía adicional, ordena el art. 14 que la remisión de la documentación se realizará por medios telemáticos seguros, y entre especificaciones el sistema deberá permitir al Notario una comprobación fehaciente de la fecha en que se incorporaron a la aplicación, para su puesta a disposición del mismo Notario. En consecuencia, la fecha de recepción indicará al Notario que se cumplió o no con el requisito de la entrega, con una antelación mínima de diez días naturales al del otorgamiento de la escritura.*

**...la fecha de recepción, permitirá al Notario comprobar que el prestatario tuvo la posibilidad real durante al menos diez días, de ejercer su derecho-obligación de comparecer ante él a fin de recibir asesoramiento individualizado y levantarse el acta.**

Además, la fecha de recepción, permitirá al Notario comprobar que el prestatario tuvo la posibilidad real durante al menos diez días, de ejercer su derecho-obligación de comparecer ante él a fin de recibir asesoramiento individualizado y levantarse el acta. Es decir, desde el mismo día en que recibió la documentación (que debió ser antes de los diez días previos al otorgamiento), y, hasta el día anterior al otorgamiento de la escritura de préstamo.

b) La reseña de *las cuestiones planteadas* por cada uno de los prestatarios, fiadores o



hipotecantes no deudores y la respuesta y el asesoramiento prestado por el Notario.

c) También deberá hacer constar en el acta, que ha informado *individualmente, y que ha prestado asesoramiento relativo a las cláusulas específicas recogidas en la Ficha Europea de Información Normalizada (FEIN) y en la Ficha de Advertencias Estandarizadas (FIAE), de manera individualizada y con referencia expresa a cada una, sin que sea suficiente una afirmación genérica.*

c) Igualmente, y en presencia del Notario, el prestatario responderá a un test que tendrá por objeto concretar la documentación entregada y la información suministrada. (15.2.c LRCCI). Similar al test prevenido en la LRCCI, se viene utilizando un guión-cuestionario en el ámbito del Colegio Notarial de Canarias <sup>(62)</sup>. La utilización del guión cuestionario, después de la experiencia de los últimos años en Canarias, puede calificarse de exitosa, útil y positiva <sup>(63)</sup>.

### d) Documentación incorporada al acta.

A fin de dejar constancia del desarrollo de ciertos hechos relevantes que afectan a los requisitos de transparencia, se podrá incorporar al acta los documentos recibidos por vía telemática. También se podrá incorporar a solicitud del propio Notario, del prestatario y de la entidad de crédito cualquier otro documento que sea conveniente conservar, entre ellos los que puedan dejar constancia, a efectos



probatorios, de protocolos o actuaciones específicas adoptados por la entidad de crédito para dar cumplimiento a su propio especial deber de transparencia<sup>(64)</sup>.

e) **Resultado negativo: prohibición de autorizar.**

Establece el apartado 5 del artículo 15 LRCCI, que *si no quedara acreditado documentalmente el cumplimiento en tiempo y forma de las obligaciones previstas en el artículo 14.1 o si no se compareciese para recibir el asesoramiento en el plazo señalado en el apartado 3, el Notario expresará en el acta esta circunstancia. En este caso, no podrá autorizarse la escritura pública de préstamo.*

f) **Efectos.**

Establece el artículo 15. 6 LRCCI: *Conforme al artículo 17 bis apartado 2.b) de la Ley del Notariado y el artículo 319 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, el contenido del acta se presumirá veraz e íntegro, y hará prueba del asesoramiento prestado por el Notario y de la manifestación de que el prestatario comprende y acepta el contenido de los documentos descritos, a efectos de cumplir con el principio de transparencia en su vertiente material.*

### 3º.- Otorgamiento de la escritura de préstamo o crédito.

Los contratos de préstamo garantizados con hipoteca constituida sobre un inmueble

*de uso residencial situado en territorio nacional, deberán formalizarse en escritura pública, pudiendo adoptar el formato electrónico conforme a la legislación notarial. En ellos se harán constar, además de los elementos esenciales del contrato, los datos y los elementos que se determinen por el Gobierno mediante real decreto (artículo 22.1).*

*En la contratación de préstamos regulados por esta Ley, el Notario no autorizará la escritura pública si no se hubiere otorgado el acta prevista en el artículo 15.3 (artículo 22.2).*

Una vez autorizada el acta, *que goza de fe pública y su contenido se presume veraz e íntegro<sup>(65)</sup>, en la que se acreditó el cumplimiento en tiempo y forma de las obligaciones que impone al prestamista el artículo 14.1 y cumplimentada de conformidad con lo dispuesto en el artículo 15, podrá autorizarse la escritura de préstamo o crédito. A fin de dejar constancia del cumplimiento de este requisito, el párrafo 7 del artículo 15 establece que en la escritura pública de préstamo el Notario autorizante insertará una reseña identificativa del acta a la que se refieren los apartados anteriores. Y añade: en dicha reseña se expresará el número de protocolo, Notario autorizante y su fecha de autorización, así como la afirmación del Notario bajo su responsabilidad, de acuerdo con el acta, de que el prestatario ha recibido en plazo la documentación y el asesoramiento previsto en este artículo. Y, el*

artículo 22.2, establece que *los registradores de la propiedad, mercantiles y de bienes muebles no inscribirán ninguna escritura que se refiera a préstamos regulados por esta Ley en la que no conste la reseña del acta conforme al artículo 15.7.*

El consentimiento de los otorgantes va precedido de la lectura de la escritura<sup>(66)</sup>, que debe ponerse en relación con el deber de asesoramiento. Por ello no se trata de una lectura mecánica, sino que ha de ser didáctica o explicativa, adecuada a las circunstancias de la persona, dirigida a la comprensibilidad del clausulado del documento. La lectura implica que el consentimiento que prestarán los otorgantes lo es en relación a un determinado contenido dado a conocer previamente, aceptado, consentido y firmado. En esto se diferencia del documento privado que, aunque los suscritores hayan reconocido su firma, no garantiza que los firmantes conociesen el contenido del documento por lo que, tratándose de escritura pública, no cabe la excepción de documento no leído *-exceptio eschadulae non lectae-*.

**Como requisito de autorización de la escritura de préstamo, el Notario ha de dar fe, de modo expreso, de que el consentimiento ha sido libremente prestado y de que el otorgamiento se adecua a la legalidad y a la voluntad debidamente informada de los otorgantes o intervinientes.**

Como requisito de autorización de la escritura de préstamo, el Notario ha de dar fe, de modo expreso, *de que el consentimiento ha sido libremente prestado y de que el otorgamiento se adecua a la legalidad y a la voluntad debidamente informada de los otorgantes o intervinientes<sup>(67)</sup>.* Se trata, al igual que los demás juicios que emite el Notario, de un juicio lógico, con valor jurídico, como actos de pensamiento por medio del cual llega a las siguientes conclusiones o convencimiento:

a. - Que el consentimiento ha sido libremente prestado y es fiel reflejo del ejercicio autónomo de su voluntad. Este juicio es, resultado de una labor de



comprobación, garantiza que desde el punto de vista externo no existió coacción o manipulación, y desde el punto de vista interno, que existe libertad, para lo que la función notarial además de indagar fue asesora y conformadora, a fin de averiguar y alcanzar lo verdaderamente querido por los otorgantes, no lo aparentemente querido, o lo querido por impremeditación, desinformación o ignorancia.

b.- Que existe un consentimiento informado. Lo que significa, que recibió la información en tiempo y forma, y, además, que el Notario le facilitó información comprensible, es decir, asesoramiento e información adecuado, claro y adaptado a las circunstancias de cada persona, a fin de que le permita adquirir un *cabal conocimiento del alcance y efectos del acto o contrato que se documenta* <sup>(68)</sup>, de modo que, el otorgante, únicamente celebre el contrato *previa reflexión suficiente y con pleno conocimiento de su alcance jurídico* <sup>(69)</sup>. Se trata de un consentimiento cualificado que se ha de modelar por la información recibida a lo largo del iter contractual, que principió en la fase precontractual, en la que alcanza especial relieve la formalización del acta, y concluye en la contractual con la lectura, otorgamiento y autorización del instrumento público.

c.- Consentimiento adecuado a la voluntad y a la legalidad. El Notario, por tanto, ha de hacer confluir el respeto a la autonomía de la voluntad de los otorgantes y el respeto al ordenamiento jurídico, dentro del cual se incluyen las normas que amparan y defienden los derechos de los prestatarios y consumidores.

d.- Prohibición de incluir en los contratos cláusulas contrarias a normas imperativas o prohibitivas o que hubieran sido declaradas nulas por abusivas.

El control de la legalidad es una característica originaria y esencial del Notariado <sup>(70)</sup>. Este principio, de sentido común, y típico de todos los notariados y en todas las épocas, se proclama en la Ley del Notariado en su primer artículo *-el Notario es el funcionario público autorizado para dar fe, conforme a las leyes, de los contratos y demás actos extrajudiciales-* y se reitera en el artículo 17 bis, por el que el Notario debe emitir su juicio de legalidad, dando fe de que el *otorgamiento se adecua a la legalidad*. Y en idéntico sentido el artículo 24 de la LN cuando exige a los Notarios que,

*en su consideración de funcionarios públicos, velen por la regularidad no sólo formal sino material de los actos o negocios jurídicos que autoricen o intervengan, no en vano, como afirma el Tribunal Constitucional en Sentencia 207/1999, a los Notarios, en cuanto fedatarios públicos, les incumbe en el desempeño de la función notarial el juicio de legalidad*. También la Sentencia del Pleno de la Sala 1ª del Tribunal supremo de 12 de septiembre de 2014, cuando afirma que *la función de información, asesoramiento previo, control de la legalidad, fehaciencia y seguridad jurídica, son funciones que llevan a cabo los Notarios*. En consecuencia, si el Notario llegase a juzgar que el pretendido otorgamiento, *no se adecua a la legalidad*, no podrá hacer dación de fe, deberá denegar la autorización <sup>(71)</sup>.

En sede de condiciones generales, establece el art. 23 de la LCGC, que *los Notarios, en el ejercicio profesional de su función pública, velarán por el cumplimiento, en los documentos que autoricen, de los requisitos de incorporación a que se refieren los artículos 5 y 7 de esta ley*.

En materia de cláusulas abusivas, dice el artículo 84 <sup>(72)</sup> TR LGDCU: *Los Notarios y los Registradores de la Propiedad y Mercantiles, en el ejercicio profesional de sus respectivas funciones públicas, no autorizarán ni inscribirán aquellos contratos o negocios jurídicos en los que se pretenda la inclusión de cláusulas declaradas nulas por abusivas en sentencia inscrita en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación*.

El artículo 7. 1 de la Directiva 93/13/CEE, del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, establece que *los Estados miembros velarán por que, en interés de los consumidores y de los competidores profesionales, existan medios adecuados y eficaces para que cese el uso de cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores*. Entre esos medios eficaces está la negativa a la autorización por los Notarios de documentos con determinados contenidos contrarios a normas imperativas o prohibitivas (artículos 1, 17 y 24 LN). Por ello, en los casos en que expresamente la ley reconozca el carácter abusivo de una determinada cláusula (lista negra), lo haya declarado la jurisprudencia o una sentencia firme inscrita en el Registro de Condiciones

Generales, el Notario no podrá autorizar ni el registrador inscribir <sup>(73)</sup> contratos en los que se pretenda la inclusión de estos clausulados. Lo que no podrán el Notario ni el registrador es, fuera de esos casos, declarar abusiva una cláusula *-función encomendada a los jueces-*, sin perjuicio de su deber de información al respecto, que facilitará, en su caso, al adherente, el ejercicio de sus derechos (art. 84 TR LGDCU).

## CONCLUSIÓN:

La regulación de la actuación notarial configurada en la LRCCI beneficia a todos:

- al prestatario, que ve garantizados sus derechos, en especial el de recibir en plazo la documentación y ser informado adecuadamente y en tiempo oportuno;
- a los prestamistas, que verán mejorada la confianza en esta contratación al adoptarse herramientas que permiten dejar constancia del cumplimiento de sus deberes de transparencia, dando mayor seguridad;
- al Notariado, al potenciar el principio de libre elección de Notario y dar herramientas que le permitirán ejercer de forma más eficaz su función de información y asesoramiento,
- y a la sociedad, al mejorar el desarrollo y la confianza de un sector tan importante de la contratación financiera disminuyendo la conflictividad.

## NOTAS

- (1) Art. 51 Constitución española.
- (2) Art. 1 Ley Notariado (LN).
- (3) Art. 147 Reglamento Notarial (RN).
- (4) Art. 93. i) Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (TRLGDCU).
- (5) Art. 24 LN.
- (6) Art. 3 RN y art.2 LN.
- (7) Art. 147 RN.
- (8) Art. 148 RN.
- (9) Art. 147 RN.
- (10) Cfr. exposición de motivos Real Decreto 45/2007, de 19 de enero, por el que se

modifica el Reglamento de la organización y régimen del Notariado.

(11) Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (STJUE) de 21 de marzo de 2013, RWE Vertrieb, C-92/11, EU:C:2013:180.

(12) El párrafo segundo del art. 194 RN establece que se consignarán en el documento aquellas advertencias que requieran una contestación inmediata de uno de los comparecientes y aquellas otras en que por su importancia deban, a juicio del Notario, detallarse expresamente, bien para mayor y más permanente instrucción de las partes, bien para salvaguardia de la responsabilidad del propio Notario.

(13) Disposición final decimosexta.

(14) Circulares de la Junta Directiva del Colegio Notarial de Canarias:

- Circular sobre unificación de la práctica notarial en defensa del consumidor en los contratos de préstamo o crédito sujetos a la Ley 2/2009 (prestamistas profesionales que no sean entidades de crédito), fecha 15 de mayo de 2015.
- Circular de unificación de la práctica notarial en defensa del consumidor en los contratos de préstamo o crédito sujetos a la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre de transparencia y protección de clientes de servicios bancarios, de 19 de agosto de 2016.
- Circular complementaria de la Circular de unificación de la práctica notarial en defensa del consumidor en los contratos de préstamo o crédito sujetos a la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre de transparencia y protección de clientes de servicios bancarios, de fecha 17 de marzo de 2017

(15) «Madrid, 24 de septiembre de 2015.- El Consejo General del Notariado (CGN) ha puesto en marcha el Programa Transparencia, con el objetivo de mejorar la información precontractual de los préstamos y créditos hipotecarios para contribuir a la protección jurídica del consumidor y asegurar la libre elección de los notarios por los ciudadanos.

( ) A partir de ahora, los clientes que soliciten de esta entidad un préstamo o un crédito hipotecario recibirán una clave telemática que podrán remitir al notario que hayan elegido para que acceda al expediente con la oferta vinculante y otros documentos relacionados.

A continuación, el notario procederá a su estudio y ofrecerá al consumidor su asesoramiento imparcial y gratuito. Además, le entregará un formulario con una serie de preguntas para asegurarse de que ha comprendido los términos esenciales de la hipoteca. El desarrollo informático necesario para esta colaboración será realizado por la Agencia Notarial de Certificación (ANCERT).

El Programa Transparencia beneficiará a ambas partes: al consumidor, al ser informado

con tiempo suficiente sobre las condiciones del préstamo hipotecario, y a la entidad, que se asegurará la comprensión de su oferta y evitará futuras demandas. Con este proyecto el Notariado desea reforzar su papel en la protección jurídica de los consumidores en el sistema hipotecario y contribuir a evitar la creciente judicialización de los préstamos hipotecarios (...).»

(Nota de prensa: [https://www.notariado.org/liferay/c/document\\_library/get\\_file?uuid=fae12130-6c3e-4372-b886-bdb104a3304a&groupId=10218](https://www.notariado.org/liferay/c/document_library/get_file?uuid=fae12130-6c3e-4372-b886-bdb104a3304a&groupId=10218)).

(16) La Directiva 2014/17/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de febrero de 2014 sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial, se propuso, entre otros, los siguientes objetivos:

- garantizar que todos los consumidores que concluyan los contratos de crédito para bienes inmuebles disfruten de un elevado grado de protección (Considerando (15) Directiva 2014/17/UE);

- lograr la instauración de un mercado crediticio más transparente y eficiente (Considerando (2) Directiva 2014/17/UE);

- e, implantar, de cara al futuro, mercados responsables y fiables, y restablecer la confianza de los consumidores (Considerando (3) Directiva 2014/17/UE).

El artículo 2 de la Directiva 2014/17/UE, que establece que la presente Directiva no será óbice para que los Estados miembros mantengan o adopten disposiciones más estrictas en materia de protección del consumidor.

(17) Como dice el preámbulo de la LRCC: La normativa europea se refiere a los créditos celebrados con consumidores que estén garantizados mediante hipoteca u otro tipo de garantía, en relación con bienes inmuebles de uso residencial, es decir, su objeto es la protección de los consumidores, entendiéndose por tales las personas físicas que no actúan en el ámbito de su actividad profesional o empresarial. Sin embargo, también permite que por parte de los Estados miembros se adopten disposiciones más estrictas en materia de protección de las personas consumidoras, incluyendo también la posibilidad de ampliar el ámbito de aplicación a no consumidores.

De esta forma, la presente Ley extiende su régimen jurídico a todas las personas físicas, con independencia de que sean o no consumidores. Esta ampliación de la esfera subjetiva de protección de la Ley frente a la Directiva sigue la línea tradicional de nuestro ordenamiento jurídico de ampliar el ámbito de protección a colectivos como los trabajadores autónomos. Así se configura el ámbito de aplicación de la vigente normativa de transparencia en materia de créditos hipotecarios que se regula en el Capítulo II del

Título III de la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios.

(18) Artículo 2. Ámbito de aplicación.

1. Esta Ley será de aplicación a los contratos de préstamo concedidos por personas físicas o jurídicas que realicen dicha actividad de manera profesional, cuando el prestatario, el fiador o garante sea una persona física y dicho contrato tenga por objeto:

a) La concesión de préstamos con garantía hipotecaria u otro derecho real de garantía sobre un inmueble de uso residencial. A estos efectos, también se entenderán como inmuebles para uso residencial aquellos elementos tales como trasteros, garajes, y cualesquiera otros que sin constituir vivienda como tal cumplen una función doméstica.

b) La concesión de préstamos cuya finalidad sea adquirir o conservar derechos de propiedad sobre terrenos o inmuebles construidos o por construir, siempre que el prestatario, el fiador o garante sea un consumidor.

Se entenderá que la actividad de concesión de préstamos hipotecarios se desarrolla con carácter profesional cuando el prestamista, sea persona física o jurídica, intervenga en el mercado de servicios financieros con carácter empresarial o profesional o, aun de forma ocasional, con una finalidad exclusivamente inversora.

2. Esta Ley también será de aplicación a la intermediación para la celebración de una de las modalidades de contrato a que se refieren las letras a) y b) del apartado 1.

3. Las referencias que se realizan en esta Ley a los préstamos se entenderán realizadas indistintamente a préstamos y créditos.

4. Esta Ley no será de aplicación a los contratos de préstamo:

a) concedidos por un empleador a sus empleados, a título accesorio y sin intereses o cuya Tasa Anual Equivalente sea inferior a la del mercado, y que no se ofrezcan al público en general,

b) concedidos sin intereses y sin ningún otro tipo de gastos, excepto los destinados a cubrir los costes directamente relacionados con la garantía del préstamo,

c) concedidos en forma de facilidad de descubierto y que tengan que reembolsarse en el plazo de un mes,

d) resultado de un acuerdo alcanzado ante un órgano jurisdiccional, arbitral, o en un procedimiento de conciliación o mediación,

e) relativos al pago aplazado, sin gastos, de una deuda existente, siempre que no se trate de contratos de préstamo garantizados por una hipoteca sobre bienes inmuebles de uso residencial, o

f) hipoteca inversa en que el prestamista:

(i) desembolsa un importe a tanto alzado o hace pagos periódicos u otras formas de desembolso crediticio a cambio de un importe derivado de la venta futura de un bien inmueble de uso residencial o de un derecho relativo a un bien inmueble de uso residencial, y



- (ii) no persigue el reembolso del préstamo hasta que no se produzcan uno o varios de los acontecimientos previstos en la disposición adicional primera de la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, salvo incumplimiento del prestatario de sus obligaciones contractuales que permita al prestamista la rescisión del contrato de préstamo.
- (19) Art. 8 TRLGDCU.
- (20) Art. 93. i. TRLDU.
- (21) Artículo 7. 1. Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal: *Se considera desleal la omisión u ocultación de la información necesaria para que el destinatario adopte o pueda adoptar una decisión relativa a su comportamiento económico con el debido conocimiento de causa. Es también desleal si la información que se ofrece es poco clara, ininteligible, ambigua, no se ofrece en el momento adecuado, o no se da a conocer el propósito comercial de esa práctica, cuando no resulte evidente por el contexto.*
- (22) «La comprensión de la carga económica, esto es, respecto de la onerosidad o sacrificio patrimonial que debe realizar a cambio de la prestación que quiere o espera obtener, como de la comprensión, clara y sencilla, de la carga jurídica del contrato, es decir, de la posición jurídica que asume en los aspectos básicos que definen el contrato celebrado, como en la respectiva asignación o distribución de los principales riesgos del contrato celebrado» (STS 26 de mayo de 2014).
- (23) Como se dijo la exposición de motivos del Real Decreto 45/2007, de 19 de enero, que modificó el Reglamento Notarial, tuvo como uno de sus objetivos resaltar el derecho a elegir libremente notario ya que, *exigiendo la función pública notarial el necesario asesoramiento al otorgante del acto o negocio jurídico, resulta obvio que éste ha de elegir al notario que mayor confianza le merezca.*
- (24) STS de 20 de marzo de 2013.
- (25) El carácter de irrenunciable y no negociable también resulta de los art. 3 y 126 RN y 10 y 89.8 TRLGDCU.
- (26) RDGRN 9 de septiembre de 2015.
- (27) Artículo 14. Normas de transparencia en la comercialización de préstamos inmobiliarios. 1. El prestamista, intermediario de crédito o su representante designado, en su caso, deberá entregar al prestatario o potencial prestatario, con una antelación mínima de diez días naturales respecto al momento de la firma del contrato, la siguiente documentación: (...): g) (nueva) cuando esté previsto que el préstamo se formalice en escritura pública, la advertencia al prestatario de la obligación de recibir asesoramiento personalizado y gratuito del notario que elija el prestatario para la autorización de la escritura pública del contrato de préstamo, sobre el contenido y las consecuencias de la información contenida en la documentación que se entrega conforme a este apartado,
- (28) El artículo 14, que tiene como enunciado «Normas de transparencia en la comercialización de préstamos inmobiliarios», reconoce este derecho del prestatario.
- (29) El Tribunal Supremo, en Sentencia de 8 de septiembre de 2014, recordaba que la lectura de la escritura pública y, en su caso, el contraste de las condiciones financieras de la oferta vinculante con la del respectivo préstamo hipotecario, no suplen, por ellos solos, sin protocolo o actuación específica al respecto, el cumplimiento de este especial deber de transparencia.
- (30) Entre éstas, las prácticas que imponen o dificulten la elección de Notario, o las que limiten la elección del consumidor entre los Notarios previamente seleccionados por la entidad, o, lo que es peor, a aquellas que restringen la elección a Notarios que mantienen vinculaciones económicas con la entidad de créditos (cuentas, préstamos, seguros, suscripción de productos). Cfr. Capítulo IV. Código Deontológico del Notariado Español.
- (31) Art. 7.a., 8, 9 y 10 Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación, y 82.1., 83 y 89.8 Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias.
- (32) La final cuarta de LRCCI añade un nuevo párrafo en el artículo 83 del texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, queda redactado en los siguientes términos: «Artículo 83. Nulidad de las cláusulas abusivas y subsistencia del contrato.[ ] Las condiciones incorporadas de modo no transparente en los contratos en perjuicio de los consumidores serán nulas de pleno derecho.»
- (33) El Real Decreto 45/2007, de 19 de enero, por el que se modifica el Reglamento de la organización y régimen del Notariado, aprobado por Decreto de 2 de junio de 1944, tuvo como uno de sus objetivos resaltar el derecho a elegir libremente Notario, pues este, como funcionario público que controla la legalidad (artículo 17 bis de la Ley del Notariado), ha de prestar su función en régimen de plena independencia e imparcialidad, sin que puedan existir circunstancias que pongan en riesgo o dificulten tan esencial nota; pues exigiendo la función pública notarial el necesario asesoramiento al otorgante del acto o negocio jurídico, resulta obvio que éste ha de elegir al Notario que mayor confianza le merezca.”
- (34) (art. 126 RN)
- (35) Hoy art. 126, tras la reforma de Real Decreto 45/2007, de 19 de enero, por el que se modifica el Reglamento de la organización y régimen del Notariado, aprobado por Decreto de 2 de junio de 1944.
- (36) Art. 103 CE, art. 93, i TR LGDCU y arts. 134, 147 y 349 RN).
- (37) Exposición de motivos del RD 45/2007, de 19 de enero.
- (38) Art. 349 c) RN.
- (39) La disposición final sexta de la LRCCI modifica la Ley 14/2000, de 29 de diciembre, de Medidas fiscales, administrativas y del orden social añadiendo un apartado e) al apartado h) de la letra A), Infracciones muy graves, del apartado Dos. Régimen Disciplinario de los Notarios, art 43, Régimen del Cuerpo único de Notarios, para añadir, entre las faltas muy graves, de una parte, *el incumplimiento del período de información precontractual obligatorio previo a la autorización de la escritura en los préstamos y créditos hipotecarios sobre vivienda residencial y, de otra, de levantar el acta previa a su formalización en los términos previstos en la Ley.*
- (40) Corresponde, como dice el preámbulo de la LRCCI que esta medida, *destinada a reforzar el equilibrio que debe existir entre las partes en toda relación jurídica contractual, se complementa atribuyendo al notario la función de asesorar imparcialmente al prestatario, aclarando todas aquellas dudas que le pudiera suscitar el contrato,*
- (41) Artículo 10.1. LRCCI. Artículo 10. Información precontractual de los préstamos inmobiliarios. 1. El prestamista y, si ha lugar, el intermediario de crédito o su representante designado ofrecerán al prestatario la información personalizada que necesite para comparar los préstamos disponibles en el mercado, para evaluar sus implicaciones y para tomar una decisión fundada sobre la conveniencia de celebrar o no un contrato de préstamo sin demora injustificada, una vez que el prestatario haya dado la información necesaria sobre sus necesidades, situación financiera y preferencias, con suficiente antelación, que nunca será inferior a diez días naturales, respecto del momento en que el prestatario quede vinculado por cualquier contrato u oferta de préstamo. 2. La información personalizada a que se refiere este artículo se facilitará mediante la

Ficha Europea de Información Normalizada (FEIN) que se recoge en el Anexo I de esta Ley.

(42) Artículo 10.2 LRCCI.

(43) ANEXO I del LRCCI.

(44) Artículo 93, i. TRLGDCU.

(45) Artículo 147 RN.

(46) Resolución DGRN de 9 de septiembre de 2015.

(47) Artículo 23. Información.

1. Los Notarios y Registradores de la Propiedad y Mercantiles advertirán en el ámbito de sus respectivas competencias de la aplicabilidad de esta Ley, tanto en sus aspectos generales como en cada caso concreto sometido a su intervención.

2. Los Notarios, en el ejercicio profesional de su función pública, velarán por el cumplimiento, en los documentos que autoricen, de los requisitos de incorporación a que se refieren los artículos 5 y 7 de esta Ley. Igualmente advertirán de la obligatoriedad de la inscripción de las condiciones generales en los casos legalmente establecidos.

3. En todo caso, el Notario hará constar en el contrato el carácter de condiciones generales de las cláusulas que tengan esta naturaleza y que figuren previamente inscritas en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación, o la manifestación en contrario de los contratantes.

4. Los Corredores de Comercio en el ámbito de sus competencias, conforme a los artículos 93 y 95 del Código de Comercio, informarán sobre la aplicación de esta Ley.

(48) Artículo 147 RN, artículo 15.8 LRCCI y preámbulo LRCCI.

(49) La información y asesoramiento, a obtener precisamente del Notario que eligió, es un derecho del prestatario, del que, además del acta obligatoria, podrá hacer uso en cualquier otro momento y todas las veces que considere necesarias, en la fase precontractual, contractual y post contractual.

(50) Art. 193 RN.

(51) En el mismo sentido la letra g) del apartado i del artículo 14, al imponer al prestatario la obligación de recibir asesoramiento personalizado y gratuito del notario que elija para la autorización de la escritura pública del contrato de préstamo, sobre el contenido y las consecuencias de la información contenida en la documentación que se entrega conforme al apartado 1 del artículo 14.

(52) Como establece el párrafo primero del artículo 3 LRCCI, las disposiciones de esta Ley y las contenidas en sus normas de desarrollo tendrán carácter imperativo, no siendo disponibles para las partes contratantes salvo que la norma expresamente establezca lo contrario. El incumplimiento lleva aparejado que serán nulos de pleno derecho los actos

realizados en fraude de lo dispuesto en esta Ley, de conformidad con lo previsto en el artículo 6 del Código Civil, y en particular la renuncia previa de los derechos que esta Ley reconoce al deudor, fiador, garante o hipotecante no deudor.

(53) Disposición final sexta del LRCCI, modifica la Ley 14/2000, de 29 de diciembre, de Medidas fiscales, administrativas y del orden social, añadiendo un apartado e) al apartado h) de la letra A), Infracciones muy graves, del apartado Dos. Régimen Disciplinario de los Notarios, art 43.

(54) Artículo 14. Normas de transparencia en la comercialización de préstamos inmobiliarios. 1. El prestamista, intermediario de crédito o su representante designado, en su caso, deberá entregar al prestatario o potencial prestatario, con una antelación mínima de diez días naturales respecto al momento de la firma del contrato, la siguiente documentación:

a) La Ficha Europea de Información Normalizada (FEIN), contenida en el Anexo I de esta Ley, que tendrá la consideración de oferta vinculante para la entidad durante el plazo pactado hasta la firma del contrato que, como mínimo, deberá de ser de diez días.

b) Una Ficha de Advertencias Estandarizadas (FiAE) en la que se informará al prestatario o potencial prestatario de la existencia de las cláusulas o elementos relevantes, debiendo incluir, al menos, una referencia, en su caso, a los índices oficiales de referencia utilizados para fijar el tipo de interés aplicable, a la existencia de límites mínimos en el tipo de interés aplicable como consecuencia de la variación a la baja de los índices o tipos de interés a los que aquel esté referenciado, a la posibilidad de que se produzca el vencimiento anticipado del préstamo como consecuencia del impago y los gastos derivados de ello, a la distribución de los gastos asociados a la concesión del préstamo y que se trata de un préstamo en moneda extranjera.

c) En caso de tratarse de un préstamo a tipo de interés variable, de un documento separado con una referencia especial a las cuotas periódicas a satisfacer por el prestatario en diferentes escenarios de evolución de los tipos de interés.

d) Una copia del proyecto de contrato, cuyo contenido deberá ajustarse al contenido de los documentos referidos en las letras anteriores e incluirá, de forma desglosada, la totalidad de los gastos asociados a la firma del contrato.

e) Información clara y veraz de los gastos que corresponden al prestamista y los que corresponden al prestatario. Los siguientes gastos se distribuirán del siguiente modo:

i) Los gastos de tasación del inmueble correspondarán a prestatario y los de gestión al prestamista.

ii) El prestamista asumirá el coste de los aranceles notariales de la escritura de

préstamo hipotecario y los de las copias los asumirá quien las solicite.

iii) Los gastos de inscripción de las garantías en el registro de la propiedad corresponderán al prestamista.

iv) El pago del impuesto de transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados se realizará de conformidad con lo establecido en la normativa tributaria aplicable.

No obstante lo dispuesto en los párrafos anteriores, si durante el periodo de duración del préstamo se produjese una o varias subrogaciones de acuerdo con la Ley 2/1994, de 30 de marzo, sobre subrogación y modificación de préstamos hipotecarios, el prestamista subrogado deberá ser reintegrado por el prestamista subrogante en la parte proporcional del impuesto y los gastos que le correspondieron en el momento de la constitución del préstamo al subrogado conforme a los apartados anteriores.

Para calcular el importe que corresponde como compensación, se aplicarán las siguientes reglas:

i) En el caso del impuesto pagado por la cuota de actos jurídicos documentados, documentos

notariales, se deberá efectuar la liquidación del impuesto que correspondería a una base imponible integrada por la cantidad total garantizada entendiendo por tal la constituida por el importe del préstamo pendiente de amortización en la fecha de la subrogación y los correspondientes intereses, indemnizaciones, penas por incumplimiento y otros conceptos análogos, que se hubieran establecido. La entidad subrogante deberá reintegrar a la subrogada el importe resultante de dicha liquidación.

ii) En el caso del resto de gastos, se deberá prorratear la liquidación de dichos gastos entre la suma del importe del préstamo y los correspondientes intereses, indemnizaciones, penas por incumplimiento y otros conceptos análogos, que se hubieran establecido. La entidad subrogante deberá reintegrar a la subrogada la parte de dicha suma que corresponda al préstamo pendiente de amortización.

f) Cuando el prestamista, intermediario de crédito o su representante, en su caso, requiera al prestatario la suscripción de una póliza de seguro en garantía del cumplimiento de las obligaciones del contrato de préstamo, así como la suscripción de un seguro de daños respecto del inmueble objeto de hipoteca y del resto de seguros previstos en la normativa del mercado hipotecario, deberá entregar al prestatario por escrito las condiciones de las garantías del seguro que exige.

g) Cuando esté previsto que el préstamo se formalice en escritura pública, la advertencia al prestatario de la obligación de recibir asesoramiento personalizado y gratuito del notario que elija el prestatario para



la autorización de la escritura pública del contrato de préstamo, sobre el contenido y las consecuencias de la información contenida en la documentación que se entrega conforme a este apartado.

Esta documentación junto a la manifestación firmada por el prestatario, en la que declare que ha recibido la documentación y que le ha sido explicado su contenido, deberá remitirse también al notario elegido por el prestatario a los efectos de lo dispuesto en el artículo siguiente. La remisión de la documentación se realizará por medios telemáticos seguros cuyas especificaciones se determinarán reglamentariamente, que deberán cumplir las siguientes exigencias mínimas: el sistema deberá permitir al Notario una comprobación fehaciente de la fecha en que se incorporaron a la aplicación, para su puesta a disposición del mismo Notario, los citados documentos firmados por el prestatario; deberá garantizar que no se ocasione ningún coste, directo o indirecto, para el cliente; y deberá quedar organizado de modo que el cliente pueda dirigirse a cualquier notario de su libre elección para que éste, con carácter previo a la firma del préstamo, extraiga la documentación para preparar y autorizar el acta y la escritura, siendo debidamente informado del derecho de elección que tiene y puede ejercitar por este medio.

(55) STS de 8 de septiembre de 2014.

(56) Art. 199 RN.

(57) Art. 208 RN.

(58) Art. 194 RN.

(59) Art. 1280 Código civil.

(60) Art. 98 Ley 24/2001 de 27 de diciembre.

(61) Art. 198. 4º) RN.

(62) Establecido por tres Circulares de obligado cumplimiento: 15 de mayo de 2015, 19 de agosto de 2016 y 17 de marzo de 2017. El guion cuestionario que se viene utilizando en el Colegio de Canarias, que es complementado por el Notario en presencia del prestatario en base a sus respuestas, además constituir prueba en beneficio de ambas partes e incrementar la seguridad, resulta una útil herramienta para que el Notario aprecie el grado de comprensión en información alcanzado por el prestatario.

(63) Según la segunda circular: *En este tipo de contratos, es conveniente que las advertencias tengan además el detallado reflejo documental. El artículo 194 del RN, establece que «se consignarán en el documento aquellas advertencias que requieran una contestación inmediata de uno de los comparecientes y aquellas otras en que por su importancia deban, a juicio del Notario, detallarse expresamente, bien para mayor y más permanente instrucción de las partes, bien para salvaguardia de la responsabilidad del propio Notario». Entre estas contestaciones que, por su importancia deben detallarse expresamente, están las relativas al cumplimiento de los deberes de información y control de incorporación, transparencia y contenido. Las comprobaciones y preguntas del Notario, y el resultado y las contestaciones de los comparecientes, deben quedar reflejadas documentalmente. La constancia de todo ello tiene relevancia ya que, como señala la STS de 22 de abril de 2015, «si tales circunstancias no son expuestas y probadas adecuadamente, la alegación de que ha existido negociación es solo una fórmula retórica carente de contenido real, y supone identificar contratación voluntaria y prestación de consentimiento libre en documento intervenido notarialmente con negociación contractual». Por tanto, con la exposición y reflejo documental de las declaraciones de las partes y comprobaciones efectuadas por el Notario, sobre las circunstancias de la observancia de ciertas obligaciones, se facilitará la prueba de cómo fueron cumplidos los deberes precontractuales y de información del predisponente, así como los de información y de control del Notario, y, con ello, además de velar de un modo efectivo por los derechos de los consumidores, se evitarán dudas interpretativas, olvidos y se ganará en seguridad jurídica. La escritura es el lugar adecuado para dejar constancia para el futuro de cuál fue el cumplimiento de las obligaciones y las circunstancias que rodearon al iter negocial y contractual.*

(64) STS de 8 de septiembre de 2014.

(65) Art. 17 bis 2. b) LN y 15.6 LRCCI.

(66) *Los notarios darán fe de haber leído a las partes y a los testigos instrumentales la escritura íntegra, o de haberles permitido que la lean, a su elección, antes de que la firmen, y a los de conocimiento lo que a ellos se refiera, y de haber advertido a unos y a otros que tienen el derecho de leerla por sí (artículo 25 de la LN).*

(67) Art. 17 bis 2. c) LN.

(68) Art. 193 RN.

(69) Art. 93 i) TRLGDCU.

(70) En *Ars Notariae*, la clásica obra de Salatiel Bonaniense (1210-1280), maestro de Rolandino, se decía con meridiana rotundidad: *abstinere vero debet notarius ne conscribat illicita instrumenta* (debe abstenerse el notario de escribir documentos ilícitos). Venía a recoger la norma milenaria, que se exigía en Roma para el *tabellio* (Cfr. Cod. Iustiniani. 1.2. 14.6; 4.42.2; 11.54.1). El *tabellio* debía conocer y cumplir la ley.

(71) El art. 43 DOS, 2, B, c) Ley 14/2000, de 29 de diciembre, de Medidas fiscales, administrativas y del orden social.

(72) El precepto afecta a todos los consumidores, ya que va más allá de los préstamos y créditos, que entran en el ámbito del LRCCI. No debe olvidarse que el artículo 84 TRLGDCU se aplica a todos los contratos con consumidores, sean o no contratos de créditos inmobiliarios, pues el TRLGDCU, como establece su artículo 2, *será de aplicación a las relaciones entre consumidores o usuarios y empresarios, sin distinción.*

(73) En este sentido la nueva redacción dada por la LRCCI dada al artículo 258.2 de la Ley Hipotecaria: 2. *El registrador de la propiedad denegará la inscripción de aquellas cláusulas de los contratos que sean contrarias a normas imperativas o prohibitivas o hubieran sido declaradas nulas por abusivas por sentencia del Tribunal Supremo con valor de jurisprudencia o por sentencia firme inscrita en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación.*

(74) A Notarios y Registradores no les corresponde este control de validez, que está reservado a Jueces y Tribunales (sentencia TS 16 de noviembre de 2009). En el apartado IV del preámbulo de la Ley 7/1998, de 13 de abril, se afirma que «la Ley parte de que el control de la validez de las cláusulas generales tan sólo corresponde a Jueces y Tribunales». Tal afirmación, obvia por otra parte, se reitera en las Sentencias del Tribunal Supremo de 12 de febrero de 2002, donde se sostiene que «la calificación como abusivas de las cláusulas corresponde, en exclusiva, a los Jueces y tribunales».

# Vivir en tiempos interesantes

## Prospectiva tentativa de un siglo lleno de incertidumbres



Jaume Giró Ribas

Presidente de la Fundación Bancaria La Caixa

Los ingleses tienen una expresión muy característica, llamada la maldición china, que dice así: "¡Que vivas tiempos interesantes!".

La gracia de la expresión está en la ambigüedad de su significado. Si alguien nos desea que vivamos tiempos interesantes, no queda claro si estamos ante una maldición o ante una bendición.

Personalmente, creo que en general preferimos que los tiempos sean poco interesantes.

De hecho, simplificando mucho, podríamos decir que la Historia es el despliegue de soluciones sucesivas encontradas por los humanos para hacer que la vida sea cada vez más previsible y, por ende, menos interesante. Así pues, me inclino por dar la razón a los ingleses cuando consideran que la expresión es una maldición.

Lo que sigue son algunas reflexiones e ideas acerca de esta cuestión.

### *Primera parte. La mejor época para vivir*

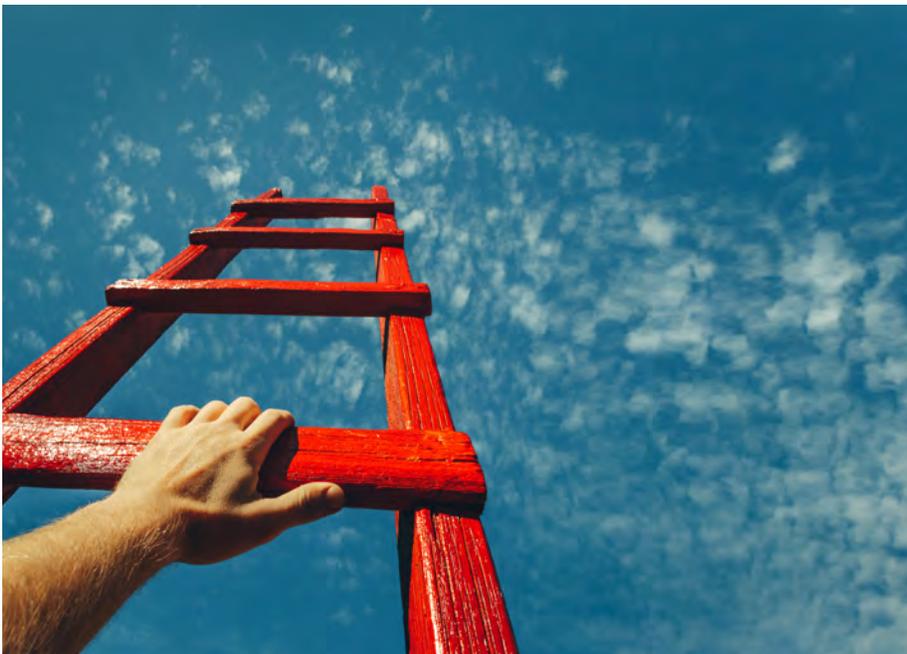
Steven Pinker es un psicólogo canadiense de la Universidad de Harvard que en los últimos diez años ha escrito dos libros que le han convertido en el apóstol mundial del optimismo. En ambos volúmenes este profesor desgrana un rosario de datos que demuestran que nuestra época es, objetivamente, la mejor para vivir de toda la historia de la humanidad.

Pinker ha trabajado como una hormiga recopilando información de todo tipo de fuentes. Su método es muy riguroso, y su investigación ha recibido grandes elogios por su meticulosidad y alcance.

Me referiré a algunos de los datos que ha recopilado. Si consideramos la humanidad

en su conjunto, hoy en día hay menos guerras y menos muertes por violencia que en cualquier otra época. Según estimaciones de Pinker, en la prehistoria el 15 por ciento de las muertes eran violentas, causadas por combates, luchas o peleas. Actualmente, incluso en unos años tan sangrientos como los de la primera mitad del siglo xx, esta tasa no supera el 3 por ciento.

Por otra parte, la esperanza de vida al nacer es la mayor de la historia: 70 años en 2012, más del doble que en 1900, y la tasa de mortalidad infantil, la menor. De cada 100 bebés nacidos en 1800, 43 morían antes de los cinco años; actualmente, esta tasa ha bajado hasta 4 de cada 100. Dicha disminución ha sido posible gracias al progreso consistente y sostenido de los últimos 25 años. De hecho, durante el último cuarto de siglo, cada día se ha reducido en 137.000 el número de personas viviendo por debajo del umbral de pobreza extrema. Actual-



mente, un mendigo de un suburbio de Sudán tiene un teléfono móvil con más prestaciones que el aparato que usaba Michael Douglas en la película *Wall Street* cuando interpretaba a un tiburón de las finanzas.

Hoy en día incluso somos bastante más inteligentes que nuestros antepasados. Aunque parezca sorprendente, el coeficiente intelectual ha aumentado 30 puntos en 100 años. En la actualidad, un ciudadano medio obtiene mejor puntuación en un test de inteligencia que el 98 por ciento de los ciudadanos que vivieron un siglo atrás. Eso es gracias a que la gente tiene unos hábitos de vida más saludables, es más culta y está expuesta a más estímulos intelectuales.

En fin, quien tenga interés en cargarse de razones para convencerse de que esta es la mejor época para vivir, la época con menos amenazas, con más conocimiento, con más bienestar y con mayor control sobre la naturaleza, no tiene más que leer las casi 2.000 páginas de Pinker. O, si prefiere una fórmula más directa, puede acceder a las estadísticas de cualquier indicador social o económico del Banco Mundial o la OCDE. Verá que el gráfico siempre llega a la misma conclusión: jamás en la historia los valores de estos indicadores habían sido tan buenos como en la actualidad.

Lamentablemente, las buenas noticias no interesan a nadie.

Los tiempos se vuelven interesantes cuando, en lugar de tranquilidad, estabilidad y progreso, tenemos ante nosotros un horizonte de incertidumbres, inquietudes, riesgos y amenazas y, en definitiva, nos sentimos indefensos ante el futuro. Por desgracia, la época en la que nos ha tocado vivir es —en este sentido— una época bastante interesante.

Tal vez sea más una cuestión de percepción que de realidad. El filósofo alemán Heidegger pensaba que la historia estaba determinada, de una forma radical, por los estados de ánimo de los seres humanos.

Aunque la cabeza y las estadísticas nos digan que nuestra época debería parecernos estable y poco interesante, el corazón y nuestra percepción íntima de cómo van las cosas nos dicen que no es así, que la sociedad está inmersa en una importante crisis.

#### *Segunda parte. Nubes en el horizonte*

La concreción más clara de la crisis a la que me refero es la fragilidad y delicada salud de las grandes instituciones sociales, el retroceso de las libertades civiles y la democracia, y el ascenso de los populismos en la práctica totalidad de los países occidentales.

El pasado mes de octubre la revista estadounidense *The Atlantic* publicaba a página entera, en portada y con letras muy

grandes, una inquietante pregunta: “¿Está muriendo la democracia?”.

Antes me he referido a los hechos para documentar por qué la época presente es la mejor para vivir. A continuación voy a presentar algunas razones para justificar el titular de *The Atlantic*.

El laboratorio de ideas The Freedom House, un observatorio internacional que monitoriza el estado de las libertades civiles en el mundo, publica anualmente un análisis del estado de la democracia en el planeta. El título del último informe publicado, referido al año 2017, parece haberlo escrito un primo hermano del redactor de *The Atlantic*: “La democracia, en crisis”. Reproduzco un par de los fragmentos destacados:

“En 2017”, dicen, “la democracia se enfrenta a la crisis más grave de las últimas décadas. Sus características básicas, como elecciones libres y limpias, derechos de las minorías, libertad de prensa o el imperio de la ley, están bajo amenaza en gran parte del mundo”. Y un segundo titular: “Setenta y un países han sufrido considerables declives en derechos políticos y libertades civiles, mientras que solo treinta y cinco países han mejorado en este sentido. Eso significa que, por duodécimo año consecutivo, la libertad global ha disminuido”<sup>(1)</sup>.

**Según una encuesta realizada el pasado año en Estados Unidos, más de la mitad de los simpatizantes de Trump consideraban que el presidente debería poder anular aquellas decisiones judiciales con las que no estuviera de acuerdo.**

Según una encuesta realizada el pasado año en Estados Unidos, más de la mitad de los simpatizantes de Trump consideraban que el presidente debería poder anular aquellas decisiones judiciales con las que no estuviera de acuerdo<sup>(2)</sup>.

Otra encuesta, realizada también en Estados Unidos, muestra cómo la democracia está dejando de ser algo relevante para los ciudadanos. Al ser preguntados sobre lo importante que es para ellos vivir en un régimen democrático, solo el 57 por ciento de los nacidos en

los años 80 respondieron que es muy importante. El resto contestaron que les daba igual <sup>(3)</sup>. Si nos fijamos en los más jóvenes, los milenials, las cifras son todavía peores.

Por lo tanto, la cuestión que plantea *The Atlantic* —“¿Está muriendo la democracia?”— es totalmente relevante. Y, entre las distintas razones que la hacen relevante, destacaría una: la emergencia paralela de los populismos en Occidente, cuya lógica es la polarización social y el uso de la democracia contra la propia democracia.

El populismo no es un fenómeno nuevo. Ha venido desarrollándose en Europa de forma constante desde 1960, si bien es cierto que, en los últimos diez años, su crecimiento ha sido exponencial.

Según Sitra, un laboratorio de ideas finlandés especializado en prospectiva, el populismo como discurso político está en su mejor momento de los últimos 30 años, con una representación media del 14 por ciento, y en crecimiento en gran parte de los parlamentos europeos <sup>(4)</sup>.

**El populismo no es un fenómeno nuevo. Ha venido desarrollándose en Europa de forma constante desde 1960, si bien es cierto que, en los últimos diez años, su crecimiento ha sido exponencial.**

De hecho, según Brookings, uno de los laboratorios de ideas de análisis político más respetados del mundo, “el ascenso del populismo, básicamente de derechas, es el desarrollo político más importante en la Europa del siglo XXI”.

Desde Estados Unidos, con Donald Trump, hasta Turquía, con Erdogan, pasando por la Rusia de Putin, la Venezuela de Nicolás Maduro, la Hungría de Viktor Orbán, la Italia de Matteo Salvini, la China de Xi Jinping, las Filipinas de Rodrigo Duterte o el Brasil de Bolsonaro, la irrupción de presidentes fuertes y radicales en sus ideologías está conformando una coalición internacional de apoyo mutuo entre iliberales, autócratas y pequeños dictadores que están cooperando en un lento y sutil cambio de las reglas del juego democrático.



### *Tercera parte. El porqué de la cuestión*

Hasta ahora, hemos visto por qué la época en la que nos ha tocado vivir es interesante. Mi hipótesis es que una de las causas más importantes —puede que la principal— de este retroceso de las libertades y los valores democráticos es la incertidumbre. O, mejor dicho, la percepción general de que vivimos en tiempos inciertos.

Voy a poner un ejemplo para explicar en qué tipo de asuntos cotidianos se materializa este deslizamiento de un modelo de sociedad estable, cierta y previsible hacia un modelo de sociedad incierta: las oposiciones a notario. Pero antes me referiré brevemente a la inteligencia artificial.

Un sistema de inteligencia artificial es inteligente porque es capaz de hallar regularidades, relaciones y correlaciones entre cosas. Necesita enormes cantidades de datos para ser efectivo, ya que, cuantos más datos, más precisas serán las regularidades, relaciones y correlaciones que detectará.

Por ejemplo, la inteligencia artificial aplicada a la visión es la capacidad de reconocer objetos de una clase concreta entre objetos de todo tipo. Todo lo que necesita un sistema como este es una base de datos con miles de imágenes previamente etiquetadas. Es decir, imágenes de gatos, cada una de ellas con una etiqueta que diga “gato”.

Entonces, el sistema empieza a buscar qué es lo que tienen en común todas las imágenes de gatos y, cuando se le presenta

una nueva, aunque sea diferente a las que tiene almacenadas, es capaz de identificarla correctamente. Ha aprendido lo que es un gato y sabe reconocer un gato cuando lo tiene delante.

Lo más inquietante de los sistemas de inteligencia artificial es que son lo que denominamos “cajas negras”. Es decir, llegan a conclusiones y dan respuestas sin justificar las inferencias realizadas. Aciertan, por lo que sabemos que funcionan, pero no sabemos realmente cómo lo hacen.

Pensemos ahora en el concepto de oposición, que los notarios conocen perfectamente. Una oposición es un procedimiento de selección transparente con unas reglas del juego que los participantes conocen. En el caso de los notarios, las pruebas eliminatorias son incluso públicas. Tienen un temario que delimita los parámetros de lo que deben prepararse para aprobar.

Los principios que encarna el sistema de captación por oposición van más allá de la demostración de conocimientos. Tienen que ver con valores como la constancia, la autodisciplina, el sacrificio, la perseverancia, el esfuerzo, la atención o la fuerza de voluntad. Y, sobre todo, la transparencia, que es la otra cara de la predictibilidad.

Imaginemos ahora que nutriéramos un sistema de inteligencia artificial con información exhaustiva de los perfiles de todos los opositores a notario de los últimos cincuenta años. No solo de aquellos que han



acabado convirtiéndose en notarios, sino de todos los que empezaron a preparar las oposiciones.

Supongamos que pudiéramos introducir en ese sistema todos los datos de estos opositores reales y potenciales: su edad, su género, su lugar de residencia, el número de hermanos que tienen, la profesión y los estudios de sus padres, el colegio donde estudiaron el bachillerato y el itinerario que siguieron, las notas que sacaron durante la carrera, las optativas que eligieron, los cursos que realizaron en el extranjero. E incluso algunos datos sobre su salud, como los niveles de colesterol o el número de pulsaciones por minuto.

Con esta información, un sistema de inteligencia artificial podría llegar a proponer, en cada nueva convocatoria de oposiciones a notario, los candidatos que tuvieran más posibilidades de superar las pruebas. Con los años, iría perfeccionándose hasta ser capaz de predecir los resultados de una oposición antes de su realización. Por lo tanto, estrictamente, las eliminatorias dejarían de ser necesarias. Bastaría con seleccionar, entre todos los candidatos presentados, los nombres que nos diera el algoritmo.

Lo que hace un sistema de este tipo es introducir incertidumbre en la vida de las personas. Hace que las decisiones que afectan a nuestras vidas dependan cada vez menos de nosotros mismos.

De la oposición con temario cerrado y de las pruebas de conocimientos relacionados con el puesto de trabajo, hemos pasado a los test de personalidad, a las entrevistas en las que se habla de cualquier cosa menos de trabajo, a las dinámicas de grupo o, finalmente, a los sistemas expertos equipados con inteligencia artificial. Y cada paso adelante ha significado una vuelta de tuerca adicional hacia la pérdida de control de nuestra propia biografía.

La imprevisibilidad de nuestro tiempo —que es lo que hace que sea tan interesante— es también lo que nos impide confiar en que nuestros hijos tendrán más y mejores oportunidades que nosotros para prosperar.

Cada vez que pasamos por un arco detector de metales en un aeropuerto, cada vez que nos detenemos a la salida de un peaje por un control policial, cada vez que nos llegan recomendaciones sobre contratar un plan de pensiones porque el sistema público no podrá hacer frente al envejecimiento de la población, cada vez que la empresa nos recomienda realizarnos una revisión médica, en lugar de estar más tranquilos, lo que sucede es que nuestra sensación de incertidumbre aumenta.

Esa incertidumbre, que se extiende a más y más ámbitos de nuestra vida, se expresa en nosotros bajo la forma de una emoción: el miedo.

La gran recesión que empezó en 2008 ha descubierto ante nuestros ojos la volatilidad de todo aquello que parecía estable, sólido y duradero.

El Foro Económico Mundial, que es la fundación que organiza anualmente la cumbre de Davos, lleva años repitiendo que las capacidades que demandará el mercado estarán relacionadas con la adaptabilidad y el aprendizaje permanente.

La OCDE, por su parte, ha publicado recientemente un informe <sup>(5)</sup> sobre las habilidades que los gobiernos deberían promover entre sus ciudadanos. La receta: los adultos deberían ir adaptando continuamente sus capacidades y habilidades a la realidad cambiante.

---

La OCDE, por su parte, ha publicado recientemente un informe sobre las habilidades que los gobiernos deberían promover entre sus ciudadanos.

La receta: los adultos deberían ir adaptando continuamente sus capacidades y habilidades a la realidad cambiante.

---

Todo eso no hace más que inyectar presión a las personas. Además, pese a los beneficios que sin duda ha comportado la globalización, también ha generado auténticos leviatanes corporativos a nivel multinacional que intensifican la sensación de pérdida de control de la ciudadanía.

Según un informe reciente de Naciones Unidas, al que aludió un artículo de *The Financial Times*, en cualquier país del mundo las exportaciones de las 10 empresas que más venden al extranjero suponen, de media, el 42 por ciento de todas las exportaciones del país en cuestión. Las empresas son cada vez más grandes en todas partes.

Visto el panorama, no debe sorprendernos que los ciudadanos se planteen, legítimamente, si en lugar de ser ellos quienes deban estar cambiando constantemente, no sería más inteligente, tal vez, cambiar las reglas del juego para facilitarles la vida. En definitiva, no es de extrañar que se pregunten qué podría hacerse para que la vida fuera, de nuevo, algo menos interesante y algo más

aburrida. Para que estuviera algo más “bajo control”.

Precisamente, el *mantra* de todas las propuestas populistas es “recuperar el control”. Atacar la incertidumbre. Los líderes populistas se refieren a un control que hoy en día está en manos, según dicen, de las elites, las plutocracias, los empresarios o los inmigrantes. Pero lo importante no es el término “recuperar”, que siempre hace referencia a una posición reaccionaria, sino el término “control”.

La incertidumbre se combate con control. Y ese control no tiene por qué venir de la fuerza, ni del recorte de derechos, ni de la seguridad policial, ni del aislamiento y la autocracia. El control, o la seguridad ante las incertidumbres, lo proporcionan unas instituciones democráticas fuertes.

Con esta idea entramos en la cuarta y última parte de esta reflexión.

#### Cuarta parte. ¿Cuál es el siguiente paso?

Hace un año, uno de los analistas políticos más importantes de Estados Unidos, Fareed Zakaria, publicó un artículo <sup>(6)</sup> en *The Washington Post* titulado “Dejen de tener miedo a más gobierno. Es exactamente lo que necesitamos”.

Para combatir la incertidumbre de nuestros tiempos, necesitamos instituciones de todo tipo que garanticen los derechos políticos y sociales que permiten a los ciudadanos vivir tranquilos.

Según el laboratorio de ideas Sitra, al que me he referido anteriormente, existen tres factores que explican el actual crecimiento del populismo en Europa <sup>(7)</sup>:

1) El primero es la gestión de la inmigración, en particular de los inmigrantes de religión musulmana. Desde 1990 los europeos expresan de forma consistente, en diferentes encuestas, como mínimo su escepticismo respecto a los beneficios de la inmigración. Y los populismos se alimentan de esa percepción de conflicto entre culturas.

2) El segundo factor es la descomposición de la clase media. Según el politólogo estadounidense Francis Fukuyama, una clase media próspera y rica es la clave de bóveda de una democracia fuerte y estable. Por el contrario, una sociedad económicamen-

te muy polarizada es un excelente caldo de cultivo para los movimientos que pretenden erosionar la democracia.

El periódico *El País* publicaba recientemente una entrevista al sociólogo alemán Oliver Nachtwey. Este joven sociólogo explicaba su exitoso concepto de “modernización regresiva”.

Viene a decir que en la historia no siempre se avanza hacia delante, y explica que el “ascensor social” que funcionaba en Europa desde la Segunda Guerra Mundial se ha averiado. Hay más trabajadores cualificados y más mujeres trabajando. Pero hay más desigualdad y más precariedad, sobre todo para ellas.

Existe una nueva clase social, la de los salarios bajos, que se ve obligada a vivir en la periferia, en pisos más pequeños, que tarda más en llegar al trabajo y no puede permitirse la vida de las clases medias, ni ir a restaurantes de alimentación saludable, ni llevar a sus hijos a buenos colegios privados ni a cursos de inglés o música.

**Existe una nueva clase social, la de los salarios bajos, que se ve obligada a vivir en la periferia, en pisos más pequeños, que tarda más en llegar al trabajo y no puede permitirse la vida de las clases medias, ni ir a restaurantes de alimentación saludable, ni llevar a sus hijos a buenos colegios privados ni a cursos de inglés o música.**

Y muchos de estos trabajadores, dice Nachtwey, se convierten en votantes de Alternativa para Alemania, el partido de extrema derecha. Aunque ellos no eran sus “clientes” originarios, porque este partido fue fundado como partido liberal y burgués contra el euro. La precariedad laboral crea democracias más precarias.

3) El tercer factor que favorece el populismo es la desconfianza e insatisfacción con las instituciones, los gobiernos y los partidos políticos tradicionales. En este sentido, cabe destacar que durante los últimos diez años el Eurobarómetro pone de manifiesto un declive sostenido de la confianza en la Unión Europea y en los parlamentos y gobiernos nacionales.



Quisiera referirme a ese tercer punto. La evolución de ciertas libertades y de las instituciones en Europa ha sido desequilibrada. La integración europea ha permitido la eclosión del movimiento de mercancías, capitales y personas. Pero no se ha acompañado de una integración política. Este ha sido un error monumental del proyecto europeo.

La Unión Europea es un ejemplo de manual de cómo la falta de unas instituciones políticas comunes, fuertes, integradas y democráticas ha abierto un espacio de oportunidad a propuestas políticas reaccionarias, que ofrecen la estabilidad que el club europeo no ha sabido proporcionar.

Históricamente, la democracia y el estado del bienestar han aportado a los países desarrollados un conjunto de soluciones para hacer frente a las incertidumbres humanas. Han proporcionado un sistema de sanidad universal, unos sistemas de previsión social, como las pensiones, y unas plataformas de progreso personal, como la educación. Y eso ha sucedido, con mayor o menor profundidad y alcance, desde Estados Unidos hasta los países escandinavos.

Sin embargo, dichos sistemas empiezan a dar síntomas de agotamiento. La educación pública es incapaz de garantizar un acceso en condiciones competitivas al mercado laboral; los sistemas de previsión públicos y privados están sometidos a terribles



tensiones por los condicionamientos demográficos, y los sistemas de salud tienen en el horizonte a una población cada vez más envejecida, con mayor esperanza de vida, y una medicina personalizada que promete multiplicar los costes de los tratamientos (para quien pueda permitírselos).

Según datos publicados hace unos días<sup>(8)</sup>, la deuda de la Seguridad Social con el Estado ascenderá a 41.000 millones de euros este año, para poder pagar las pensiones.

De hecho, la población española sufre un inexorable proceso de envejecimiento que hará que el actual gasto público en lo que se refiere a las personas mayores se duplique, según datos recientes de Airef y Eurostat. La tasa de dependencia pasará del 25 por ciento actual a entre un 50 y un 60 por ciento en 2050. La tasa de dependencia es el peso de la población menor de 16 años y mayor de 65 años respecto al total. Se trata de las personas que no están en edad de

trabajar y que, por lo tanto, dependen de la población activa.

Paralelamente, se producirá un aumento de la esperanza de vida hasta los 87 años en 2050 (hoy en día es de 83 años).

Actualmente, los estados occidentales no cuentan con instrumentos adecuados para hacer frente a los retos que tienen por delante, y recurren al endeudamiento como solución provisional. Pero este recurso, salvo si es puntual, es una forma insostenible de hacer políticas públicas.

Todo ello hace que el futuro sea cada día más incierto, y esa incertidumbre inquieta cada vez más a los ciudadanos.

El estado del bienestar surgió como respuesta para resolver las problemáticas sociales del siglo xx. Durante muchos años, fue un poderoso instrumento para hacer frente a las inquietudes planteadas por la democracia, la libertad y el libre mercado. Hoy en día debemos plantearnos

la posibilidad de que, tal como se diseñó en su momento, haya envejecido. Y eso implica que, si no queremos renunciar a él, debemos repensar un estado del bienestar que encuentre nuevas fórmulas para proporcionar a los ciudadanos estabilidad, certidumbres y confianza en el futuro.

En definitiva, que actúe como contrapeso para los nuevos y singulares retos a los que deben hacer frente actualmente la democracia, las libertades y el mercado.

## NOTAS

- (1) <https://freedomhouse.org/report/freedom-world/freedom-world-2018>.
- (2) "The Threat of Tribalism". The Atlantic, octubre de 2018.
- (3) [https://www.washingtonpost.com/news/wonk/wp/2016/12/08/yes-millennials-really-are-surprisingly-approving-of-dictators/?utm\\_term=.e900fff9e073](https://www.washingtonpost.com/news/wonk/wp/2016/12/08/yes-millennials-really-are-surprisingly-approving-of-dictators/?utm_term=.e900fff9e073).
- (4) "The era of populism. Seasonal fluctuation or permanent change?": <https://www.sitra.fi/en/articles/era-populism-seasonal-fluctuation-permanent-change/>.
- (5) <http://www.oecd.org/education/skills-beyond-school/oecd-skills-outlook-2017-9789264273351-en.htm>.
- (6) [https://www.washingtonpost.com/opinions/stop-being-afraid-of-more-government-its-exactly-what-we-need/2017/09/07/e362177a-940a-11e7-89fa-bb822a46da5b\\_story.html?utm\\_term=.f9d46cc7cb02](https://www.washingtonpost.com/opinions/stop-being-afraid-of-more-government-its-exactly-what-we-need/2017/09/07/e362177a-940a-11e7-89fa-bb822a46da5b_story.html?utm_term=.f9d46cc7cb02).
- (7) "The era of populism. Seasonal fluctuation or permanent change?": <https://www.sitra.fi/en/articles/era-populism-seasonal-fluctuation-permanent-change/>.
- (8) <http://www.europapress.es/economia/laboral-00346/noticia-seguridad-social-duplica-deuda-ultimo-ano-prestamos-estado-pensiones-20180928115434.html>.

# La extinción del censo y el artículo 565-11.5 del Código Civil de Cataluña (luces y sombras de una precipitada reforma)



Jesús-Julián Fuentes Martínez  
Notario de Barcelona

## 1.- INTRODUCCIÓN

La disposición final 5.4 de la Ley 3/2017, de 15 de febrero (ulterior corrección de erratas publicada en el DOGC número 7329, de 15 de marzo de 2017), dio nueva redacción al artículo 565-11 del Código Civil de Cataluña, añadiendo un número adicional ("5") del siguiente tenor:

*Artículo 565-11. La extinción del censo... 1. El censo se extingue por: c) La falta de ejercicio de las pretensiones del censalista durante un plazo de diez años... 5. A efectos de lo dispuesto por el apartado 1. c, el plazo puede interrumpirse por notificación notarial al censatario o bien por nota al margen de la inscripción del censo, que debe practicarse en virtud de una instancia firmada por el censalista con este fin.*

A su vez, la Disposición final sexta de la citada ley 3/2017, establece:

*Modificación de la Ley 5/2006, del libro quinto del Código Civil de Cataluña, relativo a los derechos reales. Se añade una disposición transitoria, la vigésimo primera, a la Ley 5/2006, de 10 de mayo, del libro quinto del Código Civil de Cataluña, relativo a los derechos reales, con el siguiente texto: Vigésima primera. Aplicación del artículo 565-11.5. El artículo 565-11.5 del Código Civil de Cataluña se aplica a todos los censos, cualquiera que sea la fecha de constitución. El cómputo del plazo se inicia en el momento de la entrada en vigor de la presente ley.*

Esta nueva redacción por obra de la ley promulgada en 2017, tiene como antecedente la reforma que en su día realizó la Ley 6/2015, de 13 de mayo, de armonización del Código Civil de Cataluña, que dio al artículo que comentamos la redacción que hoy tiene, con la salvedad del apartado "5", que entonces no existía y que, como hemos indicado, se añade por la ulterior ley 3/2017.

Recordemos, por último, dos preceptos cuya importancia salta enseguida a la vista, también del Código Civil de Cataluña (libro primero):

*Sección 2.ª Interrupción de la prescripción... Artículo 121-11. Causas de interrupción. Son causas de interrupción de la prescripción: a) El ejercicio de la pretensión frente a los tribunales, aunque sea desestimada por defecto procesal. b) El inicio del procedimiento arbitral relativo a la pretensión. c) La reclamación extrajudicial de la pretensión. d) El reconocimiento del derecho o la renuncia a la prescripción de la persona contra quien puede hacerse valer la pretensión en el transcurso del plazo de prescripción.*

*Artículo 121-12. Requisitos de la interrupción. Para que la interrupción de la prescripción sea eficaz deben cumplirse los siguientes requisitos: a) Si el acto que la interrumpe consiste en el ejercicio de la pretensión, es preciso*



que: Primero. Proceda de la persona titular de la pretensión o de una tercera persona que actúe en defensa de un interés legítimo y que tenga capacidad suficiente. Segundo. Se efectúe ante el sujeto pasivo de la pretensión, antes de que se consume la prescripción. b) Si el acto que interrumpe la prescripción consiste en el reconocimiento del derecho al que se vincula la pretensión o en la renuncia a la prescripción en curso, debe proceder del sujeto pasivo de la pretensión.

Para terminar esta introducción, decir que la adición del número "5" al precepto que comentamos tuvo su causa en el intento de habilitar nuevas y ágiles vías para interrumpir una prescripción que podía tener las consecuencias extintivas reseñadas, y evitar así una posible (más bien anunciada) catarata de demandas que se presentarían ante los Tribunales de Justicia para provocar precisamente este efecto interruptivo. Ahora bien y llegados a este punto, hemos de hacernos varias preguntas: ¿Ha acertado el legislador? ¿Es congruente la solución adoptada con la disciplina general que se contiene en el Libro Primero del mismo cuerpo legal? ¿Satisface las exigencias constitucionales que vedan toda posible indefensión? Anticipamos que nuestra respuesta es negativa.

## 2. EL CASO DE LA RESOLUCIÓN DE LA DG DRET I ENTITATS JURÍDIQUES DE 5 DE OCTUBRE DE 2011: ¿ES LA BUENA -Y ORTODOXIA- DOCTRINA?

a) Los hechos se resumen fácilmente. Mediante una escritura autorizada el año

2011, los titulares de un censo con dominio directo sobre determinada finca piden la constatación registral de que este censo es vigente, con la finalidad de interrumpir el plazo de prescripción de esta carga en los libros del registro.

El Registrador –acertada y fundamentalmente- deniega la práctica del asiento con una serie de argumentos, del que destacaría el último de los que reseñamos: Porque no está previsto en la legislación vigente que se pueda hacer constar en el Registro la continuidad de la vigencia de un censo a efectos de interrumpir la prescripción... La pretensión de la escritura adolece de cobertura legal. No se puede aplicar el artículo 44 de la Ley de censos de 31 de diciembre de 1945, que permitía esta constancia registral, porque esta ley ha estado expresamente derogada. Tampoco es aplicable el procedimiento de la disposición transitoria 3ª de la Ley de censos 6/1990, de 16 de marzo, porque no está previsto que se pueda consignar en el Registro una nota marginal similar a la que prevé esta norma, de continuidad de la vigencia del censo una vez pasados los cinco años previstos en esta disposición, que hoy está derogada. La Ley Hipotecaria tampoco prevé que se pueda hacer constar en el Registro un acto de estas características porque no se trata de ninguno de los supuestos del artículo 2 de la Ley Hipotecaria, que establece la inscripción de actos y negocios jurídicos, porque en el título presentado se contiene un acto que no produce por él mismo efectos jurídicos y se pretende que lo tenga por la publicidad registral.

b) No me resisto a transcribir los aspectos más relevantes de esta Resolución, llamando la atención especialmente sobre el redactado de los dos últimos fundamentos de derecho:

*"... En el derecho histórico catalán encontramos diversos supuestos de constancia registral de manifestaciones unilaterales del censalista, entre las cuales podemos destacar las previsiones de la Ley de 31 de diciembre de 1945 y la disposición transitoria tercera de la Ley de censos de 1990... Ahora bien, la disposición final primera de la Ley 6/1990, de 16 de marzo, de censos, derogó expresamente tanto la regulación de este derecho contenida a la Compilación como la Ley de 1945 mencionada.*

*Una segunda manifestación de inscripción de una declaración de voluntad unilateral del censalista sobre la vigencia de su derecho la encontrábamos en la disposición transitoria tercera de la Ley 6/1990, de 16 de marzo. Esta norma daba un plazo de cinco años para que todos los titulares de censos inscritos acreditaran la vigencia de su derecho en el Registro mediante una instancia y preveía la cancelación de los derechos en que no se hubiera cumplido esta obligación. Esta disposición fue ratificada por la disposición transitoria decimotercera de la Ley 5/2006, de 10 de mayo, que aprueba el Libro V del Código Civil de Cataluña.*

*En el derecho tradicional existía una manera clásica de interrumpir la prescripción que era la formalización del cabreo, derecho de cabrevación que todavía recogía el artículo 316 de la Compilación del derecho civil de Cataluña de 1960. Ahora bien, esta forma de interrupción de la prescripción exigía el reconocimiento, es decir, el consentimiento del enfiteuta o, a falta de este reconocimiento voluntario, el expediente judicial donde era escuchado. Esta norma fue derogada por la Ley de censos de 1990.*

2.- La regulación vigente del derecho de censo la encontramos en el Capítulo V del Título VI del Libro V del Código Civil de Cataluña... Tampoco se establece la interrupción de la prescripción del censo por actividad registral ni permite expresamente la constancia en el Registro de una declaración unilateral de voluntad del censalista de subsistencia y vigencia de su derecho, como la contenida en el título presentado al Registro...

3.- En el Registro de la Propiedad se inscriben los títulos en que se constituyan, se

reconozcan, se transmitan, modifiquen o se extingan los derechos reales sobre los inmuebles (artículo 2.2 de la Ley Hipotecaria). En consecuencia, la inscripción solicitada en el título objeto de este recurso exige que la manifestación de voluntad de la censalista contenida en él suponga una modificación del derecho de censo inscrito. Eso se daría si esta declaración impidiera la cancelación de su derecho, como pasaba en la legislación anterior a la ley de 1990, donde la manifestación del censalista de su deseo de interrumpir la prescripción evitaba que se pudiera reclamar al Tribunal Arbitral de Censos la cancelación del censo. Lo mismo sucedía con la manifestación de vigencia del censo a que obligaba la disposición transitoria tercera de la ley de 1990, que evitaba la posterior cancelación de la inscripción. Ahora bien, con la ley vigente, la manifestación contenida en el título presentado no produce este efecto porque ninguna norma establece ni la extinción ni la cancelación registral del censo por falta de actividad registral del censalista en un plazo fijado, todo lo contrario, la legislación hipotecaria hace presumir que el contenido del Registro es vigente y válido.

4.- Otra cuestión planteada en el recurso es si esta manifestación es un instrumento válido para interrumpir la prescripción del derecho de censo. Sin entrar a resolver si la regulación del Código Civil permite la extinción por prescripción del derecho de censo, podemos admitir que el derecho de censo se extingue por prescripción, como causa general de extinción de todos los derechos reales en cosa ajena, a la cual se tendrán que aplicar las normas del Libro I del Código Civil. Esta prescripción se produce extrarregistralmente, sin que pueda ser apreciada por la consulta de los libros del Registro de la Propiedad. La prescripción del derecho de censo no se produce por falta de actividad registral sino por falta de ejercicio por el censalista de los derechos inherentes al censo. Estos derechos son tanto el de pensión como los derechos de laudemio y fadiga. La falta de reclamación de la pensión durante el plazo de prescripción legal permitiría al propietario de la finca alegar la prescripción del censo. En los censos sin pensión, como el que es objeto de este recurso que tenemos que recordar que son excepcionales, la prescripción de este derecho estaría ligada a la falta de reclamación del laudemio, desde que nace el derecho a reclamarlo o la falta de ejercicio del derecho de fadiga. Obviamente mientras no se produzca una transmisión de la finca grabada susceptible de devengar el laudemio y generar el dere-

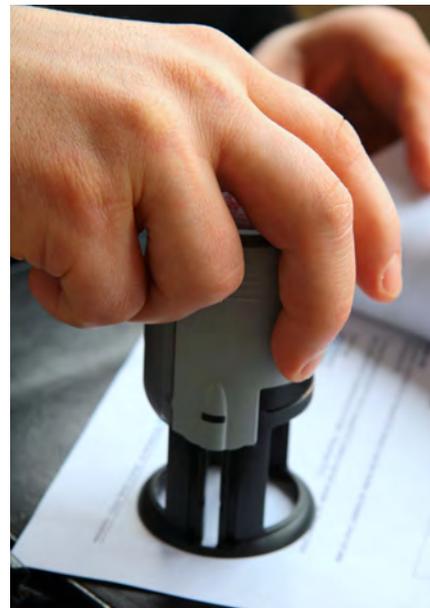
cho de fadiga, no se puede empezar a contar el plazo de prescripción. **La prescripción se tendrá que interrumpir por alguna de las causas enumeradas en el artículo 121-12 del Código Civil. Entre ellas no está la publicación en el Registro de la Propiedad de una manifestación del censalista hecha exclusivamente a estos efectos. Las causas de interrupción enumeradas en este precepto son la reclamación judicial, arbitral o extrajudicial, la renuncia a la prescripción o el reconocimiento del derecho por parte del propietario de la finca grabada. Dentro de esta última categoría, nada impide que el censalista exija al propietario de la finca este reconocimiento, como sucedía con el derecho histórico de cabrevación, pero no se reconoce efectos para interrumpirla en la publicación en el Registro de una declaración de voluntad unilateralmente expresada por el titular del derecho.**

5.- Finalmente, a falta de previsión expresa en las normas civiles, tampoco la legislación registral permite la inscripción de este título porque se opone al principio registral de legitimación según el cual **no se puede hacer ninguna inscripción sin consentimiento del titular registral o sin que haya sido parte en el procedimiento en que se ha acordado. La manifestación de voluntad del censalista tiene una voluntad clara de afectar al propietario de la finca, ya que se hace con la intención de interrumpir la prescripción del derecho de censo. Esta declaración, sin embargo, para poder acceder al Registro, necesitará del consentimiento del titular registral o una resolución judicial firme en la cual el propietario de la finca haya sido parte...**

### 3. ACTOS DE COMUNICACIÓN E INDEFENSIÓN (EN EL MARCO CONSTITUCIONAL).

a) Apreciar una posible vulneración de este derecho fundamental, a la vista de la doctrina del Tribunal Constitucional sobre la falta de emplazamiento (y hemos de convenir que si rigen tales exigencias para un órgano judicial no menos ha de exigirse a quienes ejercen también funciones públicas), requiere analizar el cumplimiento, o no, de ciertas exigencias básicas, tal y como proclama la **Sentencia del Tribunal Constitucional 136/2014, de 8 de septiembre:**

**“CUATRO son los presupuestos** que venimos analizando para acreditar la vulneración



de este derecho fundamental por falta de emplazamiento personal: **1.-** La titularidad por el demandante de amparo constitucional, al tiempo de la iniciación del proceso, de un derecho e interés legítimo y propio, susceptible de afectación por la causa enjuiciada, en las resoluciones judiciales recurridas. La situación de interés legítimo resulta identificable con cualquier ventaja o utilidad jurídica derivada de la reparación pretendida. **2.-** La posibilidad de identificación del interesado por el órgano jurisdiccional. **3.-** El cumplimiento por el órgano judicial de su obligación constitucional de velar para que los actos de comunicación procesal alcanzasen eficazmente su fin, lo que significa, entre otras cosas, concebir los emplazamientos edictales como modalidades de comunicación de carácter supletorio y excepcional (STC 126/1999, de 28 de junio) o no presumir sin más que las notificaciones realizadas a través de terceras personas hayan llegado a conocimiento de la parte interesada cuando la misma cuestiona con datos objetivos que así haya sido (STC 113/2001, de 7 de mayo). **4.-** Por último, que el recurrente en amparo haya sufrido como consecuencia de la omisión del emplazamiento una situación de indefensión real y efectiva, lo que no se da cuando el interesado tiene conocimiento extraprocesal del asunto y, por su propia falta de diligencia, no se persona en la causa. El conocimiento extraprocesal del litigio ha de verificarse mediante una prueba suficiente, que no excluye las reglas del criterio humano que rigen la prueba de presunciones (por todas, SSTC, 102/2003, de 2 de junio, etc.)...”



b) Idea -la de evitar la indefensión haciendo de gala de un más que loable garantismo- que inspira claramente, por ejemplo, las últimas reformas administrativas. Así, la vigente LPACAP mantiene el texto del artículo 59.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y prevé que, si nadie puede hacerse cargo de una notificación, se hará constar esta circunstancia en el expediente, junto con el día y la hora en que se intentó la notificación, intento que se repetirá por una sola vez y en una hora distinta dentro de los tres días siguientes. No obstante, introduce una novedad temporal importante en la práctica de los dos intentos de notificación, en la línea jurídica que ya había sido interpretado en algún pronunciamiento judicial del propio Tribunal Supremo, al exigir que en el caso de que el primer intento de notificación se haya realizado antes de las quince horas, el segundo intento deberá realizarse después de las quince horas y viceversa, dejando en todo caso al menos un margen de diferencia de tres horas entre ambos intentos de notificación (artículo 42.2).

Es decir, se aclara qué debe entenderse por "hora distinta": que medien tres horas entre los intentos de notificación, lo que, sin duda, aporta seguridad jurídica despejando las dudas que planteaba la norma vigente, lo que había obligado a que fuera suplido por la jurisprudencia. Finalmente, en el caso de que el segundo intento también resultara infructuoso, la notificación se hará

por medio de un anuncio publicado en el "Boletín Oficial del Estado", (se procederá de esta manera igualmente cuando los interesados en un procedimiento sean desconocidos o se ignore el lugar de la notificación).

...se aclara qué debe entenderse por "hora distinta": que medien tres horas entre los intentos de notificación, lo que, sin duda, aporta seguridad jurídica despejando las dudas que planteaba la norma vigente, lo que había obligado a que fuera suplido por la jurisprudencia.

c) Garantismo que también inspira la vigente redacción del artículo 461-12 del Código Civil de Cataluña (*interrogatio in iure*) sobradamente conocido por todos; o el 199 de la Ley Hipotecaria que determina:

"El Registrador sólo incorporará al folio real la representación gráfica catastral tras ser notificada a los titulares registrales del dominio de la finca si no hubieran iniciado éstos el procedimiento, así como a los de las fincas registrales colindantes afectadas. **La notificación se hará de forma personal. En el caso de que alguno de los interesados fuera desconocido, se ignore el lugar de la notificación o, tras dos intentos, no fuera efectiva la notificación, se hará mediante edicto insertado en el "Boletín Oficial del Estado..."**

Vemos, pues, que en nuestro ordenamiento jurídico hay sobrados ejemplos de normas que pretenden salvaguardar el derecho a no padecer indefensión, extremando -y exigiendo- todas las actuaciones racionalmente posibles para evitarla, posibilitando que quien pueda ser perjudicado por determinada decisión, o actuación, pueda tener cabal conocimiento de la misma. Dicho lo cual, hemos de interrogarnos si la regulación contenida en el añadido apartado "cinco", en orden a los medios que provocarían la interrupción de la prescripción, ha sido o no acertada.

#### 4. UNA CRÍTICA A LA REFORMA DE 2017.

Retomo una idea que expresa claramente la citada Resolución del 2011: "... la prescripción se produce extrarregistralmente, sin que pueda ser apreciada por la consulta de los libros del Registro de la Propiedad. La prescripción del derecho de censo no se produce por falta de actividad registral sino por falta de ejercicio por el censalista de los derechos inherentes al censo".

Pues bien, si para mí la previsión normativa que habilita o prevé interrumpir la prescripción por una notificación notarial (sin más añadidos) no es modo alguno satisfactoria, sino desacertada, como expondré, con mayor razón juzgo inadecuado por completo ese efecto interruptivo por la extensión de una nota marginal.

a) Suele entenderse que la nota marginal es el asiento que se practica al margen de los asientos de presentación, de las inscripciones, anotaciones o cancelaciones y sirven para dar noticia de algún hecho secundario que afecta a las fincas o derechos inscritos, y que la característica común e intrínseca a todas las notas marginales es su accesoria respecto a un asiento principal, al cual complementan o concretan; o recogen una advertencia relacionada con el contenido de dicho asiento. Es decir, no modifican el contenido esencial del mismo ni son sucedáneas de asientos principales, sino que los complementan o concretan.

Pues bien, partiendo del dato que la prescripción opera extramuros del Registro, para mí la nota marginal que prevé el precepto que comentamos ni se aviene con los principios generales del libro I del CC Cat en orden a la prescripción y su interrupción, ni con el principio general de titulación pública que proclama el art. 2 de la Ley

Hipotecaria. Cierto es que este último tiene sus excepciones (que las tiene, aunque contadísimas), pero a esa nota marginal se la atribuye una eficacia jurídica que provoca -nada más y nada menos- la interrupción de la prescripción con el perjuicio que puede conllevar para el censatario (propietario) y con efectos demoledores para su posición jurídica. Y eso es así, porque carece de toda posibilidad de alegar y oponerse a su práctica (comparemos esa situación con la que se reconoce a los posibles interesados en los procedimientos regulados en los actuales arts. 199 y siguientes de la Ley Hipotecaria).

b) La extensión de esa nota marginal *in audita parte*, no se aviene bien, por tanto, con la moderna doctrina constitucional que veda todo tipo de indefensión y exige actuar con el mayor garantismo posible en actos que (por su propia naturaleza y por los efectos y eventuales perjuicios que pueden provocar), necesariamente exigen el conocimiento, o la real posibilidad de conocimiento, por parte del perjudicado. Por supuesto y como bien recoge la importante Resolución que antes comentábamos, hay precedentes legislativos de existencia y operatividad de notas marginales en el mundo de los censos, si bien honestamente creo que tales precedentes no se acomodan a las actuales exigencias derivadas de la doctrina constitucional que antes se transcribió, y que ha tenido directísima influencia en las recientes reformas legislativas que antes hemos reseñado.

c) Se dirá que la extensión de la nota marginal no veda al perjudicado accionar ante los tribunales (es que no la va a quedar más remedio) si es que ha conocido su práctica, pues no se prevé trámite o comunicación alguna que se lo le facilite; y no parece razonable imponerle la obligación (que en algún momento se defendió por algunos) de estar atento a las determinaciones del Registro, pues ello no se coherente con la adecuada defensa de los derechos de quien, sorpresivamente, puede verse afectado por una peculiar cesación de efectos de una prescripción que bien pudiera estar ya ganada. Posibilidad ésta última más real de lo que podía parecer, si se tiene en cuenta que desde el año 1995 (recordemos ese plazo de cinco años para acreditar vigencia, a contar desde 1990), es muy probable que, antes de la extensión de la nota marginal, haya tenido lugar y extramuros del Registro, una real -y efectiva- *falta de ejercicio de*

*las pretensiones del censalista durante un plazo de diez años.*

Y no se desconoce que hay supuestos en los que la extensión de una nota marginal puede producir efectos interruptivos de la prescripción, como sucede con la nota marginal de expedición de certificación en procedimientos de ejecución, los cuales, no lo olvidemos, tienen como trámite inicial un requerimiento (hoy con rigurosas exigencias). Y es que como bien dice la DGRN, *dicha nota marginal supone la interrupción del plazo de prescripción de la acción hipotecaria recogido en el artículo 128 de la Ley Hipotecaria ya que es indudable que el inicio de un procedimiento de ejecución no es sino una reclamación del acreedor, que conforme al artículo 1973 del Código Civil, produce dicha interrupción* (Res. de 21 de mayo de 2018).

d) Pero los reparos que se exponen respecto de la virtualidad (y acierto legislativo) de dicha nota marginal, han de ser también trasladados, en parte no menor, a la alternativa notarial. ¿Por qué? Expongo mis razones seguidamente:

1.- Porque partiendo del pleno encaje que tal mecanismo de interrupción tiene en la sistemática del Código Civil de Cataluña (y en la del Código Civil), a mí me parece que la regulación reglamentaria a la que habríamos de acudir subsidiariamente es, en un caso como este, excesivamente parca si la comparamos, por ejemplo, con las exigencias que el legislador ha previsto para la *interrogatio in iure*. Y siendo, como soy, un convencido de que el Reglamento Notarial, en materia de práctica de notificaciones, tendría que ser reformado para hacerlo aún más garantista, los requisitos de fondo tales como el número de notificaciones y el modo de proceder tras una notificación infructuosa, han de ser fijados (como se hizo al reformar la *interrogatio*) por la legislación sustantiva. Todo ello en aras de minimizar los riesgos de la posible indefensión a un eventual perjudicado por la repentina inoperancia de una prescripción probablemente ya ganada (sin perjuicio de ulteriores pronunciamientos judiciales sobre la cuestión de fondo).

2.- Porque una actuación como la que comentamos y con los efectos -ya explicados- que puede provocar, ha de habilitar todos los medios necesarios para que llegue a conocimiento del perjudicado. Por ello, las prevenciones que se han generalizado en



la legislación (dos intentos en horas y días diferentes, tramite edictal subsidiario), tendrían que haberse recogido aquí -regulándose con el mayor detalle-; como también tendría que haberse regulado el trámite de alegaciones y oposición del notificado.

3.- Porque en el fondo esa era la idea que latía en regulaciones anteriores a la actual, algo a lo que se alude por la DG DRET en la resolución citada y que traemos a colación nuevamente: *"En el derecho tradicional existía una manera clásica de interrumpir la prescripción que era la formalización del cabreo, derecho de cabrevación que todavía recogía el artículo 316 de la Compilación del derecho civil de Cataluña de 1960. Ahora bien, esta forma de interrupción de la prescripción exigía el reconocimiento, es decir, el consentimiento del enfiteuta o, a falta de este reconocimiento voluntario, el expediente judicial donde era escuchado. Esta norma fue derogada por la Ley de censos de 1990"*. Y si en verdad una regulación de la época preconstitucional era más garantista que la actual, pues que quieren que les diga: hemos retrocedido.

No se ha acertado, por tanto, y en mi modesta opinión, en las soluciones que sin duda tenían que habilitarse para prevenir una avalancha de demandas judiciales ante los Tribunales, y a tiempo se está de reformar lo legislado (que me ofrece las apuntadas dudas en orden a su constitucionalidad), en línea con lo aquí expuesto y con el mayor garantismo posible en aras de evitar, o minimizar al máximo, una posible indefensión.

# El documento notarial en soporte electrónico



Enric Brancós Núñez  
*Notario de Girona*

## INTRODUCCIÓN

El 1 de enero del año 2000, aprovechando el valor simbólico del cambio de siglo, el Notariado austríaco en alianza con una gran firma alemana de electrónica, decidió implantar la escritura pública en soporte electrónico. Dato importante, excluyó de dicho soporte los testamentos y pactos sucesorios. No se explicitó la razón pero muy probablemente se debiera a la larga conservación que este tipo documental requiere.

En España, dos años más tarde, el 1 de enero de 2002, entró en vigor una importante reforma de la Ley del Notariado para implantar el instrumento público electrónico bajo un principio básico: la técnica debe servir a la esencia jurídica del documento público y no al revés. El texto del nuevo artículo 17 bis es canónico. Desmenuzando el precepto podemos ver que:

1. El soporte electrónico no supone negación del valor de instrumento público. El do-

cumento notarial en soporte electrónico goza de fe pública, al igual que el soporte papel

2. El notario debe firmarlo con su firma electrónica avanzada (según la terminología del momento) obtenida de conformidad con la Ley reguladora del uso de la firma electrónica por parte de los notarios.

3. En su caso, los otorgantes o intervinientes firman con firma electrónica, pero sin restringirla a la firma avanzada o reconocida como en el caso del notario, sino dentro del concepto amplio de firma electrónica, que puede ir desde la firma electrónica reconocida hasta la firma en tablilla o mediante un simple PIN. Obviamente lo que se manifieste por los otorgantes o intervinientes en el documento, incluida la firma en la tablilla, quedará luego encriptado bajo la firma electrónica del notario. Ésta es la que confiere seguridad a todo el proceso.

4. La técnica de firma electrónica no altera la esencia del documento. El notario

debe identificar, dar fe de conocimiento, juzgar la capacidad y legitimación, informar el consentimiento y controlar la legalidad.

No obstante el legislador español fue más cauto que el austríaco. Mientras aquél se lanzó al soporte electrónico de lo que nosotros llamamos escritura matriz salvando, eso sí, los testamentos y pactos sucesorios, aquí se siguió un segundo principio básico: lo que realmente agiliza el tráfico no es si la matriz está en soporte papel o en soporte electrónico sino la facilidad de desplazamiento de las copias. Por ello la reforma, tras dar carta de naturaleza al instrumento público electrónico, dejó pendiente de desarrollo el soporte electrónico de la matriz y pasó a regular con todo detalle la copia electrónica tal como hoy la conocemos.

Tras el empuje pionero de Austria y de España en el panorama mundial podemos ver tres distintas posiciones en relación a la matriz electrónica:



## 1. Países que admiten la escritura matriz en soporte electrónico

Francia, desde el decreto nº. 2005-973, que introduce un nuevo capítulo III al decreto de 26 de noviembre de 1979, contempla la escritura íntegramente electrónica. El sistema es voluntario y coexiste con el soporte papel. La recogida de firmas de los comparecientes se efectúa sobre una tablilla electrónica. Este instrumento puede complementar la fe pública del notario en cuanto a la autenticidad de la firma, al registrar datos tales como velocidad de los rasgos, presión, inclinación del estilete, etc. Se trata de una modalidad cada vez más empleada en Francia y que cubre bastante más de la mitad de las escrituras públicas.

Italia hace lo propio en el D. Leg. 2 luglio 2010. En este sistema el notario firma con la firma electrónica notarial emitida por el Consiglio Nazionale del Notariato mientras que las partes pueden firmar con firma electrónica simple. El sistema ha tenido mucho menor éxito que en Francia y se utiliza poco. Se complementará el sistema con la firma en tablilla.

## 2. Países que no admiten el soporte electrónico

Dentro de este grupo se encuentran países que, aunque parezca contradictorio, se hallan muy avanzados en materia de Administración pública electrónica -E-Government- como es el caso de Estonia,

Chequia o Polonia. Conviene aclarar que el E-Government consiste en un sistema de firma electrónica que aspira a ser de uso universal y permite a los ciudadanos, a los residentes, e incluso en el caso de Estonia a los extranjeros que operan en el país, relacionarse con las Administraciones públicas mediante un mecanismo de identificación y firma electrónica. Todos los expedientes son electrónicos, ningún funcionario puede operar en ellos si no es mediante su firma electrónica y cualquier ciudadano tiene acceso a su expediente a cualquier hora del día o de la noche. Pues bien, en ninguno de estos países se contempla la sustitución del soporte papel en los documentos notariales por el soporte electrónico.

**(...) ningún sistema es exclusivamente electrónico sino que, en los sistemas en que se admite la matriz electrónica, coexisten las escrituras en soporte electrónico con las escrituras en soporte papel a elección de los otorgantes, de tal forma que el notario acaba llevando dos archivos y se generan dos sistemas de conservación distintos.**

En la misma línea se encuentra Alemania. Las razones se exponen en el Informe de Alemania con motivo del XXVIII Congreso de la Unión Internacional del Notariado ce-

lebrado en París en 2016: el soporte papel es la única forma de conseguir las finalidades del procedimiento de autenticación: lectura, información y consejo, identificación, control de capacidad legal y firma de las partes en un documento para ser conservado a largo plazo. Obviamente estas afirmaciones no se extienden a la copia electrónica, que sí se admite y se emplea profusamente.

## 3. Sistemas mixtos

En ellos la escritura se imprime, se lee, se aprueba y se firma en soporte papel y luego se crea una copia digital bajo la firma cualificada del notario, que es la que se usa para remitir a los registros y para el tráfico en general. Literalmente, cada instrumento notarial tiene dos vidas, en papel y en su copia digital. Es el caso de Estonia. También el del Cantón de Vaud, en Suiza.

No obstante lo expuesto, ningún sistema es exclusivamente electrónico sino que, en los sistemas en que se admite la matriz electrónica, coexisten las escrituras en soporte electrónico con las escrituras en soporte papel a elección de los otorgantes, de tal forma que el notario acaba llevando dos archivos y se generan dos sistemas de conservación distintos. Dicha coexistencia, seguramente inevitable durante mucho tiempo, sitúa en cierta ventaja a los sistemas mixtos frente a los sistemas electivos. La llevanza de dos archivos de escrituras matrices en distintos soportes complica seriamente la operativa.

## VENTAJAS E INCONVENIENTES DE LOS DISTINTOS SISTEMAS

Los soportes electrónicos, más allá de su imagen de modernidad, no están exentos de problemas. Hemos visto cómo recientemente ha habido que desactivar los DNI electrónicos españoles emitidos desde abril de 2015 por problemas de seguridad en las claves. Lo mismo ha sucedido en Estonia, que se ha visto obligada a parar el sistema de E-Government cancelando 760.000 tarjetas de identificación electrónica. En octubre de 2017 un ciberataque a nivel mundial ha encriptado millones de archivos exigiendo los hackers una recompensa para liberarlos. Intel acaba de descubrir en sus microprocesadores un error de diseño que hace vulnerables a casi un 90% de los ordenadores mundiales. En definitiva, resulta

aventurado apostar por soluciones técnicas pensando que son infalibles.

Por otra parte, ningún proveedor asegura la conservación a largo y muy largo plazo de los archivos electrónicos. Incluso las normas utilizan expresiones vagas, tales como: “las escrituras serán conservadas según normas legales y técnicas que permitan su disponibilidad en el tiempo”, sin comprometer un plazo determinado.

El soporte electrónico, además, plantea el problema de acreditar judicialmente la inalterabilidad del procedimiento de migración. Así, no basta con que se siga un procedimiento, generalmente firma electrónica reconocida, que la ley juzga suficiente para asegurar la integridad del documento original, es preciso homologar asimismo los procedimientos de migración para que no se pueda negar en juicio la integridad del documento tras el proceso migratorio.

---

(...) al regular los requisitos de la matriz electrónica del documento notarial deberían seguirse las recomendaciones del XXVIII Congreso de la Unión Internacional del Notariado, celebrado en París en octubre de 2016.

---

Por todo ello, a fuer de ser serios, al regular los requisitos de la matriz electrónica del documento notarial deberían seguirse las recomendaciones del XXVIII Congreso de la Unión Internacional del Notariado, celebrado en París en octubre de 2016 :

- a) determinar de forma concreta el plazo mínimo de duración que se exige al documento notarial electrónico;
- b) exigir a los proveedores de los elementos tecnológicos empleados que garanticen esta duración;
- c) fijar los procedimientos de migración homologados de tal forma que no puedan suponer pérdida o alteración de la información ni puedan ser contestados en juicio;
- d) respetar las mismas reglas de confidencialidad y secreto profesional que en los archivos en soporte papel.
- e) determinar el momento en que el documento notarial deja de tener interés



jurídico y pasa a tener interés meramente histórico, en el que podría traspasarse al Estado el coste y las operaciones de conservación.

Como concluía el notario francés GILLES ROUZET hace años, el soporte papel es difícilmente batible como soporte de archivos a largo plazo. Por coste y por simplicidad.

Por todo lo expuesto, tal vez despierte mayor interés la combinación de una matriz en soporte papel creando simultáneamente un reflejo electrónico del protocolo operable más fácilmente. Es lo que se denomina sistema mixto.

#### ESTRUCTURA DEL SISTEMA MIXTO

Dentro del sistema mixto caben distintas configuraciones. Así, la relación entre soporte papel y soporte electrónico puede estructurarse considerando a ambos en plano de igualdad, como sendos protocolos de matrices, o en relación análoga a la que hay entre matriz en soporte papel y copia electrónica. Parece aconsejable la segunda. En la buena práctica de poner nota al margen de las copias auténticas a los efectos del artículo 1219 del Código civil y artículo 174 del Reglamento Notarial, esta misma nota podría situarse en la copia electrónica depositada en la notaría de forma que fuera accesible a todos los interesados a través de un Código Seguro de Verificación. Vamos a desarrollar este importante punto.

#### EL CÓDIGO SEGURO DE VERIFICACIÓN (CSV), UN CAMBIO DE PARADIGMA

El sistema mixto consistente en un protocolo de escrituras en soporte papel complementado con un depósito en la notaría de copias electrónicas de dicho protocolo, que para simplificar también podemos denominar “traslado electrónico del protocolo”, cambia totalmente el paradigma de lo que hemos conocido hasta hoy. La apariencia surgida del título de legitimación que es la escritura puede crearse, pero el problema surge para retirarla de tráfico cuando ha sido modificada, revocada o en general, “desvirtuada”, como dice el artículo 1219 CC. En el sistema mixto podría retirarse del tráfico de una manera segura practicando una anotación al margen de la copia electrónica de la escritura correspondiente. La anotación marginal incluso podría practicarla el notario autorizante del título que “desvirtúa” el anterior de forma análoga a como lo hace hoy poniendo nota al margen de la copia auténtica en soporte papel que se le exhibe en el momento del otorgamiento. Estamos en el marco conceptual tradicional pero empleando las facilidades que la técnica nos brinda. El artículo 1219 del Código civil se pone al día un siglo y cuarto más tarde gracias a los avances técnicos.

Este sistema se opera vinculando cada copia electrónica o “traslado electrónico del protocolo” con un Código Seguro de

Verificación, que ha de entregarse a las mismas personas que hoy tienen derecho a copia auténtica y que abre el acceso a la consulta de la copia electrónica de la escritura depositada en la notaría y a las notas puestas al margen de dicha copia. De esta forma, accediendo mediante el CSV, se puede saber fácilmente si el título de legitimación del que hablamos está vigente o ha sido modificado. Incluso, añadiendo el correspondiente enlace electrónico, se puede saber en qué términos exactos ha sido modificado por otra escritura posterior.

Un ejemplo muy ilustrativo de funcionamiento del CSV lo tenemos en las apostillas electrónicas del Convenio de La Haya, cuyo procedimiento, de gran agilidad y eficacia, tiene una regulación muy completa que nos indica el camino a seguir. No vamos a reproducir ahora todo el mecanismo, baste dejar constancia de que a día de hoy existe y presta gran utilidad en las transacciones internacionales. Antes era necesario apostillar el documento en soporte papel y transportarlo hasta el país de destino. Hoy una apostilla electrónica es consultable desde cualquier lugar del mundo y desde el mismo instante en que se impone. Basta comunicar al destinatario el CSV y que éste acceda al sede electrónica de la apostilla de La Haya.

Es obvia la utilidad del CSV en materia de poderes. Bastaría con que el poderdante remitiera al apoderado el CSV y que éste permitiera al destinatario del poder hacer la oportuna consulta sobre su contenido y su vigencia. La solución hace innecesario el que se denominó "repositorio de poderes" o los registros electrónicos de apoderamientos que en Alemania se proyecta establecer a través del Consejo Federal del Notariado. O el análogo que se está proyectando en estos momentos en Rusia.

Implantando este procedimiento, <depósito de copias electrónicas + CSV>, el Notariado no sólo será capaz de producir títulos de legitimación sino también de retirarlos cuando proceda, lo que no hará sino aumentar la seguridad del título mismo y el valor de la función notarial.

## LA COPIA PARAMETRIZADA

A medida que los registros públicos se van trasladando al soporte electrónico es cada vez más frecuente que se exija del notario una copia estructurada, parametrizada, con todos los datos que van a ser objeto de la publicidad. Así la información contenida en la escritura se traslada de forma automática a los asientos del registro.

En su cualidad de autor del documento y de funcionario o ejerciente de una función pública altamente cualificado, el notario resulta el operador más adecuado para realizar dicha parametrización. Nadie como su propio autor podrá precisar el significado y alcance de su documento.

**Muchos de estos archivos de datos y registros intercambian información con los notarios con carácter bidireccional: el notario solicita información y también proporciona datos que son objeto de publicidad. Incluso, en algunos casos, la organización notarial del país gestiona el propio registro al que no sólo acceden datos generados por los notarios sino también de otras procedencias.**

Sucede ya a día de hoy con algunos registros civiles, de convenciones matrimoniales, de sucesiones, de poderes y mandatos, de representaciones legales, etc. El notario que formaliza el documento inscribible, lo inscribe directamente y bajo su responsabilidad en el Registro correspondiente. Así lo podemos ver en Estonia, Polonia, Chequia o Bélgica. El ahorro de tiempo, costes y la ganancia de precisión, pues es el mismo autor del documento quien fija su esencia y ordena su publicidad, puede aligerar notablemente las cuentas públicas y colocar al notario como eje central del tráfico jurídico.

Muchos de estos archivos de datos y registros intercambian información con los notarios con carácter bidireccional: el notario

solicita información y también proporciona datos que son objeto de publicidad. Incluso, en algunos casos, la organización notarial del país gestiona el propio registro al que no sólo acceden datos generados por los notarios sino también de otras procedencias. Así, la Federation Royale du Notariat Belge gestiona un número creciente de bases de datos públicos como el registro central de testamentos, el registro central de convenciones matrimoniales, el registro general de contratos de mandato, el registro central de declaraciones relativas a la designación de un administrador o de persona de confianza. Algo parecido vemos en la República Checa, Estonia y Polonia.

En España no es nuevo el sistema. A través del Índice Único Informatizado se remiten datos parametrizados a diferentes Administraciones. Así determinadas mutaciones catastrales que a día de hoy ya suman millones de transacciones, se efectúan directamente a partir del Índice Único Informatizado. El soporte legal lo encontramos en el artículo 284 del Reglamento Notarial: *"Estos índices tendrán la misma consideración, en cuanto a la información que contengan, que el protocolo, del que se consideran parte"*. Precepto que, a su vez, arranca del artículo 107 de la Ley 24/2001.

La existencia de un depósito de copias auténticas de las escrituras que causan dichos asientos ha de permitir, adicionalmente, el intercambio bilateral de información a través de un simple link de unión, de tal manera que desde el correspondiente asiento registral se pueda llegar a la escritura y viceversa. Se abre así un territorio de comunicación bidireccional que ha de reforzar la seguridad del tráfico y la eficiencia de los operadores. Cualquier duda que pueda suscitar un asiento podrá ser rápidamente contrastado con el título que lo causó y con la copia parametrizada de dicho título. En algunos casos el acceso podrá ser libre, en otros deberá restringirse en función de la protección de datos pero, en cualquier caso, estamos ante otro cambio de paradigma con ocasión de los avances tecnológicos.

Recordemos -y con ello termino- la regla de oro enunciada al principio: la técnica debe servir a la esencia jurídica del documento público y no al revés.

# Comentarios a la sentencia del Pleno del TC de 17 de enero de 2019



Raquel Iglesias Pajares  
Notaria de La Llagosta (Barcelona)

**COMENTARIOS A LA SENTENCIA DEL PLENO DEL TC DE 17 de enero de 2019 EN RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD NÚM 4751-2017** promovido por el Presidente del Gobierno del Estado contra los artículos **6** (en cuanto introduce el artículo **411.10.3 b** del Libro IV del CCCat), **8** (en cuanto introduce el artículo **421.24.1** del Libro IV del CCCat) **10 y 11 y la disposición final de la Ley del Parlamento de Cataluña 10/2017** de 27 de junio de las voluntades digitales y de la modificación de los Libros II y IV del CCCat.

La Sentencia **del Pleno TC de 17 de enero de 2019** declara la **inconstitucionalidad y nulidad** de los siguientes preceptos de la Ley del Parlamento de Catalunya 10/2017 de 27 de junio de las voluntades digitales y modificación de los libros segundo y cuarto

del Código Civil de Cataluña: A) del artículo 6, en cuanto a la redacción dada a **la letra b)** del artículo **411.10.3 del libro cuarto de CCCat: “b) Si la persona no ha otorgado disposiciones de última voluntad, un documento que debe inscribirse en el Registro electrónico de voluntades digitales”, B) del artículo 8, en cuanto introduce el artículo **421.24.1 del Libro cuarto del CCCat “ y, en defecto de estos instrumentos, en un documento de voluntades digitales, el cual necesariamente debe especificar el alcance concreto de su actuación. Este documento debe inscribirse en el Registro electrónico de voluntades digitales.”** C) artículo 10, que incorpora a dicho Código la **disposición adicional tercera del libro cuarto: «Tercera Registro electrónico de voluntades digitales 1. Se crea el Registro electrónico de voluntades digitales, adscrito****

*al departamento competente en materia de derecho civil por medio del centro directivo que tenga atribuida la competencia.*

*2. En el Registro electrónico de voluntades digitales se inscriben los documentos de voluntades digitales.*

*3. El acceso al Registro electrónico de voluntades digitales está reservado al titular otorgante y, una vez muerto el titular, a las personas que se mencionan en los apartados siguientes, siempre y cuando acrediten, mediante el certificado de actos de última voluntad, que el causante no ha otorgado disposiciones de última voluntad.*

*4. Una vez muerto el titular, las personas que acrediten un interés legítimo pueden solicitar un certificado relativo a la existencia*

o no de un documento de voluntades digitales inscrito en el Registro electrónico de voluntades digitales. A solicitud de la persona interesada, si el causante no dispuso otra cosa, el certificado puede extenderse a la identificación de las personas designadas para la ejecución de las voluntades digitales.

5. Sin perjuicio de lo dispuesto por el apartado 4, los certificados relativos al contenido de las voluntades digitales inscritas en el Registro electrónico de voluntades digitales, una vez muerto el titular, únicamente pueden solicitarlos las personas designadas para la ejecución de las voluntades digitales y solo pueden entregarse a estas personas.

6. El Registro electrónico de voluntades digitales, si le consta la muerte de un otorgante, puede comunicar de oficio la existencia de voluntades digitales inscritas a las personas designadas para su ejecución, de acuerdo con lo que se establezca por reglamento.»

D) el artículo 11, que añade al mismo Código **la disposición final quinta del libro cuarto:** «Quinta Organización, funcionamiento y acceso al Registro electrónico de voluntades digitales. La organización, el funcionamiento y el acceso al Registro electrónico de voluntades digitales deben establecerse por reglamento.» y E) la disposición final de la Ley del Parlamento de Cataluña 10/2017 de 27 de junio de las voluntades digitales y de la modificación de los Libros II y IV del CCCat: **«Disposiciones finales. Primera Desarrollo reglamentario. Se habilita al consejero del departamento competente en materia de derecho civil para llevar a cabo el desarrollo reglamentario de la presente ley con relación a la organización, el funcionamiento y el acceso al Registro electrónico de voluntades digitales, mediante la correspondiente orden.»**

Para determinar las consecuencias prácticas de dicha sentencia, es necesario analizar previamente la finalidad de la Ley 10/2017, centrándonos en el fenómeno sucesorio al que se refiere. Dicha ley se aprobó por el Parlamento de la Generalitat de Cataluña con el claro objetivo de dar respuesta a determinadas situaciones de incertidumbre, generadas con posterioridad al fallecimiento de las personas, relativas al acceso, cumplimiento y destino de los denominados «archivos digitales» o «huella digital» creados por aquellas, como consecuencia de su presencia en los diferentes entornos digitales.



La ley regula la posibilidad de las personas de ordenar sus voluntades digitales, entendiendo éstas como aquellas disposiciones en las que una persona puede determinar, entre otras cosas, quién ha de comunicar su defunción, y cómo debe hacerlo a los prestadores de servicios digitales, la solicitud a éstos últimos de la cancelación de sus cuentas activas, la ejecución de las cláusulas contractuales o la activación de las políticas establecidas por dichas entidades para el caso de fallecimiento de los titulares de cuentas activas, así como, en su caso, la entrega de copias de dichos archivos. Prevé así mismo la posibilidad del causante de designar a la persona que debe ejecutar dichas voluntades. La persona designada no podrá tener acceso a los contenidos de sus cuentas y archivos digitales sin la correspondiente autorización judicial, salvo que el propio disponente lo haya dispuesto de otro modo.

Una de las principales novedades de la ley radicaba, no obstante, en la creación de un nuevo instrumento, eficaz sólo en defecto de disposición de última voluntad, en el que las personas podían ordenar dichas voluntades digitales. Dicho instrumento es el establecido en el ahora declarado nulo apartado b) del artículo **411.10.3 del libro cuarto de CCCat «un documento que debe inscribirse en el Registro electrónico de voluntades digitales».**

**La inconstitucionalidad** declarada en la Sentencia del Pleno del TC de 17 de enero de 2019 se fundamenta en la atribución a dicho Registro electrónico de una naturaleza de carácter **civil**. El TC llega a esta conclusión, porque entiende que es la inscripción misma del documento de voluntades digitales la que atribuye a éste plena eficacia protectora, y por tanto, los efectos jurídicos sustantivos de dicho Registro afectan y se proyectan sobre las relaciones privadas en el ámbito sucesorio.

Siendo civil la naturaleza de este registro, el TC concluye que su creación es competencia exclusiva del Estado, en virtud del artículo 149.1.8 de la CE, que atribuye competencia exclusiva al Estado en materia de ordenación de los registros e instrumentos públicos.

No se discute, por tanto, la competencia del legislador autonómico, en el marco de la competencia estatutariamente asumida en materia de derecho civil privado de Cataluña, para regular la disposición de las voluntades digitales mortis causa mediante instrumentos propios de la sucesión testada en el derecho civil catalán, ni tampoco la competencia ejecutiva en materia de ordenación de los registros e instrumentos públicos. La nulidad declarada por la sentencia afecta únicamente a las disposiciones relativas a la CREACIÓN de un Registro electrónico, por atribuirle a éste naturaleza civil y no meramente administrativa o de publicidad



de la existencia de dicho documento de voluntades digitales.

Por tanto, tras la mencionada STC, **los instrumentos** por medio de los cuales pueden ordenarse las voluntades digitales son: el testamento, codicilo o memoria testamentaria. (artículo 411.10.3 CCCat). No ha sido objeto de recurso, y por lo tanto continua vigente, el apartado 4 del artículo 411.10 del CCCat, con el siguiente tenor: *“El documento de voluntades digitales se puede modificar y revocar en cualquier momento y no produce efectos si existen disposiciones de última voluntad”*. Continua haciendo referencia al documento *ad hoc* creado por la ley en el apartado anterior, ahora anulado, por lo que dicho apartado carecerá de aplicación práctica.

Desde una perspectiva notarial, la legislación vigente en materia sucesoria y particularmente testamentaria, permite dar cabida a las voluntades digitales de los testadores con plenas garantías de validez y eficacia de las mismas.

Desde una perspectiva notarial, la legislación vigente en materia sucesoria y particularmente testamentaria, permite dar cabida a las voluntades digitales de los testadores con plenas garantías de validez y eficacia de las mismas. En los testamentos abiertos y codicilos, el Notario puede ofrecer al testador la información y asesoramiento legal adecuado para

que incluya en ellos las disposiciones que desee relativas a sus voluntades digitales. No sólo en relación con las materias a las que, con carácter enunciativo, se refiere el artículo 411.10.2 del CCCat, sino también, en aplicación del principio de universalidad de la sucesión, las relativas al destino del patrimonio digital que, en su caso, posea el testador.

No podemos obviar lo novedoso del fenómeno sucesorio en materia de relaciones jurídicas generadas a través de medios digitales, por lo que deberemos atender a la naturaleza específica de cada una de ellas, para ofrecer al testador la opción más adecuada para la ordenación y cumplimiento de su voluntad digital.

Desde nuestros despachos notariales podemos prestar información y especial asesoramiento a las personas que así lo deseen, sobre las posibilidades que la Ley 10/2017 ofrece. Así y a modo de ejemplo, la designación en testamento de persona distinta del heredero, albacea o administrador, para ejecutar sus voluntades digitales, (ex art 421.2.2 CCCat); la decisión sobre si autoriza a dicha persona el acceso a sus cuentas y archivos digitales, ya que, en caso de no facultarle expresamente, necesitaría autorización judicial para ello; la autorización para hacer copias o reproducciones múltiples de un archivo digital; el distinto destino que puede establecerse para los archivos digitales y los soportes en que éstos se almacenan o transmiten.

La cuestión del acceso a archivos digitales, nos obliga a articular instrumentos que

permitan a la persona designada conocer las claves de acceso a los mismos. Si el deseo del testador es que sólo tenga conocimiento de aquéllas la persona designada, y ésta es distinta del heredero, albacea o administrador, podríamos ofrecer la posibilidad, como ya han apuntado otros compañeros, de autorizar actas en las que se recojan dichas claves, y cuyas copias sólo esté autorizado a solicitar la persona designada.

Todo ello sin olvidar la obligada aplicación, cuando corresponda, de las legislaciones sectoriales relacionadas con la materia, como la relativa a la propiedad intelectual o la más reciente establecida en el artículo 3 de la Ley Orgánica 3/2018 de 5 de diciembre de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales

En conclusión, y aplicando los principios recogidos en el artículo 3 del Código Civil, que establece que las normas se interpretarán, entre otros criterios, atendiendo a la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, y los sucesorios relativos a la universalidad de la herencia y la subrogación del heredero en todas las relaciones jurídicas del causante que no se extingan por su fallecimiento, el ordenamiento jurídico vigente goza y ofrece suficientes instrumentos que garantizan, junto con el asesoramiento e intervención notarial en su aplicación, elaboración e instrumentalización, una adecuada y satisfactoria ordenación de las voluntades digitales de aquellas personas que así lo deseen.

# El bitcoin: una primera aproximación jurídica en derecho civil español



Víctor J. Asensio Borrellas  
Notario de Malgrat de Mar (Barcelona)

Hay muchos escritos que hablan sobre el bitcoin desde el punto de vista general, social, técnico, informático, etc. Su conocimiento y estudio profundo, como cualquier otra cuestión, puede llegar a ser compleja, pero en su uso ordinario, como divisa o medio de cambio, su explicación básica no es tan compleja, aunque el uso de conceptos poco usuales (dinero fiduciario, hash, blockchain, criptomoneda, etc.) puede confundir a primera vista al ciudadano medio. El objeto de este artículo no es explicar en general lo que es un "bitcoin": me voy a centrar en un análisis jurídico del mismo, aunque eso también puede servir para que se comprenda mejor. No entraré tampoco en el estudio de la tecnología que lo sustenta, el "blockchain". Me limitaré a decir para los que no saben nada de él que el bitcoin es o se usa como una divisa (lo es *de facto* aunque no reconocida legalmente como tal en muchas de las legislaciones) de la que se dispone mediante el uso de unas claves privadas.

Ante todo debo avisar, con humildad, que este artículo sólo pretende ser, como reza su título, una aproximación a este fenómeno y ser un elemento más en los recientes estudios del mismo para que, entre todos, podamos discutir, perfilar, mejorar, y en definitiva comprender mejor jurídicamente el bitcoin (y otras criptomonedas, tokens, y objetos o fenómenos similares) y así poder dar respuesta jurídica a los ciudadanos que han oído en prensa del bitcoin y, en breve, querrán tratar de ellos en nuestros despachos. Sobre todo tras el gran "boom" que dio el bitcoin a finales de 2017, que, a pesar de que se ha ido desinflando, ha dejado a muchos españoles con bitcoins en su patrimonio.

## Definiciones

Desde un punto de vista no legal, la web [www.bitcoin.org](http://www.bitcoin.org) dice que el bitcoin "es una innovadora red de pagos y una nueva clase de dinero". Por su parte la Wikipedia lo define a día de hoy como "un protocolo y

red P2P que se utiliza como criptomoneda, sistema de pago y mercancía." Siendo más técnico, cuando uno se refiere a bitcoin se puede estar refiriendo a varias cosas, pero como aparece en el glosario del libro "Mastering Bitcoin" de Andreas Antonopoulos, desarrollador experto en el tema, la palabra bitcoin generalmente se refiere a 3 acepciones: el nombre unidad de moneda, la red y el software.

En este artículo nos centraremos en el bitcoin como moneda. Para que sirva de base a aquellos que lo desconocen, podemos decir que bitcoin es una moneda de la que se lleva un registro no centralizado de TODAS las transacciones existentes sobre la misma.

Desde el punto de vista jurídico, se ha tratado de abordar su definición desde distintos puntos de vista. Abordaremos algunos que se han dado los cuales lamento no compartir y daré el mío propio.

Así destacamos:



### a) Como derecho de propiedad intelectual

Franziska Boehm y Paulina Pesch en uno de los primeros análisis jurídicos del bitcoin (*Bitcoin: A First Legal Analysis -with reference to German and US-American law-*), tratan de encuadrarlo dentro de las distintas categorías existentes en los derechos de Alemania y no le encuentran un buen acomodo. Señalan como algo parecido (ante su carácter inmaterial y ser propio de internet), su similar naturaleza a los derechos de propiedad intelectual, pero inmediatamente lo rechazan, puesto que los Bitcoins no son una creación intelectual ni un programa informático (sí lo es el sistema, programa o "protocolo" Bitcoin, creado por el misterioso Satoshi Nakamoto, pero no los "bitcoins" en sí mismos considerados como monedas). Concluyen que "no parece haber un lugar adecuado para los Bitcoins en el sistema legal alemán".

Yo también creo que es rechazable que el bitcoin, como moneda virtual y medio de cambio, pueda conceptualizarse como un derecho de propiedad intelectual.

### b) Bien patrimonial inmaterial "documento electrónico"

A día de hoy, una definición desde el punto de vista jurídico en España sólo la he encontrado en la web de una firma de Abogados de Madrid denominada Abanlex, [www.abanlex.com](http://www.abanlex.com). Se trata de una definición que según ellos mismos dicen es fruto de un trabajo conjunto de Alberto Gómez Toribio (informático), Ignacio Gomá Lanzón (notario) y Pablo Fernández Burgueño (abogado). Es la reflejada en las escrituras de constitución de una sociedad que se constituyó aportando bitcoins y que el notario incorporó a la escritura bajo la fórmula "según dicen":

*"Un bitcoin es un bien patrimonial inmaterial "documento electrónico", objeto de derecho real, en forma de unidad de cuenta, definida mediante la tecnología informática y criptográfica denominada "Bitcoin", que permite ser utilizada como contraprestación en transacciones de todo tipo. Dichas unidades de cuenta son irrepitibles, no son susceptibles de copia y no necesitan intermediarios para su uso y disposición."*

Incluir el objeto definido en la misma no es muy ortodoxo y a mi juicio adolece

de demasiada información técnica, pero también es muy loable y trata de ser "omni-comprehensiva" desde el punto de vista informático y legal. La parte final, de hecho, es más una cuestión técnica y no creo que merezca un análisis legal (a mi juicio discutible porque aunque se dice que no hay intermediarios, a mi parecer sí existen: son "los mineros", usuarios especiales que aseguran de forma conjunta la red y que cobran sus comisiones por ello).

La definición de Abanlex en la que ayudó Ignacio Gomá define el bitcoin como documento electrónico y creo que básicamente es correcta, pero también pienso que estamos mezclando peras con manzanas.

Se considera documento electrónico según el artículo 3.5 de la Ley de Firma Electrónica 59/2003 "la información de cualquier naturaleza en forma electrónica, archivada en un soporte electrónico según un formato determinado y susceptible de identificación y tratamiento diferenciado."

El bitcoin, como información incorporada a la lista global que es la cadena de bloques, podría considerarse un documento electrónico, o que está "incorporado" a una cadena de bloques, pero no creo que el objetivo del legislador al definir los documentos electrónicos fueran incluir al bitcoin u objetos similares ni creo que eso sea la esencia de los mismos. Quiero decir que, claro, es un documento electrónico, como también es un documento físico un cheque o un billete; o puede ser un documento electrónico una anotación contable, pero cuando definimos el dinero, el título valor o la anotación contable no nos referimos a su soporte documental. Que no se me entienda mal, es importante, pero no creo que sea lo definitorio del mismo y no es el carácter del documento el que nos interesa, sea físico o electrónico, sino otro carácter: el de ser objeto de derechos y cómo es objeto de esos derechos. Eso es lo que nos interesa para poder clasificarlo como bien mueble, derecho de crédito, título valor, anotación en cuenta u otra cosa.

Sí creo que es muy acertado el definirlo como derecho patrimonial. Su carácter inmaterial no creo que tenga trascendencia, incluso pienso que su existencia sí es material aunque sea por medio de la anotación correspondiente. Lo mismo sino podríamos decir de las anotaciones contables de las acciones y otros valores.

En cuanto a ser "objeto de derecho real" ya dice Ignacio Gomá en su blog "Hay Derecho" que no cree que pueda darse sin más y que por ello se incluyó esa definición en su escritura bajo la fórmula "según dicen". Dice nuestro compañero Ignacio:

*"Para mí la expresión "derecho real" son palabras mayores y parece presuponer siempre una cosa corporal sobre la que puede ejercerse un poder inmediato y directo que, por otro lado, produce un efecto erga omnes, entendiéndose que la propiedad intelectual o los derechos inmateriales o incluso la propiedad sobre participaciones sociales sólo son derechos reales por analogía. Por eso prefería una expresión más amplia como "derechos sobre" o algo más genérico que pueda tener un valor económico y pueda ser aportado pero no calificarlo como real..."*

Sigue el autor diciendo que para calificarlo como objeto de derecho real él exige que exista "poder inmediato y directo sobre algo único e irrepitible que no precise intermediación de intermediación de tercero (un administrador de web, por ejemplo)" y sigue diciendo que "parece ser que admiten esos dos caracteres de la irrepitibilidad, de la innecesidad de terceros para su disposición, al punto de que pueden ser sustraídos materialmente", pero no lo llega a asegurar, quizá por su desconocimiento técnico sobre los bitcoins.

El tema, precisamente está ahí, ahí está la clave, a mi juicio, sobre la naturaleza jurídica del bitcoin, cómo puede ser objeto de derechos reales.

**Mi definición: Objeto de derecho de contenido patrimonial, de transmisión personalísima mediante un sistema abstracto determinado informáticamente y de carácter transnacional**

Yo voy a definir el bitcoin jurídicamente lo más sencillo posible: como un objeto de derecho de contenido patrimonial, por tanto, susceptible de transmisión. Ahí me quedo de momento, y desde ahí intento avanzar a la definición final que he dado. Digo objeto de derecho y no digo si físico, inmaterial o informático. Y no lo digo porque, a los efectos legales que nos ocupan, eso es sencillamente irrelevante. Si carácter material o inmaterial no le va a dar unas características jurídicas especiales, esas características provienen de su sistema de transmisión y apropiación. El bitcoin es especial y "nuevo" tanto en la naturaleza del objeto



como en la forma de la transmisión, lo que nos plantea si hay que “crear” una nueva categoría jurídica de objeto y una nueva categoría jurídica de sistema de transmisión.

Ahora bien, para “categorizar” el bitcoin, primero deberemos intentar incluirlo en los bienes y derechos existentes y, si ello no es posible, darle carta de nueva categoría.

El bitcoin se trata de una “cosa” jurídicamente hablando.

*Art. 333 CC: Todas las cosas que son o pueden ser objeto de apropiación se consideran como bienes muebles o inmuebles.*

¿Puede un bitcoin ser objeto de apropiación? La verdad es que sí. Si entendemos que apropiarse es “adueñarse”, como dice el diccionario de la RAE, uno puede apropiarse o adueñarse de un bitcoin, puesto que puede disponer de él (transmitirlo) e incluso aunque no destruirlo virtualmente (siempre estará en el listado, cuenta o “ledger” de los bitcoins en su blockchain), sí podría inutilizarlo mediante la pérdida o destrucción de las claves privadas que permiten su transmisión. De hecho, muchos bitcoins se han perdido de esta forma. Refuerza esta posibilidad de apropiación que la finalidad u objeto básico (no nos atrevemos a decir único) del bitcoin es básicamente su transmisión de un usuario o detentador a otro.

Desde un punto de vista técnico-jurídico podemos decir con más propiedad que es un derecho de contenido patrimonial y en

este sentido encontraríamos su encuadre también en el Código Civil de Cataluña.

El CCCat. en su art. 511-1.1 y .2 dispone:

*Artículo 511-1. Bienes.*

*1. Se consideran bienes las cosas y los derechos patrimoniales.*

*2. Se consideran cosas los objetos corporales susceptibles de apropiación, así como las energías, en la medida en que lo permita su naturaleza.*

Es evidente que el bitcoin tiene contenido patrimonial pues como decimos es objeto de transmisión diariamente. Desde el punto de vista del Código Civil Catalán se puede concretar un poco más su naturaleza por exclusión. Así resulta del transcrito apartado 2 del Art. 511-1 que define las “cosas” dejando “fuera” al bitcoin, pues el bitcoin no es un bien “corporal” ni una energía (aunque se requiera de la misma para crearlo). Se trataría pues de un objeto de derecho y en concreto de un **derecho patrimonial**.

Determinado que estamos ante un derecho no podemos caer en la tentación de empezar a clasificarlo como derecho real o personal o un “tertium genus”. Esa es otro enfoque, aquí tratamos al bitcoin no como un derecho a ejercer sino como una divisa, como un objeto sobre el que se ejercen otros derechos. Lo importante serán esos derechos que pueden recaer sobre el mismo y la manera de ejercitarlos. Nos interesa:

-saber si el bitcoin puede ser objeto de propiedad, pregunta que ya hemos respondido afirmativamente al considerarlo como objeto de derecho patrimonial.

-saber cómo se va a ejercer esa propiedad.

-saber si puede ser objeto de otros derechos y cómo ejercitarlos cada uno de ellos.

-en definitiva: saber cómo hacer que el mismo tenga cabida en nuestro sistema jurídico (si es que se puede), intentando “someterlo” o encuadrarlo en las categorías ya existentes o, en caso contrario, como adaptar nuestro ordenamiento ante esta nueva realidad. De las características del ejercicio básico de la propiedad de un bitcoin, que es su transmisión, derivamos sus elementos esenciales que hemos incluido en la definición.

## PROPIEDAD. SISTEMA ABSTRACTO DE TRANSMISIÓN

La propiedad de un bitcoin (o de una participación del mismo, puesto que cada bitcoin se divide en 0,00000001 unidades denominadas “satoshis”), como en los demás objetos y derechos se ejerce en su máximo exponente mediante su transmisión o disposición. Mucho más claro es en el caso del Bitcoin, cuyo objeto principal (aunque no único, al menos inicialmente) es precisamente ser dispuesto como moneda de cambio de bienes y servicios.

La disposición de un bitcoin se realiza mediante la emisión de una orden de transmisión. Esa orden se envía no a un servidor central o a un administrador, sino a muchos servidores, los cuales van repitiendo la orden entre ellos, son los distintos “nodos” de bitcoin conectados a internet. A efectos prácticos podemos considerar como nodo cualquier ordenador conectado a la red bitcoin.

La confirmación de la transacción puede durar horas, a pesar de la supuesta “rapidez” de la nueva moneda (para transmisiones más rápidas existen otras monedas muy similares y el propio bitcoin está implementando nuevos sistemas para obtener mayor velocidad como los llamados protocolos “segwit” o “lightning”). Una vez confirmada la transacción por su inclusión en la “lista oficial” o blockchain, esa transmisión es irreversible. Ha pasado de una dirección a otra y es esa otra dirección la que decide su nuevo destino.

Hay una transmisión. Claramente se trata de un sistema de transmisión totalmente “abstracto”, sin causa. Existirá, por supuesto, una relación causal subyacente, pero aunque ésta sea nula, ilegal, o de cualquier manera errónea, una vez publicada en el “blockchain” la transmisión es irreversible. A lo sumo, la nueva dirección deberá reenviar el bitcoin a la antigua para dejar la situación como estaba inicialmente, pero sin una orden correctamente efectuada desde la nueva dirección, no podrán esos bitcoins volver a su antiguo dueño por mucho error o incluso ilegalidad que se haya cometido. Aquí, por tanto, ya se ve que ante una transmisión ilegal deberemos acudir a la entrega del equivalente o “tantudem” de un bitcoin. “Tantudem” que, además, fluctúa mucho hoy en día.

Lo que sucede es que el “bitcoin”, en cuanto a su transmisión, tiene sus propias nor-



entender perfectamente haciendo un paralelismo con los billetes y monedas. Como sabemos, el dinero es fungible, en el sentido de que un monto de dinero es sustituible por otro tanto de la misma divisa (son otros tantos de la misma especie y calidad). Pero las monedas o billetes concretos pueden dejar de serlo. Por ejemplo, el billete de 1 euro con número de serie 00001, quizá tenga un valor de coleccionista superior al resto, aunque su valor nominal sea de un euro.

Lo mismo sucede con los bitcoin. Los bitcoin no tienen un número de serie pero sí se les puede seguir la pista desde su creación (van emitiéndose poco a poco de acuerdo con un algoritmo matemático) y hay bitcoins creados primero, otros creados más adelante y otros que están por ser emitidos. Estoy convencido de que los 25 bitcoins que se crearon en el primer bloque de la "Blockchain" de bitcoin, los que Satoshi Nakamoto, su misterioso creador, se adjudicó en el denominado "genesis block", tienen un valor mucho mayor que el resto, pero eso no significa que nominalmente sean distintos al resto y, en la red bitcoin, su gasto computará igual que el resto.

Así, los bitcoins, como divisa, son fungibles, pero su trazabilidad y perfecta identificación en la red blockchain pueden hacer que les demos un valor distinto, ya sea por ser los primeros o por ser los que se crearon en el bloque 1 millón, o por cualquier otra razón. En principio, pues, y como el resto del dinero, deberemos considerar los bitcoin como bien fungible, pero con este matiz.

## DIVISA O MEDIO DE PAGO

Bitcoin fue creado y diseñado para ser una moneda y, por tanto un medio de pago. Al principio del artículo nos hemos referido a él como "medio de cambio" intentando ser más neutros pues aunque se pueden dar bienes en pago, el medio de pago por antonomasia es la moneda. El tema no es baladí pues la compraventa se hace mediante el pago con dinero o signo que lo represente mientras que en caso contrario estaríamos ante una permuta. Ha habido autores y compañeros que han caracterizado al bitcoin como un derecho distinto a una divisa y por tanto que da lugar a permutas. Es perfectamente defendible por la espe-

cial naturaleza del bitcoin, pero no es mi posición.

Yo creo que el bitcoin es un medio de pago y una moneda o divisa, aunque la misma no esté respaldada o haya sido emitida por ningún Estado. En su diseño su uso esencial es precisamente ése, el de una moneda, aunque se ha descubierto que puede usarse para otras cosas (depósito de valor, título-valor de otros objetos o derechos, incluso como un sistema de votación descentralizado).

**Esta idea que defiende del bitcoin como moneda o divisa ha sido reforzada por la sentencia del TJUE de 22 de octubre de 2015, David Hedqvist, asunto C-264/14, en la que el Tribunal analiza la sujeción al impuesto de las operaciones de cambio de divisas tradicionales por la divisa virtual «bitcoin», o viceversa.**

Esta idea que defiende del bitcoin como moneda o divisa ha sido reforzada por la sentencia del TJUE de 22 de octubre de 2015, David Hedqvist, asunto C-264/14, en la que el Tribunal analiza la sujeción al impuesto de las operaciones de cambio de divisas tradicionales por la divisa virtual «bitcoin», o viceversa. En esta sentencia el TJUE señala que bitcoin "constituye un medio de pago directo entre los operadores que la aceptan" y considera exenta de IVA las operaciones de cambio de bitcoin por otras divisas aceptando expresamente que el bitcoin es una divisa más.

En esta misma línea encontramos la reciente Resolución Vinculante de Dirección General de Tributos, V1748-18 de 18 de Junio de 2018 que niega el derecho a deducir IVA soportado a un empresario dedicado a la minería de bitcoins (creación o generación de los mismos mediante un sistema en el que no entraremos) porque dicha actividad en sí no está sujeta a IVA precisamente porque es una operación relativa a la creación de una divisa que como tal está exenta de IVA. Lo que nos interesa aquí es que la propia Administración tributaria considera al bitcoin como divisa y medio de pago.

## EJERCICIO DE OTROS DERECHOS DISTINTOS DE LA TRANSMISIÓN DE SU PROPIEDAD

Por su carácter de divisa, por su fungibilidad, y también por los especiales caracteres que acabamos de exponer, encontramos varios problemas que hacen que el bitcoin no sea susceptible del ejercicio normal de determinados derechos. Así, su carácter fungible supone la imposibilidad de sujetar el dinero, y por lo tanto también los bitcoin, a derechos personales o reales como servidumbres, censos, hipotecas, prendas, etc. salvo que sean "irregulares" (como sucede con el dinero y el depósito o la prenda irregular).

Ahora bien, también se puede intentar hacer construcciones "técnicas" o "informáticas" para sujetar un bitcoin a un sistema de transmisión o posesión similar al de otros derechos reales. Un ejemplo de lo anterior, en el caso de un depósito, podría ser el depositar en un tercero (o varios, técnicamente es posible) las claves de transmisión. Aunque el protocolo de transmisión del programa bitcoin simplemente comprobará que quien transmite los bitcoin es o son las personas (o programas) titulares de dichas claves, puede haber una relación jurídica subyacente de depósito. Exactamente igual que un depósito irregular. Y a una solución similar podríamos llegar en el caso de la prenda, que en el caso del bitcoin requeriría el traslado de las claves o parte de ellas al acreedor o un tercero (como un notario).

## CONCLUSIÓN: ADAPTACIÓN

Así, si no podemos "sujetar" al bitcoin a nuestro ordenamiento, ¿qué podemos hacer? Adaptarnos, como siempre hace el derecho, ante la nueva realidad. En esta adaptación jugará un papel importante el "tantumdem": a) cuando exista una transmisión ilegal, para reparar el perjuicio causado a la persona desposeída de sus bitcoins, o, b) cuando deba llevarse a cabo una transmisión obligatoria conforme a derecho y ésta no se produzca conforme al protocolo bitcoin, para que la persona que debía recibir la transmisión reciba ese tantumdem. Otra característica especial de estos bitcoin es que su valor es muy volátil, de manera que habrá que determinar bien el día en que ese "tantumdem" ha de quedar fijado.

**CASOS PRÁCTICOS.** Acabaré con algunos ejemplos o casos prácticos de lo expuesto a día de hoy más teóricos que reales pero que podrían darse perfectamente hoy mismo.

**Herencia.** Partamos de una transmisión *mortis causa* en España. La transmisión de un bitcoin, como la de cualquier otro objeto de derecho, se regirá por la legislación española. Si una persona fallece con un determinado número de bitcoins, el heredero ha de contar con las contraseñas adecuadas para poder acceder a los mismos. Si no es así, por mucho que sea heredero y “tenga derecho” a los mismos, no podrá acceder y tener esos bitcoins. Si las claves se han perdido, el heredero no heredará nada, se habrán perdido los bitcoins del causante, pero si esas claves las tiene otra persona, un tercero que las guardaba, el heredero le puede reclamar las mismas, y si éste no las facilita, le podrá reclamar el “tantundem”, el valor de esos bitcoins al momento del fallecimiento.

Este caso expuesto puede ser bastante real. No es el caso de quien guarda sus archivos en “monederos” o “wallets” normales, puesto que las aplicaciones y desarrolladores de estas aplicaciones no guardan las claves privadas de sus clientes, pero sí sería el caso de un causante que tuviera sus bitcoins en una casa de cambio, práctica que es bastante habitual en algunos poseedores de bitcoins, que suelen adquirir otras criptomonedas con bitcoins. Esas casas de cambio sí guardan las claves privadas de todas las cuentas de sus clientes (de sus bitcoins y de sus otras criptomonedas), suelen actuar con mucho volumen de bitcoins y con muchos clientes. Por eso mismo están reguladas en sus países de forma similar a las bolsas tradicionales, y cumplen con sus legislaciones nacionales de identificación de sus clientes y de prevención del blanqueo de capitales. Por ello sería posible recuperar esos bitcoins solicitando las claves o transfiriendo las cuentas del causante a las del heredero.

**Depósito y prenda.** Otros ejemplos de “adaptación” serían las construcciones a que hemos hecho referencia antes sobre el depósito y la prenda. Si se transmiten las claves a una persona en depósito o en prenda su situación será idéntica a la de un depósito o prenda irregular. En el caso de transferir las claves a varias personas y sin ellas no poder transferir los bitcoins, estamos ante una nueva construcción doctrinal. Técnicamente el



protocolo bitcoin permite usar la posibilidad de la “multifirma” de manera que la transmisión sólo es posible con el concurso de todos los titulares de las claves. Doctrinalmente se configuraría como depósito o prenda irregular a semejanza de un depósito o prenda de dinero pero con unos poseedores “mancomunados” que sólo podrán transmitir la posesión (y propiedad, recordemos que son “irregulares”) con el concurso de todos los que tienen las claves. Y si alguno de ellos lo impide por dolo, culpa o negligencia, será éste el responsable frente a quien corresponda de la pérdida de dichos bitcoins que quedarán paralizados.

**Compraventa de inmuebles.** Por último, en el hipotético caso de una compraventa de inmuebles con bitcoins, si aceptamos que se trata de un medio de pago, tratándose de una escritura pública habrá que identificar ese medio de pago. Bastaría con hacer referencia al “bloque” de la transacción, que es público. Personalmente incorporaría una impresión de dicho bloque, aunque de todas formas siempre podría consultarse en cualquier momento desde cualquier dispositivo con conexión a internet y, por tanto, a la red bitcoin.

No lo voy estudiar en profundidad, pero desde el punto de vista de la legislación del blanqueo de capitales, el pago en bitcoins debería considerarse y tratarse como un pago en efectivo metálico. Así lo entiendo porque, *primero*, consideramos el bitcoin como una divisa y, *segundo*, el pago de

bitcoins se realiza entre las partes “sin intermediarios” o en todo caso, sin intermediarios sujetos a la normativa de prevención de blanqueo de capitales como son las entidades de crédito.

Y con más razón teniendo en cuenta que la trazabilidad de la transacción a día de hoy es relativa: es exacta y pública en cuanto a la identificación de la cuenta (o “dirección bitcoin”) de origen, la cuenta de destino y en cuanto al monto, pero es anónima (o “pseudónima” hablando con propiedad técnica) en cuanto a la titularidad de esas cuentas o direcciones, pues a día de hoy sería posible pero bastante engorroso técnicamente demostrar dicha titularidad. Con la manifestación de las partes y la coincidencia de los valores debería ser suficiente si lo tratamos como pago en metálico. Más adelante, si el uso de bitcoins se llegara a normalizar (como auguran y quisieran sus entusiastas) sería conveniente hacer una declaración notarial o frente a alguna autoridad administrativa acreditativa de la titularidad de dichas cuentas.

Por lo expuesto, a día de hoy, para una compraventa de inmuebles lo más práctico sigue siendo convertir los bitcoins a euros y pagar en euros, por supuesto.

En conclusión, habrá que ir viendo cada caso concreto para idear construcciones jurídicas y técnicas que permitan el uso de los bitcoins y el ejercicio de derechos sobre los mismos de la manera que nuestro ordenamiento y el protocolo bitcoin permitan.



**“El nivel de seguridad jurídica de España es elevadísimo y con una relación coste-beneficio óptima”**

## **Pedro José Garrido Chamorro**

Director General de los Registros y del Notariado

**AUTORA:** Sandra Purroy  
**FOTOGRAFÍAS:** Pablo Moreno

**Pedro José Garrido Chamorro** (Madrid, 1960), se licenció en Derecho por la Universidad Pontificia de Comillas. En 1987 ingresó en el Notariado, fue notario de Palma de Mallorca (1995-2003), siendo decano del Colegio Notarial de las Islas Baleares (2001-2003), y posteriormente y hasta la actualidad, notario de Madrid. Ha ocupado diversos cargos en el Consejo General del Notariado, como vicesecretario (entre 2005 y 2012) y delegado de Seguros (entre 2005 y 2014), con funciones relacionadas con la gestión del seguro médico y la responsabilidad civil. Ha participado en la organización y dirección de varios cursos sobre el sistema notarial y registral, dirigidos a profesionales de distintos países latinoamericanos.

Es autor de diversos estudios jurídicos relativos a materias como las reservas de las sociedades mercantiles, los costes y valor económico de la seguridad jurídica preventiva, la adopción y protección de menores, así como el impacto de las tecnologías en las actividades jurídicas

Desde agosto de 2018, es Director General de los Registros y del Notariado.



**P:** ¿Cómo valora los primeros meses al frente de la Dirección General?

**R:** Está siendo una experiencia muy positiva y estoy descubriendo la dificultad y complejidad de todas las tareas y posibilidades que hay desde esta Dirección General, que van mucho más allá de lo que son las cuestiones estrictamente notariales y registrales. Cuento con un equipo de funcionarios de mucha calidad y nivel, con mucha dedicación, que están respondiendo muy bien a todos estos retos, a pesar de que tenemos una falta de medios muy destacable.

Sería partidario de la fusión entre notarios y registradores siempre que fuera posible hacerlo con pleno respeto a los derechos y las expectativas de los miembros de cada uno de los cuerpos

**P:** ¿Cuáles son los principales retos y objetivos a corto, medio y largo plazo?

**R:** A corto plazo, en la esfera que no tiene que ver con lo notarial y los registros, el mayor reto que hay es la solución del atasco que había en la Dirección General en la resolución de los expedientes de nacionalidad. Exige que nos den nuevos medios y ahora, con los presupuestos prorrogados, nos estamos encontrando con algunas dificultades. Pero a pesar de todo estamos haciendo un esfuerzo muy importante para conseguirlo y poner en marcha un plan que solucione este problema de muchos ciudadanos. A medio y largo plazo el reto es el Registro Civil, que es una institución completamente nueva que va a dar un servicio de mucha más calidad y mucha más eficacia a los ciudadanos. También requiere de mucho desarrollo, de la implementación de medios nuevos. Esto sería para el año que viene y el siguiente. En cuanto a la esfera notarial y registral, el principal reto, aparte de solucionar problemas y cuestiones puntuales que van surgiendo en el día a día, es el trabajar en el proceso de digitalización y modernización del trabajo de los notarios y los registradores, y la generalización del uso de los certificados o de los documentos electrónicos. Es decir, el trabajo exclusiva-



mente electrónico tanto en una oficina como en la otra.

**P:** ¿Cómo ve la actual relación entre notarios y registradores?

**R:** La relación entre notarios y registradores personalmente es excelente y lo estoy comprobando cada vez que acudo a actos de alguno de los dos colectivos, en que puede haber presencia de ambos. Desde el punto de vista de los colectivos, la relación lleva muchos años siendo bastante tensa, eso no se ha solucionado. Sería inteligente por parte de los dos cuerpos encontrar vías de diálogo, de restablecimiento de la confianza, que creo que hace bastante falta para defender mejor los intereses generales, que al final redundan en los intereses de los notarios y de los registradores.

**P:** ¿Contempla la posibilidad de la fusión entre ambos cuerpos?

**R:** No está sobre la mesa a corto plazo, de forma inminente, pero continuamente en cualquier reunión o foro se suscita. Yo creo que tanto en la sociedad como en la Administración se percibe como algo bastante lógico para evitar los problemas que esas presiones corporativas puntuales están creando. Yo sería partidario siempre que fuera posible hacerlo con pleno respeto a los derechos y las expectativas de los miembros de cada uno de los cuerpos, y

creo realmente que esa posibilidad existe. Y al final creo que sería muy positivo porque permitiría a los dos cuerpos hacer una política de innovación, de cambio, de toma de decisiones desde unos criterios mucho más objetivos desde el punto de vista de los intereses generales en lugar de primar siempre lo que prima hoy en día: los argumentos de fortalecimiento de un cuerpo frente al otro. Esto al final hace que las decisiones sean menos eficaces o menos acertadas.

**P:** En cuanto al acceso a la profesión, ¿cree que es el mejor sistema de acceso o deben introducirse cambios?

**R:** Yo creo que el sistema de oposición realmente sigue dando unos resultados muy buenos. Es cierto que no es la forma de estudio, de preparación a la que están más acostumbradas las nuevas generaciones que salen de la universidad, pero realmente creo que es muy formativo y que garantiza unos cuerpos de profesionales, de funcionarios, muy bien preparados. Sí es cierto que quizás lo completaría, una vez terminada la oposición, con un periodo de prácticas un poco más estructurado y organizado, tanto de los nuevos notarios como de los registradores, en notarías y registros. Además, en las dos a la vez, para conocer la realidad de las dos oficinas. Y con una estructura definida, como se suele hacer en todas las prácticas: de objetivos, etc. Sería bueno porque además ayudaría a transmi-

# Entrevista

tir a los nuevos notarios y registradores los principios y valores más importantes del ejercicio de estas profesiones públicas.

**P:** Una de las reivindicaciones largamente solicitadas por el Notariado es el cumplimiento de la ley que permite el acceso telemático de los notarios a los libros del Registro. ¿Hay actualmente alguna iniciativa en este sentido?

**R:** Cuando accedí al cargo, el Colegio de Registradores ya nos anunció que tenía listo un sistema que, a primera vista, parecía bastante correcto y aceptable, de acceso telemático, cumpliendo con las exigencias de la ley 24/2001 y de la 24/2005. No nos hemos puesto todavía a trabajar en ello por falta de tiempo material, pero si tenemos tiempo es uno de los próximos objetivos que tendríamos que conseguir desarrollar.

**P:** El reconocimiento legal del control de legalidad es otra de las cuestiones reclamadas desde el Notariado. ¿Está previsto avanzar legislativamente en este sentido?

**R:** Lo primero es que creo que el control de legalidad está reconocido en nuestro ordenamiento jurídico. A pesar de lo que dijeron las sentencias del Tribunal Supremo son numerosísimas las disposiciones que, con carácter particular, lo establecen. Y hay normas generales que también hablan de ello, tanto el artículo 1 como el

17 bis de la Ley del Notariado, como en la regulación del régimen disciplinario de los notarios. Y, sobre todo, en la sociedad nadie duda de que al notario le está vedado autorizar cualquier documento que no se ajuste a la legalidad. Sí que es cierto que reforzaría y facilitaría las cosas la introducción de una disposición de carácter general que lo estableciera. Es un tema que sí que lo planteamos, pero la actividad legislativa del Parlamento está siendo muy reducida y por ello no ha habido la ocasión de hacerlo. Pero desde luego, si se diera la ocasión sin duda lo propondríamos.

**P:** Nuestro sistema de seguridad jurídica, basado en el binomio notario-registrador, es reconocido internacionalmente. ¿Cómo valora el nivel de seguridad jurídica preventiva de nuestro país en relación a otros?

**R:** Yo creo que realmente el nivel de seguridad jurídica de España es elevadísimo y, además, con una relación coste-beneficio, calidad-precio óptima. Creo que no hay ningún país que supere a España en eso. Una prueba de ello es el reducidísimo coste que tiene el seguro de responsabilidad civil de los notarios por cada documento autorizado, lo que indica que la probabilidad de problemas o el coste de la siniestralidad es muy reducido. Sí que es cierto que hay medidas que se deberían adoptar para mejorarlo, sobre todo desde el punto de vista de la coordinación entre notarías y registros, porque ahí hay algunos

desajustes que a veces crean problemas inesperados.

**P:** ¿Cree que los ciudadanos de nuestro país perciben y valoran claramente esta seguridad jurídica preventiva?

**R:** Yo creo que sí. Por mi experiencia como notario en mi despacho, pienso que el ciudadano que acude a la notaría realmente deposita una confianza bastante grande, no ilimitada pero casi, en el notario que le está atendiendo. Se pone en sus manos, normalmente acepta su consejo y su gestión de una forma muy clara, lo cual indica realmente que confía en él.

---

La Ley de Jurisdicción Voluntaria está resolviendo cuestiones con una agilidad, seguridad y garantía de corrección de la solución muy notable, y con un coste enormemente menor que el de acudir a la Administración de Justicia

---

**P:** ¿Qué se puede y debe hacer para mejorar la imagen de la Justicia?

**R:** Yo creo que la Justicia, en general, tiene profesionales de un grandísimo nivel - jueces, fiscales, los letrados de la Administración de Justicia... - y mucho rigor en el desarrollo de su trabajo. Por lo tanto, creo que desde el punto de vista humano tienen una categoría, un nivel más que aceptable. El problema es que está muy mal dotada de medios. Los organismos judiciales están desbordados y, además, la implementación de las nuevas tecnologías no se ha desarrollado todo lo que debería. Es verdad que es crítico, para la estabilidad del país, el disponer de una buena Administración de Justicia que proporcione la debida seguridad jurídica y, por tanto, creo que ahí es necesario hacer un esfuerzo inversor muy decidido y muy fuerte.

**P:** ¿Cuál es su valoración de la Ley de Jurisdicción Voluntaria?

**R:** Mi valoración es enormemente positiva, a pesar de que todavía su aplicación o desarrollo práctico va siendo





paulatino y es lento, y muchos de estos procedimientos se utilizan menos de lo que potencialmente podrían llegar a emplearse. Pero realmente está resolviendo cuestiones a los ciudadanos con una agilidad, seguridad y garantía de corrección de la solución muy notable, y con un coste enormemente menor que el de acudir a la Administración de Justicia para esas cuestiones. Coste menor tanto para el propio ciudadano como para el sistema, porque con ello se está descargando a la Administración de Justicia. Por tanto, yo creo que hasta ahora está funcionando bien, que está realizando una aportación muy positiva a la sociedad, aunque le queda bastante camino por recorrer.

**P:** En materia de Mediación se trabaja en el anteproyecto de Ley de Impulso de la Mediación. ¿El futuro de la Justicia pasa por incentivar los métodos alternativos de resolución de conflictos?

**R:** El Ministerio está impulsando este proyecto de ley, que creo que es una aportación enormemente positiva por lo que puede significar de reducción de cargas de la Administración de Justicia, de jueces y tribunales, y de soluciones más fáciles a los conflictos de los ciudadanos. Es cierto que se va a encontrar con el obstáculo de la falta de cultura en la mediación en España, tanto entre los ciudadanos como entre los profesionales del derecho, los abogados, y el camino será lento. Pe-

ro yo creo que debería avanzarse en esta dirección, porque por mi experiencia, con todas las mediaciones que *de facto* se desarrollan en la notaría por los notarios, cuando los ciudadanos llegan con algún problema, en un porcentaje elevadísimo de los casos esa objetivación del problema y de las soluciones y la cesión que uno y otro deben hacer - que luego acaba siendo menor de lo que esperaban - resuelve las cosas con mucha más agilidad y de forma mucho más satisfactoria para el ciudadano. Por ello creo que la mediación seguramente aportará a nuestra sociedad unos resultados muy positivos.

---

Debe ser posible la creación de un sistema de circulación ágil de los documentos notariales en Europa, sin siquiera necesidad de apostilla

---

**P:** El proyecto de ley del Registro Civil volvió a quedar parado tras no aprobarlo el Pleno del Congreso hace ahora un año. ¿Cuándo y cómo prevén encarar esta cuestión? ¿Cuál cree que debe ser la contribución y el papel de los notarios en este proyecto?

**R:** El proyecto no está parado, se está trabajando en él, con muchos recursos y medios, y yo creo que con una orientación muy bien planteada desde la Dirección General. La idea es, si hay estabilidad política y parlamentaria, que el reglamento del Registro Civil nuevo pueda entrar en funcionamiento a partir de junio del 2020, lo que supondrá modificar el sistema por uno mucho más avanzado y más eficiente. Y realmente aquí el notario, como funcionario público que es, puede tener un papel decisivo y ayudar muchísimo al funcionamiento del Registro Civil porque autoriza muchos actos que tienen trascendencia luego en el Registro Civil: matrimonios, divorcios, separaciones, capitulaciones matrimoniales, reconocimientos de hijos, emancipaciones, poderes preventivos, autotutelas ... Y todas esas actuaciones notariales, si todo el sistema está bien organizado desde el punto de vista digital, permitirán que los actos autorizados por los notarios queden registrados casi de manera automática en el Registro Civil, que es como debería ser. Por tanto, descargará

mucho al Registro de trabajo y, además, le dará una agilidad enorme a la constatación registral en todos esos actos.

**P:** A nivel legislativo, cada vez Europa marca más el paso. ¿Cómo valora el ritmo de trasposición de directivas europeas y el encaje actual de la legislación española con la europea?

**R:** Yo creo que la legislación europea es muy modernizadora de muchas de nuestras instituciones y de nuestras prácticas. Por tanto, es muy positiva porque, además, ayuda a vencer resistencias al cambio dentro de España. En general, las directivas y su trasposición son muy positivas para crear un ordenamiento jurídico más moderno y más eficiente. Luego la trasposición no siempre es fácil porque el Parlamento, al estar tan dividido y tener una cultura de pactos que todavía le queda camino por recorrer en nuestro país, no siempre consigue la aprobación de las nuevas disposiciones dentro de los plazos establecidos. Nos hemos encontrado con más de una sanción y amenazas de sanción por parte de la Unión Europea. Pero se irá mejorando y trabajando en todo ello.

**P:** En este contexto se enmarca, por ejemplo, la interconexión de los Registros comunitarios y la libre circulación del documento. ¿Son necesarios para garantizar la máxima seguridad jurídica?

**R:** Sí, son fundamentales porque el mercado cada vez es más un mercado europeo, y no un mercado nacional. En materia de contratos financieros, las sociedades mercantiles, las representaciones, incluso el tráfico inmobiliario... cada vez los documentos transfronterizos tienen más importancia. Por todo ello creo que al final, aunque queda mucho camino por recorrer, debe ser posible la creación de un sistema de circulación ágil de los documentos notariales en Europa, debería ser sin siquiera necesidad de apostilla. Siempre bajo la premisa de que se planteen documentos electrónicos que, además, es a lo que se debe tender. Las copias de las escrituras en papel deberían desaparecer en un futuro lo más corto posible. Y desde el punto de vista de los registros exactamente igual. Debería haber una interconexión entre las notarías y los



registros europeos para poder obtener información y para poder remitir documentos a cada registro competente. Y, por otra parte, se hace necesario que los registros estén telemáticamente interconectados entre ellos.

**P:** En cuanto a la Ley de crédito inmobiliario, ¿cómo valora los cambios que introducirá?

**R:** Yo creo que los cambios serán enormemente positivos porque realmente proporcionan una transparencia formal y material muy superior para el consumidor. Vamos a conseguir una regulación de las cláusulas abusivas mucho más potente y, además, creo que se ha diseñado un papel muy positivo del notario en esta intervención, con los documentos financieros, sobre todo con la información que se debe dar al ciudadano con carácter previo, de forma que garantice la neutralidad de esa información. Se le deberá enviar antes y el ciudadano, él solo con el notario, mantendrá una conversación y atenderá a la explicación

del notario, sin la presencia del banco. Por lo tanto, el ciudadano tendrá mucha más facilidad para preguntar todas sus dudas, sin sentirse presionado por la prisa para firmar el documento. Por todo ello, creo que esta ley va a ser muy positiva. La clave es la parte previa, el acta que se autoriza con carácter gratuito para el ciudadano, por lo menos un día antes del otorgamiento de la escritura, y garantizando también algo muy importante, que es que el ciudadano pueda ejercer su derecho de libre elección libre del notario, que es algo fundamental para la defensa de los derechos de los ciudadanos.

**P:** Una de las apuestas del Ministerio es conseguir una Justicia más ágil, sin papeles. ¿En qué punto nos encontramos? ¿Cuáles son las innovaciones, en materia telemática, en las que se está trabajando actualmente?

**R:** En el lado de la justicia preventiva, yo creo que los avances tanto de la corporación notarial como registral han sido muy decididos y notables. No están todavía

todos ellos puestos en marcha, porque requieren, en parte, de un pequeño impulso final con la aprobación de las disposiciones legales que les abran paso, pero creo que esto puede ser más o menos inminente y puede dar lugar a una mejora muy importante de toda la seguridad jurídica preventiva. Y, por parte de la Administración de Justicia, se está también haciendo un esfuerzo enorme, también la Dirección General y el Ministerio, en nuevas tecnologías, para esa modernización tecnológica. Es verdad que es difícil por la magnitud de la tarea a realizar, por el enorme número de juzgados, de expedientes, documentos, notificaciones... Se necesita un sistema informático que sea capaz de manejar todo eso de forma ágil y segura, lo que conlleva muchos años de esfuerzo e inversiones. Pero se están haciendo grandes inversiones y yo creo que acabará llegando una justicia telemática mucho más eficaz.

Las directivas europeas y su trasposición son muy positivas para crear un ordenamiento jurídico más moderno y eficiente

**P:** En los últimos años, el Notariado se ha enfocado cada vez más a la función social y a la colaboración con las Administraciones Públicas. ¿Debe primar su vertiente como funcionario público antes que la de profesional del Derecho?

**R:** Creo que no puede primar ni una ni otra, porque en toda actuación notarial las dos están completamente presentes. No se puede ser solo un poco funcionario ni ser solo un poco profesional, porque se tiene que asesorar a los ciudadanos para explicarles las opciones que, dentro de la legalidad, le van a permitir obtener los resultados que quiere obtener con el negocio que está queriendo realizar. Y eso se hace con una configuración, con una conceptualización del notario íntegramente como funcionario. Es decir, no hay nada de lo que el ciudadano hace en la notaría que pueda ser ilegal, por eso ejercemos el control de legalidad, o que pueda quedar oculto o disimulado a las administraciones públicas ya sea blanqueo, control del fraude fiscal, etc. El ciudadano sabe que, a esos efectos, cuando va al notario es como si



fuera a una ventanilla de la Administración pública. Todo lo que hace va a ser absolutamente transparente, y así es como debe ser porque, de lo contrario, el ciudadano acabaría teniendo muchos problemas con sus operaciones jurídicas.

**P:** Con la Administración, una de las principales líneas de colaboración es, precisamente, la lucha contra el fraude y el blanqueo de capitales ¿Cómo valora esta colaboración?

**R:** Creo que no hace falta que la valore yo porque ya está suficientemente valorada y publicada esa valoración por organismos tradicionales como el GAFI, fundamentalmente, y en España por el SEPBAC, tribunales, fiscalía, etc. Están haciendo un trabajo muy intensivo con la información que les proporcionan los notarios y gracias a ella están obteniendo unos resultados enormemente positivos. Se han desmantelado redes de fraude, de blanqueo, etc. porque el notario es completamente funcionario, como decía antes, y toda la información estructurada y organizada por

los notarios, a través del Índice Informatizado, está siendo muy útil a la Administración y para los poderes públicos en general.

La necesidad de asesoramiento para conseguir seguridad jurídica es cada vez mayor, (...), tanto en la relación entre particulares como en la relación entre el ciudadano y la Administración.

**P:** Ya para finalizar, ¿cómo cree que debe ser la Justicia del siglo XXI? ¿Qué papel está llamado a llevar a cabo el Notariado en los próximos años?

**R:** Yo creo que la Justicia debe unir dos elementos: por un lado, la agilidad y reducción de costes, que va a ser fruto de la modernización. Y la modernización, no consiste solo en lo tecnológico, en poner instrumentos de nueva tecnología, digitales,

en funcionamiento dentro de las notarías, sino también en una transformación de los métodos, de los sistemas de trabajo que se emplean dentro de las notarías. Y lo mismo dentro de los registros de la propiedad. Si nos comparamos con empresas de servicios que presentan algún punto de analogía con nosotros, como puede ser la banca, creo que en el campo de la modernización de los procedimientos y de la organización empresarial todavía nos queda bastante camino por recorrer. Y, por otro lado, esto debe sumarse a la seguridad jurídica que, yo creo que a pesar de todas las dificultades que presenta por el cambio constante del mundo moderno, no se ha resentido absolutamente nada. Al contrario, creo que se ha visto reforzada porque la complejidad de cualquier operación hoy en día es mucho mayor, y la necesidad de asesoramiento para conseguir seguridad jurídica es cada vez mayor, más intensa, tanto en la relación entre particulares como en la relación entre el ciudadano y la Administración. Y creo que se está consiguiendo y se está prestando con unos resultados muy satisfactorios.



**“No somos suficientemente conscientes de nuestros derechos como consumidores”**

## **Elisabeth Abad i Giralt**

Directora de la Agencia Catalana de Consumo

**AUTORA:** Sandra Purroy  
**FOTOGRAFÍAS:** Montserrat Fontich

**Elisabeth Abad i Giralt** (Esplugues de Llobregat, 1962) es licenciada en Derecho por la Universidad de Barcelona. Ha sido jefa de Sección y del Servicio de Formación de la Escuela de Administración Pública de Cataluña, subdirectora general de la Escuela de Policía de Cataluña del Departamento de Interior, jefa de Gabinete del Departamento de Trabajo, Industria, Comercio y Turismo, y subdirectora general de Derecho y Entidades Jurídicas del Departamento de Justicia.

En febrero de 2011 fue elegida diputada en el Parlamento de Cataluña donde ha formado parte de distintas comisiones, entre ellas la de Justicia. En enero de 2013 fue nombrada directora del Centro de Iniciativas para la Reinserción, y de enero de 2016 a mayo de 2018 fue nombrada senadora en las Cortes Generales por el Parlamento de Cataluña y portavoz de las comisiones de Justicia e Interior.

Desde el 2 de agosto de 2018 es directora de la Agencia Catalana de Consumo.



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

**R:** Al llegar, el primer objetivo ha sido elaborar un Plan estratégico de la Agencia Catalana de Consumo de 2019-2023, que es la hoja de ruta para llegar más lejos. Y, en relación con este plan estratégico, trazar un Plan de Acción concreto, el de 2019. Recientemente ambos planes han sido aprobados en el primer consejo de dirección de la Agencia. Un consejo formado por 23 personas representadas, del mundo de la empresa, mundo local, departamentos de la Generalitat que tienen incidencia en el mundo del consumo, y que preside la consejera de Empresa, Àngels Chacón, dado que la Agencia es un organismo autónomo adscrito al Departamento de Empresa y Conocimiento, y este consejo es el que valida la puesta en marcha de toda nuestra actividad.

**P:** ¿Cuál es la visión, misión y objetivos que fija este Plan estratégico?

**R:** A grandes rasgos, la perspectiva de la Agencia, es convertirse en la institución de referencia en materia de consumo tanto en Cataluña como en el Estado y en Europa. Es decir, queremos trabajar las políticas comunes de consumo con el fin de mejorar la prosperidad de nuestro país, ya que, si existe una política de consumo detrás, el país funciona, pero también para el bienestar de la ciudadanía. Cuando se produce un conflicto de consumo, la gente se angustia; si trabajas para que eso no ocurra, consigues que todo el mundo se sienta mejor consigo mismo. Por tanto, teniendo en cuenta este punto de vista, nuestra misión principal es garantizar los derechos de las personas consumidoras, y eso es muy importante. Y lo hacemos planificando y ejecutando las políticas que desea impulsar el Gobierno de la Generalitat. También pretendemos mejorar la competitividad entre las empresas y las condiciones del mercado de trabajo. Cuando la empresa apuesta por la calidad y la transparencia para una mejor atención a sus consumidores, también está mejorando el mercado de trabajo, porque de ese modo la empresa también se puede exportar. De forma que, por un lado, hablamos de de-

rechos, pero por otro hablamos de personas y de empresa y mercado.

**P:** ¿Cómo trabajan para alcanzar estos objetivos?

**R:** Para ello tenemos marcados cuatro objetivos principales: el primero, integrar las preocupaciones de los consumidores en las políticas del Govern; el segundo, desplegar y actualizar nuestro propio código, el Código de Consumo de Cataluña; el tercero, conseguir que las personas consumidoras estén debidamente informadas, conseguir mercados más transparentes que apuesten por la calidad, y más equilibrados y dinámicos, que se vayan integrando en las nuevas formas de consumo de la sociedad; y, por último, potenciar el consumo exigente en los elementos de competitividad de la empresa. Cada vez existe más normativa europea que requiere que seamos rigurosos con nuestras producciones, y debemos incidir en este aspecto. Por consiguiente, estamos incidiendo en muchos ámbitos de la sociedad, desde que una persona nace hasta que muere, a lo largo de toda su vida y de su día a día. A partir de este Plan podemos empezar a desarrollar los objetivos. El Plan es fruto de la participación de todo el personal de la Agencia, lo hemos elaborado desde dentro y de abajo arriba, toda la organización ha participado en este, lo hemos creado con la gente que lleva muchos años trabajando en la Agencia y sabe perfectamente qué se está haciendo y qué hay que mejorar.

Tenemos un Código de Consumo de 2010, pero este no puede ser un código rígido porque debe adaptarse a la sociedad.

**P:** ¿Y cuáles han sido los logros ya alcanzados en estos primeros meses?

**R:** Es un logro conseguir en tres meses identificar quiénes somos y poder racionalizarlo y diseñar un plan estratégico, además de aprobar el plan de acción de todo el 2019, con un presupuesto prorrogado. Terminar las campañas que ya es-

taban previstas para 2018 no ha sido fácil, y hemos empezado 2019 desarrollando nuevos proyectos de colaboración, tanto con instituciones del Govern como con la sociedad civil, por ejemplo, con colegios profesionales, gremios, fundaciones y asociaciones. En definitiva, con todo lo que tenga que ver con el consumo. Entre nuestras metas queremos implementar el código de buenas prácticas, potenciar la mediación y el arbitraje de consumo como vía alternativa extrajudicial de resolución de conflictos sin recurrir al ámbito judicial, y también hacer mucha más difusión de las políticas de consumo y lo que significa ser consumidor.

**P:** ¿Se ha detectado en el último año algún cambio de tendencia destacable en relación con las denuncias presentadas?

**R:** No se observa ningún cambio sustancial en relación con las cifras. Debe tenerse en cuenta que, en política de consumo, cuando hay un problema concreto que afecta directamente al consumidor, en ese momento aumentan mucho las denuncias. El riesgo cero no existe. En 2018 hemos tenido, por ejemplo, la crisis de Vueling, de saturación de los aeropuertos, lo que ha incrementado puntualmente las denuncias. Nosotros siempre tenemos en cuenta que esto es habitual, prevemos que seguramente a lo largo del año habrá alguna crisis que ahora no conocemos y que puede aparecer y generar puntas.

**P:** ¿Cree que los ciudadanos somos suficientemente conscientes de nuestros derechos como consumidores?

**R:** No lo somos. Una de las cosas que precisamente he detectado en estos meses es que los ciudadanos tienen un gran desconocimiento de sus derechos, y el derecho básico es el derecho a estar informado. Y eso significa, por ejemplo, el etiquetado de los productos, porque tienes que saber qué compras, qué productos contiene, etc. Y también creo que se desconoce que existe la Agencia Catalana de Consumo como una institución del Govern de la Generalitat que, precisamente, existe para velar por el derecho de todos los consumidores y para intervenir en caso de que alguna empresa no cumpla el Código de Consumo.



## Entrevista

**P:** ¿Cuál es, pues, la función de la Agencia?

**R:** En la Agencia tenemos tres fundamentos importantes: uno, velar por la defensa de estos derechos; dos, difundirlos y divulgarlos, darlos a conocer; y tres, en caso de que no se cumplan, tenemos la potestad sancionadora para intervenir y sancionar a quien no haya cumplido la normativa. Y uno de nuestros objetivos estratégicos es posicionar la Agencia donde creemos que debe estar, informar a los ciudadanos, dar el mensaje de consumo responsable. Un consumidor tiene derechos y deberes, y tenemos que transmitir valores, como lo hemos hecho con el reciclaje; debemos hacer lo mismo en política de consumo. El mensaje es: si consumes de forma responsable, evitarás males mayores en un futuro. Y, como decía, cuando corresponde, debemos intervenir a través de la inspección y la sanción.

**P:** Para potenciar esta parte de formación y divulgación, cuentan con la Escuela de Consumo de Cataluña. ¿Cuáles son sus principales objetivos?

**R:** La Escuela tiene como objetivo educar a nuestros niños y niñas desde la educación básica, en las escuelas; que entren en esta cultura del consumo; y enseñarles a consumir ante las nuevas tendencias que existen. Estamos

en la era digital, tienen móvil a partir de los 8 años y, por tanto, están consumiendo audiovisuales de otra forma y debemos enseñarles los riesgos para que actúen de una forma responsable. También queremos enseñarles a consumir con criterio para evitar el tema de los trastornos alimentarios, del que recientemente hemos aprobado un decreto ley. La moda, la estética, están condicionando mucho a nuestros jóvenes y esto conlleva a menudo un mal uso de las redes. La prueba de que el Código de Consumo está vivo es que el Parlamento ha aprobado el decreto ley que modifica el Código para que podamos intervenir sancionando aquellas páginas web o soportes digitales que hacen apología de la anorexia o la bulimia. Ahora podremos sancionar estas páginas con un máximo de 5.000 euros. No podemos cerrarlas, porque esto es mucho más complicado, pero sí sancionar a las empresas que las cuelgan y no las retiran, o incluso a los intermediarios. Es un paso muy importante para un futuro. También tratamos temas de medio ambiente, reciclaje... Lo principal es hablarles de cómo consumir de forma responsable. Y no lo hacemos solo con chicos y chicas, sino también con las personas mayores, que son un colectivo vulnerable. No entran en las páginas web y no están debidamente informados, por lo que en este caso organizamos charlas en los hogares de jubilados. Desde la Escuela de Consumo no queremos quedarnos aquí, sino que

también queremos impulsarla como un referente en investigación y conocimiento. Por lo tanto, queremos incidir no solo en la difusión más básica, sino empezar a hablar de temas de consumo incluso en las universidades. Por ejemplo, el Colegio de Abogados ha creado recientemente una comisión de consumo, que no tenía, y les hablamos de la mediación como una herramienta que tenemos los profesionales del derecho para resolver litigios. Así, la Escuela tiene como principal objetivo educar en materia de consumo, pero damos un paso más y queremos participar también en investigación y conocimiento.

Nosotros observamos un cambio a la hora de consumir, y vemos denuncias que hace diez años eran inimaginables

**P:** ¿Ha variado ostensiblemente el comportamiento de los consumidores en los últimos años?

**R:** Desde la aprobación del Código de Consumo hasta hoy han pasado 9 años y muchas cosas. La irrupción de las apps, las nuevas formas de prestación de servicios, un mercado que marca nuevas políticas en materia de tendencias y, por consiguiente, nuevas maneras de consumir que te cambian las reglas del juego. Tenemos un Código de Consumo de 2010, pero este no puede ser un código rígido porque la sociedad no es rígida, y el Código debe adaptarse a la sociedad: si hay un problema de vivienda, por ejemplo, y salen las cláusulas suelo, hay que adaptarse. Ahora tenemos un problema serio con la vivienda de segunda mano, o de alquiler o de compra, y eso deberá regularse tarde o temprano. La forma de comprar, online, también está cambiando las reglas del juego. Y antes, por ejemplo, una persona de 50 años era una persona mayor, cuando hoy en día está consumiendo servicios y comprando de una forma que ni imaginábamos. Las nuevas tendencias también son uno de los retos que se nos plantean; queremos hacer un estudio de las nuevas tendencias de consumo para poder adaptar a estas el Código de Consumo. Debemos ser





proactivos y no reactivos, aunque es fácil decirlo y difícil llevarlo a cabo. El Derecho sirve para regular la sociedad, y si la sociedad va en un sentido, no podemos tener normas obsoletas. Nosotros observamos un cambio a la hora de consumir, y vemos denuncias que hace diez años eran inimaginables. Las falsificaciones, las estafas, la publicidad engañosa... son importantes. Vivimos en un mundo mucho más global y menos local y, por tanto, las páginas web no están en Cataluña, por ejemplo. Y todo ello sumado al día a día, los temas de siempre, como los servicios básicos.

**P:** ¿Qué destacaría del Código de Consumo de Cataluña, aprobado en 2010?

**R:** Destacaría tres aspectos: en primer lugar, es el que da sentido a todo lo que estamos diciendo, porque es una política pública y, por consiguiente, afecta a todos los ciudadanos de Cataluña. Era necesario que el consumo fuera regulado porque es un derecho, y cualquier derecho debe estar regulado y preservado; el Código responde a ello. En segundo lugar, teniendo en cuenta esto, en el Código de Consumo se encuentra la regulación de técnicas jurídicas que antes no estaban regladas. Se mejoran estas técnicas, porque el Código unifica y simplifica para que los profesionales, después, las puedan desarrollar. Además, el Código ayuda a actualizar la normativa, porque nuestra normativa no solo está vinculada a las Leyes catalanas, sino también a las Leyes españolas y europeas. Europa es muy consciente en estos temas, hay muchas directivas europeas que regulan las políticas de consumo y que nosotros tenemos que acoger; por tanto, es importante la actualización de esta normativa y su adaptación. Y, en tercer lugar, el Código de Consumo se planteó como un sistema de enumeración de los artículos al estilo de una codificación. Quiero decir que nuestro Código de Consumo, la forma en que se ha codificado, es muy parecida a la del Código Civil catalán, ambos siguiendo el estilo francés.

**P:** ¿Qué papel desempeñaron los Notarios en su redacción?

**R:** El Colegio Notarial de Cataluña no participó directamente, sino indirectamente en primera instancia.

Posteriormente, en temas puntuales, como modificaciones concretas del Código de Consumo que afectan, por ejemplo, a temas hipotecarios, aquí sí ha tenido una incidencia muy importante y hemos colaborado estrechamente. Uno de mis objetivos es poder formalizar estas colaboraciones con los colegios profesionales, gremios, etc. a través de convenios de colaboración, ya que determinados sectores nos pueden ayudar a desempeñar mejor nuestro trabajo, o nosotros los podemos ayudar también a entender o a informar. Debe haber un feedback entre la Agencia y los Notarios, para decirnos "está pasando esto, cuidado que podéis tener este problema en las notarías" o al revés. Por ejemplo, con las cláusulas suelo, fruto de una crisis y de una regulación del sector bancario que les daba pie; ahora ya tenemos sentencias europeas que nos dan pistas, aunque aquí todavía existen algunas sentencias condenatorias. Por consiguiente, estamos esperando a que Europa se pronuncie en este sentido y, en función de lo que diga, seguiremos un camino u otro. Pero, en cualquier caso, los Notarios deben estar al tanto en temas de créditos hipotecarios, créditos vinculados a la vivienda y nuevas formas de consumo. Hace un tiempo fueron las cláusulas suelo, y la Ley obligó a todo el mundo a ponerse las pilas, pero en medio año o un año puede aparecer algún otro producto que requiera esa colaboración. El ámbito hipotecario y el de los seguros son especialmente complicados.

—————  
Todos los aspectos en los que convergen el Código Civil con el Código de Consumo son aspectos en los que podemos colaborar con los notarios  
—————

**P:** Antes comentaba que uno de los colectivos más vulnerables son los ancianos. ¿Llevan a cabo iniciativas específicas en este ámbito? ¿Qué posibles ámbitos de colaboración contempla con los Notarios?

**R:** La gente mayor, como decía, son un colectivo vulnerable, como todo lo referente a política de consumo en salud y alimentación, servicios básicos y jóvenes. Estas son las políticas de

consumo prioritarias. Con los jóvenes, gracias a la implantación de las nuevas tecnologías, tenemos más capacidad de comunicarnos o de informarles, pero con la gente mayor, no. Con ellos utilizamos procedimientos mucho más tradicionales, como charlas, ir a los hogares de jubilados, hacer folletos... yo misma participo en consultorios de radio, para que la gente mayor los escuche y podamos responder de forma muy cercana y hacer advertencias –como, por ejemplo, en la época de las revisiones de gas, para avisarles de los falsos revisores. Hemos detectado, en relación con las personas mayores, períodos donde se produce una actividad de consumo que requiere que estén especialmente protegidos. Allí donde no llegamos, tenemos convenios de colaboración con los consejos comarcales y las diputaciones, para que puedan informar a todas las personas consumidoras y, especialmente, a las personas mayores. Nos preocupa, en préstamos y seguros, la letra pequeña y el lenguaje, que es muy técnico, no es ni sencillo ni cercano. Y también tenemos que luchar contra la publicidad engañosa, que se cumpla lo que se dice y se oferta. Porque a veces una publicidad determinada capta a un tipo de gente y después no cumple lo que dice, o lo que indica en la letra pequeña. Así, en relación con los posibles temas de colaboración con el Colegio Notarial, todos los aspectos en los que convergen el Código Civil con el Código de Consumo son aspectos en los que podemos colaborar.

**P:** ¿Cómo valora el marco legislativo, cada vez más marcado por el encaje en la legislación europea?

**R:** Tenemos tres niveles, el catalán, el español y el europeo, a pesar de tener competencias exclusivas en materia de consumo para poder legislar; por eso tenemos una ley –la creación de la Agencia también es fruto de esta ley– y podemos legislar con los decretos ley, como el que comentaba que se ha aprobado recientemente de modificación del Código de Consumo respecto a los trastornos de conducta alimentaria. Por tanto, esta es nuestra capacidad, pero debemos tener en cuenta la legislación estatal y, sobre todo, la normativa europea, que nos llega a través de las directivas. Cuando existe un litigio en políticas de consumo, acabamos siempre en instancias superiores, porque las organizaciones de consumidores



son muy activas, ya que estamos hablando de derechos. Cuando se produce un litigio, siempre tenemos que estar a la expectativa de lo que resuelve Europa. Existe el ejemplo muy claro del tema de las hipotecas, donde marcó un cambio de criterio. En otras ocasiones primero dicen una cosa y luego dicen otra, pero acabas en Europa y se acabará haciendo lo que se diga allí. Veremos qué pasa, por ejemplo, con el tema del IRPH, ya que aquí hay sentencias contradictorias y estamos a la espera de la resolución. En el ámbito de nuestras competencias se incluye la coordinación y la colaboración con AECOSAN, la Agencia Española de Consumo, que en este caso depende del Ministerio de Salud, y no de Empresa. Eso es fruto de que se empezó a hablar de consumo con el tema del aceite de colza y, siempre que se trataba el tema, se vinculaba a temas de salud y de alimentación, como este o el de las vacas locas. Pero esta es solo una parte del consumo, porque también tenemos créditos hipotecarios, vivienda, gas, agua, telefonía móvil, compañías aéreas, falsificaciones... Al final lo incluye todo. Y en un mundo muy cambiante, muy activo, en movimiento, por mucho que tú te vayas adaptando, siempre aparecen nuevas formas de producción y, por tanto, de consumir, o al revés, nuevas formas de consumo que también crean nuevas formas de producción. ¿Quién hubiera dicho, por ejemplo, hace cuatro años, que podrías alquilar motos con una aplicación? Y están llegando al espacio público, y hay gente que dice "¿tenéis que pagar o no tenéis que pagar, por ocupar

el espacio público para dar este servicio?". A la larga, y nadie escapará de ello, llegará la digitalización de los servicios. En diez años no puedo ni imaginar la cantidad de cosas que ahora consideramos inimaginables, que requieren la presencia física y que puede que ya no sea así. Los servicios básicos ya se están planteando gestionarlos de otra manera, ahora ya se habla de la firma digital a través de email o whatsapp con aplicaciones, y eso puede afectar a los abogados, los notarios, los registradores... Son las nuevas tendencias, y no puedes poner puertas al campo. Eso es lo que nosotros empezamos a percibir.

**A la larga, y nadie escapará de ello, llegará la digitalización de los servicios (...). Son las nuevas tendencias, y no puedes poner puertas al campo.**

**P:** Hace unos meses, desde la Junta Arbitral de Consumo de Cataluña se anunció la voluntad de poner en marcha un plan para el fomento de la mediación y el arbitraje de consumo. ¿Qué papel desempeñan estos métodos alternativos de resolución de conflictos en el ámbito del consumo?

**R:** Potenciar la mediación y el arbitraje es uno de los objetivos prin-

cipales. Es básico difundir e informar a los consumidores, pero también que sepan que existen medidas alternativas como estas para descongestionar la vía judicial. En consumo, la mediación es más fácil porque está implícita; el arbitraje es voluntario, debe ser el propio consumidor y la propia empresa los que lo soliciten. Es cuestión de hablar, de informar al consumidor de que es una vía alternativa, gratuita y mucho más rápida, de que es un derecho que tiene, y también es preciso que la empresa se adhiera a ello. Hemos obtenido buenos resultados, lo estamos haciendo bien, con una presidenta de la Junta Arbitral de Consumo que es catedrática de Derecho civil y donde todos los miembros de la Junta forman parte de la disciplina académica y colegial del mundo del Derecho. Lo que es necesario para que la Junta pueda actuar más es que la empresa se adhiera a ello y acepte el laudo arbitral como una solución al conflicto, como una sentencia judicial, porque no hay recurso posible. Aquí es donde debemos incidir, en esta cultura de consumo responsable. Por parte de la empresa, consumo responsable también significa que, si lo hace bien, dará más valor a utilizar la Junta Arbitral para resolver sus litigios con consumidores. Es necesario que vean la mediación y el arbitraje como una vía alternativa para la resolución del conflicto, porque muchas veces estamos hablando de sanciones administrativas, no de sanciones penales, y por cuantía a menudo les sale más caro todo el procedimiento judicial que lo que se está reclamando. Se trata de confiar en una institución. En Europa esta cultura está mucho más arraigada que en nuestro país. Aquí lo que es preciso es que los que ya tenemos esta cultura la hagamos expansiva, la extendamos como una mancha de aceite. Y por eso existe la Agencia. A nivel de los consumidores es necesario efectuar campañas, pero también debemos organizar reuniones con asociaciones, fundaciones, colegios profesionales, gremios y empresas y empezar a trabajar. Las nuevas empresas tienen muy asumido el código de buenas prácticas, ya han incorporado esta cultura porque el mercado es mucho más exigente y se lo exige, apuestan mucho por la calidad. De hecho, un código de buenas prácticas no deja de ser una ISO de ética y valores.



**P:** También se está tramitando el proyecto de decreto de modificación del Decreto 98/2014, de 8 de julio, sobre el Procedimiento de Mediación en las Relaciones de Consumo. ¿En qué momento estamos?

**R:** Está en marcha, pero es lento. Se ha realizado la propuesta, después la asesoría jurídica la ha revisado y se ha abierto un período de alegaciones durante el que se han recibido varias alegaciones. Además, hay que tener en cuenta que debe ser una Ley que después no entre en contradicción con la normativa estatal o la europea. También estamos regulando la figura del mediador, al igual que en Europa, y hablamos de muchos tipos de mediadores, entre estos el de consumo, una persona que ayuda a resolver un conflicto en una situación de tensión y con la que se puede llegar a una buena solución para las dos partes sin crispas más el ambiente. Deben ser especialistas en consumo y conocer muy bien el Código de Consumo, que es muy amplio, porque tanto hacemos inspecciones en el ámbito sanitario, como en el alimentario, el tecnológico, las hipotecas y créditos vinculados, etc. Por eso colaboramos con otros departamentos, facilitándonos información y consejos.

---

La política de consumo desarrolla dos aspectos: regula la actividad económica y prevee las crisis

---

**P:** ¿Qué papel desempeña el consumo en la creación o detección de una crisis?

**R:** Es un tema de valores, de consumir de forma responsable: si tú tienes 10, no gastes 1.000. Pero vivimos en un mundo con Black Fridays, rebajas, ventas por internet, ofertas... en un mundo muy consumista. La política de consumo desarrolla dos aspectos: regula la actividad económica y prevee las crisis. Por ejemplo, nosotros detectamos una crisis con Idential medio año antes, porque hacemos inspecciones y podemos incidir. No son crisis económicas, pero afectan a muchas personas, esta a 300.000 personas solo en Cataluña, y la mayoría gente mayor, más vulnerable, que tenían crédi-



tos vinculados a entidades bancarias para pagar tratamientos y los tienen que devolver. Por otra parte, tenemos una sociedad que a menudo no está jugando con las reglas del juego como individuos. Un hecho puede generar una denuncia, pero cuando sobre ese tema en poco tiempo hay muchas, algo está pasando.

**P:** ¿La gente suele denunciar?

**R:** Hay tres pasos: la queja, la reclamación y la denuncia. Aquí la gente se queja poco, empieza a reclamar más y de-

bería denunciar más. En general, la gente no se queja; por algo existen libros de reclamación, pero la gente los utiliza poco. Y, en realidad, estás haciendo un favor al establecimiento porque, si presentas una queja, el otro recibe el imput de que algo no funciona, mientras que, si no dices nada, el otro sigue igual y después le llega la reclamación. No tenemos cultura de la queja, como en Francia o en otros lugares, donde no dejan pasar ni una. Por lo tanto, cuando llegamos a la denuncia, es cuando el tema es grave. Reclamaciones se hacen cada vez menos porque es cierto que las empresas, sobre todo las gran-



## Entrevista



des, ya tienen integrada en su estructura la atención al cliente, forma parte de la estrategia de la propia empresa, y la reclamación en primera instancia la tienes que hacer en la empresa, antes de dirigirte a Consumo. La denuncia es importante porque ya no es algo solo individual, sino que puede afectar a toda la sociedad. La gestión de una crisis la detectamos precisamente por las denuncias.

**P:** ¿Qué futuro prevé en los próximos años en el ámbito del consumo?

**R:** Ahora mismo se percibe que no existe la crisis de 2007-2008,

donde tuvimos muchos problemas hipotecarios, pero sí tenemos una crisis tecnológica. La crisis de 2007, que se originó en Estados Unidos, ya no puede volver a pasar porque hemos aprendido la lección, espero, tanto allí como en Europa. Ahora bien, si llega una crisis, seguramente no llegará por aquí. En caso de ser financiera lo será de otra manera, porque esto ya está regulado y penalizado. Dicen que en Europa quizá vuelva a haber una burbuja en el tema de la vivienda, pero yo creo que, en cualquier caso, no será para la vivienda entendida como antes, sino por el tema del alquiler. Y por la nueva prestación de servicios. ¿Quién podía imaginar, hace un tiem-

po, que a través de una app se alquilaría un sofá de una casa para pasar una noche? Tarde o temprano desde Consumo empezaremos a ver denuncias de engaños en temas que ahora intuimos, pero no visualizamos. Creo que si se produce una crisis será más por el tema tecnológico, por la adaptación de lo tradicional al siglo XXI, por el paso de lo analógico a lo digital. Nuestras instituciones son muy tradicionales, y cuando hacemos reuniones con consultores de tendencias eso es lo que perciben que sucederá en todos los sectores.

---

Si se produce una crisis será más por el tema tecnológico, por la adaptación de lo tradicional al siglo XXI, por el paso de lo analógico a lo digital.

---

**P:** Y ya para terminar, usted viene del ámbito de la Justicia. ¿Cómo la ve actualmente?

**R:** He sido diputada y senadora en la Comisión de justicia, y creo que la justicia pasa por un mal momento, se ha politizado. Yo creo firmemente en esta, por eso estudié Derecho. Otra cosa es cómo se ha gestionado la justicia en este país. Mi esperanza es que, en un futuro, vuelva a ocupar su lugar, y que recupere el prestigio. Me sabe muy mal que, hoy en día, si haces un ranking, ha pasado de estar valorada hace unos años entre las tres o cuatro mejores instituciones, a estar bajo tierra. Me gustaría que los ciudadanos volvieran a creer en el poder judicial, porque es muy necesario, es lo que nos garantiza los derechos y las libertades.

## El nuevo derecho francés de las obligaciones

Rémy Cabrillac

Catedrático de la Facultad de Derecho  
y de Ciencias Políticas de Montpellier (Francia)

En el Código civil francés, hay partes modernas y partes antiguas, es decir, todavía las originales de 1804. El derecho de las personas y de la familia fueron reformados durante la segunda mitad del siglo XX, con las leyes adoptadas bajo la influencia del decano Jean Carbonnier <sup>(1)</sup>, reformas que han permitido una “quieta revolución de nuestro derecho civil contemporáneo” <sup>(2)</sup>. Pero los textos relativos al derecho de obligaciones no habían sido reformados desde 1804.

La celebración del bicentenario del Código civil francés, en 2004, en Francia y en todo el mundo, fue una oportunidad para observar su éxito y su perennidad, pero también para poner bajo la luz sus lagunas <sup>(3)</sup>. Ahora bien, la realidad económica y social ha cambiado desde el principio del siglo XIX. Textos concebidos en la época de las diligencias, para una sociedad esencialmente rural, como era Francia en 1804, no eran satisfactorios en nuestro mundo de hoy, época de Internet y de la mundialización.

La jurisprudencia ha pretendido adaptar los textos, pero le ha sido difícil porque los tribunales en Francia deben respetar a la ley. Hay una palabra famosa de Montesquieu que dice que “el juez es solo la boca que pronuncia las palabras de la ley” <sup>(4)</sup>. Significa que el juez no tiene un poder sin límites para interpretar la ley. Así, el envejecimiento del

derecho francés de los contratos suponía un daño para nuestro derecho al nivel internacional desde dos puntos de vista.

El primero se encuentra en las relaciones europeas. Efectivamente, para la elaboración de un proyecto de Código europeo de los contratos, el Código civil francés pudiera parecer un modelo demasiado viejo, sobre todo frente a otros países europeos que han reformado su derecho de los contratos, como Países Bajos en 1992, Alemania en 2001 o Rumanía en 2011.

En las discusiones para elaborar un código de los contratos común a todos los países europeos, proponer un modelo de más de doscientos años no parecía una buena solución.

El envejecimiento del derecho francés de los contratos era también una rémora a nivel internacional.

Desde un segundo punto de vista. En el mundo, la influencia del Código civil francés se estaba reduciendo. Países vinculados con la cultura francesa vacilaban de inspirarse en un modelo antiguo de más de dos siglos.

El éxito del nuevo Código civil de Quebec de 1994 en los países francófonos constituye un buen testigo de ese riesgo del declinar del Código civil francés. Por ejemplo, en Rumanía, el Código civil de

1865 era la simple traducción del Código Napoleón. El nuevo Código civil de 2011, al referirse al derecho de los contratos, se ha inspirado en el Código civil de Quebec y en los *Principios de derecho europeo de los contratos, Principios “Lando”* <sup>(5)</sup>.

Es por ello, por lo que un grupo de trabajo bajo la inspiración de la Asociación Capitant, fue creado en 2003, dirigido por el profesor Pierre Catala. Este grupo integraba de manera aproximada a veinte especialistas del derecho de los contratos, universitarios o magistrados de la Corte de casación. Este proyecto trataba de todo el derecho de las obligaciones, contratos, responsabilidad y régimen general de las obligaciones <sup>(6)</sup>. Cada grupo de redactores ha reformado un capítulo del derecho de las obligaciones en nuestro código. Una armonización final fue realizada por Pierre Catala y el decano Gérard Cornu <sup>(7)</sup>.

Este anteproyecto fue presentado al Ministerio de Justicia, y, también, fue estudiado por los diferentes actores de la vida económica, y, a su vez, fue traducido a seis lenguas (entre ellas el español <sup>(8)</sup>). La parte “derecho de la prescripción” de este proyecto ha influido en la reforma de la prescripción realizada por una ley del 17 de junio de 2008.

La voluntad de los redactores de este proyecto fue de realizar no una revolución

## FICHA TÉCNICA



**Resumen:** La reciente reforma del Derecho francés de contratos ha permitido su adaptación tanto a las nuevas necesidades económicas, mediante la organización de la negociación precontractual y el favorecimiento de la flexibilidad contractual, como a las nuevas necesidades sociales, a través de la protección del contratante más débil y la admisión de la teoría de la imprevisión.

**Palabras clave:** Derecho contractual/Derecho francés/Negociación contractual/Buena fe/Incumplimiento del contrato/Cláusulas abusivas/Equilibrio económico del contrato.

**Abstract:** Recent reform of French Contract Law has allowed its adaptation to new economic needs, through the regulation of pre-contractual negotiation and the promotion of contractual flexibility, as well as to new social needs, through the protection of the weakest party of the contract and the admission of the theory of unpredictability.

**Keywords:** Contract law/French law/Contractual negotiations/Good faith/Breach of the contract/Unfair terms/Economic balance of contract.

de nuestro derecho de las obligaciones sino su renovación. Por lo demás, los textos del proyecto se inspiraban de las soluciones de la jurisprudencia. La estructura del Código civil, su estilo, su numeración fueron conservados. Las reformas del derecho deben ser armonizadas con otras partes del código. También el espíritu del código se ha mantenido, una voluntad de compromiso cuando las soluciones son controvertidas; una voluntad de elaborar textos no demasiado generales, no demasiado particulares. Pero en el proyecto que podemos llamar “el proyecto Catala”, había también soluciones muy modernas, inspiradas por soluciones de otros países o por soluciones de proyectos europeos.

Personalmente, pienso que este proyecto realizaba un perfecto equilibrio entre fidelidad a la tradición jurídica francesa y modernidad.

Otro proyecto fue elaborado después, bajo la dirección de otro profesor de la facultad de derecho de París, François Terré. Este proyecto trataba también de todo el derecho de las obligaciones, contratos, responsabilidad y régimen general de las obligaciones <sup>(9)</sup>. La filosofía de este proyecto era diferente de la filosofía del proyecto Catala. El de François Terré quería acercar el derecho francés a los proyectos europeos, especialmente al proyecto Lando. Por ejemplo, el proyecto Terré <sup>(10)</sup> quería abandonar la noción de causa.

Frente a estos dos proyectos académicos, el Ministerio de Justicia elaboró su propio proyecto de reforma, limitado al derecho de los contratos y al régimen de

las obligaciones. La primera versión era cercana a los textos del proyecto Terré. El Gobierno decidió que la parte “Contratos y régimen de las obligaciones”, de la reforma del derecho de las obligaciones, no debía ser discutida ante el Parlamento porque podían modificarse los textos y desnaturalizar el espíritu del proyecto. Solo la parte “Responsabilidad extra contractual” debía ser discutida y votada delante del Parlamento.

Es una curiosa concepción de la democracia que fue criticada. Algunos autores y el Senado han manifestado opiniones contrarias a este proceso legislativo. Pero es posible en nuestra Constitución: el gobierno puede ser habilitado por el Parlamento para adoptar normas que pertenecen al ámbito de la ley. Estas normas que son híbridas no se llaman “leyes”, no se llaman “decretos”, se llaman ordenanzas (art. 38 Constit.).

La ley de habilitación fue adoptada el 16 de febrero de 2015 y la ordenanza n° 2016-131 de reforma del derecho de los contratos y del régimen y de la prueba de las obligaciones fue adoptada el 10 de febrero de 2016 <sup>(11)</sup>. Está esencialmente en vigor desde el 1 de octubre de 2016 (art. 9 de la ordenanza: se aplica a todos los contratos comprometidos después del 1ro de octubre de 2016).

Una ley del 20 de abril de 2018 ha ratificado la ordenanza, haciendo solo modificaciones de detalle.

Como rasgos característicos de la reforma aparecen dos: permite adaptar el

derecho de los contratos tanto a las nuevas necesidades económicas (I) como a las nuevas necesidades sociales (II).

### I) El nuevo derecho de los contratos está más adaptado a las necesidades económicas:

Esta adaptación a las nuevas necesidades económicas ha consistido principalmente a organizar la negociación contractual (A) y a favorecer la flexibilidad contractual (B).

#### A) Organizar la negociación contractual:

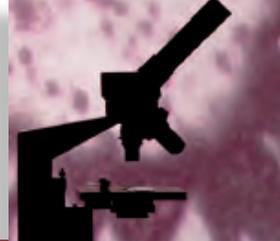
El Código civil de 1804 estaba dominado por el esquema de la formación inmediata del contrato.

El encuentro de la oferta y de la aceptación se daba en un momento instantáneo. Esta concepción quedaba adaptada a los pequeños contratos de la vida cotidiana pero no permitía traducir jurídicamente la formación de los importantes contratos, fruto de negociaciones que duran mucho tiempo, como en el ámbito de la banca, de la construcción de inmuebles o del seguro, por ejemplo.

El Código civil no decía nada sobre las negociaciones precontractuales <sup>(12)</sup>. La reforma se apoya sobre la jurisprudencia y también los proyectos Catala y Terré para recoger en la ley el régimen de las negociaciones precontractuales. Esas negociaciones pueden traducirse en un antecrédito o no.

Primero, la conclusión de un contrato puede ser precedida de un antecrédito. El Código civil no decía nada de esos antecréditos, cuyo régimen fue propuesto por la doctrina, la práctica, y la jurisprudencia. Esos antecréditos son definidos ahora en el Código civil.

La promesa unilateral de contrato es el contrato por el que una parte, el promitente, promete a otra, el beneficiario, durante cualquier tiempo, una opción para concluir un contrato cuyos elementos esenciales están determinados (art. 1124). Este artículo trata también de la retractación del promitente durante el tiempo otorgado al beneficiario: no impide la formación del contrato prometido. Por fin, el texto dice que el contrato celebrado con un tercero en violación de la promesa unilateral es nulo si el tercero conocía la existencia de la promesa.



El artículo precedente (art. 1123), habla del pacto de preferencia. Es definido como un contrato en el cual una parte ofrece al beneficiario comprometerse con él en prioridad en caso de decidirse a celebrar un contrato. El artículo dice que cuando un contrato fue celebrado con un tercero de mala fe en violación del pacto, el beneficiario puede pedir la nulidad de este contrato o su sustitución al tercero.

Segundo, las negociaciones pre-contractuales pueden existir sin la conclusión de un antecrónimo.

Es importante elaborar un régimen de esas relaciones que asegure libertad y justicia. El artículo 1112 del Código civil dice que la iniciativa, el desarrollo y la ruptura de las negociaciones son libres pero deben satisfacer las exigencias de la buena fe.

El desarrollo o la ruptura con falta por una parte obliga a su autor a la reparación.

Este artículo confirma las soluciones anteriores de la jurisprudencia. Los tribunales habían decidido, por ejemplo, que cuando la ruptura de las negociaciones se produce abruptamente o con retraso, el autor de la ruptura puede ser condenado a pagar daños a la otra parte de las negociaciones.

La naturaleza de esta responsabilidad es extra contractual en nuestro derecho. Es una diferencia, por ejemplo, con el derecho alemán que habla de *culpa in contrahendo*. Bajo la influencia de Ihering, el derecho alemán considera que las negociaciones crean un antecrónimo y que cuando una parte rompe las negociaciones, su responsabilidad es contractual <sup>(13)</sup>.

La nueva solución parece adaptar el derecho de los contratos a las nuevas realidades económicas, realizando un buen equilibrio entre libertad y justicia. Por ejemplo, en el derecho inglés, el principio es una total libertad contractual, así, cada parte de las negociaciones puede romper esas negociaciones, cuando y como quiere, sin pagar daños al otro. La solución inglesa parece interesante desde un punto de vista económico porque permite a cada parte elegir el mejor contrato para él, pero no es satisfactoria desde un punto de vista de la justicia contractual <sup>(14)</sup>.

Organizando la negociación contractual, el nuevo derecho de los contratos favorece también la flexibilidad contractual.

## B) Favorecer la flexibilidad contractual

El contrato, sobre todo en las relaciones mercantiles, puede ser limitado por una reglamentación excesiva, que conduce a las partes a no concluir una relación contractual, es, pues, freno al desarrollo de la actividad económica. La reforma tiende a llevar más flexibilidad al contrato, como pueden demostrarlo dos ejemplos.

El primer ejemplo es la cuestión de la determinación del precio en los contratos marco del derecho de la distribución <sup>(15)</sup>. En el derecho de la distribución, las relaciones contractuales son a menudo organizadas por la conclusión de un contrato marco, que fija el marco general de los vínculos entre las partes. Este contrato marco es completado después por contratos de aplicación o ejecución. Por ejemplo, en las relaciones entre una compañía petrolera y un vendedor de gasolina, un contrato marco estipula que este vendedor tiene que comprar exclusivamente el petróleo de la compañía a un precio fijado en cada venta. La ventaja de esta estipulación es poder variar el precio de la gasolina cuando hay evoluciones del precio del petróleo. El inconveniente es que el vendedor de gasolina depende totalmente de la voluntad unilateral de la compañía, que puede fijar el precio que quiere, porque el vendedor está vinculado a la compañía por una cláusula de exclusividad.

Esto es por lo que la jurisprudencia había decidido en 1971 que el contrato marco es nulo si no tiene un precio determinado o determinable por elementos independientes de la voluntad de las partes <sup>(16)</sup>. Esta solución fue criticada porque perjudicaba la conclusión de contratos que se ejecutan durante algunos años y también perturbaba las relaciones de distribución. La jurisprudencia abandonó esta solución en 1995: no es necesario que el precio sea determinado en el contrato marco. Puede ser fijado en cada contrato de compraventa. Pero el abuso en la fijación del precio puede permitir la resolución del contrato o la indemnización de la otra parte <sup>(17)</sup>.

La reforma adopta una solución vecina. Dice (art. 1164) que en los contratos marco y en los contratos de ejecución sucesiva, los contratantes pueden convenir que el precio de la prestación sea fijado unilateralmente por una parte, siendo de su carga justificar su importe en caso de oposición. El texto



añade que en caso de abuso, el juez puede revisar el precio, fijando un nuevo precio teniendo en cuenta los usos, el precio del mercado o lo que las partes esperan.

Esa solución parece buena porque permite la conclusión de contratos de largo plazo y la creación de redes de distribución. Permite también la protección de un contratante más débil desde un punto de vista económico, en mi ejemplo el vendedor de gasolina frente a una compañía petrolera.

Se puede encontrar otro ejemplo de la voluntad de la reforma de favorecer la flexibilidad contractual en las sanciones de incumplimiento del contrato <sup>(18)</sup>.

Cuando una parte no ejecuta sus obligaciones, otra puede pedir la resolución del contrato. Si no hay una cláusula de resolución en el contrato, tradicionalmente es el juez que pronuncia la resolución. Es lo que decía el artículo 1184 del Código civil de 1804.

Pero esta solución no parecía muy buena. No parecía equitativa para el acreedor imponerle acudir al juez antes de poder resolver el contrato. Le impide comprometer otro contrato inmediatamente. No era muy bueno tampoco para el deudor porque no le permite limitar el perjuicio y, vinculado con el perjuicio, el importe de daños que va a deber al acreedor. De otro lado, no se podía permitir al acreedor resolver el contrato sin protección del deudor, como por ejemplo lo hace el derecho inglés. Eso es por lo que la reforma adopta una



solución de compromiso influida por la jurisprudencia.

El artículo 1226 dice que el acreedor puede, por su cuenta y riesgo, resolver el contrato por notificación. Previamente, tiene que constituir en mora al deudor o concederle el ejecutarlo en un plazo razonable. Si el incumplimiento persiste, el acreedor notifica al deudor la resolución del contrato y las razones que le explican. El deudor puede, en todo momento, acudir el juez para contestar la resolución. El acreedor tiene que probar la gravedad de la falta de ejecución.

Este texto permite resolver el contrato, después de una mora. El acreedor puede comprometerse contractualmente con otra parte, sin perder tiempo. El texto deja un plazo al deudor para la ejecución, para evitar que sea inmediatamente privado del contrato. Es sólo después de la resolución que hay una posibilidad de contestar esta resolución para el deudor.

El nuevo texto del Código civil a propósito de la resolución unilateral del contrato en caso de incumplimiento da más flexibilidad a las relaciones contractuales. Pero permite también adaptar nuestro derecho a las nuevas necesidades sociales, como otros textos del Código civil.

## II) El nuevo derecho de los contratos es más adaptado a las necesidades sociales:

La adaptación a las nuevas necesidades sociales se manifiesta por la protección de

la parte más débil (A) y la consagración de la teoría de la imprevisión (B).

### A) Protección de la parte más débil :

El espíritu del Código civil parecía aún dominado por los principios filosóficos y económicos de sus redactores de 1804, liberalismo económico y conservadurismo social. No parecían adaptados a las realidades de la sociedad de hoy.

Así, nuestro derecho no puede quedar cerrado a la necesidad de más justicia social. Algunos autores han observado desde el fin del siglo XIX que la libertad y la igualdad que inspiran la teoría general de los contratos eran teóricas. Cuando hay una diferencia de poder económico entre las partes, es el que tiene más poder el que puede imponer el contrato que quiere al otro. Como lo decía Lacordaire, un autor francés del siglo XIX, "Entre el fuerte y el débil, es la libertad que esclaviza y la ley que libera". Así se ha desarrollado el solidarismo contractual frente al liberalismo. El solidarismo contractual, fundado por René Demogue al siglo XIX <sup>(19)</sup>, influye las evoluciones de nuestro derecho en este principio del siglo XXI <sup>(20)</sup>.

Soluciones que fueron adoptadas desde hace más de cincuenta años por el derecho del consumo para proteger al consumidor contra el profesional, por el derecho laboral para proteger al asalariado contra el empleador. En derecho de las obligaciones, la jurisprudencia había permitido evoluciones, utilizando algunos estándares

como equidad, abuso o buena fe. Pero el frágil equilibrio de las fuentes del derecho no da bastante poder al juez. La reforma introduce más justicia contractual en los textos, como podemos ver en algunas aplicaciones.

Por ejemplo, en el Código civil de 1804 había sólo un artículo, en el capítulo consagrado a los efectos del contrato, que decía que "las convenciones deben ser ejecutadas de buena fe" (art. 1134 ap. 3 ant.).

Hoy, el principio de la buena fe es concebido como principio general de los contratos, al lado de la libertad contractual o de la fuerza obligatoria. El artículo 1104 dice: "Los contratos se negocian, se forman y se ejecutan de buena fe". El sitio de este texto, en el capítulo uno, "disposiciones preliminares", muestra de una manera limpia que este texto es un principio general. Después de la reforma es toda la vida del contrato, desde su nacimiento hasta su muerte, que tiene que respetar la buena fe.

Otro ejemplo, el Código civil, inspirado por el derecho del consumo, propone una definición general de la cláusula abusiva, que puede aplicarse más allá de las relaciones entre consumidor y profesional. El artículo 1171 dice que en los contratos de adhesión, la cláusula que cree un desequilibrio considerable en los derechos y las obligaciones de las partes puede ser suprimida a petición de la parte víctima de este desequilibrio. Por ejemplo, es considerada como abusiva, en un contrato de consumo, la cláusula por la cual el profesional limita o excluye su responsabilidad en caso de vicio del producto. Puede pensar que ahora esta cláusula que excluye o limita la responsabilidad podría ser considerada como abusiva en todos los contratos de adhesión, no solo en los contratos de consumo.

Otra ilustración de esa voluntad de proteger al contratante más débil, es la violencia considerada como un vicio que afecta al consentimiento no es solo la violencia física o moral como en el Código de 1804 <sup>(21)</sup>.

En la reforma, un contratante puede también pedir la nulidad de un contrato por violencia cuando se ha comprometido bajo el imperio de un estado de dependencia



respecto a otra parte, si la otra parte explota esta situación de debilidad para un compromiso que la primera no hubiera concluido sin el estado de dependencia (art. 1143). Es la consagración del abuso de vulnerabilidad, que puede ser utilizado en la situación de violencia económica, como por ejemplo entre una pequeña empresa y una más grande. Pero el texto de la ordenanza va más allá de las relaciones económicas. Permite sancionar la conclusión de un contrato comprometido con abuso de autoridad, como por ejemplo el contrato en el cual una secta obtiene la donación de los bienes de una persona.

Una última ilustración de la voluntad de la ordenanza de proteger al contratante más débil se encuentra en las normas de interpretación del contrato.

El principio general es que el juez tiene que buscar la voluntad de los contratantes (art. 1188). Pero en un contrato de adhesión, en el cual el contenido del contrato es determinado unilateralmente por una parte, las estipulaciones se interpretan contra esta parte (art. 1190).

Otra adaptación del derecho a las nuevas realidades sociales puede encontrarse en la admisión de la teoría de la imprevisión.

### B) Admisión de la teoría de la imprevisión.

El contrato se impone a las partes. El antiguo artículo 1134 ha devenido el artículo 1103 que dice "Los contratos legalmente celebrados tienen fuerza de ley para quienes los celebran". Los contratantes tienen que ejecutar el contrato como fue concluido. Es el principio de fuerza obligatoria de los contratos que es inspirado en la teoría de la autonomía de la voluntad. Este principio no conlleva dificultades en un periodo de estabilidad económica, como la de Francia en 1804. Pero puede conllevar malas consecuencias en una sociedad mundializada, sometida a trastornos económicos. De una manera concreta, se plantea la pregunta siguiente, saber si el juez puede modificar el contrato en caso de que un cambio de circunstancias económicas ha trastornado el equilibrio de las prestaciones querido inicialmente por las partes.

No había ningún artículo que respondiese especialmente a esta pregunta en el

Código civil de 1804. La Corte de casación no quería permitir al juez la revisión del contrato <sup>(22)</sup>. Bajo el fundamento jurídico de la seguridad de las relaciones jurídicas, la Corte de casación tenía miedo que la revisión llama a revisión. El contratante que veía su deuda aumentada después de la revisión podría pretender una revisión en su provecho en los contratos en los cuales era acreedor. Además, hemos visto que en la tradición francesa hay una desconfianza para el juez. La Corte de casación no quería que el juez intervenga en el equilibrio del contrato. El contrato es la cosa de las partes, no del juez. También el derecho francés consideraba tradicionalmente que el juez no tiene las competencias económicas para restablecer el equilibrio de las prestaciones.

Este rigor parecía criticable cuando se multiplicaban los contratos de largo plazo y que las circunstancias económicas eran cada día más inestables. Era también criticable porque la mayoría de los países europeos y de los países del mundo permiten hoy al juez restablecer el equilibrio de un contrato trastornado por las circunstancias económicas.

Para remediar esos inconvenientes, las partes pueden estipular una cláusula de negociación, de *hardship*, frecuente en los contratos mercantiles internacionales. Esta cláusula obliga a las partes a negociar de nuevo las prestaciones en caso de alteración de las circunstancias económicas produciendo un desequilibrio del contrato. Pero eso no puede aplicarse sin estipulaciones de las partes.

Para remediar esas dificultades, la Corte de casación había recientemente propuesto que la obligación de ejecutar el contrato de buena fe implica la obligación de negociar de nuevo un contrato desequilibrado por una modificación de las circunstancias <sup>(23)</sup>, pero la doctrina estaba dividida en la interpretación de esta decisión.

La reforma rompe con la tradición jurídica francesa, permitiendo al juez la revisión del contrato desequilibrado: es el artículo 1195.

El texto expone en primer lugar las dos condiciones en las cuales se aplica.

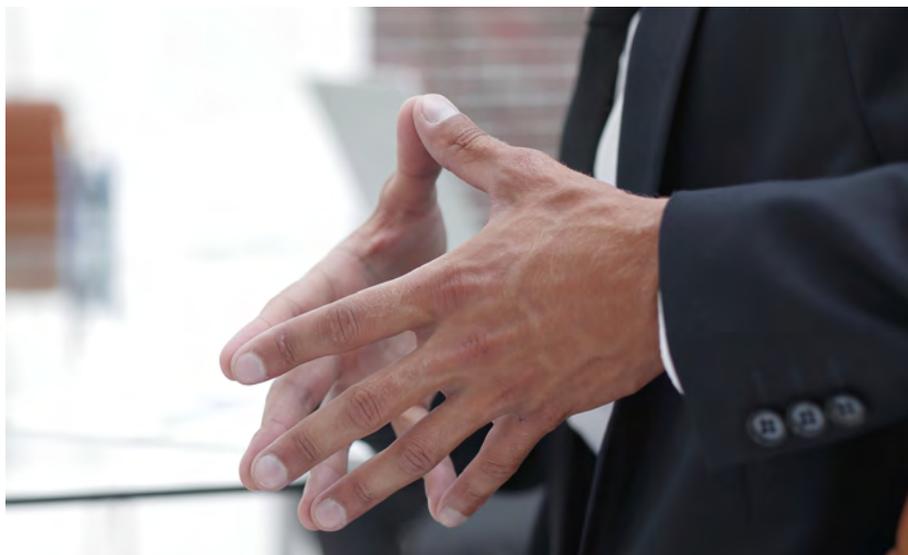
La primera es un cambio de circunstancias imprevisible en el momento de la conclusión del contrato. Las palabras me parecen buenas. Limitar la aplicación del texto al único cambio



de circunstancias económicas sería un poco reductor. Además, el cambio de circunstancias no debe existir al momento de la conclusión del contrato, sino que es un problema de formación de contrato, en particular un vicio que adolece el consentimiento o un problema de lesión. Por fin, este cambio de circunstancias no debe ser previsible, sino las partes tenían que integrarlo al momento de la conclusión del contrato.

La segunda condición exige que este cambio de circunstancias haga la ejecución "excesivamente onerosa". Este criterio que se encuentra en numerosos textos en los países que reconocen la imprevisión en el mundo parece un buen compromiso entre la ejecución que es simplemente más difícil o más onerosa, que el deudor no puede evitar sin amenazar la seguridad de las relaciones jurídicas, y la ejecución imposible que debe ser apreciada con el concepto de fuerza mayor.

Si esas dos condiciones son cumplidas, la parte víctima del desequilibrio puede pedir negociar de nuevo a su contratante. Parece una buena solución dar a los contratantes el poder para adaptar el contrato en un primer tiempo. El texto dice que durante las negociaciones la parte que las han pedido tiene que continuar la ejecución de sus obligaciones. El texto no dice nada más a propósito del desarrollo de esas negociaciones. Pienso que se aplica el principio general de ejecución de buena fe. Si una parte negocia sin voluntad de concluir nuevo contrato,



podiera ser considerada como de mala fe y ser condenada a pagar daños a otra.

En caso de repulsa o de fracaso de la nueva negociación, las partes pueden pedir de un común acuerdo al juez que adapta el contrato. Me parece importante porque permite al juez restablecer el equilibrio del contrato. Pero se necesita observar que limita esta posibilidad porque el juez tiene que ser requerido por las dos partes. En la práctica, se ve que difícilmente la parte que se beneficia del desequilibrio pueda pedir una adaptación del contrato al juez, adaptación que sea contraria a sus intereses.

Eso es por lo que, en caso de falta de acuerdo de las partes, una puede pedir al juez la resolución del contrato o su adaptación. Es una novedad muy importante en nuestro derecho. A propósito de este poder de adaptación concedido al juez, se puede deplorar que no sea marcado por un estandarte. Ese estandarte pudiera ser objetivo, como por ejemplo la equidad o lo razonable. Pudiera ser también subjetivo como las esperanzas legítimas de las partes.

En conclusión, se puede observar que la ordenanza es un texto moderno que integra diversas influencias extranjeras, sobre todo influencias de los proyectos europeos.

Permite adaptar nuestro derecho de los contratos a las realidades económicas y sociales del siglo XXI.

Un proyecto de reforma de la responsabilidad extra contractual, que fue publicado en su segunda versión el 13 de marzo de 2017 pudiera permitir modernizar esta otra parte del derecho de las obligaciones que data de 1804, armonizándolo con el derecho de los contratos y el derecho del régimen de las obligaciones.

## NOTAS

- (1) Cf. J. CARBONNIER, *Essais sur les lois*, Defrénois, 2da ed., 1995.
- (2) G. CORNU, *Droit civil, Introduction*, Montchrestien, 13 ed., 2007, n° 301.
- (3) B. FAUVARQUE-COSSON y S. PATRIS-GODECHOT, *Le Code civil face à son destin*, La doc. Française, 2006.
- (4) *De l'esprit des lois*, Libro IX, cap. VI.
- (5) *Le nouveau Code civil roumain, vu de l'intérieur, vu de l'extérieur*, PU Bucarest, Rumania, 2014.
- (6) Personalmente, fui el encargado de elaborar la parte "Objeto de los contratos", con mi colega y amigo Jérôme Huet.
- (7) *Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription*, La doc. fr., 2005.

- (8) *Del contrato, de las obligaciones y de la prescripción*, trad. F. HINESTROSA, Univ. Externado, Bogotá, 2006.
- (9) *Pour une réforme du droit des contrats* (Daloz, Thèmes et commentaires, 2009); *Pour une réforme du droit de la responsabilité* (Daloz, Thèmes et commentaires, 2011); *Pour une réforme du régime général des obligations* (Daloz, Thèmes et commentaires, 2013).
- (10) El texto del proyecto puede encontrarse en la web del Ministerio francés de la justicia: [www.justice.gouv.fr](http://www.justice.gouv.fr)
- (11) Este artículo está consagrado solamente al derecho de los contratos, no al régimen o la prueba de las obligaciones.
- (12) Cf. por ejemplo, P. MALINVAUD, D. FENOUILLET y M. MEKKI, *Droit des obligations*, LexisNexis, 15 ed, 2017, n° 120.
- (13) R. CABRILLAC, *Droit européen comparé des contrats*, LGDJ, 2da ed., 2016, n° 58 (traducido en español bajo la dirección de S. Picasso y publicado por La ley, Buenos Aires, *Derecho europeo de los contratos*, 2016, n° 58).
- (14) *Ibid.*, n° 56.
- (15) Cf. por ejemplo, R. CABRILLAC, *Droit des obligations*, Daloz, 13 ed., 2018, n° 77.
- (16) Com. 5 nov. 1971, D. 1972, nota J. GHESTIN; JCP 1972.II.16975, nota J. BORE.
- (17) Ass. pl. 1er dic. 1995, D. 1996.18, nota L. AYNES; JCP 1995.II.22565, concl. JEOL, nota J. GHESTIN.
- (18) Cf. por ejemplo, Ph. MALAURIE, L. AYNES y Ph. STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, Lextenso, 10 éd., 2018, n° 884.
- (19) R. DEMOGUE, *Traité des obligations en général*, Paris, 1931.
- (20) Cf. por ejemplo, F. TERRE, Ph. SIMLER y Y. LEQUETTE, F. Chenédé, *Les obligations*, Daloz, 12 ed., 2018, n° 51.
- (21) Cf. por ejemplo, B. FAGES, *Droit des obligations*, LGDJ, 8 ed., 2018, n° 116.
- (22) Civ., 6 mars 1876, D. 1876.1.193, nota GIBOULOT.
- (23) Civ., 1, 16 marzo 2004, D. 2004.1754, nota D. MAZEAUD; JCP 2004.I.173, nota J. GHESTIN.
- (24) Cf. en ce sens, G. VINEY, « L'espoir d'une recodification du droit de la responsabilité », D. 2016.1378.

# Análisis sintético sobre política. Política arancelaria notarial, imparcialidad y leyes de mercado

Ramón Bernabé Panós  
Notario de Terrasa (Barcelona)

## ÍNDICE

### I. Introducción

### II. La profesión notarial y su retribución arancelaria en países del notariado latino citados por la Sentencia de 24 mayo 2011 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea

### III. Función y carácter del notariado español

- a) La función notarial
- b) Su carácter
- c) El control de legalidad
- d) La condición de funcionario público
- e) La predictibilidad jurisdiccional

### IV. La imparcialidad

- a) Requisito esencial de la función
- b) La imparcialidad en el sistema de elección de Notario

### V. Naturaleza jurídica y fiscalidad del arancel notarial

- a) Naturaleza jurídica
- b) Su incompatibilidad y la liberación arancelaria
- c) Fiscalidad arancelaria y actividad económica

Conclusión

### VI. Arancel notarial, leyes de mercado y competencia regulada de oferta

- 1. Arancel y leyes de mercado



- a) Introducción
- b) Competencia y eficacia
- c) La relación coste-beneficio en la práctica de la función notarial
- d) Valor funcional
- e) Competencia y libre elección de Notario
- f) Su relación con las leyes de mercado

- 2. La visión de la fe pública como competencia regulada de oferta
  - a) Su justificación con el servicio público
  - b) La competencia de oferta como actividad no empresarial

Conclusión

### VII. La incoherencia arancelaria y sus efectos

- a) La incoherencia funcional
- b) La dudosa cuestión de su constitucionalidad
- c) Posibles efectos distorsionadores derivados de la aplicación de un arancel de máximos

**Conclusiones finales**

**Bibliografía**

## I. INTRODUCCIÓN

El artículo 9, apartado 3, de la Constitución española incluye entre los principios jurídicos fundamentales que ordenan el Estado de Derecho la "seguridad jurídica", como exigencia que permita predecir genéricamente una correcta aplicación del Derecho en el desarrollo de las relaciones jurídicas resaltando el concepto de justicia y que en el ámbito privado promueve preventivamente, como garantía de certeza, mediante la reserva de determinados efectos legales a aquellas que se hayan generado con intervención de funcionarios públicos en quienes, con tal fin, se ha delegado la fe pública extrajudicial y a los que por dicha condición y conforme al art. 103, apartado 3, de la Constitución, se les exige legalmente que sea prestada con "garantías para la imparcialidad en ejercicio de sus funciones."

La certeza que confiere la fe pública, como efecto que le es consustancial, precisa de una absoluta imparcialidad en su ejercicio para ser reconocida por el ordenamiento jurídico como presunta verdad oficial sobre determinados actos o hechos, lo que la hace adquirir la condición de requisito esencial de la actividad notarial.

Este valor de la imparcialidad que se integra en una función abierta a toda la sociedad por su naturaleza pública, aunque ejercida de forma autónoma e independiente, reclama el establecimiento de un sistema retributivo de su prestación fijo y transparente regulado por el Estado mediante un arancel de carácter obligatorio.

Sin embargo, por RDL 6/1999, de 16 de abril de Medidas Urgentes de Liberalización e Incremento de la Competencia, art. 2, se estableció el carácter de máximo a los aranceles de los antiguos Corredores de Comercio Colegiados, integrados en el Cuerpo Único de Notarios en virtud de la DA 24ª de la Ley 55/1999, de 29 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, en vigor desde el 1 de Octubre de 2000, rigiéndose bajo aquella norma la retribución arancelaria por la intervención de pólizas mercantiles de acuerdo con el Arancel del anterior régimen del extinto Cuerpo de Corredores de Comercio, vigente desde el 15-12-1950. Por otra parte y por RDL 6/2000, de 24 de junio, de Medidas Urgentes de Intensificación de la Competencia de Precios y Servicios, se liberalizó parcialmente el arancel notarial al autorizar la aplicación de descuentos hasta un máximo

del 10 % y declarar libre su aplicación en el tramo de operaciones cuya cuantía supera los seis millones de euros. Todo ello como fórmula de estímulo de la competencia entre notarios por el precio.

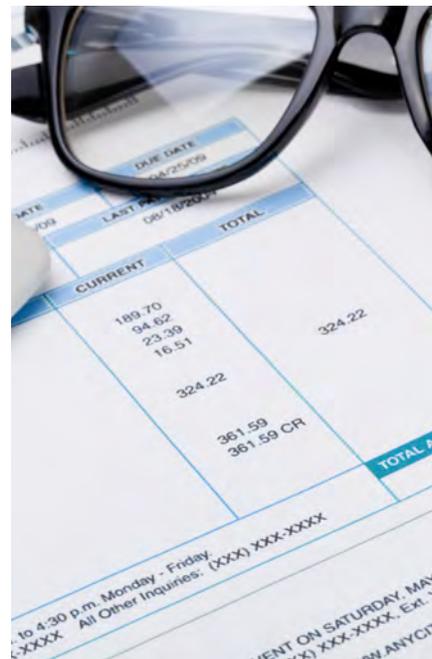
El problema que se plantea no sólo deriva de la falta de unicidad en el sistema arancelario referido en la actualidad a un único cuerpo de fedatarios públicos en atención al distinto carácter que les atribuye su correspondiente regulación, si no de plasmar una política liberalizadora basada en la competencia comercial y no de méritos, incoherente con aquella exigencia de imparcialidad e independencia en el ejercicio de la función notarial.

Por el Consejo de Ministros de 25 de febrero de 2005 se acordó la creación de un nuevo arancel único con sujeción a las normas establecidas en la D.A. 3ª de la Ley de Tasas y Precios Públicos, de acuerdo con los criterios de transparencia y proporcionalidad con el servicio prestado y respondiendo a principios de proporcionalidad, calculabilidad, imparcialidad, transparencia y verificabilidad y que a esta fecha se encuentra pendiente de su definitivo desarrollo.

Mediante el presente análisis y desde una perspectiva de práctica notarial y su relación con las leyes de mercado, se pretende hacer una valoración del alcance del impacto que en el ejercicio de la profesión notarial pudiera tener el mantenimiento de esta política de descuentos voluntarios y en especial del específico arancel de máximos aplicable a la intervención de pólizas.

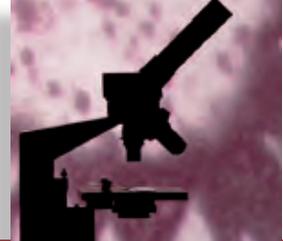
## II. LA PROFESIÓN NOTARIAL Y SU RETRIBUCIÓN ARANCELARIA EN PAÍSES DEL NOTARIADO LATINO CITADOS POR LA SENTENCIA DE 24 MAYO 2011 DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA

En la sentencia de fecha 24 de mayo de 2011 dictada por la Gran Sala del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre el alcance de la actividad notarial en el ejercicio de poder público en relación con el Art. 45,1, de la CE., para declarar sobre su inclusión o no en el "ámbito negativo de aplicación" de la libertad de establecimiento en los países de la Unión Europea de la profesión de notario, el Abogado General en sus conclusiones, aunque reconoce que se trata de una actividad que participa en el ejercicio del poder público, termina afir-



mando que no lo hace de forma directa como ocurre con la jurisdiccional y al no ser aplicable el principio de proporcionalidad por no responder el citado artículo a criterios de ponderación en la apreciación de los supuestos que contempla, concluye en la no admisión de la discriminación por la nacionalidad de los que pretendan acceder a su ejercicio, como ya en su momento había recogido la LN española en su art. 10, conclusión que finalmente es recogida por la citada sentencia al entender que las actividades notariales no están relacionadas con el ejercicio del poder público en el sentido del art. 45, 1º CE.: el ejercicio directo de potestades públicas.

No obstante, en las motivaciones de fondo aportadas por el Abogado General, realiza una serie de afirmaciones derivadas del estudio exhaustivo de la profesión notarial en el ámbito del notariado latino, de las que debiera destacarse en primer lugar las que hace partiendo, como criterio determinante para la calificación de un acto como derivado del poder público, de la naturaleza de su relación con el Ordenamiento del Estado, es decir, que resulte expresiva de una participación en el ejercicio del poder público, no por su mera conformidad con dicho orden sino por su incorporación como actos del ordenamiento, por los que, en base a la autenticación como elemento inseparable del conjunto de la actividad notarial, estima que ésta participa directa y específicamente en el ejercicio del poder público.



A lo largo de su análisis, advierte que con esta intervención pública, la notarial, en los actos de los particulares, el poder público dota de seguridad y certeza a los mismos, pacificando así el tráfico jurídico y que ésta función pacificadora anticipada típica de la actividad notarial de autenticación, ha dado lugar a su calificación como “justicia preventiva”.

Y en el ámbito del estatuto notarial, califica al notario como funcionario público, que representa al Estado, sujeto a régimen disciplinario, sin que su actividad en ningún caso suponga el ejercicio directo de potestades públicas.

Respecto a la conclusión de que los notarios de los Estados demandados ejercen su profesión en condiciones de competencia, las Sentencias se remiten al punto 18 de las conclusiones del Abogado General, que lo hace en el sentido de que “los notarios no compiten por su clientela mediante una política de precios, sino de calidad de servicio, “conclusión que se basa en el estudio de la actividad notarial de los Estados miembros denunciados y su respectivo marco normativo (belga, francés, luxemburgués, austriaco, alemán y griego), en los que la regulación de los honorarios notariales no tienen carácter comercial y están fijados por ley, pero el cliente tiene un amplio margen de libertad de elección de notario.

Por tanto, los notarios no compiten mediante una política de precios, como se podría deducir de una lectura superficial de

la conclusión del Tribunal, sino que están sujetos a competencia sólo por razón de su eficacia, no por motivos comerciales. La competencia se centra exclusivamente en la calidad del servicio como único elemento determinante de la elección del cliente.

El hecho de la elección por el cliente confirma que el notario no ejerce directamente un poder público, sino que actúa de forma independiente de la estructura de la administración estatal con un “status” de funcionario público dotado de autoridad, cuya actividad al perseguir fines de interés general, tales como “garantizar la legalidad y la seguridad jurídica de los actos celebrados entre particulares”, justifica las “restricciones derivadas de las particularidades que caracterizan la actividad notarial” tales como las referentes a la remuneración, independencia, incompatibilidad o inamovilidad.

Merece, también, prestar atención a la simple afirmación de que los notarios franceses perciben “una parte de los honorarios que quedan fijados por ley”, la cual debe entenderse en el sentido de que el arancel notarial francés por la prestación de sus servicios, regulado por Decreto, establece en su art. 4 que “los notarios son remunerados por los servicios prestados en el ejercicio de las actividades no previstas en el Título II del mismo Decreto y compatibles con la función notarial, con los honorarios fijados de común acuerdo con las partes”, no refiriéndose esa libertad de honorarios a la función propia del notariado que sí está regulada, sino a otras actividades adiciona-

les ejercidas con ocasión de la notarial pero que no participan de su naturaleza, tales como la gestión documental y similares, en la que los honorarios se pactan, instituyendo expresamente el carácter doble de su regulación según la naturaleza de sus servicios, públicos o no. No debe confundirse esta singularidad regulatoria francesa con la distinción normativa del sistema alemán entre los notarios de plena dedicación, equivalentes al notariado español, y los notarios-abogados, en los que concurren ambas funciones, pública y privada, sobre el mismo notario, de forma independiente, vigente en determinados länder.

Una situación singular, que merece reseñarse, se da en el notariado holandés a partir de su desregulación en el año 2000, que encontró su justificación en su inmovilidad y elevados precios, estimada especialmente por las asociaciones de consumidores en un debate entre precio y eficacia, estableciéndose al final un carácter liberal en el ejercicio notarial para su establecimiento y tarifas aplicables, con resultados distintos a los que se habían previsto en la reforma sufrida, al incurrir, entre otros, en una acumulación de oficinas en las ciudades importantes, publicidad extrema y costes superiores, salvo para los grandes clientes, con un resultado final de menos calidad en su prestación y más precio, reflejo de la contradicción entre liberalización y servicio público que ha exigido la imposición de un autocontrol ejercido a través de la asociación notarial KNB.

Aquí debe hacerse referencia, en el apartado de argumentos del Abogado General relativo a la actividad de participación en el ejercicio del poder público, de la cita de la sentencia Reyners (21 junio 1974) que declaró que no se puede admitir un pronunciamiento sobre la totalidad de la profesión “cuando, en el marco de una profesión independiente, las actividades que estén eventualmente relacionadas con el ejercicio del poder público constituyan un elemento separable del conjunto de la actividad profesional de que se trate”, aviso evidente de posteriores reformas de sistemas notariales en los que adquirió relieve la tendencia del asesoramiento privado facturable.

También se resalta en dicha sentencia respecto a la noción de poder público su concepción de “auctoritas” y no puro “imperium”, de naturaleza relativa susceptible de graduación, en el que el criterio deter-

minante de un acto como derivado del poder público sería el de la naturaleza de su relación con el ordenamiento del Estado expresiva de su participación en el ejercicio del poder público, no de su mera conformidad. Si la jurisdicción puede ser considerada como expresión de poder público ejercida por funcionarios del Estado, también lo son aquellos que puedan alcanzar dicha condición sin jurisdicción. De ahí que en el ámbito notarial se identifica con poder público la capacidad para imputar un acto, disposición o conducta a la voluntad del Estado "formalizada a través del ordenamiento jurídico", que encuentra su expresión en la fuerza probatoria y ejecutiva de los actos notariales auténticos, a lo que se califica como "justicia preventiva" y a la profesión notarial en general como partícipe "directa y específicamente en el ejercicio del poder público".

**...el actual arancel notarial reconoce formas de competencia basadas en el precio al autorizar descuentos tanto en el aplicable por la autorización de escrituras públicas como en el aplicable por la intervención de pólizas bancarias.**

En base a los argumentos y conclusiones sucintamente expuestos en los que se reconoce el carácter de funcionario público del notario en quien se ha delegado el ejercicio de la fe pública, el inherente requisito de imparcialidad, el devengo de honorarios conforme un arancel fijo autorizado por el Estado y que su régimen de competencia queda circunscrito a su mayor eficacia en la prestación del servicio solicitado con exclusión de la consideración del precio, podrían deducirse similares conclusiones en el establecimiento de un régimen de competencia por la eficacia, con expresa exclusión del precio, en el ejercicio de la función notarial en España como respuesta al mandato constitucional de imparcialidad, como norma de orden público.

Ahora bien, el actual arancel notarial reconoce formas de competencia basadas en el precio al autorizar descuentos tanto en el aplicable por la autorización de escrituras públicas como en el aplicable por la intervención de pólizas bancarias, al cual se le confirió por norma del Ministerio de Eco-



nomía, del que dependía el extinto Cuerpo de Corredores de Comercio, el carácter de máximo aduciendo motivos económicos, condición que le otorga una intensidad competitiva extrema en el orden comercial al permitir incluso la gratuidad total por los servicios prestados sin incurrir en falta reglamentaria, primando en ambos casos el coste sobre la calidad de servicio como estímulo para la elección del notario.

Esta regulación del arancel notarial español se desvía significativamente del criterio imperante en el notariado latino al que antes nos hemos referido, en el que sobre la base de la función autenticadora, como expresión referida al ejercicio de la fe pública extrajudicial, y su condición funcional, se establece un sistema de competencia basado en la eficacia, con exclusión de criterios comerciales.

Entiendo, pues, que es preciso en primer lugar y antes de analizar esta política arancelaria, tratar de establecer el carácter y función del notariado español para deslindar, si las hubiere, las diferencias con el notariado latino que permitan justificar una política arancelaria ambigua en la que se prima la competencia comercial relegando la basada en la eficacia profesional.

### III. FUNCIÓN Y CARÁCTER DEL NOTARIADO ESPAÑOL

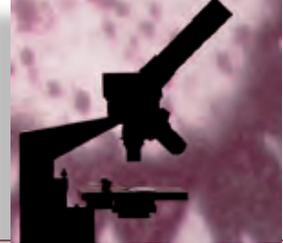
#### a) La función notarial

Ante la realidad de una sociedad compleja, que siempre ha potenciado una ancestral pretensión de certeza, se hace preciso

asegurar las relaciones jurídicas que se generan dentro de la misma y con la voluntad de reducir la sensación de incertidumbre en el desarrollo de los efectos legales que derivan de las mismas, nace la concreta obligación estatal de organizar sistemas idóneos orientados a tal fin. El art. 9 de la Constitución Española, reflejando esta responsabilidad social del Estado, afirma que: "La Constitución garantiza... la seguridad jurídica..."; estableciendo uno de los principios en los que se asienta el estado de derecho, como característica propia de una evidente evolución social, por el que asume el deber de fomentar la seguridad jurídica sujetando a su finalidad la exigencia de legalidad y eficacia de las relaciones jurídicas.

Esta seguridad se manifiesta en las relaciones jurídicas privadas en la certeza que otorga la proyección de la autoridad del Estado por la imposición la fe pública sobre los documentos que las regulan como verdad de lo declarado bajo su amparo ante quien, por delegación del Estado, la detenta, generando confianza en las mismas al reconocer las leyes ante la sociedad tales efectos a través del tiempo, en su cumplimiento y evolución futura. Esta fe pública constituye la finalidad esencial de la función notarial y a quien la ejerce como titular su necesaria condición de funcionario público.

Al ser obligación del Estado asegurar las relaciones jurídicas no contenciosas que ordenan actividades privadas, potencia el recurso a la fe pública extrajudicial atribuyendo por ley a los documentos públicos otorgados bajo su amparo efectos privilegiados que les confieren preeminencia so-



bre los documentos privados al dotarles de fuerza probatoria y ejecutiva, sin que precisen de la declaración de tal carácter por autoridad superior, autonomía e inmanencia que nace del propio valor que incorpora el documento autorizado por notario público competente.

El Estado convierte el uso instrumental de la forma pública en un medio eficaz en el incremento de la seguridad jurídica en el que el documento público protocolizado es garantía de la inviolabilidad y permanencia de los hechos y actos jurídicos que incorpora.

La actuación del Estado, desarrollando funcionalmente una exigencia constitucional, constituye un servicio público que por su naturaleza no es prestado directamente por la Administración, sino por funcionario público en quien lo delega para actuar de forma independiente pero reglamentada y bajo su propia responsabilidad, respondiendo a una exigencia organizativa de utilidad social que históricamente fomentó su creación, con la obligación por imperativo constitucional, dada su condición, de ser imparcial en la dación de fe como acto unilateral que, como público, se impone en sus efectos sobre los sujetos afectados. Esta "auctoritas" delegada del Estado en el notario justifica su función limitando simultáneamente su ejercicio debidamente regulado.

El notariado es, pues, la institución en la que se personaliza la delegación de la fe pública extrajudicial como manifestación de un poder público con todas sus facul-

tades y efectos conforme al ordenamiento jurídico, en la que la actuación notarial responde a una causa: prestar un servicio público a la sociedad en el ámbito privado.

El vínculo establecido entre la Administración y el notariado no es subsidiario sino directo como funcionario público, participando del poder coactivo del Estado de forma mediada por su delegación a través de la fuerza probatoria y coactiva que las leyes reconocen a los documentos que autoriza.

Esta delegación personal es el medio que prevé el Estado de integración en la sociedad de dicho servicio, que se concreta en su desarrollo en la existencia de Oficinas públicas próximas al ciudadano servidas por funcionarios que actúan bajo su propia responsabilidad e independencia en el ejercicio de su función amparada en su integridad y diligencia profesional al responder a un solo fin, el bien común.

#### **b) Su carácter**

La seguridad jurídica intrínseca del Ordenamiento jurídico, como bien de interés general consecuente con los principios que lo informan, requiere en el ámbito privado de una regulación que se proyecte en las relaciones jurídicas establecidas mediante un sistema tutelar, siguiendo el criterio kelseniano de que el derecho privado relaciona sujetos equivalentes con un mismo valor jurídico, y en la que se prevea el uso de medios por los que se incremente su efectividad, entre los que se incluye a la

actividad notarial como uno fundamental en la demanda de garantías por una sociedad de libre mercado en la que sus efectos son evidente manifestación de la autoridad del Estado, operando con tal fin de forma dinámica en la consecución de una mayor seguridad jurídica.

Esta fe pública extrajudicial queda definida por los principios de inmanencia, independencia, imparcialidad y permanencia, que determinan su fiabilidad objetiva, sin que ésta pueda sufrir alteración o incurrir en ambigüedad sin alterar su propia esencia en cuanto ello podría suponer la modificación de la coherencia intrínseca a su legitimidad, credibilidad y neutralidad.

La naturaleza pública de la fe extrajudicial implica una plena accesibilidad social como un instrumento de seguridad jurídica de las relaciones jurídicas establecidas bajo su amparo dada la voluntad de cumplimiento por los titulares de las mismas y correlativa exigencia a la que se someten, no sólo por la inviolabilidad documental que transmite a su contenido, "leges vigilantibus scriptae sunt", lo que confiere confianza en su efectivo cumplimiento, sino atendiendo al carácter coactivo que otorga a los documentos públicos al conferirles fuerza ejecutiva, lo que les impele a reclamar la intervención notarial y en la que descansa la racionalidad de esta decisión en el titular de derechos frente a los sujetos obligados en defensa de sus intereses, que el Estado de Derecho tiene obligación de tutelar.

La actividad notarial es, pues, el núcleo en el que se engarza el interés general del Estado para incrementar la seguridad jurídica, convertida en un principio constitucional vinculante, con el interés particular en asegurar sus relaciones jurídicas, ya que la propia autonomía de la voluntad no implica ausencia de la potestad legislativa en la que una reducción de la seguridad jurídica, que no es ajena al interés público, incardinada en la fe pública, afectaría al mismo concepto de orden público entendido como "conjunto de aquellos valores fundamentales e irrenunciables sobre los que se apoya nuestro entero ordenamiento jurídico"<sup>(1)</sup>.

Esta correlación entre la esfera privada y la pública se establece en el sistema del "civil law", a través del notario al resultar un instrumento idóneo para actuar en el ámbito privado en el ejercicio de una función pública mediante la delegación por el Estado de una facultad para su ejercicio inde-

pendiente: la fe pública extrajudicial que le atribuye su condición.

En el ejercicio de esta función representa al Estado y por ello las leyes confieren valor público a los documentos que autoriza, por lo que deberá actuar en el ejercicio de esa delegación estatal de forma eficiente para poder establecer esa correlación de intereses particulares, quedando el general de su actuación enmarcado en el límite de la seguridad jurídica, interés que marca el límite de las facultades otorgadas, por lo que deben estar debidamente reguladas por la Administración.

Pero el ejercicio de la función notarial no se debe interpretar como el ejercicio directo de un poder público por parte del funcionario que la ostenta, sino como un ejercicio indirecto de su atribución que se realiza a través del documento autorizado. El notario representa una fe pública que nace con la autorización de una forma documental a la que la ley reconoce fehaciencia, el documento público notarial, que al ser reconocido como tal acredita su contenido en base a un principio de integridad: lo que no expresa, no existe como contenido fehaciente, como ya señaló el jurista Dumoulin "los documentos públicos se prueban por sí mismos"; y en el mismo sentido se sostiene que el notario no es por sí el detentador de la fe pública, sino que esta le es atribuida a través de la autorización por él mismo del documento que la incorpora como inherente a su naturaleza. Ya en el Antiguo Egipto se documentaban por escrito a través de los reputados escribas todas las transacciones públicas y privadas por los que se materializaba la palabra dada, añadiéndose en las transacciones comerciales lo siguiente "conservad mi carta para que en el porvenir os sirva de documento justificativo". (Ermann & Ranke, "La Civilisation Égyptienne"). El documento público que nació de una función reconocida socialmente, es el que hoy define la función de quien lo autoriza, el notario.

Es la propia impersonalidad del Estado la causa de su delegación potestativa de la fe pública notarial al relacionarse directamente el funcionario a quien se atribuye con el usuario, no con un administrado, en una relación no coactiva sino proactiva en un régimen de competencia regulada establecido como requisito de independencia e imparcialidad propio del ejercicio de las actividades públicas. El notario no ejerce nin-



gún poder coactivo sobre la voluntad del sujeto al actuar en el área de la jurisdicción voluntaria sino que es el propio sujeto el que se somete voluntariamente a los efectos coactivos propios que se derivan del documento público que suscribe, siendo el ejercicio de la "auctoritas" delegada del Estado imparcial e independiente en toda la actuación fedataria en relación a los usuarios sobre los que se extiende, en cuanto no es un ejercicio directo de la misma.

Es, pues, un ejercicio de poder público mediado en los efectos que produce y directo únicamente en la caracterización como público del documento en el acto imponer la fe pública. Es el propio documento el que faculta al interesado para ejercer sus derechos y al que voluntaria y previamente se ha sometido como sujeto obligado. Luego no se puede decir que el notario ejerza una facultad coactiva que se imponga de forma directa sobre la voluntad de los sujetos sino que actúa en la atribución documental de aquella facultad.

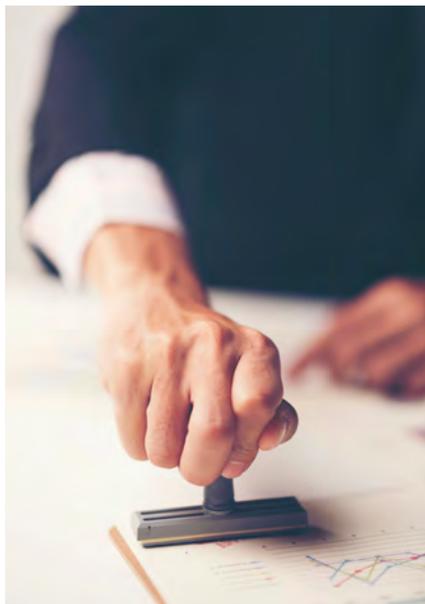
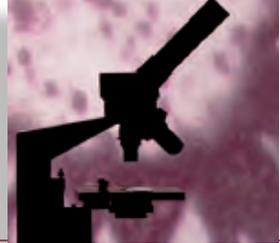
La fuerza ejecutiva que la ley procesal reconoce a estos títulos es simplemente la de la facultad de su ejercicio, como requisito procesal previo, no su efecto directo que sólo puede derivar del proceso. La fuerza ejecutiva del documento público descansa en la voluntad de las partes de atribuir tal valor al acto que otorgan ante notario público, quien da certeza a sus declaraciones. El documento público representa la incorporación de lo sustantivo, como acción dinámica, que precisa de una forma para ex-

presarse y de la forma auténtica y estática para prevalecer en el sistema jurídico. Esa es su función.

Por lo expresado se puede sostener que el notario es una autoridad pública por delegación del Estado: su declaración de fe da carácter público al documento que autoriza y es la autoridad del Estado la que impone su reconocimiento público de acuerdo con la legislación. Su autorización es una autorización documental pública. Esta fe revestida de autoridad, la fe pública, promueve la seguridad por la certeza de sus afirmaciones reconocidas legalmente como certezas procesales, al ser reconocida como verdad oficial salvo prueba en contrario, que son inherentes al propio documento público.

Esta actividad fedataria facilita de forma relevante la estrategia de la Administración en la consecución de la seguridad jurídica, al armonizar dos intereses sociales, el público y el privado, a través de su ejercicio responsable: ordena legalmente y da fe, creando títulos públicos y con ello bases seguras para el desarrollo económico promoviendo un dinamismo jurídico estimulador del mundo empresarial. En general, cabe afirmar que el Notario es apreciado por su entorno social al facilitar la permanencia segura de los derechos que nacen de los negocios jurídicos otorgados bajo su autorización, una vez adaptada la libertad de voluntad contractual al fin propuesto.

Si uno de los fines de la justicia entendida como fundamento social recae en el



principio ético recogido por el jurista romano Ulpiano, “suum cuique tribuere”, la función notarial se percibe socialmente como medio útil en la tutela jurídica propio de un sistema garantista para lograr tal fin a través de la seguridad que presta, en contraposición a la inquietante sensación general de incertidumbre que suele acontecer en la mera formación privada de relaciones jurídicas, coadyuvando de esta forma a alcanzar una paz social derivada de la normal y efectiva realización del Derecho, justificación social de su existencia.

### c) El control de legalidad

El poder público del documento notarial nace de una fe pública formal que expresa “erga omnes” su condición, amparada en una homogeneidad regulada y legalmente otorgada, constituyendo esta fe la esencia de la función notarial. Ahora bien, esta autenticidad que nace de la fe pública no termina en la forma como autenticidad documental cuyo efecto principal sea solamente probatorio, sino que la actuación del notario adecúa a la legalidad el negocio jurídico que incorpora para su validez y eficacia, presunción de legalidad que confiere a la autenticidad formal su verdadero valor. Una autenticidad meramente probatoria basada en la forma no sería trascendente si el contenido que ampara resultara ineficaz en la consolidación negocial de los derechos y obligaciones establecidos y en su acceso a los Registros públicos.

Por ello el control de legalidad en la mayoría de los países del notariado latino adquiere carta de naturaleza en la función notarial. La fe pública no es por sí sola fáctica sino legal, lo que permite asegurar la eficacia pretendida del título, formal y sustantiva. Si la forma define el carácter público del documento notarial, el control de legalidad asegura la eficacia de su contenido como presupuesto necesario dada la discrecionalidad regulatoria en el establecimiento de relaciones jurídicas particulares como principio jurídico, integrando un valor jurisdiccional al documental que como título público le reconocen las leyes. El juicio de valor notarial en el control de legalidad siempre incidirá en aquella indeterminación en su aplicación concreta al negocio jurídico, que será finalmente definido por su propio criterio subjetivo en el ámbito de la discrecionalidad jurídica y moral.

Es esta seguridad la que confiere al control de la legalidad la esencia de la prestación de fe pública: la realidad de un contenido documental legalmente eficaz basada en su certeza.

Es, además, el propio carácter público de la función el que exige el control legal de los actos en los que interviene. La ausencia de legalidad privaría a la función pública de su naturaleza al estar aquella implícita en la misma actividad del Estado, por lo que quien actúa como delegado del mismo no puede obviar su control en el ejercicio de las facultades atribuidas, ya que su ausencia privaría a los documentos así autorizados de los efectos que le son propios, pues, otorgados bajo la autoridad del Estado, no pueden ir en contra de la ley. El control de legalidad notarial siempre resultará abstracto en su definición, al no sustentarse como mera actividad profesional y ser reconocido como tal por la ley.

El control de legalidad es, pues, un deber conforme al ordenamiento jurídico cuyo ejercicio responsable queda definido por el requisito constitucional de imparcialidad en la determinación afirmativa o negativa de la adecuación jurídica, lo que faculta al notario para, en su caso, abstenerse en la prestación de la función, lo que permite afirmar que la imparcialidad notarial se inicia con el control de legalidad.

En la práctica el control de legalidad notarial evita la ilegitimidad jurídica mediante el asesoramiento implícito en el que supedita la actuación de las partes en sus

relaciones jurídicas a su legal regulación formativa, al que se adiciona el juicio moral de las mismas, en la que encuentra su límite el principio de autonomía de voluntad, facilitando una adecuación que imposibilite discrepancias entre voluntad real y su expresión jurídica.

### d) La condición de funcionario público

La dicotomía funcionario público y profesional del derecho que se atribuye al notario, que, entiendo, fue uno de los factores que permitió sustentar la política económica modificativa del arancel como estímulo de competencia, no concuerda con su específica naturaleza que responde en su esencia a la de funcionario público en el que convergen especiales características derivadas de su función determinativas de su propio carácter. La visión de una naturaleza dual impide coordinar el desarrollo de la función desde perspectivas contradictorias entre sí: función pública y actuación privada, distorsionando la percepción de sus distintas realidades, en las que al final todo descansa en la dualidad de una función pública pero ejercida de forma independiente, motivo por el que en la Directiva de Actividades Profesionales de la Unión Europea (Directiva 2013/55/UE del Parlamento Europeo y del Consejo 20 noviembre 2013) se excluyó expresamente al notariado como tal por su condición de autoridad pública.

La función notarial al operar necesariamente en el ámbito del derecho privado externaliza su asesoramiento legal como acto implícito en la expresión de su juicio de valor subjetivo que se concreta en la dación de fe en el ejercicio de la “potestas” delegada en cuanto funcionario público. Este concepto unidimensional de la naturaleza jurídica del notariado, que como sujeto de la “auctoritas” del Estado, no asesora sino que ordena legalmente la voluntad de los interesados en la formalización del negocio jurídico que pretenden y en el que el desarrollo de su función adquiere coherencia pública, motiva que la determinación de la retribución sea por un arancel de naturaleza inamovible, excluyendo expresamente la competencia por el precio que inclinaría su condición a una perspectiva de interés privado contraria al criterio que considera la naturaleza de la función notarial unitaria, sin distinción posible entre público y privado, al actuar siempre el notario como funcionario público. Se podría decir, que, en su simultaneidad, una condición es necesaria-

mente presupuesto de la otra, pues sin ella la función se transmutaría en otra distinta.

La imprecisión que se deriva de una visión dual de la función notarial nace de que en su ejercicio profesional no representa de forma directa al Estado al actuar en el ámbito del derecho privado conformando a ley actos jurídicos bajo su legal asesoramiento, que “per se” constituye la condición previa de su actuación de dación de fe atribuida bajo su condición funcionarial. El notario al ordenar intereses privados conforme a Derecho, darles forma y conferir al documento que los incorpora carácter público, no lo hace como un profesional liberal, aunque lo haga bajo su responsabilidad y de forma independiente, sino como presupuesto esencial y previo de su función: dar fe de hechos y negocios jurídicos en los que deben concurrir condiciones de legalidad y eficacia.

**Toda actividad pública es necesariamente profesional manifestada de manera formal y aunque los requisitos de su ejercicio se puedan interpretar como una imposición restrictiva de las libertades privadas, se efectúa como contrapartida de un incremento de la seguridad social en general y jurídica en particular en un marco específicamente regulado.**

Toda actividad pública es necesariamente profesional manifestada de manera formal y aunque los requisitos de su ejercicio se puedan interpretar como una imposición restrictiva de las libertades privadas, se efectúa como contrapartida de un incremento de la seguridad social en general y jurídica en particular en un marco específicamente regulado. No actúa en defensa de unos intereses particulares, pues no representa a ninguna parte interviniente, sino en la justificación formal y legal del negocio jurídico, en la que su condición de jurista es requisito imprescindible de la función, por lo que su declaración de fe la hace bajo el principio de legalidad, esencia del compromiso asumido en la delegación de la fe pública por el Estado. La dualidad asesoramiento legal y fe pública es la unicidad de la legalidad de la fe pública extrajudicial.

El notario al actuar en el ámbito privado en el ejercicio de una función pública,



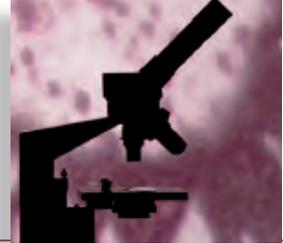
debe, previamente, adecuar a la legalidad las relaciones jurídicas para la autorización o intervención de instrumentos que adquieren en ese momento la condición de públicos, proceso representativo de una actuación unidimensional en cuanto pública, no de una dualidad inseparable, tal como recoge el concepto unitario de funcionario público del art. 1 de la Ley del Notariado: “El notario es el funcionario público autorizado para dar fe, conforme a las leyes, de los contratos y de los demás actos extrajudiciales”, desarrollado sin embargo de forma complementaria y aparentemente contradictoria por el Reglamento Notarial en su art. 1, párrafo 2, al afirmar que “Los notarios son a la vez funcionarios públicos y profesionales del derecho, correspondiendo a este doble carácter la organización del notariado. Como funcionarios ejercen la fe pública notarial... Como profesionales del derecho tienen la misión de asesorar a quienes reclaman su ministerio y aconsejarles los medios más adecuados para el logro de los fines lícitos que aquellos se proponen alcanzar”, en el que, en mi opinión, se describe de forma independiente el contenido y estructura de una función pero sin valor definitorio por sí.

En general se puede sostener que el área de conocimiento, como requisito previo, tiene un carácter objetivo respecto del propio juicio de valor que es subjetivo, en el que se subsume en su aplicación, siquiera sea parcialmente, definido éste por la influencia del elemento ético-moral que lo

justifica, sin que se dé, en consecuencia, una contradicción entre conocimiento objetivo y valores éticos moralmente vinculantes y adscritos al concepto de justicia, ya que el juicio de valor, determinativo en su aplicación como decisión de una subjetividad reflexiva, es el fundamento final en la aplicación práctica de aquel conocimiento al que se sobrepone desde dicha subjetividad. Son conceptos que se confirman en la propia especialidad de la función notarial. El primero, el conocimiento, no es representativo del ejercicio público de la función notarial como “potestas” estatal, pero sí el segundo, el juicio, al confirmarse su ejercicio por el notario bajo su responsabilidad. El juicio de valor va unido a la subjetivización del proceso prestacional de la fe pública.

El asesoramiento previo, que se fundamenta en una legalidad objetiva derivada de aquel conocimiento, implica un juicio que aprecia una realidad determinada con las normas que la afectan, es decir, la aplicación de la norma, que facilita el juicio de valor subjetivo posterior bajo un criterio de imparcialidad que abarca ambos aspectos, objetivo y subjetivo, y que implicará la autoatribución de un determinado efecto por quien lo emite, la autorización notarial.

El área de conocimiento, que es instrumental, ha de entenderse como compleja pero no por ello prevalente en cuanto llegara a excluir el juicio de valor como actuación subjetiva, ya que operaría en tal supuesto como una aplicación impositiva automatizada.



En la singularidad de la función notarial, el juicio de valor, una vez indagada y ordenada la voluntad de las partes y la legalidad del acto, inspira la redacción del documento y autoriza su otorgamiento, siendo todo uno en la propia actuación fedataria, pudiéndose afirmar que se da un monismo en su aplicación integral.

Pero este orden descriptivo corresponde al mismo orden funcional de la actuación notarial, no a su naturaleza regulada por un estatuto funcional especial, en el que esta actividad pública, comprensiva no sólo de especiales derechos sino también de singulares deberes, que nacen de las propias facultades delegadas cuyo ejercicio exigen su cumplimiento, opera de forma independiente de la misma Administración, por lo que su responsabilidad, que nace del deber que le incumbe en la prestación de un servicio público conforme a las leyes, recae sobre el propio notario y no sobre el Estado, pese a su condición de funcionario público, englobando aquellos dos aspectos de la función notarial: dación de fe previo control de legalidad, en la que no cabe aquella sin éste, salvo que se modifique su carácter.

Adicionalmente podría argüirse, en este sentido, que generalmente cuando el asesoramiento previo ordenando legalmente voluntades libres no concluye en la autorización de un documento público, no hay función notarial en sentido estricto. De hecho, si no hay instrumentos públicos protocolizados o registrados no hay nota-

ría pública, lo que pone de manifiesto el concepto unitario de la función notarial en el sentido de que el asesoramiento notarial sólo adquiere trascendencia funcional cuando tiene finalidad pública, siendo sólo responsable de autorizado bajo su fe, aunque la tendencia liberalizadora del arancel tiende claramente a la profesionalización, vigente en otros países del notariado latino.

En síntesis podría afirmarse que el notariado debe ser considerado como una unidad orgánica y funcional, en el que el asesoramiento queda integrado como un deber de diligencia profesional en el área jurídica, excluyente de otras facetas aunque fueran ejercidas por el propio titular de una oficina pública. Pero cuando el asesoramiento es particular en sentido estricto, sin que tienda necesariamente a reducir asimetrías propias de la imperfección del mercado, se incurre una clara disociación de funciones en la que la actuación privada, ajena a la notarial, es prestada con ocasión de ésta, encontrándonos ante una actividad no obligatoria que puede ser realizada por cualquier otro profesional, por la que se podrá percibir "honorarios" extraarancelarios de importe discrecional de acuerdo con lo previamente pactado, un precio libre que responde a una competencia libre, sin que éste se halle sujeto a ninguna limitación arancelaria al ser aquella independiente de la actividad propia de la oficina pública, como también lo son las meramente profesionales que se desarrollan con el carácter de complementarias, aunque ajenas a la función notarial, por razón de oportunidad

mediante la utilización de medios técnicos puestos a disposición del cliente y que no constituyen actos previos ni necesarios, como el asesoramiento imparcial en su propia legalidad, sino consecuentes y complementarios de los contratos subyacentes para alcanzar plenos efectos legales, aprovechando sinergias organizativas y por ello no susceptibles de prestación sino con ocasión de la propia actividad notarial.

A este concepto unitario de la naturaleza de la función notarial se corresponde un criterio de arancel único, como confirma la propia DA 3ª Ley de Tasas y Precios Públicos (LTPP) al establecer que el arancel queda afecto a la "retribución profesional" del notario, prohibiendo el vigente arancel de los Notarios en su norma general de aplicación 2ª del Anexo II que el notario pueda "percibir cantidad alguna por asesoramiento o configuración del acto o negocio, cuya documentación autorice" sin perjuicio de que la DGRN contemple, como actuación independiente de la notarial, la retribución de consultas o dictámenes sobre asuntos de la profesión siempre que no estén implícitos en la autorización de instrumentos públicos derivados de su ejercicio, resaltando la distinción de la función pública de carácter unitario de la meramente privada.

La razón que, creo, podría inducir a esta confusión en determinada percepción estereotipada desde el exterior del arancel público como precio privado relacionándolo con una concepción dualista de la función, podría provenir del hecho de que el arancel es una remuneración directa entre notario y usuario del servicio público, ajena a las Haciendas Públicas, que es percibida formalmente como un ingreso privado y no como una remuneración directa de un servicio público, de carácter coactivo en su determinación bajo criterios de transparencia y objetividad pero privada en su percepción, motivo que justifica que por la citada DA 3ª, 3 LTPP, se sujete su aplicación a una estricta responsabilidad administrativa al establecer que "los funcionarios que mediando dolo o culpa grave, infrinjan los dispuesto en el párrafo segundo del apartado anterior, incurrirán en falta disciplinaria muy grave que, sin perjuicio de las responsabilidades de otro orden que pudieran derivarse de su actuación....", de acuerdo con el rigor que muestra el art. 4 de dicha ley al establecer que "....los funcionarios públicos....que de forma voluntaria y culpable exijan indebidamente una tasa o precio público...

incurrirán en falta disciplinaria muy grave, sin perjuicio de las responsabilidades de otro orden que pudieran derivarse de su actuación” y a la que, paralelamente y en su ámbito de aplicación, el propio código Penal en su art. 437 sanciona: “La autoridad o funcionario que exigiere, directa o indirectamente, derechos, tarifas por aranceles o minutas que no sean debidas o en cuantía mayor a la legalmente señalada, será castigado... con las penas de multa de seis a veinticuatro meses y de suspensión de empleo o cargo público por tiempo de seis meses a cuatro años”, normas sancionadoras que derivan de la directa relación establecida entre arancel y función pública y no de su consideración como ingresos remuneradores de actividades privadas.

Conviene en este momento destacar la condición de funcionario público del notariado español y su relación con la naturaleza jurídica administrativa del arancel notarial. En términos generales se puede afirmar que en el notariado latino, en el que se encuentra inmerso el español, se reconoce al notario su condición de funcionario público, profesión a la que se accede mediante oposición pública, que depende orgánicamente de la Administración pública y que su retribución por arancel responde al sistema organizativo independiente en el que presta su función como medio para cubrir los costes de su ejercicio.

## e) La predictibilidad jurisdiccional

Si la seguridad jurídica se predica como un objetivo inherente del Ordenamiento Jurídico al estar regulada su normativa bajo la pretensión de predictibilidad de sus efectos promoviendo la estabilidad social, la predictibilidad jurisdiccional constituye uno de sus elementos que adquirirá mayor fuerza si se encuentra apoyada en la certeza documental conferida por la fe pública, ya que la indeterminación efectiva de las normas jurídicas en su aplicación al quedar sujetas a su interpretación por decisiones judiciales independientes que no garantizan su racionalidad, otorga a la actividad notarial en la constitución formal de relaciones jurídicas una función coadyuvante en tal sentido. No suplente la discrecionalidad jurisdiccional, sino que permite asegurar derechos y obligaciones sobre los que no cabe someter a esa discrecionalidad su validez y eficacia al ajustarse a Derecho en un orden de justicia formal.

Los sujetos de la relación jurídica confían en la apariencia de legalidad del contrato que la regula y en consecuencia en su eficacia. Esta apariencia objetiva de legalidad queda definida por la actuación notarial al autorizar el documento formulando soluciones jurídicas dentro de un marco legal que permita la predictibilidad de su eficacia por su adecuación jurisdiccional basada en la coherencia entre un criterio fundado en derecho y su previsibilidad dentro de la lógica judicial.

**El sentido de las normas en su aplicación a actos concretos para alcanzar determinados efectos, sugiere que el marco legal de un negocio jurídico ha de estar claramente definido para que en su ejecución, asumiendo su contenido, se corresponda con la previsión contractual, exigiendo una actuación notarial que, asentada en la legalidad, marque un orden jurídico en el que lo acordado formalmente y los efectos derivados de su regulación legal permitan presumir dicha concordancia, de forma que, en caso de conflicto, será apreciada judicialmente.**

La unión de la certeza objetiva ínsita al documento público y la misma predictibilidad jurisdiccional conforman en su conjunto la seguridad jurídica reconocible socialmente. Esta certeza es la que intensifica la predictibilidad consolidando de esta forma la seguridad jurídica. Así lo reconoce la jurisprudencia constitucional al afirmar que “la seguridad jurídica es suma de certeza y legalidad...” (Entre otras STC 238/2012, de 13 de Diciembre). La incertidumbre jurídica se podría considerar como la falta de certeza sobre el carácter de los sujetos de derecho y el contenido que les afecta como tales en la relación jurídica pretendida, que serían establecidos jurisdiccionalmente “ex post”.

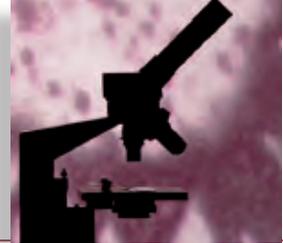
La voluntad negocial efectiva queda expresada formalmente en el documento público, cuyo contenido determina su alcance, “presumiéndose su contenido veraz e íntegro de acuerdo con lo dispuesto en la Ley” (art. 17 bis, 2 b, LN), por lo que en el supuesto de discrepancia entre voluntad y su expresión formal, será el contenido do-



documental definitorio de aquella voluntad, incontrovertible en el ámbito extrajudicial, el que inicialmente será apreciado por el órgano jurisdiccional y resultará determinante en la predictibilidad jurisdiccional como garantía de seguridad jurídica de las relaciones jurídicas establecidas, estableciéndose una relación directa entre asesoramiento previo y eficacia legal en la actuación notarial al facilitar la predicción de sus efectos.

Esta predictibilidad excede de la previsibilidad de las relaciones jurídicas por la certidumbre preventiva del documento público como título dotado de garantías legales, cumplidos los requisitos de regularidad formal y control de legalidad, que se antepone a la posterior actividad jurisdiccional de interpretación no previsible, en la que la correlación primordial entre voluntad contractual y predictibilidad se basa, como decíamos, en el asesoramiento legal prestado desde la imparcialidad notarial que ordena jurídicamente la voluntad contractual. Así, la predictibilidad jurisdiccional constituye un elemento adicional de la seguridad jurídica que se articula a través de un instrumento específico de certeza jurídica y eficacia positiva: la fe pública delegada ejercida a través de una legalidad impuesta, en cuanto aquella predictibilidad descansa en la propia fuerza del orden jurídico.

El sentido de las normas en su aplicación a actos concretos para alcanzar determinados efectos, sugiere que el marco legal de un negocio jurídico ha de estar claramente definido para que en su ejecución,



asumiendo su contenido, se corresponda con la previsión contractual, exigiendo una actuación notarial que, asentada en la legalidad, marque un orden jurídico en el que lo acordado formalmente y los efectos derivados de su regulación legal permitan presumir dicha concordancia, de forma que, en caso de conflicto, será apreciada judicialmente. Predicción que nunca equivaldrá a certeza plena al estar supeditada a la disposición jurisdiccional en la aplicación del derecho positivo, aunque se pueda afirmar que intensifica la funcionalidad operativa en general.

El principio inspirador de la seguridad jurídica preventiva será siempre la eficacia y su principio determinativo la certeza.

La estabilidad de las relaciones jurídicas en su desarrollo debería ser la consecuencia de su predictibilidad jurisdiccional. Por ello, como elemento de la seguridad jurídica, se integra en un orden legal que, respetando el derecho de autonomía, justifica el control de legalidad como requisito de eficacia sucesiva que adquiere el carácter de actuación tutelar previa a la que todo ciudadano aspira para trascender la incertidumbre normativa. En definitiva, el control de legalidad permite que las relaciones jurídicas se construyan con garantías de eficacia en su "iter" negocial generador de derechos y obligaciones naciendo una interrelación entre predictibilidad jurisdiccional, mediante el asesoramiento, y eficacia jurídica, reflejando la transcendencia del sistema de libre elección de notario, que descansa

en la confianza y responde al compromiso constitucional establecido en el art. 103, 1, CE, por el que "la Administración sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia con sometimiento pleno a la ley y al Derecho."

La condición de funcionario público del notario, el compromiso de eficacia y la naturaleza de su propia función, determinan, como ya hemos expresado a lo largo de esta exposición, la exigencia ineludible de imparcialidad en su actuación, que adquiere simultáneamente el valor de exigencia determinativa en su forma de retribución. Es preciso, pues, analizar brevemente el significado y carácter del ejercicio imparcial de la función notarial.

#### IV. LA IMPARCIALIDAD

La imparcialidad constituye un elemento esencial de la función notarial en cuanto la define y del propio sistema de libre elección.

##### a) Requisito esencial de la función

La imparcialidad nace del carácter público de la función notarial y de la misma exigencia constitucional en el desarrollo de su ejercicio respondiendo a la protección de un interés público, la seguridad jurídica, en la que se incardina la actuación notarial a través de la fe pública, siendo el principio de justicia el que la impone como requisito legal. La imparcialidad, obligación y esencia, deviene en requisito nuclear de la actuación notarial que impregna las normas que la regulan e instaura un marco de confianza en el que se desarrollan las relaciones jurídicas en las que interviene. La imparcialidad y la independencia estructuran la identidad de la función notarial-

La exigibilidad de su cumplimiento se impone al funcionario público como garantía de la defensa del bien común sobre el particular, lo que implica por parte de éste, en cuanto actúa bajo su juicio, la adopción de una actitud definida, para no lesionar aquel interés jurídico. Esta obligación se proyecta objetivamente sobre la función notarial, sin que en ningún caso deba responder a exigencia expresa de los interesados, haciéndose explícita su evidencia en la independencia de su actuación. La imparcialidad es objetiva al ampararse en hechos que avalen su cumplimiento, siendo su percepción ge-

neral externa derivada de una actitud específica inspirada en el principio aristotélico de que "lo que es primero en un género cualquiera, es causa de todos los que vienen después."

Si lo primero en la actividad notarial es su actuación imparcial basada objetivamente en una pretensión de legalidad, cualquier duda que se pudiera suscitar sería causa de duda en su posterior aplicación.

La imparcialidad sujeta, pues, como requisito de su ejercicio independiente, a la actuación notarial a una actitud específica en su intervención en el establecimiento de relaciones jurídicas, al asesorar en la formación de la voluntad de los sujetos de acuerdo con sus intereses ordenados jurídicamente, respetando el criterio de libertad conforme al principio de autonomía voluntad, asesoramiento legal que permitirá asegurar un equilibrio contractual como requisito negocial coadyuvante en la eficacia constitutiva de las normas jurídicas en su desarrollo y la predictibilidad de sus efectos.

Se podría considerar que la imparcialidad se impone como requisito legal y el principio de independencia notarial como condición de su ejercicio. Independencia que no implica autonomía plena al estar sujeta a su regulación legal y reglamentaria.

En la práctica la actuación imparcial del notario "inter partes" es garantía de transparencia en la formalización del negocio jurídico, en el que la contraposición de intereses es objeto de adecuación respecto de los de cada parte en la consecución de un equilibrio ponderado de la relación jurídica establecida, mediante un contrato justo bajo la condición de reciprocidad. Su configuración legal por notario aúna estos dos requisitos funcionales: imparcialidad y legalidad, propios de la actuación del Estado y de quienes le representan.

La imparcialidad nace de asimetrías concurrentes en un negocio jurídico en las que al impulsar la legalidad se ampara el reequilibrio de factores previos. Esta doble vertiente de la actuación notarial sobre las partes y de las partes sobre el notario al defender sus pretensiones, se somete al desinterés del notario en la primera y a su independencia en la segunda, en la que incide, entre otros factores, el del arancel fijo, evitando así cualquier influencia directa o indirecta.

## b) La imparcialidad en el sistema de elección de notario

La imparcialidad exige un comportamiento conforme a Derecho en el que el principio de juridicidad de la función pública, que radica en su propia naturaleza, requiere el control responsable de su ejercicio, adquiriendo deontológicamente, a través del asesoramiento legal, especial sentido al permitir el reequilibrio prestacional en la conformación legal de los negocios jurídicos. Consecuentemente, el art. 43, Dos, 2, de la Ley 14/2000 por la que se establece el Régimen disciplinario de los Notarios, considera como infracción grave, en su apartado 2, B, c: "Las conductas que impidan prestar con imparcialidad, dedicación y objetividad las obligaciones de asistencia, asesoramiento y control de legalidad que la vigente legislación atribuye a los Notarios o que pongan en peligro del deberes de honradez e independencia necesarios para el ejercicio público de su función".

**De forma correlativa se reconoce el derecho del cliente a acudir a cualquier notario con plena libertad amparado en la creencia, que nace de la confianza, de su imparcialidad como garantía de su libertad civil, cuya limitación afectaría a aquel concepto de orden público.**

De forma correlativa se reconoce el derecho del cliente a acudir a **cualquier notario con plena libertad** amparado en la creencia, que nace de la confianza, de su imparcialidad como garantía de su libertad civil, cuya limitación afectaría a aquel concepto de orden público. La imparcialidad es, pues, un **deber** del notario que ha de ser protegido al tutelar un interés público, la seguridad jurídica, percibiéndose como una atribución natural de la función y que se concreta en la misma exigencia de eficacia. No es un concepto teórico, sino de evidencia práctica y que, consecuente en su aplicación, implica **responsabilidad**.

Esta primacía de la imparcialidad ha de ser absoluta, como manifestación propia del ejercicio de la autoridad pública, sin que quepan interpretaciones devaluadoras de la misma que la pospongan a cualquier otra finalidad, por lo que cualquier alteración o



subordinación puede suponer quiebra de aquella autoridad. La imponderabilidad de la imparcialidad como garantía en la formación autónoma de la voluntad no puede quedar sujeta a interpretaciones limitativas que puedan suponer una reducción de esa libertad. **No se puede hablar, pues, de niveles de imparcialidad: se es imparcial o no.**

De hecho, ya hemos visto como la ley considera la falta de imparcialidad, sin distinguir condicionantes, como una conducta sancionable no sólo por infracción legal sino por constituir una deficiencia ética frente al cliente al relacionarla con sus deberes de asistencia y asesoramiento. Conceptualmente la justicia para ser justa siempre ha de ser imparcial.

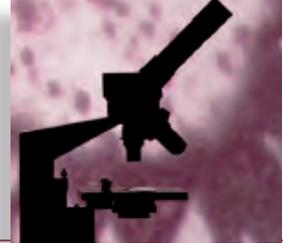
Cuando se afirma que imparcialidad va unida a legalidad como principio de justicia, se establecen las bases de la relación de libre elección de notario por el cliente, en cuanto **la libre elección por el cliente responde siempre a la previsión de imparcialidad notarial como garantía de su independencia**, ya que es esta imparcialidad la que facilita la libertad real de elección. La libre elección del notario radica en su eficacia al responder a un sistema de independencia en la prestación de la función. La contraposición derivada de conceptos antagónicos como funcionario público y libre elección, queda superada por la concurrencia de independencia y arancel fijo, representativa de la mutua libertad que nace de una imparcialidad incompatible

con un criterios de flexibilidad retributiva que pudieran influirla, ya que la antinomia competencia e imparcialidad queda resuelta mediante la imposición de un arancel fijo que traslada la competencia a la eficacia y consolida el cumplimiento del deber de imparcialidad.

La imparcialidad debe, pues, caracterizarse siempre como un valor previo, garante de una función sujeta al bien común al quedar adscrita a la evaluación futura de la justicia.

El carácter esencial de este requisito de la función notarial, en el que se une asesoramiento neutro e interés general, no puede ser alterado por elementos que, teniendo por sí la condición de externos a la misma, puedan representar limitaciones a su ejercicio imparcial, como podrían ser las derivadas de situaciones de competencia comercial entre notarios. Si en las relaciones jurídicas el principio de libertad debe quedar compensado con el de igualdad, la actuación imparcial del notario promueve el restablecimiento de su equilibrio frente a la fuerza que las leyes del mercado otorgan a operadores económicos amparados en criterios de liberalización y desregulación.

Nace así una contradicción entre imparcialidad y competencia comercial que se refleja en la implantación de tramos de libertad de precios bajo la facultad de aplicar descuentos o la atribución de la condición de máximo al arancel aplicable a las pólizas mercantiles. Esta contradicción contraría el



orden normativo sujeto a aquellos principios básicos al afectar, siquiera sea nominalmente, el deber de imparcialidad constitucionalmente impuesto a los funcionarios públicos. Por ello, la imparcialidad, siempre objetiva, sólo puede ser única frente a la sociedad.

Si se considera el precio fijo como condición previa en el cumplimiento de la obligación de imparcialidad, la variabilidad en la retribución de una misma prestación motivada por la competencia podría alterar su inmutabilidad. Aducir razones de eficiencia económica para crear una situación de competencia de acuerdo con los principios de libre mercado entra en contradicción con la lógica de un sistema jurídico, en el que encuentra fundamento la actuación notarial, al alterar la razón básica de eficacia funcional: el interés general, imponiendo los intereses particulares que subjetivizan la prestación de una función pública mediante la negociación del precio.

Al relacionarse de forma natural el concepto de libre elección con el de competencia, la LN declara expresamente como derecho fundamental de los usuarios la libertad de elección de notario, al referirse a servicios prestados por quienes aún teniendo reconocida por el art. 1 de la misma ley la condición de funcionarios públicos la ejercen de forma independiente y en los que es, precisamente, la imparcialidad de su actuación la que deviene en garantía insustituible de que aquella facultad carezca de cualquier restricción siempre que opere

bajo criterios de igualdad dentro de una uniformidad en la retribución de sus servicios, creando las condiciones precisas para basar la competencia exclusivamente en su eficacia.

## V. NATURALEZA JURÍDICA Y FISCALIDAD DEL ARANCEL NOTARIAL

Antes de analizar el arancel desde una perspectiva económica dada la tendencia liberalizadora de su regulación para adaptarlo a criterios de mercado, debería tratarse de establecer cuáles son las características que lo definen en base a las anteriores consideraciones sostenidas sobre la naturaleza y condición de la función notarial.

### a) Naturaleza jurídica

Ante todo convendría afirmar que el arancel remunera un determinado servicio de carácter público prestado por funcionario competente de forma independiente. Es la concurrencia de ambas circunstancias, servicio público de interés social e independencia funcional, la que justifica su imposición legal y que "...las percepciones fijadas en arancel aprobado legalmente (que) se cobren directamente por el funcionario...", de acuerdo con la descripción que del mismo da la D.A. 3ª de la LTPP, bajo el epígrafe de Aranceles de Funcionarios Públicos, al no percibir tal funcionario su retribución con cargo a los Presupuestos del Estado sino directamente del usuario, lo que mantiene la integridad conceptual de su independencia.

La misma D.A. 3ª, en su apartado 2, al regular los límites que definen la finalidad del arancel, ("En general, los aranceles se determinarán a un nivel que permita la cobertura de gastos de funcionamiento y conservación de las oficinas en que se realicen las actividades o servicios de los funcionarios, incluida su retribución profesional"), vincula el arancel al ejercicio de una función pública mediante una afectación que reafirma la independencia de su prestación y su neutralidad social, pues, por una parte se impone específicamente a quien lo solicita y beneficia del servicio y por otra, adicionalmente, limita su alcance únicamente a cubrir sus costes de funcionamiento, sin perjuicio de valorar una específica utilidad pública en su aplicación a determinados actos de especial relevancia social en los que no alcanza dicho nivel, y en cualquier caso con abstracción de la capacidad económica de los usuarios. Además, no se puede obviar que cualquier sistema de precios, como método, supone un control indirecto del mercado, lo que facilita en la determinación arancelaria políticas sociales más efectivas.

Al poder definirse de forma resumida como pago de un servicio público que, aún cuando coactivo en su determinación, es efectuado directamente por quien lo solicita al funcionario que lo presta sin constituir un ingreso directo del Estado, queda excluido del sistema tributario para calificarse como un pago de naturaleza parafiscal que se impone tanto al funcionario como al usuario, emancipándolo del concepto de contraprestación económica pura por la que se remunera un servicio y, en consecuencia, del de competencia dada su neutralidad al centrar su valor regulatorio en el sistema de libre elección del notario por razón de eficacia.

Su percepción como ingreso de naturaleza privada al recaer sobre una actividad que se desarrolla en el ámbito privado, sólo evidencia la especial condición del funcionario público que lo percibe, pues el arancel queda afectado de forma explícita, tal como establece el apartado 7 del D.D.3ª, "a la cobertura directa de los gastos de funcionamiento y conservación de oficinas en las que se realicen las actividades o servicios de los funcionarios, así como a su retribución profesional", situándolo fuera del sistema tributario como una exacción parafiscal que retribuye una función pública y justifica su carácter técnicamente coactivo, inadaptable, en consecuencia, a las exigencias de un sistema de libre mercado, por lo que

se remite su regulación legal al Gobierno, en la que no pueden darse situaciones de desigualdad material para los mismos supuestos de hecho ni modificar el régimen de equivalencia de prestaciones previsto por la Administración en razón de su finalidad pública ni ignorar su afectación global al propio sistema organizativo notarial.

Reglamentariamente esta especialidad parafiscal representa, por una parte, la obligatoriedad de la prestación en el ejercicio de una función pública como competencia irrenunciable, a la que no puede oponerse salvo determinados supuestos (art. 2 LN), y por otra, la libertad de solicitud del servicio por el usuario en razón de su propio interés, por lo que la determinación coactiva del arancel queda limitada materialmente por la voluntariedad de su sumisión y la relación de utilidad entre el servicio recibido y el coste soportado, que, al estar regulada objetivamente, separan al arancel de cualquier consideración tanto como contraprestación de orden profesional por servicios prestados así como de la de un carácter eminentemente coactivo tributario cuya percepción se imponga directamente al usuario, al no concurrir plenamente, en este último supuesto, los requisitos, salvo los de competencia regulada e imprescindibilidad, que permitan conferirle tal condición. El arancel responde a una decisión político-legal de equilibrio entre utilidad social y costes necesarios de la prestación de la función pública.

En el principio de cobertura de gastos el arancel se separa claramente del de equivalencia, propio de las tasas, con las que a veces se le relaciona, que han de permitir cubrir los costes del servicio, imputados directamente a la Administración pública, y atendiendo, cuando lo permitan sus características, a la capacidad económica de las personas que deban satisfacerlas, ya que el Arancel notarial responde a criterios variables estimatorios del coste global de funcionamiento de las oficinas públicas del notariado en régimen de independencia en las que, por dicha característica, el déficit, en caso de incurrir, es soportado directamente por los funcionarios que las sustentan y el excedente representa su retribución, consecuencia de su condición mínimo legal de suficiencia operativa, representativa de su objetividad.

## **b) Su incompatibilidad con la liberalización arancelaria**

Ahora bien, cabría aquí preguntarse si el carácter del arancel tal como lo hemos

enunciado permite cohonestar su determinación cuantitativa de naturaleza objetiva y social, que se relaciona directamente con la imparcialidad al permitir separar la retribución del servicio de otros condicionantes económicos, con su liberalización mediante un arancel de máximos o con los descuentos de carácter voluntario aplicables legalmente, en los que aquel criterio queda sometido a los aleatorios propios de cada funcionario.

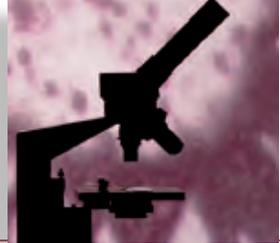
**Si el arancel es una exacción parafiscal sujeta al principio de legalidad en su determinación y que como tal se impone para todos, es difícil entender que se aplique de forma variable bajo criterios de oportunidad y de forma discriminatoria al trasladar su determinación real a los propios interesados.**

Si el arancel es una exacción parafiscal sujeta al principio de legalidad en su determinación y que como tal se impone para todos, es difícil entender que se aplique de forma variable bajo criterios de oportunidad y de forma discriminatoria al trasladar su determinación real a los propios interesados, lo que, además de suponer una contradicción con las bases de cuantificación y cobertura de gastos de significado social que inspiran el arancel notarial y su unicidad, puede conculcar, en mi opinión, aquel el requisito de imparcialidad que el art. 103, 3 de la Constitución española impone a todos los funcionarios públicos.

Este sistema de competencia opaca a la baja que permite el arancel máximos basado en precio y no en eficacia, no puede encontrar apoyo, según mi criterio, en la D.A. 2ª de la Ley 2/1974, de 13 de febrero, de Colegios Profesionales, en su redacción dada por el R.D.L. 6/1999, de 16 de abril, de Medidas Urgentes de Liberalización e Incremento de la Competencia, en la que, refiriéndose en aquel momento a los Colegios de Notarios, Corredores de Comercio y Registradores de la Propiedad y Mercantiles, dice que se adaptarán a lo establecido en dicha Ley, en cuanto “no se opongan a las peculiaridades exigidas por la función pública que ejerzan sus miembros”, añadiendo que “En todo caso, les será de apli-



cación lo dispuesto en el art. 2. 1. y 2.4 de la presente Ley”, el primero de los cuales, que fue modificado por la Ley 7/1997, de 14 de abril, de medidas liberalizadoras en materia de suelo y de Colegios profesionales, establece al respecto: “El ejercicio de profesiones colegiadas se realizará en régimen de libre competencia y estará sujeto, en cuanto a la oferta de servicios y fijación de su remuneración, a la Ley sobre la Defensa de la Competencia y a la Ley sobre Competencia Desleal”. Disposición, esta última, que parece avalar legalmente la introducción del arancel de máximo, pero, la específica expresión de la DA 2ª, referida al ejercicio de funciones públicas, las excluye formalmente de la competencia en términos puramente económicos por las peculiaridades exigidas en su prestación, tal como reconoce la Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de fecha 21-7-2004, a la que se hace referencia más adelante en la Introducción del apartado Arancel Notarial, Leyes de Mercado y Competencia regulada de Oferta, en la que la primera y sustancial peculiaridad es la exigencia constitucional de actuación imparcial que choca frontalmente con la idea de libre competencia y a la que responde una naturaleza obligatoria y no orientativa del arancel, conforme con el criterio general de los países del entorno del notariado latino, ya que será la competencia basada en el eficaz funcionamiento de la institución del notariado la mejor contribución al incremento de productividad para el crecimiento económico.



### c) Fiscalidad arancelaria y actividad económica

Otro aspecto que debe analizarse, siquiera sea someramente, son las relaciones que tratan de establecerse entre la naturaleza del arancel y su gravamen fiscal, que, en mi opinión, no alcanzan resultados definitivos. La prestación retributiva independiente de la actividad notarial al no poder calificarse como actividad estrictamente pública por la ausencia de plena "autoritas", adolece de aquella condición de naturaleza tributaria que permitiría eximirla de la sujeción al IVA, al considerar a estos efectos como sujetos pasivos a quienes la ejercen por la simple realización de una actividad con contenido económico, independientemente de su finalidad pública, sin que por ello pueda trasladarse esta apreciación específica del impuesto a la consideración generalizada de la actividad notarial como estrictamente económica y al arancel que la retribuye como contraprestación, de la misma manera que, como decíamos anteriormente, tampoco se le puede considerar como tributo, pese a la coactividad de su determinación.

Aunque el notario actúe en el ejercicio de su actividad como sujeto económico a causa de la delegación directa por el Estado de la fe pública ejercida de forma independiente, no permite presuponer que interviene en la actividad económica de los mercados como tal con el fin fundamental de obtención de beneficios. Su finalidad esencial es la prestación de un servicio pú-

blico regulado con carácter obligatorio y a cuya solicitud no puede sustraerse aún incurriendo en resultados antieconómicos excluyendo cualquier actuación negociadora, de la misma forma que sólo actúa a instancia de parte sin que pueda fomentar su intervención de forma activa. Opera para dar el más eficaz servicio público, no para obtener mayor beneficio económico.

En sentido contrario y desde el punto de vista del Derecho de la Competencia, se establece una compatibilidad entre prestación de servicio público y carácter económico de la actividad, dada la percepción directa del importe de su retribución, al integrarlo en el concepto de operador económico de este sector del ordenamiento jurídico, en el que, con independencia de su estatuto jurídico, se le identifica con el de empresa siempre que desarrolle de forma autónoma, habitual o esporádicamente, algún tipo de actividad económica, entendiéndose ésta como "cualquier actividad de producción o intercambio no gratuito de bienes o servicios" (Resolución C.N.C. de 20 de enero de 2011).

Esta identificación entre servicio público y actividad económica, por la percepción directa de retribuciones, excluye, en mi opinión, en su valoración las peculiaridades exigidas por la función pública al imponer un criterio general de competencia sobre el requisito de imparcialidad notarial, definitorio de su esencia.

Esta confusión ejemplar de una función pública desarrolla una desestructuración conceptual que no la hace inteligible como concepto funcional. Es su propia actuación la que ejemplifica su definición, ya que el criterio de una actuación dividida crea un antagonismo al representar dos fines dispares: independencia e interés, sin que se le dé entonces un único significado que trascienda en una sola definición, la de funcionario público. El arancel variable constituye una práctica que puede desdibujar la ejemplaridad de una definición que es suma de imparcialidad e independencia, en la que se funden ética y estética, mostrando una sola experiencia que no constituye una singularidad sino que define el axioma de su concepto.

### Conclusión

Si de los apartados anteriores queda establecido el carácter de funcionario público

del notario, su imparcialidad e independencia, los efectos de certeza y ejecutividad de los documentos autorizados por el mismo y la naturaleza del sistema arancelario que lo retribuye, propios del sistema de notariado latino, el régimen de competencia debería centrarse estrictamente en la eficacia de la función como medida para estimular la "excelencia" de un servicio de naturaleza pública, sin supeditarlos por razones de eficiencia económica a criterios comerciales limitativos de aquellas características.

**La vinculación entre carácter público de la función notarial y sistema que lo retribuye, se transmuta en la actualidad en una dualidad por la singular relevancia que adquiere la coexistencia de los principios de transparencia y proporcionalidad propios del arancel notarial con el de competencia comercial que impone el arancel de máximos.**

La vinculación entre carácter público de la función notarial y sistema que lo retribuye, se transmuta en la actualidad en una dualidad por la singular relevancia que adquiere la coexistencia de los principios de transparencia y proporcionalidad propios del arancel notarial con el de competencia comercial que impone el arancel de máximos, lo que hace preciso su análisis desde una faceta económica para tratar de determinar si se justifica tal dualidad.

## VI. ARANCEL NOTARIAL, LEYES DE MERCADO Y COMPETENCIA REGULADA DE OFERTA

### 1. ARANCEL Y LEYES DE MERCADO

#### a) Introducción

La consideración extrapresupuestaria del arancel derivada de su afectación a gastos de funcionamiento de una oficina pública cuya gestión y percepción se realizan con independencia de la propia Administración, no excluye su innato carácter imparcial ni una eficacia funcional exigibles en una actividad pública que descarta su subordinación a las leyes del mercado.

En este sentido la Resolución de 21 de julio de 2004 dictada por el Pleno del Tri-

bunal de Defensa de la Competencia, deja sentadas, entre otras, las siguientes conclusiones: “El notario es un funcionario de unas especiales características, que condicionan la formación de un supuesto “mercado” característico como es el de la fe pública notarial”, y que aunque la LDC esté pensada para preservar la libre competencia, “sin embargo, es difícilmente aplicable la LDC en aquellos campos donde no rige el principio de libre competencia, que pasa por el principio constitucional de libre empresa, añadiendo que el “mercado de la fe pública tiene tasado legalmente el tipo de “producto”, pero sobre todo está condicionado radicalmente desde el lado de la oferta. Esta oferta se configura a partir de un conjunto de barreras de entrada, de barreras de salida y de barreras de establecimiento. Las barreras de entrada y de salida son de carácter legal y vienen a decir quién puede ser notario, cuándo puede actuar como notario y en qué lugar puede actuar como notario. Por su parte, las barreras de establecimiento, también de carácter legal, son fundamentales para afirmar que en este mercado es difícilmente aplicable la LDC, en tanto en cuanto le viene dado imperativamente el carácter accedente de notario “in se” al que le asigna el lugar de establecimiento, sin que tenga potestad alguna para modificar esta situación preestablecida. Lo anterior significa que los notarios trabajan en mercados geográficos de la fe pública notarial muy desiguales en términos de cantidad de servicios contratados. Pero, dado que como ya señaló el propio Tribunal en resoluciones anteriormente citadas, “los notarios no compiten por la vía del precio” (no pudiendo desconocer que esta situación cambia, en alguna medida, a partir de los Decretos liberalizadores de fines de los noventa) lo que no agota la cuestión, antes al contrario, la clarifica por cuanto la competencia por la vía de la cantidad viene determinada condicionando la variable del precio final del producto ofertado.”

De estas conclusiones, se puede establecer la exigencia de una relación directa entre la regulación arancelaria y las características que definen el ejercicio de la función notarial, tales como la territorialidad, la competencia irrenunciable en la rogación voluntaria y la homogeneidad legalmente reconocida del valor y la eficacia documental, que la excluyen directamente del concepto de libre competencia, superando la contraposición que se da entre la naturaleza de funcionario y la libre elección por



el usuario mediante la independencia de su actuación ajustada a ley en la que la eficacia en su prestación deberá ser la razón de su elección y no el precio.

La remuneración arancelaria es circunstancial en el ejercicio del sistema delegado de fe pública extrajudicial, por lo que cualquier preponderancia atribuida sobre la misma que pueda suponer una prioridad o una alteración de la igualdad incardinada en el principio de imparcialidad es una transmutación de su propia naturaleza.

## **b) Competencia y eficacia**

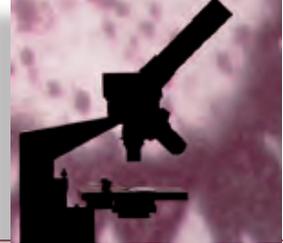
Aún concurriendo circunstancias concretas que identifican la actividad notarial con las de un operador económico, tales como la retribución directa por el usuario por el servicio prestado o la libre elección, hay una clara exclusión de la competencia real en términos económicos al prescindir legalmente de la libertad operativa de uno de los agentes económicos de este “mercado”, institucionalizando una **competencia pasiva** en la que a la libertad de elección del demandante no se enfrenta una opción equivalente en el oferente de servicios, el notario, como tampoco dispone de capacidad de adaptación de actuación a las exigencias de mercado al estar aquella rígidamente regulada trasmutándola en una **“competencia funcional”**, que necesariamente recae sobre la eficacia.

Si con carácter general la competencia tiene como fin primordial ganar cuota de

mercado en la que el precio representa un factor esencial al ser de apreciación directa e inmediata, donde se evidencia que esta visión primaria no incorpora el concepto de eficacia, la competitividad podría considerarse como optimización de los procesos de producción en los que el precio no incide como elemento relevante pero si la eficiencia, al diferenciarse el producto en su conjunto por su calidad percibida, en el que el elemento precio puede adquirir contrariamente un matiz depreciativo.

Sin embargo, la eficacia como resultado en el ejercicio de la función notarial no es un elemento apreciable inicialmente, a diferencia del precio que sí lo es, en la toma de decisiones, lo que provoca que un arancel libre estimule inicialmente la competencia por el precio al imponerse como criterio de valoración a causa de la homogénea objetividad documental.

Por el contrario, un precio fijo público, estable y transparente, crea un mercado de competencia exclusivamente de eficacia, pues en la esfera notarial la relación precio y calidad no opera en términos de mercado, al no incorporar el “producto” de la prestación notarial un valor adicional que lo haga distinguible “a priori” de otros similares al tratarse de un servicio público determinado al que se reconoce una identidad de valor por su reconocimiento legal, por lo que en la práctica entendemos que una variabilidad oportunista de precios en cualquiera de sus manifestaciones conllevará una reducción de la competencia por la eficacia,



que finalmente afectará a la optimización de los recursos disponibles e incluso a la propia prestación de la función.

Circunstancias todas ellas que influyen sobre los requisitos de imparcialidad e independencia y más aún cuando el arancel de máximo y los descuentos voluntarios no actúan con carácter general sino de oportunidad, de forma que tal actuación se limitará al interés particular y no al general, pese a referirse a la prestación de un servicio público sujeto al control del Estado. Además resulta difícil justificar el principio de transparencia arancelaria concretada en la publicidad formal del arancel, cuando declara su carácter de máximo sujeto, en consecuencia, a criterios de oportunidad.

Puede ocurrir que, por otra parte, la retribución notarial se refugie en una competencia activa por aquella elasticidad material del precio en un proceso de selección disruptiva de la oferta en la que puedan incurrir factores complejos, aunque no evidentes, que resulten complementarios de la propia actuación notarial.

La limitación de competencia que en términos económicos supone el arancel fijo al estar regulado directamente por la Administración de acuerdo con determinados baremos, queda compensada por el efecto de libre elección del funcionario por razón de eficacia cuyo efecto es incrementar el valor del servicio derivado de la homogeneidad del producto, percibida desde el exterior de forma uniforme como reflejo de

un sistema organizativo regulado, que impone como regla de competitividad la permanente mejora de su prestación, lo que lo aleja de un análisis meramente utilitarista.

Alternativamente un precio libre retributivo del servicio notarial orientaría primordialmente la libertad de elección a la comparación de precios al actuar bajo la premisa de equivalencia en la seguridad jurídica reconocida socialmente minimizando la apreciación de eficacia en su prestación, lo que en general se traducirá en un menor valor económico de la función y una correlativa disminución de su valor social.

En la práctica habitual, de hecho, es más fácil bajar el precio que mejorar el producto como medio de publicidad indirecta, cuando lo correcto funcionalmente a efectos de mercado sería mejorar la gestión y optimizar recursos en un proceso de innovación constante, reduciendo costes y aumentando eficacia, no sólo jurídica, rechazando el precio como única fórmula de competencia. Un notariado "low cost", como algunos teóricos del neoliberalismo propugnan, posiblemente transmutaría su funcionalidad al desnaturalizar su carácter público esencialmente garantista.

En el ámbito notarial es la eficacia la razón última de la demanda de sus servicios por su utilidad instrumental en el ámbito jurídico no sólo formal sino especialmente material y sustantivo, ya que es el fin del servicio lo que justifica la actuación notarial que no puede quedar postergada por

resultados económicos interesados que conlleven medios inadecuados para su consecución, que quedan excluidos como parámetro valuable de su actuación.

En definitiva, es esta inalterabilidad de la percepción de homogeneidad la que posiblemente trasladará la reducción de precios al nivel de eficacia, ya que un criterio de liberalización retributiva sólo puede resultar operativo, teniendo en cuenta la responsabilidad pública de la función, si se respalda en aquella homogeneidad del "producto" notarial, pues, en caso contrario, una disminución de precio podría repercutir en la "calidad" esencial de su prestación, que entonces devendría variable.

Para poder centrar la competencia en la eficacia, es decir en el "producto," es preciso excluir al precio como un elemento determinante, de forma que aquel pueda adquirir relevancia en la percepción externa por su identidad propia en el nivel alcanzado en la pretensión de los servicios solicitados, con independencia de la eficiencia interna en la aplicación de los recursos económicos obtenidos en la oficina notarial.

### **c) La relación coste - beneficio en la práctica de la función notarial**

Aun cuando "a priori" la relación coste-beneficio es determinativa en el uso de cualquier servicio, en el notarial influye limitativamente su compleja naturaleza, pues, si aceptamos que a un precio cero la calidad del servicio tendería a ser inexistente, su exigencia de nivel de calidad siempre vendrá impuesta por la naturaleza pública de la función que retribuye, que nunca podrá ser inferior a un valor representativo de su significado jurídico. Por otra parte, la eficiencia de la oficina notarial siempre es apreciable en cuanto directamente imputable al notario ejerciente.

Si en el mercado una política de precios a la baja como reclamo para atraer clientela habitualmente se corresponde con la variabilidad en la calidad de los productos ofertados, creándose una sensación de inseguridad en el valor de lo que se percibe a cambio de esa reducción en el precio y paralelamente una tendencia a la restricción en su demanda para un nivel determinado, en el ámbito notarial la percepción de una disminución de seguridad jurídica correlativa a una política de competencia de precios a la baja no sería apreciable de forma inmediata, dada la general identificación externa

de una cierta calidad del producto, por lo que sólo a largo plazo podría replicar aquel comportamiento.

Al mismo tiempo, en términos prácticos y en relación con el funcionamiento general de mercado, consecuente con la ecuación de reducción de precios y costes como medio para optimizar beneficios propio de cualquier actividad económica con aumento de demanda, será la misma tensión provocada por la rigidez de la oferta de servicio notarial derivada del número limitado de notarios y el imprescindible requisito presencial, la que generará un incremento del flujo de demanda basada en la reducción de precios circunscrito a un número limitado de sujetos oferentes de precios mínimos con el fin de obtener resultados positivos económicamente, que al final pueden conducir a efectos contrarios a la síntesis del contenido de la función notarial al posponer o minimizar la supremacía de la eficacia en su prestación, reduciendo el valor global que la sociedad le atribuye.

Una competencia basada exclusivamente en el precio en el ámbito notarial puede, además, devenir negativamente en términos económicos generales si se redujera la eficacia de forma que afecte a la seguridad jurídica. La eficacia notarial es un valor añadido valuable económicamente, mientras que el precio a estos efectos es un trámite procedimental en la prestación notarial del servicio y no de su función.

Por otra parte, contradice la propia lógica de un sistema de legalidad reguladora de retribución por arancel con su simultánea delegación en la efectiva aplicación a favor del mismo funcionario que lo percibe en el caso de máximos, ya que una proyección de tal criterio fundamentado en una competitividad eficiente debería llevar a promover definitivamente su plena liberalización, asignando la determinación del coste del servicio al libre mercado de forma coherente con las premisas de eficiencia que sostienen que es el propio mercado quien protege al usuario y que, por el contrario, un precio fijo restringe la competencia y no estimula la calidad.

Pero es su propia finalidad pública y la externalización de los efectos jurídicos la que exige una regulación legal que defina la naturaleza retributiva de un sistema de seguridad jurídica, haciendo más eficaces los procesos en los que participa, lo cual afecta al propio orden jurídico y en definitiva a la

sociedad como beneficio social, facilitado por aquella homogeneización del producto y eficacia en la prestación que sólo puede darse desde sistemas estructurales, regularidad que por definición no podría reproducir un sistema de libre mercado.

#### d) Valor funcional

El valor útil del coste arancelario se apoya en un valor de previsión futura que se concretará alrededor de la certidumbre comercial "ex post", al ser los contratos de cumplimiento futuro de resultado impredecible. El coste de la incertidumbre futura de negocios no intervenidos notarialmente supera el coste "ex ante" por la implícita reducción del grado de certidumbre que derivaría del uso de la seguridad jurídica preventiva, ya que las medidas cautelares propias de la intervención notarial aumentan de valor en razón del tiempo en el que su eficacia jurídica permanece latente. Su valor de hoy es el de su utilidad futura al ahorrar costes futuros impredecibles, valor que nace de una incertidumbre que el futuro amplía. Estas medidas cautelares trasladan su valor en el tiempo, cuya actualización económica se reconoce como justificativa del coste de la actuación notarial. Puede decirse que el reconocimiento de la seguridad jurídica preventiva opera como un factor de utilidad del producto, de manera que a mayor necesidad de estabilidad jurídica mayor utilidad reconocida, no sólo en el ámbito privado sino como bien social. Mediante la seguridad jurídica preventiva se garantiza con mayor eficacia la sostenibilidad económica y social.

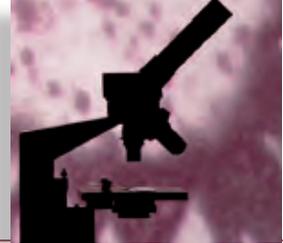
El coste transaccional de la actividad notarial enfrenta el valor de la seguridad jurídica "ex ante" con el valor de la incertidumbre jurídica "ex post". Los efectos probatorios y ejecutivos reductores de incertidumbre representan valores apreciables económicamente en el desarrollo de las relaciones jurídicas. Esta eficiencia jurídica relacionada con la eficacia notarial es valuable económicamente como una reducción de riesgo futuro y competitivamente ventajosa respecto de sistemas que propugnan la previsión aseguradora, al estabilizar anticipadamente la paz social. La eficiencia como baremo de la relación de medios y resultados es aquí menos reconocible al configurarse entre costes de medios presentes y resultados aparentes futuros, pero su ecuación de prevención de riesgos es superior a la de su posposición futura por la



imprevisibilidad de los costes de los medios futuros precisos en caso de conflicto.

**Aún reconociéndose la estabilidad jurídica como una necesidad social especialmente demandada, los condicionantes que permiten determinar el valor útil de la seguridad jurídica que confiere la fe notarial, inicialmente no se identifican necesaria y exclusivamente con el precio arancelario valorándolo como un elemento fundamental estimulante del incremento de su demanda.**

Sin embargo, aún reconociéndose la estabilidad jurídica como una necesidad social especialmente demandada, los condicionantes que permiten determinar el valor útil de la seguridad jurídica que confiere la fe notarial, inicialmente no se identifican necesaria y exclusivamente con el precio arancelario valorándolo como un elemento fundamental estimulante del incremento de su demanda, pudiendo, incluso, alimentar un efecto inverso en caso de que el mercado no reconociera el valor intrínseco de la función, al no resultar cuantificable "ab initio" como coste marginal computable en su cálculo la reducción de eficacia jurídica en el supuesto de ausencia de un determinado nivel de seguridad jurídica preventiva,



por lo que tampoco podría aceptarse como tesis real que una competencia de precios derivara en una maximización de beneficio social al no incrementarse, por los mismos motivos, la demanda de servicios. En este sentido resultó significativo el informe ZERP (2007) en el que se afirmaba que los sistemas desregulados producen mayores beneficios a los consumidores en términos de precios, calidad y elección de profesionales basándose en criterios de eficiencia económica que se apoyan fundamentalmente en la reducción de precios mediante su liberalización como estímulo de competencia, excluyendo de dichas consideraciones las de servicio público, seguridad jurídica, equilibrio contractual, propios de los sistemas latinos del notariado. Por su parte, el informe del Profesor MURRAY sostuvo criterios opuestos al señalar que los costes están condicionados en función del sistema en que se insertan y que la desregulación no conduce a una mayor eficiencia, reconociendo la mayor eficacia del sistema latino por la casi inexistente conflictividad jurídica, la calidad del asesoramiento y el grado de certeza. Postura, esta última, que coincide con la idea de eficiencia jurídica valuable económicamente que compite ventajosamente con los sistemas desreguladores de mercado. El arancel notarial fijo se podría considerar, pues, como un justiprecio objetivamente predeterminado.

Por otra parte, la propia naturaleza de la actividad notarial no permite que pueda regirse por leyes de mercado en un marco de libre competencia, no sólo por las limitacio-

nes administrativas derivadas de su regulación reglamentaria, del “*numerus clausus*” o de su demarcación territorial, sino porque, de forma natural, excluye como fin último la obtención de beneficios propio de la actividad empresarial al estar supeditada al servicio público, ya que si operara en un régimen de pura competencia comercial, a un incremento de actividad tendente a la igualación de precio con el coste marginal del producto, nunca se dará proporcionalmente una disminución de costes por optimización de procesos productivos dada su especial naturaleza, por lo que la curva de costes tenderá a incrementarse con una disminución inversa de eficiencia económica, con independencia de la natural limitación de capacidad productiva de los sistemas personalistas como el notarial.

Es difícil, entonces, entender que una reducción de precios a la baja desde un techo regulado pueda llegar a constituir un estímulo eficaz de competencia, cuando realmente es una evidente reducción autoimpuesta de ingresos globales mediante una confrontación individualizada que sólo beneficia puntuales intereses particulares mercantilizando la función y que puede poner en peligro la imparcialidad, objetividad e independencia necesarios para su ejercicio en las “obligaciones de asistencia, asesoramiento y control de legalidad”, conducta antirreglamentaria que contempla el art. 43, Dos, B, c, de la Ley 14 / 2000, reguladora del régimen disciplinario de los Notarios. La función siempre determina los caracteres de su ejercicio, por lo que el carácter involutivo de la competencia en el precio podría afectar a uno de los esenciales del notariado como la imparcialidad, lo que conllevaría a una convergencia identificativa con el ejercicio de otras profesiones liberales.

#### **e) Competencia y libre elección de notario**

En general se puede afirmar que la libre elección es propia de los sistemas de libre competencia. Su declaración como principio notarial responde como una excepción expresa a su especial condición de funcionario público en atención a su actuación independiente y en base a su libertad de criterio pero siempre bajo el principio de imparcialidad y en el que la libertad de elección por el cliente radica, como ya hemos señalado reiterativamente, en la eficacia de la prestación del servicio.

Esta competencia determinada por el principio de libre elección como “elemento esencial de una adecuada concurrencia entre aquellos”, como dice el RN, descansa en los juicios de valor de los usuarios sobre la eficacia notarial percibida como un “producto de confianza” y no objetivamente en el precio, pues en tal supuesto carecería de sentido haber establecido aquella facultad cuando la simple competencia económica la vaciaría de contenido al recaer la elección fundamentalmente sobre el precio ofertado y no sobre el mismo notario, tal como recoge la norma reglamentaria. En realidad, el objeto de la actividad notarial es ofrecido como un servicio público que constituye el medio real de captación de usuarios que lo precisen.

En este sentido, si un arancel variable de máximos se apoya en la idea de una oferta notarial bajo criterios mercantiles de competencia por el precio, lo que podríamos llamar la captación objetiva por el precio, un arancel fijo siempre se apoyará por el contrario de forma exclusiva en la demanda del usuario bajo un criterio de competencia por eficacia, respondiendo en este caso la elección del notario por la calidad general del servicio prestado, lo que podríamos llamar la captación subjetiva por la eficacia. En la primera, el notario al ofrecerse exhibiendo precios, ejerce una competencia activa en la que el precio es su publicidad más relevante. En la segunda, el notario es elegido por el usuario acreditando su eficacia en una actuación de competencia pasiva que resulta equilibrada por un precio fijo, de la que resulta una competencia social de prestación de un servicio público.

#### **f) Su relación con las leyes de mercado**

La misma unicidad de la fe pública extrajudicial debe imponer un sistema único de arancel fijo, aún reconociendo en su regulación las características formales de los instrumentos públicos, frente a leyes de mercado que puedan incitar sistemas alternativos para obtener una disminución de costes transaccionales en la economía interna en contraposición a la exigencia de una eficacia basada en el interés común.

Siguiendo las teorías formuladas sobre costes transaccionales (Coase), podría argumentarse que la actividad puramente notarial refleja esa transposición eficiente de recursos económicos derivados no sólo de reducciones de costes que encuentran su

justificación en una organización integrativa más eficiente que las que deparan los sistemas de mercado abierto sino por reducir posibles daños económicos en el futuro, dada la especificidad de las transacciones operativas en las que participa al incorporar un valor específico de eficacia. Su misma integración operativa basada en una eficacia comparativa en la que incorpora factores de eficiencia en la economía externa al beneficiar a terceros y en los que influyen su propia idiosincrasia, le permite al operar transaccionalmente incorporar propiedades economizadoras propias de una institución regulada en base al principio de seguridad jurídica preventiva. Este valor comparativo más favorable es el que resulta de adicionar valores al núcleo sustantivo de los documentos públicos autorizados, no sólo por el oportunismo precontractual sino por el postcontractual derivativo que opera con la finalidad de evitar factores de riesgo.

**Siguiendo las teorías formuladas sobre costes transaccionales (Coase), podría argumentarse que la actividad puramente notarial refleja esa transposición eficiente de recursos económicos derivados no sólo de reducciones de costes que encuentran su justificación en una organización integrativa más eficiente que las que deparan los sistemas de mercado abierto sino por reducir posibles daños económicos en el futuro.**

La defensa de la competitividad como principio inspirador de una economía eficiente que opera en la relación de medios aplicados y resultados obtenidos dentro de un marco de libertad de mercado, no es aplicable en el ámbito de los servicios públicos en los que no confluyen características consustanciales al concepto de mercado, aunque, como señalábamos, se produzca en dicho sector mejoras de eficiencia que se traducen en incrementos transaccionales por la reducción de costes indirectos, tales como la plena libertad de establecimiento y precios, al girar en torno a los principios de interés general y eficacia en una uniformidad en la que queda excluida forzosamente la variabilidad del factor precio, al darse, como ya indicábamos, una



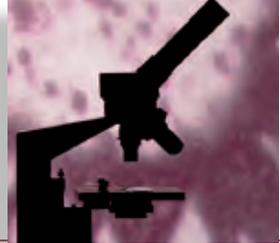
relación de homogeneidad de producto y precio fijo, causa de que en la regulación arancelaria se establezca como base para su cálculo el de su coste con expresa afectación a la viabilidad del servicio, aparte de que no habría un retorno de mercado derivada de una competencia de precios en dicho ámbito, aunque no se pueda ignorar que las fuerzas económicas generadas por la actual globalización implican un riesgo de influencia cada vez más evidente que podría afectar a la propia independencia notarial, frente al cual un arancel fijo es una barrera adicional importante como mensaja de su inalterabilidad.

En este sentido debe recordarse lo establecido en el art. 86, 2, del Tratado Constitutivo de la UE, en el que se establece que "...quedarán sometidos...en especial a las normas sobre competencia, en la medida en que la aplicación de dichas normas no impida de hecho o derecho el cumplimiento de la misión específica a ellas confiadas..." De estas restricciones a la competencia no puede excluirse un elemento esencial en el ejercicio notarial, el precio tasado, mientras se mantienen, sin embargo, en otras manifestaciones menos trascendentes, como la prohibición expresa de determinada publicidad.

De esta forma, la libre elección notarial no será selectiva en precio al operar sobre un mismo coste operativo y se centrará en la valoración de la eficacia y será la libertad de elección la que por dicha causa generará impulsos reformadores de los medios que

resulten ineficaces. Por este motivo una disminución de precio que ha sido establecido como coste máximo, establece una relación directa de disminución de eficacia, pues la subasta a la baja de precios del arancel de máximos es técnicamente una competencia "a pérdidas" en términos globales dada la rigidez de costes propia de las características de la actividad, lo que evidencia que la actividad notarial no puede operar libremente conforme a las leyes de mercado al actuar bajo costes máximos en el que el riesgo derivado de las operaciones en que interviene es indiferente y la sujeta a una relación rígida independiente de aquellas leyes, a diferencia de otros operadores jurídicos que relacionan estos riesgos con la retribución del servicio prestado.

Esta pretendida simbiosis que nace, a causa de las tendencias liberalizadoras, de la oposición entre la fuerza de las leyes de mercado y la intervención reguladora de la Administración pública, se apoya en la suposición de atribuir una determinada capacidad correctora al mercado a la que el notario quedaría sujeto de forma individualizada y en la que resultaría operativo un arancel de máximos al valorarse adicionalmente el precio. Sin embargo, ofrecido al amparo de un sistema de opacidad, al no tener una proyección publicitaria, limitativo del número de beneficiarios, tanto entre los oferentes como en los demandantes, sus efectos serán parciales e individualizados, sin que se pueda afirmar que de esta limitación se derive una evidente mejora de la competencia al no concurrir los requisitos



precisos de libertad de competencia objetiva, además de que la misma uniformidad de producto, que como prestación pública equilibrada socialmente impone el principio general de seguridad jurídica, exige en términos de coherencia un arancel fijo y predecible. Dicho de otro modo, un arancel fijo permite establecer criterios coherentes en todas sus manifestaciones y entre ellos el de eficacia y equilibrio social que por su propia trascendencia no puede disminuir en intensidad.

Realmente, el presunto beneficio económico propio de una eficiente asignación de recursos productivos predicado por los defensores del precio variable como estímulo de una competencia y que en el ámbito de la fe pública se centraría exclusivamente en el precio, sólo puede encontrar su apoyo real en una condición: el mantenimiento del mismo nivel de calidad aún ofertando menores precios, al converger en su funcionamiento incidentes multidisciplinares, pues de otra forma se desnaturalizaría la función notarial.

En la ecuación oferta-demanda de la actividad notarial el precio queda excluido como una variable fundamental, dada la naturaleza pública su prestación incidiendo en su variabilidad otros factores, ya que aplicando un precio fijo invariable, ante un aumento de la demanda sólo puede corresponder un incremento de la oferta, más notarios, y no una bajada de precios, y ante un aumento de la oferta la reducción de la misma, como ya ocurrió en la última crisis económica sufrida en la década anterior, sin afectar al precio

por la preponderancia de la seguridad del servicio prestado. De ahí, que se pueda afirmar que la imposición de un precio tasado fijo, independiente de la concurrencia de otros factores, actúa como garantía de su coherencia con la seguridad inmutable de la prestación de un servicio público.

A su vez, una reducción indeterminada de precios provocaría una alteración de dicha función, por una disminución progresiva de eficacia, que podría conducir a un desequilibrio general en la calidad del servicio, por lo que podría afirmarse que, incluso en términos económicos, esta política siempre incidirá negativamente dada la trascendencia temporal en términos de eficacia legal de los efectos del documento notarial, evidenciando su errático alcance. Mientras un arancel fijo permite establecer por la Administración una estrategia de costes optimizando el servicio público que se pretende prestar, un arancel de máximo establece privadamente una estrategia de supervivencia con deterioro del servicio por reducción constante del límite del margen operativo de la oficina notarial. Se trata de establecer una competencia de la competencia profesional sin refugiarse simplemente en la mera competencia por el precio.

Por otro lado, la competencia notarial basada en la libertad de elección por el usuario es, en principio, independiente de cualquier limitación territorial dada la permeabilidad de la demarcación frente al exterior que la abre a cualesquiera usuarios quienes pueden dirigirse al notario de su

elección siempre que éste opere en el ámbito de su demarcación establecida como barrera territorial para garantizar su eficacia, lo que facilita que un régimen de exclusiva competencia comercial pueda operar como fuerza de atracción en todo el territorio nacional generando flujos intensos de operaciones hacia determinados ámbitos geográficos generando desequilibrios de eficacia al variar el sentido de territorialidad del servicio, circunstancias que en la práctica es utilizada por determinados operadores jurídicos y económicos, dando lugar a un volumen operativo de algunas oficinas notariales inatendible eficazmente en términos reglamentarios con una progresiva incapacidad para atender su incremento de actividad, acreditando la evidente incoherencia de la compatibilidad de una territorialidad encaminada a la eficacia en la prestación del servicio público notarial y la libre competencia.

De la misma manera, y desde otra perspectiva, un arancel de máximos, llevado a sus últimas consecuencias, permite reglamentariamente la práctica desleal de una política temporal de pérdidas como medio para aperturar un mercado competitivo basándose de forma excluyente en el precio, arrinconando cualquier previsión razonable de mantenimiento de la oficina notarial en atención a su función social. Una competencia estrictamente profesional en su ámbito podrá conllevar el reconocimiento explícito por el trabajo desarrollado, mientras que la competencia exclusivamente por el precio no exige esfuerzo alguno adicional para su éxito. Son ejemplos que tratan de demostrar que el precio libre nunca marcará un punto de equilibrio natural como sistema de retribución de una función pública, dada su ineficiencia al imponerse de forma desigual y arbitraria en la misma incoherencia de la contradictoria obligatoriedad de su prestación enfrentada a un mercado de precios.

Atendiendo a la proyección pública del notariado como una función que descansa en la premisa de confianza, tampoco resulta asumible que, referido a las pólizas mercantiles, intervenciones de las mismas características puedan tener precios diferentes para los diversos clientes de una misma notaría, aún reconociéndose su volumen operativo o reiterativo, creándose una discriminación que en ocasiones puede resultar perturbadora de la presunción de imparcialidad del notario. Incide más en

esta idea de alteración de la percepción social de la ética corporativa al imponerse en las relaciones profesionales con el notario interviniente una relación transaccional de carácter económico.

A nivel global es de difícil justificación semejante política en la retribución de una función pública en la que el rigor debe ser la norma y más en su vertiente más social, motivo por el que en la mayoría de países del notariado latino impera el arancel fijo como fórmula de eficacia prohibiendo cualquier negociación sobre el mismo, como, por ejemplo, establece el art. 29 de la Ley alemana del notariado “el notario deberá prescindir de cualquier conducta comercial”, mientras que aquellos en los que se optó por un sistema de libertad de precios, como el holandés, se han venido produciendo los efectos ya descritos.

Otro efecto nocivo de esta política comercial es su carácter subrepticio que surge de la misma opacidad del sistema, diametralmente opuesto al principio de transparencia sustentado por la Administración, al quedar limitada la obligatoria información pública a su condición legal de máximo adquiriendo las normas del arancel ordinario un mero valor orientativo cuya aplicación quedará supeditada a determinadas influencias circunstanciales, generando una situación general de incertidumbre que puede representar manifestaciones de parcialidad. Merece la pena citar, en este punto, el art. 140, 2, del régimen arancelario notarial alemán (KostO) que dice: “Todo notario debe cobrar los aranceles fijados legalmente, del mismo modo y sin excepciones. Es fundamento esencial de la independencia, imparcialidad y desinterés personal en el desempeño del cargo. La libertad de elección del notario se basa en la confianza y no en razones económicas que no los distinguen”, reconociendo como inválidos los acuerdos sobre precios y considerando la competencia por precio como extraña al cargo de notario, que “no es una industria”, orientado a la seguridad jurídica, régimen en el que no se acepta ninguna clase de limitación ni excepción a los principios de imparcialidad e independencia, que directamente inspiran el arancel.

Como corolario, se podría añadir que la aplicación voluntaria por los notarios del arancel de máximos como medio habitual de competencia, llegaría a justificar en un futuro ante la sociedad o grandes ope-

radores y en particular los financieros su progresiva implantación a toda la actividad notarial al presumir su capacidad para asumir unilateralmente una reducción arancelaria como representativa de precio límite de funcionamiento de la función notarial y que encontraría su justificación más decepcionante en la idea de considerar al actual arancel fijo como un “privilegio corporativo”, error estratégico que entiendo no será posible evitar si persiste su implantación, o incluso, desde otro punto de vista, la de llegar a contemplar la posibilidad de la atribución de determinadas funciones a otros operadores jurídicos por el simple y único hecho de resultar más económicos.

Y finalmente, señalar que, aun cuando se reconoce como de interés general económico el principio de libre competencia excluyente de cualquier restricción no reconocida legalmente, surge una contradicción conceptual entre ésta y el principio de imparcialidad que ordena el ejercicio de la función notarial en cuanto pública y ejercida como tal por los funcionarios que la tienen atribuida, pues su actuación con criterios de competencia comercial por razón del precio afectaría, siquiera sea indirectamente, la observancia de un principio que no es ponderable. Además, irónicamente, el reconocimiento objetivo de la eficacia como de homogeneidad uniforme, reduciría la publicidad, en su caso, precisamente al precio como elemento diferenciador.

Concurren, pues, dos principios de naturaleza y ámbitos incompatibles en una irreductibilidad que debe llevar a la exclusión de la competencia comercial en cualquiera de sus manifestaciones en el ejercicio notarial por ser preponderante en estos supuestos el principio constitucional de imparcialidad.

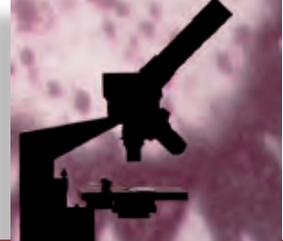
## **2. LA VISIÓN DE LA FE PÚBLICA COMO COMPETENCIA REGULADA DE OFERTA**

### **a) Su justificación como servicio público**

La fe pública extrajudicial constituye un servicio de contenido jurídico atribuido de forma independiente a determinados funcionarios públicos por especial delegación del Estado que por su carácter público se ejerce en régimen de competencia regulada, sin que se pueda considerar como una actividad económica de interés público, que opera como un sistema organizativo de interés social.



Esta apariencia de competencia regulada en el ejercicio de una función pública, derivada de la autoridad del Estado y operativa en el sector privado, se estructura estableciendo un número determinado de funcionarios y ordenando su distribución territorial bajo los principios de suficiencia y eficacia social, lo que crea una apariencia de limitación formal de competencia de mercado, dada su uniformidad en razón de la finalidad pública de su prestación, que se concreta en demarcaciones de competencia funcional, con lo que se pretende evitar que prevalezcan actuaciones de mercado centradas en valoraciones de oportunidad excluyentes de zonas de escasa actividad económica y como medio de compensación en la correlación legal de obligatoriedad de prestación de función por el notario como órgano público que participa del concepto de jurisdicción voluntaria y la amplia libertad de elección por el usuario, sin que por ello, en ningún caso, pueda establecerse una relación directa entre la determinación del número de notarios y la libertad de elección como fórmula que busque propiciar un estímulo de competencia económica, lógica que proyectada bajo ese prisma llevaría a un incremento indeterminado de notarios hasta un límite que marcaría el propio mercado, indiferente a la función social asignada, sino de equilibrio marcado por el Gobierno en base a las Memorias presentadas para la optimización y eficacia del servicio y obligatoriedad de su prestación y suficiencia de un arancel como precio público, por lo que el reconocimiento de esta



facultad de elección nace, en este sentido, esencialmente del carácter independiente y responsable con que se presta un servicio público de esta naturaleza, tal como recoge el art. 1, párrafo 2º del RN, al afirmar que “El notariado gozará de plena autonomía e independencia en su función”, en el que será siempre su eficacia el elemento decisorio de su elección al resultar el único medio idóneo de competencia, sin incurrir en conceptos de libre mercado exigentes de la máxima eficiencia en la asignación de recursos operativos. En resumen, la competencia delegada se impone como garantía de eficacia en la prestación y control de su ejercicio.

#### **b) La competencia de oferta como actividad no empresarial**

La visión de la fe pública notarial como un servicio regulado de oferta que pudiera llegar a identificarse con alguna de las características de monopolio económico que impone en el mercado posiciones dominantes sea regulando interesadamente factores de producción o manipulando precios, no responde a su condición de prestación de un servicio público funcional en el establecimiento de un marco específico de libertad cuyo fin es evitar asignaciones de recursos que resulten socialmente ineficientes.

El notariado no responde a un sistema organizativo de capital y trabajo desde una perspectiva económica para la obtención de beneficios como empresa, sino a la

prestación organizada de un servicio público independiente al ejercerse fuera de la estructura jerárquica de la Administración que requiere una delimitación legal de la jurisdicción funcional, en la que su finalidad última es el ejercicio eficaz de una función pública en el que la competencia ni se ampara en criterios de mercado ni responde estrictamente a términos de eficiencia empresarial.

La adecuación del Arancel como sistema de retribución económica de una función prestada en régimen especial de oferta, encuentra su justificación en la concurrencia de características de rigidez en la oferta de la fe notarial derivada del “*numerus clausus*” notarial, territorialidad y de la propia homogeneidad del servicio, que tenderían por sí a imponer en un régimen de libre competencia, por el impacto de tales características, precios a la baja, por lo que la imposición legal de un precio fijo, mitigador de este efecto, reconduce la competencia al factor de eficacia, garantizando el impulso de la calidad del servicio. La época del beneficio profesional queda en todo caso supeditada a la ética funcional en su ejercicio público.

El precio puede ser considerado como la expresión de una magnitud de la eficiencia externa de los recursos económicos implícitos en el proceso de prestación del servicio notarial, mientras que la eficacia es una magnitud intrínseca del mismo en la que el precio no es elemento esencial sino de utilidad consustancial a su carácter público, por lo que un precio fijo impuesto administrativamente replica la rigidez de ambas curvas en un punto que marca el Gobierno, de acuerdo con el interés común y orientado a la autonomía e independencia de una función. Es por debajo de este punto en el que el arancel de máximos crea un régimen de competencia singular entre notarios basado exclusivamente en el precio, suscitando una competencia anómala que no se corresponde con la coherencia inherente al sistema.

Además, como ya se ha señalado, el carácter público de la fe notarial ejercida en régimen de oferta regulada funcional exige asimismo la exclusión del precio como un elemento de la misma, al tener que permitir la autonomía e independencia de su ejercicio, por lo que el arancel debe ser suficiente para como máximo cubrir los costes de funcionamiento de las oficinas notariales y, adicionalmente, la retribución de sus funcionarios, a la que queda atribuida una

condición secundaria en la afectación del arancel, reconociéndosele su variabilidad e incluso posible incursión en déficit, en cuanto no prevalece el interés sino la responsabilidad.

**La competencia funcional queda, pues, como compensación circunscrita a estimular la optimización de la prestación mediante una actuación técnica eficiente que supla posibles ineficiencias intrínsecas.**

La competencia funcional queda, pues, como compensación circunscrita a estimular la optimización de la prestación mediante una actuación técnica eficiente que supla posibles ineficiencias intrínsecas, por lo que una reducción de retribuciones económicas a causa de la aplicación del arancel de máximos que implique una reducción real de ingresos necesarios para cubrir el desarrollo de una misma actividad conforme al cálculo administrativo de coste máximo para garantizar el funcionamiento de la oficina notarial, altera en términos negativos aquella eficiencia, lo que reconduce la actuación material a la permanencia de sistemas obsoletos e inadecuados y, en general, a la ineficacia.

La competencia notarial será, en todo caso, una competencia mediatizada no sólo por las limitaciones reglamentarias sino también por funcionar bajo una singular régimen de oferta que no permite las manifestaciones naturales de la libre competencia de mercado. En este sentido la ley 17/2009 sobre “Libre acceso a las Actividades de Servicio y su Ejercicio” y cuyo fin, como su título indica, es facilitar el libre establecimiento y prestación de servicios y evitar las restricciones de este mercado, en su art. 2, excluye expresamente de su regulación a los notarios, ya que en el ejercicio de su función no concurren las circunstancias de libertad de establecimiento, publicidad o asociación dada su condición de funcionarios públicos que ejercen “actividades que supongan el ejercicio de una autoridad pública”, en sintonía con el concepto sustentado por el Derecho vigente en otros países de la UE, restricciones que la hacen incompatible con el régimen de libre competencia.

## Conclusión

La proyección de criterios de mercado utilizando analogías económicas en el análisis de la actividad notarial no integran en su complejidad la seguridad de un sistema jurídico regulador del derecho privado, en el que el interés social se distancia de la pura eficiencia económica como un interés público que debe ser preservado por el Estado de forma consecuente.

De hecho, detrás del concepto de un mercado perfecto liberalizado como determinante en la consecución de grados de eficiencia, se ampararán intereses económicos que buscan imponerse en la consecución no de una seguridad jurídica sino resultados económicos que, aún cuando evidentemente produzcan efectos estabilizadores en el sistema, adolecen de ventajas sociales comparativas ya que la misma desregulación incrementa el riesgo futuro por la incertidumbre que en situaciones de crisis resultará insostenible.

La confrontación entre sistemas liberales y los de seguridad jurídica preventiva, aduciendo, por parte de aquellos, agilidad y menores costes en la operativa contractual, encuentra respuesta en una realidad de certidumbre jurídica y socialización de beneficios por responsabilidad social. Es el paradigma de una radical racionalidad de eficiencia económica frente a la confianza en una fe pública extrajudicial como eje de un sistema de seguridad jurídica preventiva.

La transcendencia regulatoria del arancel impone una exclusión definida de su mercantilización no sólo porque supondría preconizar una modificación sustancial de la función notarial sino porque desvirtúa el alcance del principio de libre elección de notario que exige en la prestación de su función una imparcialidad que integre la neutralidad arancelaria.

## VII. LA INCOHERENCIA ARANCELARIA Y SUS EFECTOS

### a) La incoherencia funcional

Mientras que por RD 6/1999, de 16 de Abril, de Medidas Urgentes de Liberalización e Incremento de Competencia, se establecía el carácter de máximo para los aranceles derivados de la intervención de las pólizas mercantiles, la Ley 14/2000, de 29 de diciembre, de Medidas fiscales, Ad-



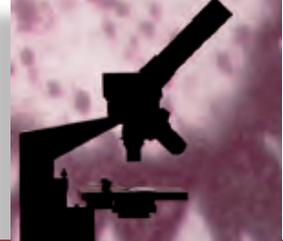
ministrativas y del Orden Social, por la que se establece el Régimen Disciplinario de los Notarios, en la letra c de su apartado B, del art. 43, Dos, declaraba como infracción grave: "Las conductas que impidan prestar con imparcialidad, dedicación y objetividad sus obligaciones o que pongan en peligro ...la independencia necesaria para el ejercicio de su función", dando lugar, en mi opinión, a una incoherencia entre los requisitos deontológicos de la norma disciplinaria y la facultad atribuida a los fedatarios públicos para aplicar en su actuación "los descuentos que estimen pertinentes", ya que el rigor conceptual de imparcialidad que exige la citada norma puede quedar alterado tanto por el mismo concepto de la negociación retributiva como por el requisito de dedicación integral debilitado por una excesiva numeración o por la objetividad al incidir en la función intereses económicos.

En este sentido la Dirección General del Notariado en su Resolución del 28/12/2006, afirma que "a través del arancel el Estado garantiza al ciudadano la...intervención notarial a un precio preestablecido" y "su condición de mínimo...garantiza al ciudadano la calidad del servicio...", en los que incumplimiento de estos principios "afrostrarían frontalmente a la prestación del servicio y al interés público...dejando en posición de desventaja al notario que cumpliera adecuadamente su función...prestado el servicio sin seleccionar en función de la retribución arancelaria..."Añadiendo, respecto al descuento arancelario que "el arancel en su vertiente de mínima percep-

ción ...orienta primordialmente a la concurrencia y la competencia notariales hacia la excelencia....en la imparcialidad....en la seguridad del tráfico jurídico y el fomento constante de en la prestación de la función pública notarial, a un coste que el Estado considera adecuado para cubrir los gastos de funcionamiento y conservación de la oficina notarial, incluyendo la retribución profesional..."

Esta Resolución pone de relieve de forma flagrante la incoherencia de los distintos criterios que coexisten en la retribución de una misma función según la diversidad formal de los instrumentos públicos notariales, en concreto la escritura pública y la póliza mercantil, y revela palmariamente su alcance al reflejar la capacidad que otorga en su aplicación el arancel de máximos para separarse de los principios defendidos en dicha Resolución y que precisamente son los que resultan trascendentes en la concreción del propio concepto de la función notarial, resaltando el problema fundamental derivado de la actual regulación: su implícita contradicción.

Las circunstancias señaladas puede dar lugar a situaciones de desequilibrio en la competencia funcional al aplicar en determinados supuestos condiciones desiguales para prestaciones equivalentes contemplados por el art. 1, 1, d, de la LDC, ya sea por obtener servicios en peores condiciones unos que otros, creando situaciones de desventaja competitiva, ya sea por resultar actos contrarios a una ética exigible al no darse



causas objetivas y relevantes que justifiquen un trato distinto, obviándose el principio de igualdad que puede convertirse en estos casos en una metáfora del principio de justicia, y todo ello partiendo de una homogeneidad del producto en la que se basa una confianza objetiva, por su naturaleza pública y valor legalmente reconocido, al que debería corresponder una uniformidad de precios.

Confirma este criterio los "Principles of Notarial Ethics", Princ. 4.2 (17.04.2004) donde se afirma, entre otros, refiriéndose al arancel aplicable, que : 1. El notario no puede ofrecer una tarifa distinta a las fijadas por la Administración, ya que por ser un servicio público los precios han de ser asequibles. 2. El arancel fijo le da independencia.

3. Consolida la confianza de las partes. 4. Da libertad de elección: todos los notarios cobran lo mismo."

Tampoco hay coherencia cuando una conducta notarial es reprochable si se infringe el arancel por defecto o por exceso en el precio aduciendo que tal conducta supone una posible pérdida de imparcialidad y ,sin embargo, no lo es cuando se aplica el de máximos por tratarse de intervención de pólizas en el que sólo se sanciona el exceso, cuando el deber constitucional de imparcialidad en el ejercicio de funciones públicas, insistentemente recordado por la Jurisprudencia, es genérico y en el que la forma documental debe ser intrascendente a tal efecto.

La propia unilateralidad del notario excluye en sus decisiones una justificación objetiva en la determinación del precio aplicable, por lo que cualquier usuario que pudiera sentirse afectado por discriminación en su determinación podría reclamar un trato equivalente amparado en el principio de igualdad por un mismo servicio implícito en la prestación de servicios públicos.

Además, esta incoherencia que provoca el arancel de máximos es la que permite prácticas comerciales amplificadas difícilmente asimilables, aunque en su defensa se pueda aducir puntualmente la legalidad vigente, que supuestamente parece que las excluye del deber de ética integral que exige la disciplina notarial, al darles de forma indirecta un valor de "plus comercial" en la actividad notarial como un medio de atracción que recae sobre otras operaciones sujetas a precio fijo.

Si las bases que inspiran el establecimiento de un arancel fijo, aparte de la fundamental de garantizar la independencia funcional del notario, raíz de su propio carácter, son:

i) el "equilibrio funcional", que proporciona a la actividad notarial dado un número determinado de funcionarios que la sirven.

ii) su "neutralidad," tanto subjetiva en la libre elección del notario por eficacia como objetiva en las formas documentales.

iii) el "interés general," que procura al fomentar el uso del servicio cubriendo necesidades sociales percibidas.

iii) su "regulación legal" mediante normas determinativas y sancionadoras.

iiii) la "competencia por eficacia", excluyendo el precio que ha de ser fijo para todos los servicios,

Puede establecerse un paralelismo con las que se pueden deducir de la citada Resolución de la DGRN de 28-12-2006, orientadas a la consecución de la calidad y eficacia del servicio, cuya ausencia afectaría al interés general , quedando sometida la excelencia de la profesión a la determinación de una competencia imparcial, cuya misma antinomia conceptual resuelve con la defensa de un arancel fijo preestablecido por el Gobierno con el que liga la finalidad de la función con su forma de ejercicio, excluyendo que por razones de precio pueda sufrir desventaja el que cumpla íntegramente con los requisitos del mismo y todo ello bajo el principio general de sostenibilidad de la función recogida en la DA 3ª de la LTPP.

Por su parte, la nota informativa de la Subsecretaría General de Estudios y Planes de Actuación del Ministerio de Industria, Turismo y Comercio sobre el Plan de Dinamización de la Economía Española, de Noviembre de 2005, al referirse a los Servicios Profesionales sujetos a Arancel, reflejando el acuerdo del Consejo de Ministros de 25 de febrero de 2005 de creación de un nuevo arancel, señala que éste deberá estar orientado a conseguir mayores cotas de eficiencia respondiendo a una serie de principios, que, como veremos, tampoco resultan coherentes con el mantenimiento de una política comercial derivada del arancel de máximos o descuentos.

- El principio de proporcionalidad, en cuanto al servicio prestado, que no resultaría verificable cuando el arancel puede ser variable para un mismo servicio.

- El principio de calculabilidad de su coste, lo que no sería posible si está sujeto a previa negociación, variable y aleatoria en función del notario.

- El principio de imparcialidad, como garantía de independencia de los funcionarios, que sería incompatible con un régimen de competencia comercial.

- Y por último, el principio de verificabilidad, por ser comprobable y transparente en su cálculo, que quedaría directamente anulado por la misma opacidad del sistema

propio de un arancel “privativo”, pues los precios especiales no son objeto de publicidad aunque remuneren un servicio público.

Esta contradicción entre arancel fijo y arancel variable, denominación descriptiva de su operativa real, excluye la “analogía iuris” propia de un sistema de retribución de una función que atiende a una misma finalidad pública ajena a la naturaleza formal de los instrumentos con que se presta y cuya máxima expresión de incoherencia la podemos encontrar en el hecho de que la formalización de un contrato de la misma naturaleza jurídica, por ejemplo un préstamo mercantil bancario, en escritura o en póliza, pueda devengar un arancel fijo o variable, respectivamente. Actitud bipolar que tensiona la rigidez arancelaria en perjuicio de la eficacia de una función inmersa en un proceso de seguridad jurídica.

Y finalmente, como ejemplo máximo de esta absurda incoherencia debe resaltarse el supuesto de las pólizas desdobladas en las que, por sus propias características, han de intervenir distintos notarios, quienes al amparo de esta condición arancelaria pueden dentro de una misma operación y por los mismos supuestos negociales cobrar importes distintos a los diversos intervinientes, en un alarde de trato discriminatorio sin posible justificación. No creo que sea necesario imaginar la opinión de los desfavorecidos en el trato recibido de su notario interviniente y del Cuerpo en general.

## **b) La dudosa cuestión de su constitucionalidad**

La disposición legal por la que se le atribuye la condición de máximo al arancel aplicable a la intervención notarial de pólizas mercantiles, es, en mi opinión, de incierta constitucionalidad al poder sostenerse que su aplicación sea limitativa en alguna forma de las garantías que ordenan el cumplimiento de la obligación de imparcialidad que el art. 103, 3, CE exige a los funcionarios públicos al establecer que “La ley regulará el estatuto de los funcionarios públicos... y las garantías para la imparcialidad en el ejercicio de sus funciones”, la cual pudiera resultar vulnerada por la incongruencia del contenido de competencia económica inmerso en aquella norma con el carácter público de la realidad jurídica que pretende regular, al afectar a la misma esencia de la institución notarial, su imparcialidad, adquiriendo este hecho condiciones de relevancia suscitada al amparo de su uso.

En la interpretación normativa, aunque la imparcialidad como deber constitucional que afecta al ejercicio de una función pública debería constituir el único criterio objetivo en la determinación del alcance de la norma reguladora del arancel, el contrario sentido nace de la coexistencia de la imparcialidad como deber legal y la imposición de un régimen de competencia a través de la norma que adquiere la condición de determinante en la justificación de su alcance, como “ratio legis” de una economía liberal imperante, recayendo simultáneamente ambas exigencias sobre el ejercicio de una misma función, ya que, si de acuerdo con el apartado 1 del art. 103, de la CE: “la Administración pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con el principio de eficacia”, también impone con tal fin, en su apartado 3, el ejercicio imparcial de las funciones públicas atribuidas.

Dentro de esta sistemática del Ordenamiento jurídico, asentado en la lógica de compatibilidad de las normas que lo integran bajo una superior que radica en la misma Constitución, el conflicto surge cuando se imponen obligaciones contradictorias entre sí derivadas de las propias normas o respecto de la norma fundamental, en cuyo caso podría dudarse de la validez de la norma no compatible. Aunque la norma superior y la inferior se integran en un sistema jurídico ordenado constitucionalmente, la valoración de los principios que enmarcan sus respectivos enunciados jurídicos entra en evidente confrontación en la que debería prevalecer la norma superior, en este caso los principios enunciados constitucionalmente de igualdad e imparcialidad que podrían ser vulnerados. Así, un cambio de la estructura normativa de un sistema regulado conforme a aquellos principios que lo inspiran, podrá provocar alteraciones, al no responder de forma congruente a los mismos, en la observancia de los deberes de imparcialidad e independencia, rompiendo al mismo tiempo la necesaria integridad arancelaria y funcional en el ejercicio de una única función, la fe pública, por razón de la clase de instrumento público.

De hecho, una coherencia sistemática oscilaría entre los extremos que marcan un arancel libre propio de los sistemas desregulados de plena libertad económica, en los que, aunque la razón de las leyes es el bien común, es la utilidad la que las ordena, ó un arancel fijo propio de los sistemas

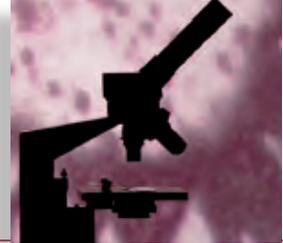


regulatorios por la trascendencia social de la función, en la que las soluciones intermedias incurren, como sostenemos en este análisis, en contradicciones no sólo funcionales sino también respecto a la propia naturaleza de la función notarial.

La exigencia de imparcialidad que se impone como premisa del ejercicio de las funciones públicas pone de relieve el problema de la condición de funcionario público del notario, resuelta afirmativamente por el art. 1 LN, quedando sujeto, en consecuencia, el ejercicio de su función a la norma constitucional, por lo que el deber subjetivo de imparcialidad se contrapone a normas que pudiendo ser válidas por sí mismas pueden dejar de serlo en su aplicación si se interrelacionan con el supuesto contemplado, pues al nacer la imparcialidad y la igualdad del propio concepto de justicia, exige del funcionario público una conducta activa en su observancia y de forma especial al notario en cuanto actúa de forma independiente en el ejercicio de su función.

## **c) Posibles efectos distorsionadores derivados de la aplicación de un arancel de máximos**

Los efectos de la competencia amparada en el arancel de máximos, al derivarse de la incoherencia de un sistema que contradice los principios rectores que informan el desarrollo del arancel notarial, pueden provocar en la práctica determinados efectos distorsionadores que podrían llegar a ser



considerados como indeseadas manifestaciones de una posible conducta desleal.

Así, con carácter general podríamos enumerar los siguientes :

a) El carácter subrepticio, que emana de una subasta a la baja realizada en condiciones de opacidad, ya sea porque el propio usuario se dirija en la negociación de forma aleatoria a varias notarías ó por el carácter reservado de tales tratos, provocando una volatilidad de criterios en la formación de precios retributivos de una función pública.

b) La discriminación, derivada del desigual trato para situaciones equivalentes.

c) La reducción de eficacia en su aplicación, al afectar a la neutralidad operativa.

d) La privatización parcial del arancel, que permite acumular beneficios a favor de determinados operadores mientras se reducen los ingresos globales.

e) Una efectiva desregulación arancelaria en su faceta formal, al adquirir por debajo del límite de máximo una función meramente orientativa.

f) Actitudes negociadoras expresamente excluidas de la actuación funcional por la exigencia de imparcialidad, al introducir un factor de vulnerabilidad en una actuación pública.

g) Incongruencia, al sostener criterios de retribución opuestos en el ejercicio de la

misma función que afecta al concepto de unicidad de la fe pública extrajudicial.

h) Imagen de imprevisibilidad en los criterios de la Administración, al establecer el coste máximo preciso para el sostenimiento de las oficinas notariales para después liberalizarlo a la baja de forma indeterminada.

i) Sensación puntual de posible abuso de derecho, al establecer al amparo de una norma legal distintos precios para las mismas operaciones, confundiendo el criterio de igualdad presumido por los usuarios.

Además, los precios arancelarios públicos vienen determinados por una memoria económica-financiera elaborada por la Administración Pública, por lo que no se puede entender el establecimiento de un precio de máximos al trasladar la valoración de los costes económicos de la función a criterios oportunistas, obviando de esa forma su apreciación pública al ser acordado "inter partes."

Por otra parte, conviene señalar que la propia naturaleza del carácter de máximo del arancel crea oportunidades de omisión de información complementaria por parte del notario referida al coste arancelario sobre la que el propio de deber de diligencia impone al propio usuario, al quedar limitada a la publicada oficialmente, lo que podría influir en la toma de decisiones por éste dentro de un arbitrario "mercado notarial" que fomenta la liberalización del arancel.

Todo ello plantea un singular dilema en la actuación notarial que, aún cuando no pueda

llegar a calificarse como un "dolus bonus" que incidiera directamente en el cumplimiento de sus obligaciones al ajustarse a derecho, puede afectar singularmente a la estética de unos valores prevalentes que socialmente consolidados se manifiestan de forma habitual en una "praxis" deliberada de la actuación imparcial y ejercicio independiente de la función notarial, con la que de forma habitual se ha venido dando una imagen apreciada intuitivamente por una sociedad que es especialmente exigente y sensible al correcto ejercicio de la actividad notarial.

En este sentido debe resaltarse que la realidad que deriva de las relaciones humanas no ha sido nunca objetiva, por lo que ha precisado de un ordenado diseño regulatorio que será reflejo constitutivo de una moral integrativa estabilizada socialmente que proyecta un concepto histórico de justicia, en la que las actitudes personales determinan una actitud ética específica que será socialmente percibida como tal, sin olvidar en este sentido que conceptos como orden e igualdad son susceptibles de ser interpretados diferencialmente en función de una época, con significados específicos, como ya señaló el fundador de la escuela filosófica del positivismo lógico Schlick "la formulación de las normas no es otra cosa que la determinación del concepto de lo bueno, cuyo conocimiento una ética emprende," en la que el "bien" nace de una razón social determinada por el momento histórico cuyas normas formulan la ética del deber ser.

Ya no se trata, pues, de la posibilidad en que incurre el arancel de máximos de dar una imagen de abuso de derecho en la falta de transparencia al permitir la percepción de retribuciones distintas por servicio equivalentes sin un interés social aparente, sino del mismo hecho de los efectos que el sistema genera en una función integrada en el proceso de seguridad jurídica cuya garantía se impone al principio de competencia, ya que si el notario actúa en régimen de libre competencia, cuya única ortodoxia sería el límite de máximos, sugiere una imagen de actuación interesada limitativa de los principios que le afectan, que se esboza genéricamente por los efectos de una política económica liberal al servicio de intereses particulares en un ámbito general del que está expresamente excluido el que regula la función pública.

Lo sucintamente expuesto se traduce en una proyección pública del notariado di-

fusa dada la ambigüedad de las actitudes personales que puedan adoptar sus componentes en un escenario de competencia comercial y en una ética debilitada al usar criterios dispares o contradictorios para idénticos actos, modificando el concepto de integridad en su acción, cuyo reflejo en la apreciación social y particularmente en la de los operadores jurídicos y económicos puede mostrarse en términos negativos al constituir la confianza en la apariencia una exigencia del ejercicio de la función. De hecho, la interrelación de la ética, determinada por el interés general que en lo social se manifiesta en la actuación imparcial, formal y sustantiva, del notario, la estética, como apreciación intuitiva de la imagen socialmente proyectada, y la dinámica, enmarcada en los límites de su eficacia legal, determinan la deontología, “el deber ser”, del ejercicio público de una función bajo una ética definida activamente que se superpone en la aplicación práctica del derecho.

En síntesis, el preludio estético de la actividad notarial siempre se proyectará sobre su ética intrínseca, aunque ésta resulte claramente definida y consolidado su concepto en el implícito progreso de las garantías jurídicas, por lo que el notario en su dinámica siempre ha de ser sujeto de su función, subjetividad reflexiva, y no objeto, instrumento, de la misma.

## CONCLUSIONES FINALES

A través de la actual regulación arancelaria se ha impulsado una tendencia liberalizadora de la actividad notarial mediante la competencia comercial con el argumento de incrementar su eficiencia económica, adquiriendo especial relevancia el impacto de la desregulación activa del arancel aplicable a las pólizas mercantiles, que no se adapta, a mi juicio, a los principios de independencia e imparcialidad la fe pública extrajudicial que definen su identidad y enmarcan el ejercicio personal de una función pública delegada por el Estado.

El régimen de competencia que nace del principio de libre elección de notario debe ser de naturaleza imparcial centrándose en la eficacia entendida en términos de calidad de servicio.

Un arancel fijo y transparente no sólo permite consolidar la observancia de la obligación constitucional de imparcialidad en la prestación de la fe pública en la que

cualquier desviación supondría una modificación significativa de su misma naturaleza, sino, además, valorar la competencia regulada de oferta como funcional y eficiente en el cumplimiento de cobertura de costes operativos de las oficinas públicas, asegurando su independencia y una efectiva libertad en el ejercicio del derecho de libre elección de notario por los usuarios.

La libertad arancelaria, por sus posibles efectos adversos, se convierte en un factor desestabilizante en la eficaz prestación de una función sometida a una específica regulación por su responsabilidad pública.

Apoyándome en estos criterios y en los razonamientos y conclusiones expuestos a lo largo de este trabajo, entiendo que el arancel notarial, además de constituir la garantía de la autonomía e independencia en la prestación de la fe pública extrajudicial en base a lo establecido en la DA 3 de la LTPP de determinación de un nivel que permita la cobertura de los gastos de funcionamiento y conservación de las oficinas públicas notariales, incluida la retribución de los funcionarios públicos que las sirven, debería, mediante un sistema de retribución fijo en el que efectivamente concurren los principios que inspiran su regulación, permitir que en todas sus facetas se imponga la regla de elección de notario por el cliente exclusivamente por la calidad como norma de competencia efectiva, con el exclusivo fin de optimizar el servicio por la exigencia de eficacia resaltando la primacía de la imparcialidad como valor incuestionable en la consecución de un interés social, la seguridad jurídica, prescindiendo de sistemas mixtos o transaccionales modificativos de su naturaleza.

## BIBLIOGRAFÍA

Albiñana García-Quintana, César, “Sistema tributario español y comparado”. Tecnos. Madrid. 1986.

Arruñada, Benito, “Análisis económico del notariado”. Consejo General del Notariado, Madrid, 1995.

Díez-Picazo, Luis, “Fundamentos de Derecho Civil patrimonial”. Civitas. Madrid, 1995.

Fugardo Estivill, José María, “Fe Pública Mercantil: fuentes, organización y régimen jurídico”. Civitas. Madrid. 1999.

García de Enterría, Eduardo; Fernández Rodríguez, Tomás Ramón, “Curso de Derecho Administrativo”. Civitas. Madrid. 1992.

Garrido Falla, Fernando, “Comentarios a la Constitución”, Civitas, Madrid, 1981.

Garrido Gómez, María Isabel, “La predecibilidad de las decisiones judiciales”. Revista Ius et Praxis, versión On-line, 2009.

Garrido Melero, Martín. “La imparcialidad del notario: garantía del orden contractual”. Consejo General del Notariado. 2004.

Gaup, Rolf, “La imparcialidad del notario: garantía del orden contractual”. XXIV Congreso Internacional del Notariado Latino. Ponencia de la Delegación Alemana. BNotK, 2003.

Gomá Salcedo, José Enrique, “Derecho Notarial”. Dykinson 1992.

Huerta Troles, Antonio, “Acerca de la deontología notarial: competencia leal y competencia desleal”. Homenaje a D. Juan Francisco Delgado de Miguel. Civitas. 2007.

Martin Queralt, Juan, “Cuestiones polémicas sobre tasas y tributos parafiscales”. CISS Comunicación, nº 26, 1985.

Mezquita del Cacho, José Luis, “Seguridad jurídica y sistema cautelar”. Vol. 1, Bosch, Barcelona, 1989.

Navarro Azpeitia, Valentín Fausto, “Reflexiones acerca de la función notarial”. Revista de Derecho Notarial, nº 77-78, 1972.

Paz Ares, Cándido, “El sistema notarial. Una aproximación económica”. Consejo General del Notariado, Madrid, 1995.

Rodríguez Adrados, Antonio. “El notario: función privada y función pública: su inescindibilidad.” Revista de Derecho Notarial, nº 107, 1980.

“De nuevo sobre la inescindibilidad notarial”. Revista Jurídica del Notariado, nº 21, 1997.

Rueda Martínez, Miguel Angel, “La función notarial en la economía del mercado”. Revista Jurídica del Notariado, Madrid, 1998.

## NOTA

(1) Entre otras, Sent. TSCA 19-6-2008.

# La protección de datos y la prevención del blanqueo de capitales en la quinta Directiva

Alfonso Ortega Giménez

Profesor Contratado

Doctor de Derecho Internacional privado.

Universidad Miguel Hernández (Elche)

Juan José Gonzalo Domenech

Consultor legal y seguridad

UBT Compliance

## Índice

### I. Introducción

### II. Principales novedades introducidas por el nuevo régimen de protección de datos

- A) El registro de actividad
- B) Información al interesado
- C) Principios relativos al tratamiento
- D) Bases de legitimación del tratamiento
- E) Medidas para el ejercicio de los derechos de los afectados
- F) El contrato de encargo de tratamiento
- G) Medidas de responsabilidad activa
  - a) Medidas de seguridad
  - b) Quiebras de seguridad
  - c) Evaluaciones de Impacto sobre la Protección de Datos
  - d) Delegado de Protección de Datos (DPD)
- i) Designación obligatoria
- ii) Funciones del DPD
- iii) La EIPD y DPD

### III. La Directiva 2018/843/UE y las implicaciones en la protección de datos

- A) La titularidad real en las sociedades
- B) La titularidad real en los fideicomisos

### IV. Reflexiones finales

## I. Introducción

La lucha contra el blanqueo de capitales es una de las prioridades de la Unión Europea. Esto es reflejado en las cinco Directivas de prevención del blanqueo de capitales y la Directiva contra el blanqueo de capitales desde el Derecho penal (Directivas 2005/60/CE, 2008/20/CE, 2010/78/UE, 2015/849/UE, 2018/843/UE y 2018/1673/UE). En esta materia, no podemos dudar de la gran implicación que supone el tratamiento de los datos personales para el cumplimiento de los objetivos de la Directiva, con fines de investigación, registro, o aplicación de medidas de diligencia.

Desde el pasado 25 de mayo de 2018 es de aplicación el Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento General de Protección de Datos, RGPD). Desde esta fecha todas las empresas deben haberse adaptado a las nuevas exigencias que se establecen; es decir, conocer los nuevos derechos que tendrán que proporcionar como responsables de datos ante los

interesados propietarios de estos, así como cumplir con las nuevas obligaciones.

El Reglamento es una norma con alcance general y obligatorio en todos sus aspectos. La nueva normativa europea modifica el régimen actual, añadiendo nuevas obligaciones que los responsables tienen que tener en cuenta y aplicarlas según sus propias circunstancias, siguiendo en todo momento el principio de responsabilidad proactiva o "accountability", derivado de la legislación anglosajona.

El 5 de diciembre de 2018 fue promulgada la Ley Orgánica 3/2018, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales (LOPDGDD), la cual viene a completar las disposiciones abiertas que el propio RGPD dejó, y adaptar a las singularidades nacionales el nuevo régimen de protección de datos.

La aprobación de la quinta Directiva de prevención de blanqueo de capitales (Directiva 2018/843/UE) es la primera promulgada después de la entrada en vigor del RGPD, y viene a adaptar la legislación sobre prevención de blanqueo de capitales a la nueva realidad de la protección de datos europea.

## II. Principales novedades introducidas por el nuevo régimen de protección de datos

### A) El registro de actividades de tratamiento

El art. 30 del RGPD elimina la obligación de elaborar y notificar ficheros a la autoridad de control, si bien la empresa que cuente con más de 250 trabajadores sí deberá contar con un registro de actividades de tratamiento por escrito, de naturaleza interna, pero a disposición de las autoridades, cuyo contenido obligatorio amplía el de los ficheros de la normativa anterior.

### B) Información al interesado

En virtud del artículo 12 del RGPD, toda empresa debe proporcionar al interesado información concisa, transparente, inteligible y accesible, en lenguaje claro y sencillo, especialmente si es un menor de edad.

La información deberá ser proporcionada por escrito o por medios electrónicos, o incluso verbalmente, si lo solicita el afectado y es posible acreditar su identidad por otros medios.

El derecho de información contiene una regulación propia para los afectados que prestan los datos directamente al responsable (artículo 13), como para los afectados de los cuales han obtenido sus datos por un tercero (artículo 14).

Por otro lado, el artículo 11 de la LOPD-GDD regula la llamada información por capas, en el que se determina la información mínima que se debe dar en el momento de recabar los datos personales.

### C) Principios relativos al tratamiento

Conforme al art. 5 del RGPD, la empresa debe cumplir una serie de obligaciones en relación con el tratamiento que realice de los datos personales:

- Tratar los datos de manera lícita, leal y transparente.
- Recoger los datos con fines determinados, explícitos y legítimos, limitándose su uso posterior a dichos fines.
- Recabar únicamente los datos que sean adecuados, pertinentes y limitados a la finalidad del tratamiento.



- Mantener los datos exactos y actualizados, adoptándose las medidas necesarias para su supresión o rectificación sin dilación.

- Mantener los datos durante el tiempo estrictamente necesario para los fines de tratamiento.

- Tratar los datos de tal manera que se garantice su seguridad y confidencialidad.

La modificación más relevante reside en la introducción de los principios de licitud y de seguridad, pues vinculan la legalidad de los datos y de su tratamiento al consentimiento prestado por el interesado, el primero, y a la adopción de medidas de protección, el segundo. Ello no supone la necesidad de adoptar ninguna medida concreta por parte de la empresa, si bien contribuye con el cambio de enfoque que la nueva regulación pretende implementar.

### D) Bases de legitimación del tratamiento

Conforme al principio de licitud del tratamiento la empresa debe tratar los datos en virtud de una base jurídica que le legitime. El artículo 6 del RGPD regula una nueva configuración novedosa en cuanto a su enfoque: en lugar de regular excepciones a la necesidad de contar con el consentimiento, las bases de legitimación se formulan de manera positiva.

### E) Medios para el ejercicio de los derechos de los afectados

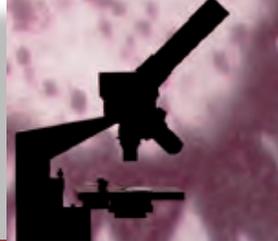
El RGPD amplía el catálogo de derechos de los interesados en relación con sus datos personales, e introduce nuevas medidas en cuanto a la forma de canalizar las solicitudes de ejercicio que se presenten a la empresa. En cuanto al catálogo de derechos, los arts. 15 y siguientes del RGPD recogen los fundamentos de la normativa anterior, modificando los tradicionales derechos ARCO (Acceso, Rectificación, Cancelación y Oposición) en algunos puntos, e introduciendo nuevas categorías de derechos de manera expresa.

El responsable debe habilitar los medios necesarios para el ejercicio del derecho de acceso por los interesados, a los que deberá facilitar una copia de sus datos, que deberá ser en formato electrónico si la solicitud se presenta por este medio.

### F) El contrato de encargo de tratamiento

Conforme al artículo 28 RGPD, la empresa, como parte del principio de responsabilidad proactiva, debe ser diligente en la elección de los encargados de tratamiento, contratando únicamente a aquellos que ofrezcan garantías suficientes del cumplimiento de las medidas técnicas y organizativas apropiadas.

La norma también amplía los requisitos mínimos del contrato de encargo, y esta-



bleciendo un régimen imperativo que debe ostentar cada contrato, incurriendo en infracciones por la falta de contenido.

El RGPD no requiere que se informe a los interesados de la contratación de un encargado de tratamiento, si bien, en aras de la responsabilidad proactiva, ello redundaría en mayor transparencia. En todo caso, los contratos suscritos con los encargados de tratamiento deberán revisarse y adaptarse a la nueva normativa.

### G) Medidas de responsabilidad activa

#### a) Medidas de seguridad

La responsabilidad proactiva de la empresa no se debe limitar al establecimiento de unas determinadas medidas de seguridad. Las medidas que se deben aplicar según un análisis de riesgo sobre la base de los derechos y libertades, que entre otras medidas pueden incluirse:

- La seudonimización: técnica que permite desvincular los datos personales de la persona a la que identifican, que limita la trazabilidad de la identificación, pero permite volver a vincular los datos y la persona.
- El cifrado de los datos: de manera que impida el acceso a los mismos a personas no autorizadas.
- La confidencialidad, integridad, disponibilidad y resiliencia permanente de los sistemas y servicios de tratamiento.
- La capacidad de restaurar la disponibilidad y el acceso a los datos personales: de forma rápida en caso de incidente físico o técnico.

- El proceso de verificación, evaluación y valoración regulares: de la eficacia de las medidas técnicas y organizativas para garantizar la seguridad del tratamiento.

#### b) Violaciones de seguridad

Introduce una de las novedades más relevantes, prevista en los artículos 33 y 34 RGPD, en cuanto al deber que atañe a todos los responsables de comunicar las violaciones de seguridad que se produzcan en sus sistemas, cuando aquellas supongan la destrucción, pérdida, alteración, acceso o comunicación no autorizada, ya sea accidental o ilícita, a los datos personales de la empresa.

La empresa debe contar con medios ágiles de detección y notificación de las violaciones, a fin de minimizar los riesgos, y contar con un plan de contingencia que permita eliminar los potenciales perjuicios cuanto antes. Asimismo, la empresa debe documentar los hechos relacionados con la violación, sus efectos y las medidas adoptadas para su corrección.

En cuanto al deber de comunicar las violaciones, la empresa lo deberá notificar, en primer lugar, a la autoridad de control correspondiente cuanto antes, y, en cualquier caso, en el plazo de 72 horas desde que se ha detectado.

#### c) Evaluaciones de Impacto sobre la Protección de Datos

El art. 35 del Reglamento regula las Evaluaciones de Impacto sobre la Protección

de Datos (EIPD), que permiten analizar los riesgos que un producto o servicio puede entrañar para la protección de datos de los afectados y cómo gestionar dichos riesgos mediante la adopción de las medidas adecuadas.

#### d) Delegado de Protección de Datos (DPD)

Otra de las grandes novedades introducidas por el RGPD es la creación de la figura del Delegado de Protección de Datos, regulada en sus artículos. 37 a 39, la cual será obligatoria en aquellos casos contemplados en la norma:

- Cuando el tratamiento sea llevado a cabo por una autoridad u organismo público.
- Cuando la actividad principal del responsable o encargado consista en operaciones que requieran la observación habitual de interesados a gran escala.
- Cuando la actividad principal de la empresa consista en el tratamiento de datos de categorías especiales a gran escala.

La empresa puede designar un DPD interno o externo, atendiendo a sus cualidades profesionales, si bien no es preciso que sea jurista, aunque sí deberá contar con formación especializada.

El DPD debe asesorar a la empresa en todo lo relativo a la normativa de protección de datos y actuar como punto de contacto para los interesados y las autoridades de control, por lo que deberá contar con autonomía en su gestión y con los recursos necesarios para ello.

El DPD cubre la necesidad de las empresas de contar con la ayuda de una persona con conocimientos especializados en la práctica de protección de datos personales, siendo la figura que rinde cuentas ante el cumplimiento de la normativa.

#### i) Designación obligatoria:

El nombramiento de un DPD dentro de toda organización no es obligatorio, estableciendo el art. 37.1 del RGPD, tres supuestos específicos en los que sí lo es. Estos tres casos son:

- Cuando el tratamiento lo lleva a cabo una autoridad u organismos públicos;

• Cuando las actividades principales del responsable o el encargado del tratamiento consisten en operaciones de tratamiento que requieren el seguimiento regular y sistemático de los interesados a gran escala; o

• Cuando las actividades principales del responsable o el encargado del tratamiento consisten en el tratamiento a gran escala de categorías especiales de datos o datos personales relacionados con condenas y delitos penales.

La LOPDGDD regula un catálogo de sujetos obligados que deben nombrar a un DPD en su artículo 34.1, entre los que se encuentran las entidades que contienen ficheros regulados por la legislación de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo.

Si una organización no está obligada a nombrar DPD, podrá nombrarlo de forma voluntaria igualmente, siguiendo con los mismos requisitos exigidos en cuanto a su designación, posición y funciones. Se deberá nombrar un DPD cuando el tratamiento lleve a cabo una autoridad u organismos públicos. No hay obligación de designación en las organizaciones privadas que lleven a cabo tareas o ejerzan autoridad pública y que su actividad cubra también todas las operaciones de tratamiento llevadas a cabo, incluidas las que no están relacionadas con el desempeño de una tarea pública o el ejercicio de una función pública.

Segundo supuesto que dicta el RGPD para la designación obligatoria de un DPD, es cuando las actividades principales del responsable o el encargado del tratamiento consistan en operaciones de tratamiento que requieren una observación habitual y sistemática de interesados a gran escala.

## ii) Funciones del DPD

Las funciones que, como mínimo, realizará el DPD, son las siguientes:

a) Informar y asesorar al responsable o al encargado del tratamiento y a los empleados que se ocupen del tratamiento de las obligaciones que les incumben en virtud del RGPD y de otras disposiciones de protección de datos de la Unión o de los Estados miembros;

b) Supervisar el cumplimiento de lo dispuesto en el RGPD, de otras disposiciones de protección de datos de la Unión o de los

Estados miembros y de las políticas del responsable o del encargado del tratamiento en materia de protección de datos personales, incluida la asignación de responsabilidades, la concienciación y formación del personal que participa en las operaciones de tratamiento, y las auditorías correspondientes;

c) Ofrecer el asesoramiento que se le solicite acerca de la evaluación de impacto relativa a la protección de datos y supervisar su aplicación;

d) Cooperar con la autoridad de control;

e) Actuar como punto de contacto de la autoridad de control para cuestiones relativas al tratamiento, incluida la consulta previa, y realizar consultas, en su caso, sobre cualquier otro asunto. En el desempeño de estas funciones, el DPD deberá actuar de manera independiente, disponer de las herramientas necesarias para la correcta aplicación de sus funciones, manteniendo el secreto o la confidencialidad a lo largo de todo el proceso.

## iii) La EIPD y el DPD

Otra de las grandes novedades del Reglamento europeo son las evaluaciones de impacto relativas a la protección de datos, o EIPD.

Es el responsable del tratamiento quien debe llevar a cabo la EIPD, pero deberá solicitar el asesoramiento al delegado de protección de datos.

El contenido mínimo de la evaluación será:

a) Una descripción sistemática de las operaciones de tratamiento previstas y de los fines del tratamiento, inclusive, cuando proceda, el interés legítimo perseguido por el responsable del tratamiento;

b) Una evaluación de la necesidad y la proporcionalidad de las operaciones de tratamiento en relación con sus finalidades;

c) Una evaluación de los riesgos para los derechos y libertades de los interesados;

d) Las medidas previstas para hacer frente a los riesgos, incluidas las garantías, las medidas de seguridad y los mecanismos para garantizar la protección de los datos personales y para demostrar el cumplimiento del RGPD, teniendo en cuenta los



derechos e intereses legítimos de los interesados y demás personas interesadas.

El DPD debe tener un papel activo, pudiendo realizar la evaluación él mismo o dando las directrices necesarias en el diseño y ejecución de la misma. Así como supervisar la correcta implantación de las medidas y decisiones que se recojan al final del proceso.

## III. La Directiva 2018/843/UE y las implicaciones en la protección de datos

La irrupción del Reglamento (UE) 2016/679, General de Protección de Datos ha conllevado a la adaptación de casi todos los sectores normativos existentes, y en el cual la prevención de blanqueo de capitales no se ha librado de ella.

En este sentido, la nueva Directiva 2018/843/UE que modifica la Directiva 2015/849/UE ha venido a adaptar la legislación sobre blanqueo de capitales a la nueva realidad normativa, con grandes incidencias en cuanto a identificación del titular real.

### A) La titularidad real en las sociedades

La designación de titular real de una entidad tiene como objetivo identificar a las personas físicas que poseen un control efectivo de la sociedad para descubrir quién es el destinatario único de la operación económica realizada, con especial importancia en identificarlo en los complejos entramados sociales donde es muy compli-



cado identificar al delincuente que utiliza estos medios para cometer los hechos en un contexto globalizado (Considerando 25 de la Directiva 2018/843/UE). Es tal la importancia de identificar al titular real de la empresa, que los sujetos obligados que no puedan identificar la estructura societaria y la titularidad real no podrán establecer relaciones comerciales (artículos 4.4 LPBC y 9.3 RLPBC).

Para ayudar a los sujetos obligados a cumplir con esta labor, en 2012 se creó por parte del Consejo General del Notariado la Base de datos de titularidad real, que permite almacenar los datos personales identificativos y el porcentaje de control de la sociedad en una base de datos para poder recabar de manera uniforme los datos de los titulares reales. Dicha base de datos fue refrendada por el RLPBC en su artículo 9, otorgándole legitimidad y reconocimiento a los datos obtenidos de este.

Tras la entrada en vigor de la Directiva 2015/849/UE, se introdujo la obligación de la conservar dicha información en un registro central estipulada en el artículo 30, y en el caso español: se aprobó la Orden JUS/319/2018, de 21 de marzo, por la que se aprueban los nuevos modelos para la presentación en el Registro Mercantil de las cuentas anuales de los sujetos obligados a su publicación, donde se nombra al registro mercantil como órgano encargado del registro del artículo 30 de la Directiva, dando lugar a un conflicto entre el notariado y los

registradores en cuanto a la legitimidad de la custodia del registro.

Apartando el presente conflicto por alejarse del fin de este trabajo, la Directiva 2018/843/UE vino a reformar el régimen jurídico de la información de la titularidad real y su implicación en la protección de datos.

En primer lugar, en el nuevo artículo 30.1 de la Directiva 2018/843/UE establece la obligación legal (y por lo tanto, establece una base legal para el tratamiento) para los sujetos obligados de tratar los datos personales de los titulares reales, los cuales a su vez están **obligados a proporcionar dicha información**.

En el artículo 30.2 (no modificado por la Directiva 2018/843/UE) establece la obligación de permitir el acceso a los datos personales relativos a los titulares reales custodiados por los sujetos obligados a 1) las Unidades de Inteligencia Financiera, que en este caso en España lo ocupa el Servicio Ejecutivo de la Comisión de Prevención del Blanqueo de Capitales e Infracciones Monetarias, y 2) a las autoridades pertinentes. En este sentido, en el momento que el tratamiento de los datos tienen un fin para la persecución de un delito pasan a estar sujetos a la Directiva 2016/680/UE (Considerando 40 Directiva 2018/843/UE).

Estas comunicaciones, por motivos obvios, estarían amparadas bajo las obligaciones legales emanadas de la propia Ley

10/2010, cuya base legal encontramos en el artículo 6.1.c) del RGPD.

El artículo 30.4 regula la legalidad de la cesión por parte de las empresas que posean los datos personales respecto a la titularidad real al registro central que custodie los datos. El Considerando 38 de la Directiva 2018/843/UE contiene la obligación para los registros de informar a las personas físicas que mantengan la condición de titular real. Además, en dicho Considerando, permite a los Estados miembros facilitar al titular real información sobre la persona que ha solicitado la inclusión del titular en el registro que, presumiblemente, dicha comunicación se ampararía en el interés legítimo del titular en virtud de la disposición adicional décima de la LOPDGD.

Por lo tanto, el titular real debe ser informado en un primer momento cuando se vayan a comunicar los datos al registro competente por parte del sujeto obligado, y otra vez por parte del registro referido al tratamiento que vaya a realizar este.

Haciendo una interpretación conforme al RGPD del artículo 32 de la Ley 10/2010, en cada sociedad deberá existir una actividad de tratamiento en el registro de actividades del artículo 30 del RGPD.

El propio artículo 30.4 denota la aplicación del principio de responsabilidad activa del artículo 5.2 del RGPD cuando dicta que será el registro el responsable de que la información que se recabe sea adecuada, exacta y actualizada y se establecerán los mecanismos necesarios para ello, aunque vuelva a caer una obligación sobre los sujetos obligados para proporcionar dicha información al registro en las mismas condiciones.

El artículo 30.5 describe los destinatarios de los datos custodiados por el registro, los cuales son:

- a) las autoridades competentes y las UIF, sin restricción alguna;
- b) las entidades obligadas, en el marco de la diligencia debida con respecto al cliente; y
- c) cualquier miembro del público en general.

El tratamiento y comunicación realizada por el registro a los dos primeros destinatarios se basa en el propio interés público que

argumenta la Directiva 2018/843/UE en el artículo 41. Entendemos que la base legal escogida por el legislador es adecuada en este sentido puesto que la investigación y persecución de las infracciones en este ámbito son competencias atribuidas por Ley a estos sujetos. Respecto a la legitimación por parte de las entidades obligadas, estos están investidos por potestades públicas con el fin de garantizar un correcto orden socioeconómico.

En lo referido a la letra c), se ha eliminado la referencia a la necesidad de alegar un interés legítimo para obtener la información por parte del registro, y remarca la legitimidad en el acceso a cualquier persona. Sin embargo, el legislador establece una limitación en el acceso de la información por parte de este colectivo: mientras los sujetos de las letras a) y b) pueden acceder a toda la información según el artículo 30.6 reformado por la Directiva 2018/843/UE, incluso llegando a no informar a las entidades las cuales los datos de sus titulares reales han sido solicitadas por la UIF y las autoridades competentes; los sujetos de la letra c) tienen limitado el acceso, como mínimo, al nombre y apellidos, mes y año de nacimiento, país de residencia y de nacionalidad del titular real, así como a la naturaleza y alcance del interés real ostentado.

Ese “como mínimo” permite a los Estados miembros decidir sobre el acceso a datos adicionales, como la fecha concreta de nacimiento o los datos de contacto, y se concederá el acceso según la normativa de protección de datos. Es decir, para poder acceder a estos datos personales adicionales, debería alegarse un interés legítimo según la disposición adicional décima de la LOPDGDD.

Actualmente, bajo la configuración actual del registro de titularidad real bajo el Registro Mercantil, será el registrador mercantil el que tendrá que calificar el cumplimiento de la normativa de protección de datos en los supuestos de publicidad que involucren datos personales (artículo 12.3 del Reglamento del Registro Mercantil).

El acceso por parte del público a los datos del registro podrá ser limitado o prohibido para los sujetos b) y c) bajo condiciones determinados por el Estado miembro, en casos donde se exponga al titular real a un riesgo desproporcionado, un riesgo de fraude, secuestro, extorsión, acoso, violencia o intimidación, o si el titular real es un

menor o tiene otro tipo de incapacidad jurídica, siempre que esté motivada.

Las excepciones no se aplicarán a las entidades de crédito y financieras, notarios, y otros profesionales del Derecho independientes funcionarios públicos.

Observamos que los principios de minimización de datos, exactitud, y de imposición de plazo de conservación influyen enormemente en la Directiva. Según el artículo 30.9, toda información almacenada en el registro se conservará como mínimo durante 5 años hasta un plazo de 10 años desde que cesaron los motivos para mantener actualizada la propia inscripción. Por otra parte, el Estado miembro garantizará que solo la información necesaria del artículo 30.1 sea pública y se mantenga actualizada.

Por último, los registros europeos que custodien estos datos deberán estar conectados entre sí para que cualquier Estado miembro pueda consultar los datos respecto de un sujeto obligado en otro Estado miembro. Esta comunicación, entendemos, se ampara en el interés público que alega el artículo 41 de la Directiva.

## **B) La titularidad real en los fideicomisos**

Respecto a los datos personales de los titulares reales de fideicomiso se regulan una serie de reglas similares, pero con diferencias respecto a los obligaciones de las sociedades, debido a la condición jurídica de esta figura, la intervención de diversos sujetos, y las nulas normas sobre publicidad a las que están sometidas, a diferencia de las sociedades.

La regulación aplicable al fideicomiso se regula en el artículo 31, cuyo apartado uno obliga a los propios integrantes del fideicomiso a mantener información actualizada y exacta sobre los intervinientes del fideicomiso.

Existiendo la misma obligación de inscribir dichos datos en un registro estatal, en el artículo 31.4 se regula los sujetos los cuales pueden tener acceso a los datos personales. En este listado, aparte de las UIF, las autoridades competentes y los sujetos obligados, podrán acceder a los datos cualquier persona que ostente un interés legítimo, a

diferencia de la regla general del artículo 30. Esto se debe a la naturaleza de la relación privada del fideicomiso, el cual consiste un contrato con varios intervinientes donde no impera un interés público en su regulación, a diferencia de lo que ocurre en el resto de sociedades ni existe un registro como tal.

Ese interés legítimo debe definirlo el Estado como un concepto general, el cual no debe limitarse a los casos de diligencias judiciales o administrativas pendientes. Se presume el interés legítimo ostentado por ONGs o periodistas (Considerando 42), y aunque ya por la solicitud se pueda presumir de por sí un interés legítimo será el Registrador mercantil quien deba decidir sobre la acreditación este interés, y después, la ponderación con las normas de protección de datos sobre la base del artículo 12.3 del Reglamento del Registro Mercantil y proceder a la comunicación de los datos bajo la disposición adicional décima de la LOPDGDD.

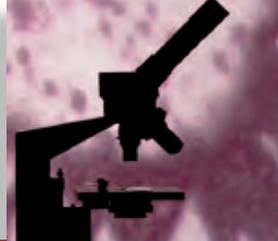
El Considerando 41 contempla normas de Derecho internacional privado respecto al concepto de interés legítimo. El concepto de interés legítimo dependerá de la legislación del Estado miembro donde resida el fiduciario. Si este no existe o no reside en ningún Estado miembro, se aplicará la legislación del Estado donde se registró el fideicomiso.

Por último, se otorgará acceso a la información a las personas que posean un control en una entidad, ya sea directa o indirecta, no sujeta a la Directiva; dictando esta disposición de forma imperativa según el Considerando 28.

En el momento de dar acceso, según el artículo 30.9, se deberá tener en cuenta las normas de protección de datos; por lo que, si el interés legítimo es alegado para obtener los datos del registro, ese interés legítimo tendrá que ser ponderado conforme al juicio de ponderación propio de la base legal del 6.f) del RGPD.

## **IV. Reflexiones finales**

El RGPD configura un nuevo enfoque de transparencia y protección de los datos personales, ampliando sustancialmente las obligaciones informativas frente a los interesados y el catálogo de derechos que les corresponden. La seguridad se con-



vierte en un elemento esencial de la estructura de la empresa, que no solo debe garantizar la confidencialidad, integridad e indemnidad de los datos que trata, sino que debe ser capaz de demostrar que ha adoptado las medidas oportunas para ello. Solo debe garantizar la confidencialidad, integridad e indemnidad de los datos que trata, sino que debe ser capaz de demostrar que ha adoptado las medidas oportunas para ello.

La nueva normativa sí supone un giro en el enfoque de la protección, no como una obligación más, sino como una oportunidad de ofrecer servicios mejores y más seguros, pudiendo adaptar las medidas de seguridad a sus circunstancias particulares. En este sentido, sí es recomendable que la empresa cuente con un asistente en la gestión de la privacidad, aun no siendo obligatorio, pues el sistema legal implementado por el RGPD es complejo y las sanciones por incumplimiento mucho más elevadas.

El DPD deberá apoyar al responsable del tratamiento cuando solicite su asesoramiento en elegir una metodología de EIPD, integrar los procesos existentes de la organización para el diseño, desarrollo, cambio, riesgo y revisión operacional, de acuerdo con los procesos internos, el contexto y la cultura de la organización, involucrar a las partes relacionadas con el tratamiento y, en su caso, definir claramente sus responsabilidades, así como proporcionar el informe de EIPD a la autoridad de supervisión compe-

tente cuando así se requiera, consultar a la autoridad de supervisión cuando no haya podido determinar medidas suficientes para mitigar los riesgos elevados, revisar periódicamente la EIPD y documentar todas las decisiones adoptadas.

La nueva Directiva 2018/843/UE establece un nuevo régimen legal al registro de titularidad real e impone nuevos principios y exigencias respecto a la protección de datos. El registro de titularidad real es un elemento clave en la lucha contra el blanqueo, y el más sensible para la intimidad de las personas, puesto que los datos solicitados por los Estados pueden ser consultados por personas y entidades en todos los Estados miembros, siempre y cuando se garanticen unos límites en función del riesgo del que pueda sufrir el titular. Es entendible una moderación en la regulación del registro de titularidad real de los fideicomisos, puesto que estas figuras se mueven en una esfera más privada que pública, a diferencia de las sociedades, cuyo interés público por mantener el orden socioeconómico obliga a su regulación.

#### NOTAS

(1) DO L 119/1 de 5.5. 2016.

(2) BOE-A-2018-16673.

(3) Art. 6 RGPD Licitud del tratamiento

1. El tratamiento solo será lícito si se cumple al menos una de las siguientes condiciones:

a) el interesado dio su consentimiento para el tratamiento de sus datos personales para uno o varios fines específicos;

b) el tratamiento es necesario para la ejecución de un contrato en el que el interesado es parte o para la aplicación a petición de este de medidas precontractuales;

c) el tratamiento es necesario para el cumplimiento de una obligación legal aplicable al responsable del tratamiento;

d) el tratamiento es necesario para proteger intereses vitales del interesado o de otra persona física;

e) el tratamiento es necesario para el cumplimiento de una misión realizada en interés público o en el ejercicio de poderes públicos conferidos al responsable del tratamiento;

f) el tratamiento es necesario para la satisfacción de intereses legítimos perseguidos por el responsable del tratamiento o por un tercero, siempre que sobre dichos intereses no prevalezcan los intereses o los derechos y libertades fundamentales del interesado que requieran la protección de datos personales, en particular cuando el interesado sea un niño.

Lo dispuesto en la letra f) del párrafo primero no será de aplicación al tratamiento realizado por las autoridades públicas en el ejercicio de sus funciones.

(4) Según el artículo 30.6, las autoridades pertinentes "son aquellas con responsabilidades específicas en la lucha contra el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo, así como las autoridades tributarias, los supervisores de las entidades obligadas y las autoridades cuya función sea la investigación o el enjuiciamiento del blanqueo de capitales, los delitos subyacentes conexos y la financiación del terrorismo, el rastreo y la incautación o embargo y el decomiso de activos de origen delictivo".

(5) Se ha suprimido el adjetivo "suficiente" de la anterior redacción en la versión original de la Directiva 2016/849/UE, la cual establecía un límite que obligaba a realizar un estudio respecto a qué datos son necesarios para el cumplimiento del fin. Ahora, se debe regir por el principio de minimización de datos del artículo 5 del RGPD.

(6) El interés legítimo es una de las bases propuestas por el Comité Europeo de Protección de Datos para los supuestos de blanqueo de capitales. En el WP 217, estipula que este interés "instado por las autoridades públicas, persigue un interés que se corresponde con un interés público general o el interés de un tercero".

# La influencia de la reforma protestante en el derecho hereditario y en la abstracción del negocio jurídico \*

María J. Roca Fernández

Catedrática de Derecho Eclesiástico del Estado  
Universidad Complutense de Madrid

## SUMARIO

- 1. Introducción. Consecuencias de la Reforma en el Derecho privado**
- 2. El Derecho hereditario de los territorios del Sacro Imperio en los que triunfó la Reforma**
  - 2.1. Donatio pro anima**
  - 2.2. Albaceas eclesiásticas**
  - 2.3. Cambios en estas instituciones a consecuencia de la Reforma**
- 3. La abstracción del negocio jurídico**
  - 3.1. En el ámbito germánico**
  - 3.2. En el ámbito anglosajón**
  - 3.3. Síntesis**
- 4. Excurso: La comunidad germánica**
- 5. Consideraciones finales**

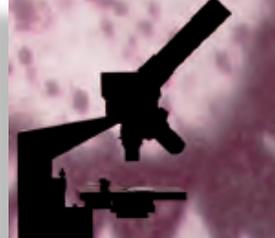
## 1. Introducción

Desde la famosa obra de Max Weber <sup>(1)</sup>, sobre la Ética protestante y el espíritu del capitalismo, se ha discutido ampliamente



–sobre todo en el ámbito de la sociología jurídica- acerca del impacto que la Ética del calvinismo ha tenido sobre el desarrollo del capitalismo moderno. Éste ha sido uno de los temas de mayor relevancia en la discusión doctrinal, hasta el punto de que se le ha llamado la “guerra académica de los cien años” <sup>(2)</sup> al debate que desató la publicación de los ensayos de Weber sobre este tema, en las páginas del “Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik” (1904-1905). Se trata

de una cuestión más sociológica que jurídica, que debe ser estudiada en el contexto de la influencia de la Reforma en la Sociología, aunque de modo indirecto haya afectado también al Derecho <sup>(3)</sup>. Pero la Reforma, además de influir en el desarrollo del capitalismo, ha tenido también consecuencias en el Derecho público y en las instituciones de Derecho privado. Los reformadores, especialmente Calvino, expusieron algunas ideas acerca del comercio, los contratos



y la incipiente actividad económica de su época, que han servido de base para que, sobre todo, teólogos y iuspublicistas de estas confesiones expusieran sus teorías acerca de las relaciones contractuales entre los particulares. Por otra parte, para Lutero el matrimonio no es un sacramento, sino una cuestión secular (*weltliche Sache*). De ahí, que pasase su competencia del ámbito eclesiástico al civil como un contrato *intuitu personae*.

En suma, las consecuencias de la Reforma sobre la secularización del matrimonio y sobre el origen de lo que hoy llamamos Derecho mercantil, han sido quizá más estudiadas, y por ello son también mejor conocidas que la influencia que ejerció en otros ámbitos del Derecho privado. En las páginas siguientes, se expondrá cómo influyó la Reforma en dos instituciones típicas del Derecho hereditario (ap. 2.): la *donatio pro anima* (ap. 2.1) y el albacea (ap. 2.2). Asimismo, se trata su eventual influencia en la abstracción del negocio jurídico tanto en el ámbito germánico (ap. 3.1.) como en el anglosajón (ap. 3.2.). Se aborda también si ha podido contribuir al mantenimiento de la comunidad germánica (ap. 4.), para terminar con unas consideraciones finales (ap. 5.).

## 2. El Derecho hereditario de los territorios del Sacro Imperio en los que triunfó la Reforma

### 2.1. *Donatio pro anima*

Uno de ámbitos del Derecho privado en los que la concepción teológica cristiana más influyó en el antiguo Derecho germánico fue en el Derecho hereditario. Es doctrina general y pacíficamente aceptada entre los historiadores del Derecho germánico, que la Iglesia influyó decisivamente en el Derecho hereditario germánico<sup>(4)</sup>, y que lo hizo de modo distinto a como influyó en el Derecho Romano<sup>(5)</sup>. La doctrina de los tres grandes autores cristianos africanos de los primeros siglos –Tertuliano (160- 220), Cipriano (200-258) y Agustín (354-430)- influyó decisivamente en el Derecho hereditario. En los escritos de Tertuliano se afirmaba que “una buena obra hace a Dios o a Cristo Deudor” (*Bonum factum Deum habet debitorem*<sup>(6)</sup>). Los bienes dejados en testamento para buenas obras son considerados rescate por los propios pecados (*Loskauf der Sünden*). Una donación piadosa es con-

siderada como remisión de los pecados (*Sündenerlaß*).

En uno de los sermones de San Agustín (n. 86) se recomienda que al hacer testamento debe considerarse a Cristo como un hijo más, otorgando a la Iglesia la parte correspondiente a ese hijo que es Cristo<sup>(7)</sup>. Esta regla fue recogida en el canon 112 del Concilio de Aquisgrán (año 816), y también se recoge en el Decreto de Graciano (c. 8 C. XIII qu.2). Es decir, no se trataba de una comparación a modo de parábola, sino que era un precepto jurídico aplicado en los territorios germánicos. Esta regla acabó convirtiéndose en la *donatio pro anima* que configuró de modo decisivo las actividades de beneficencia medievales. El alma del donante en una “representación” jurídica se convertía como en receptora, como en titular jurídica de la contraprestación<sup>(8)</sup>, las misas y oraciones, eran en las fuentes longobardas la contraprestación<sup>(9)</sup>.

**Se ha interpretado la *donatio pro anima* como una transformación de la antigua donación funeraria (Totengabe): ya no se enterraban con el difunto determinados bienes, sino que estos eran entregados a la Iglesia en interés de su alma.**

Se ha interpretado la *donatio pro anima* como una transformación de la antigua donación funeraria (*Totengabe*): ya no se enterraban con el difunto determinados bienes, sino que estos eran entregados a la Iglesia en interés de su alma. Fue necesaria una larga evolución hasta que se introdujo en los pueblos germánicos la idea de propiedad individual en el sentido romano; a ello contribuyó la preocupación por la salvación de la propia alma. A juicio de Schulze, la parte de libre disposición no provenía de la parte que correspondía al difunto (*Totengabe*), sino de la que tenía la comunidad<sup>(10)</sup>, y la evolución de la libre disposición pasó paulatinamente a ser considerada una parte obligada en favor de la Iglesia<sup>(11)</sup>. Resulta fácil imaginar la resistencia de los parientes y amigos de sangre frente a la introducción de la parte de libre disposición para la Iglesia.

La doctrina acerca del Purgatorio y las indulgencias, junto con la preocupación



por la salvación de la propia alma significó que durante la Edad Media fuera habitual que se instituyera un legado *pro anima* en los testamentos<sup>(12)</sup>, y facilitó que fuera creciendo la importancia de la Iglesia en los testamentos.

### 2.2. Albaceas eclesiásticas

Otra institución en la que la Iglesia tuvo su influencia en el Derecho germánico fue la figura del albacea (*Testamentsvollstrecker*<sup>(13)</sup>). El *Testamentsvollstrecker* debía asegurar a la muerte del testador el cumplimiento de las disposiciones testamentarias y la exacta aplicación de las disposiciones en favor de su alma. Con frecuencia se atribuía este encargo a las autoridades eclesiásticas, incluso en los casos en que el causante no era un clérigo, ni siquiera una persona especialmente piadosa<sup>(14)</sup>. Este instituto era tanto más necesario, cuanto que las disposiciones *pro anima* se habían introducido en el Derecho germánico abriéndose camino frente a la comunidad familiar y en detrimento de los amigos de sangre. La ejecución de las disposiciones *pro anima* a la muerte del testador encontraban como primera dificultad a los parientes y amigos del difunto. La Iglesia reconoció desde el primer momento la importancia de la figura del albacea y puso a disposición de los testadores los “funcionarios” de su administración. Puesto que los frutos de las disposiciones *pro anima* se recogían en la otra vida, la posición de la Iglesia como media-



dora entre Dios y los hombres se presentaba como especialmente apropiada para la ejecución de los testamentos <sup>(15)</sup>. A ello hay que añadir, que el Obispo se convertía en el albacea de quienes morían sin testamento, y de quienes habiéndolo otorgado no habían nombrado albaceas <sup>(16)</sup>.

De este modo, las donaciones *pro anima* en rescate de los propios pecados, y la mediación de la Iglesia en la ejecución de las últimas voluntades, llegaron a ocupar un papel muy importante en el Derecho hereditario de los territorios germánicos durante la Edad Media <sup>(17)</sup>.

### 2.3. Cambios en estas instituciones a consecuencia de la Reforma

¿Cómo influyó la doctrina de Lutero sobre las indulgencias en el Derecho hereditario? Si la *sola fides* (la fe sin obras) es lo que salva al hombre, ¿supuso esta nueva concepción teológica que dejaron de hacerse testamentos con los que se disponía de la parte de libre disposición *pro anima*? Recordemos que la doctrina de Lutero <sup>(18)</sup> supone una “revolución” de la Teología sacramentaria. No sólo del sacramento del matrimonio <sup>(19)</sup>, también del sacramento del orden. Para Lutero el orden no es un sacramento; no hay diferencia entre el sacerdocio ministerial y el común de todos los fieles. ¿Qué ocurrió cuando Lutero no reconoce el valor de las buenas obras para la propia salvación ni el papel mediador de la Iglesia? ¿Qué pasó con los albaceas testamentarios en los territorios donde triunfó la Reforma? ¿Qué

sucede cuando los señores territoriales asumen las competencias y la jurisdicción de los Obispos en los territorios en los que triunfó la Reforma <sup>(20)</sup>?

Tomemos como ejemplo los Estatutos de la ciudad de Zittau de 1567. En esta ciudad imperial se estableció la Reforma desde 1538. Pues bien, sus estatutos declaraban los testamentos en los que la gloria de Dios es olvidada nulos y sin efecto (*darinnen Gottes Ehre vergessen wird für nichtig und kraftlos*) <sup>(21)</sup>. Es decir, la Reforma no supuso la supresión del deber de tener en cuenta en el propio testamento las necesidades eclesíásticas. Si antes se hacía para la remisión de los propios pecados, ahora se hacía “para la gloria de Dios”.

Poco a poco las disposiciones *pro anima* fueron dando paso a los intereses generales secularizados. Las necesidades del Estado y el sentido ciudadano originaron que en Ginebra se dictara un Decreto, del año 1642, donde se establecía que cada testamento debía incluir una cantidad libremente determinada en favor de la *Respublica* <sup>(22)</sup>. Al mantenimiento de los caminos se unió el de los diques, los tejados, los muros y los sepulcros de la ciudad, en general estas necesidades eran nombradas en los testamentos como las necesidades urgentes de la ciudad (*der Stadt Notdurft*) <sup>(23)</sup>. Donaciones para estos fines fueron con frecuencia disposiciones habituales de los testamentos. De los legados *pro anima* se pasó a los legados en favor de las necesidades urgentes de la ciudad, y puesto que las compe-

tencias episcopales habían sido asumidas por los señores territoriales, ahora eran éstos los encargados de ejecutar esas últimas voluntades.

### 3. En la supresión de la causa del negocio jurídico

La causa no es considerada como una exigencia del contrato en todos los sistemas nacionales europeos <sup>(24)</sup>. En Estados de los sistemas continentales como Italia y España, se mantiene la exigencia de la causa como requisito del contrato, mientras que el BGB alemán y el Código Suizo de las obligaciones no exigen la causa <sup>(25)</sup>. Francia ha cambiado en el año 2016 el régimen jurídico de obligaciones y contratos, suprimiendo la exigencia de la causa; esta reforma se ha considerado la más importante del Código civil francés, desde su promulgación en 1804 <sup>(26)</sup>. Como se sabe, Francia, que durante siglos ha mantenido la exigencia de la causa, Italia y España son territorios en los que no triunfó la Reforma, mientras que en buena parte de los territorios de Alemania y Suiza, sí lo hizo. ¿Puede atribuirse esta diferencia en el régimen jurídico de la causa a la influencia de la Reforma?

**El principio de abstracción (o supresión de la causa en el negocio) se introdujo en el BGB, a consecuencia de la doctrina de Savigny, partiendo de una interpretación de las fuentes romanas que hoy no se considera correcta.**

#### 3.1. Ámbito germánico

La causa ha jugado un importante papel histórico: facilitar la transición de un sistema contractual cerrado a un sistema abierto, en el que predomina la autonomía de la voluntad <sup>(27)</sup>. A su vez, se ha mantenido durante siglos, por su significado: el reconocimiento de la autonomía de la voluntad, pero sometida a control de licitud <sup>(28)</sup>.

¿Puede atribuirse al pensamiento de los reformadores una responsabilidad directa en su supresión?

El principio de abstracción (o supresión de la causa en el negocio) se introdujo en



el BGB, a consecuencia de la doctrina de Savigny, partiendo de una interpretación de las fuentes romanas que hoy no se considera correcta <sup>(29)</sup>. Ciertamente, Savigny <sup>(30)</sup> pertenecía a la Iglesia evangélico-luterana, y seguramente la concepción reformada acerca de la interpretación individual y la conciencia subjetiva influiría en su tendencia a interpretar las fuentes romanas en el sentido de suprimir una causa objetiva en cada negocio, y dar mayor relevancia a las causas subjetivas del contratante. Pero solo de ese modo muy indirecto y remoto puede verse la Reforma como causa eficiente de la supresión de la causa en el BGB.

El convencimiento de que el principio de abstracción es “un hijo de la ciencia jurídica alemana” <sup>(31)</sup>, quizá haya llevado a dedicar menos atención a este tema en el ámbito anglosajón, al menos entre los estudiosos españoles. Sin embargo, es en este otro sistema en el que “la teología protestante contribuyó a un cambio en las bases subyacentes a la responsabilidad contractual, desplazándose desde la causa hacia la contraprestación y la promesa negociada” <sup>(32)</sup>. De este modo, el Derecho inglés se desarrolló, como luego haría el Derecho alemán, en el sentido de una “estricta responsabilidad por el cumplimiento del contrato, eliminando o atenuando las excepciones al cumplimiento” <sup>(33)</sup>. A ello se dedica el apartado siguiente (3.2.).

### 3.2. Ámbito anglosajón

En el Derecho inglés muy pronto, en una sentencia de 1647 (mucho antes de la promulgación del BGB de 1900), la causa determinada objetiva, respaldo de una promesa que genera responsabilidad, “fue reemplazada por el trato subjetivo en sí mismo como base de la responsabilidad y, por tanto, se produjo el desplazamiento desde la presunción de no exigibilidad de un pacto, salvo que existiera una causa, hasta la presunción de exigibilidad de cualquier trato” <sup>(34)</sup>. Harold Berman caracteriza este cambio desde la causa a la prestación como un cambio desde una teoría moral a lo que puede llamarse una teoría de los contratos como negociación <sup>(35)</sup>.

En opinión de Berman, aunque muchos de los principios básicos del Derecho canónico sobre contratos se adoptaron por el derecho secular y en su momento llegaron a justificarse sobre la base de la teoría de la autonomía de la voluntad, sin embargo, en el Derecho canónico estaban basados



en una teoría del pecado y una teoría de la equidad, de la que se apartó el Derecho anglosajón. “Nuestro derecho de contratos no partió de la afirmación de que cada individuo tiene un derecho moral a disponer de sus propiedades mediante la formulación de promesas, y que en interés de la justicia una promesa debería ser legalmente exigible salvo que ofendiera a la razón o al interés público” <sup>(36)</sup>. Por el contrario, el derecho de contratos anglosajón “partió de la teoría de que una promesa constituía una obligación para con Dios” <sup>(37)</sup>. Para la salvación de las almas se había instituido tribunales eclesiásticos y seculares cuya tarea consistiría, en parte, en respaldar el cumplimiento forzoso de obligaciones contractuales en la medida en que tales obligaciones fuesen justas.

**McCall atribuye a los principios teológicos de la interpretación individual y del ejercicio de la conciencia subjetiva para conocer lo que es justo, el paso que se dio en los tribunales hacia la “responsabilidad estricta por pactos hechos subjetivamente”. Mientras que para la Teología católica el análisis de si el incumplimiento de una promesa daba lugar a acción, tenía más matices.**

McCall atribuye a los principios teológicos de la interpretación individual y del

ejercicio de la conciencia subjetiva para conocer lo que es justo, el paso que se dio en los tribunales hacia la “responsabilidad estricta por pactos hechos subjetivamente” <sup>(38)</sup>. Mientras que para la Teología católica <sup>(39)</sup> el análisis de si el incumplimiento de una promesa daba lugar a acción, tenía más matices: “había que examinar las circunstancias que rodeaban al incumplimiento, para determinar si respetar esa promesa era moral y legalmente obligatorio” <sup>(40)</sup>. Es decir, la obligación descansaba sobre la causa de la promesa o la justicia del negocio. En cambio, los puritanos entendían la noción bíblica de alianza en el sentido de que cada cual era libre de pactar, pero estrictamente responsable una vez que había prestado la promesa.

Ejemplo paradigmático del cambio del Derecho de contratos es el caso *Paradine vs. Jane* (Kinngs Bench, 1647). Se trataba de un arrendatario que se defendió de la demanda del dueño por impago de la renta, argumentando que se había visto expulsado de las tierras a causa de la guerra civil inglesa. Exigirle cumplir su promesa de pagar la renta, supondría una injusticia, puesto que se le había privado de su derecho a utilizar la tierra. El tribunal inglés, al proclamar la responsabilidad estricta, sin consideración a las circunstancias, rompe con la ley natural y el derecho hasta entonces aplicado por los tribunales civiles y eclesiásticos.

Posteriormente, la doctrina afirma que los tribunales ingleses y estadounidenses han templado la pureza de la responsabilidad estricta proclamada en *Paradine vs. Jane*, “esas reglas (relativas al error, la frus-



tración de la finalidad o las cláusulas abusivas) siguen viéndose como excepciones a la norma. El punto de partida sigue siendo la inviolabilidad del trato y la responsabilidad estricta por los pactos celebrados libremente. Incluso en casos de error o alteración de las circunstancias, los tribunales explican la excepción al cumplimiento en los términos que las partes habrían acordado (tácita o implícitamente) qué parte soporta el riesgo de las circunstancias imprevistas. Por tanto, todavía se rinde homenaje, al menos verbal, al trato subjetivo hecho por las partes”<sup>(41)</sup>.

El rechazo del papel de las obras, combinado con la exaltación del sentido moral individual, contribuyó a “transformar el derecho de bienes desde un derecho de relaciones personales hacia una mera ordenación económica basada en el contrato”<sup>(42)</sup>. En efecto, “el derecho de bienes dejó de basarse en relaciones entre personas con respecto a cosas y pasó a basarse en relaciones de personas con cosas. Los derechos reales pasaban a definirse (...) como derechos sobre una cosa (*in rem*) a diferencia de los derechos a una cosa (*ad rem*). *Ad rem* significa una relación con una persona que da lugar al derecho sobre la cosa; mientras que *in rem* sitúa la relación jurídica en el objeto mismo. (...) Las limitaciones a la disposición y el disfrute de la propiedad se comenzaron a ver como infracciones a la autonomía de la voluntad con respecto a las propiedades de cada cual, en lugar de como limitaciones esencialmente inherentes a la propia naturaleza de la propiedad”<sup>(43)</sup>.

### 3.3. Síntesis

Es doctrina común que la antropología derivada de la reforma acentúa notablemente el papel de la subjetividad del ser humano. La subjetividad es el lugar hermenéutico de la Revelación y de la intelección del mundo. En el ámbito anglosajón, los principios teológicos de la interpretación individual y del ejercicio de la conciencia subjetiva para conocer lo que era justo, parecen haber reforzado la responsabilidad estricta por pactos hechos subjetivamente, con independencia de cuál hubiera sido la causa de la promesa. Desde esta base bíblica del concepto de alianza (o promesa), también parece haberse facilitado la abstracción de la causa y la prevalencia de la autonomía de la voluntad. La voluntad tiende a identificarse con la causa subjetiva. Paulatinamente, se fue tendiendo a considerar como infracciones a la autonomía de la voluntad, cualquier limitación en el uso y disfrute de la propiedad.

En suma, en la tradición anglosajona, quizá el rechazo del papel de las obras, combinado con la exaltación del sentido moral individual a expensas de la comunidad social, haya cooperado en la transformación del derecho de bienes desde un derecho de relaciones personales hacia una mera ordenación económica basada en el contrato. Sin embargo, en la tradición germánica, atribuir la abstracción del negocio jurídico introducida en el BGB a las ideas de la Reforma, es exagerado, y no

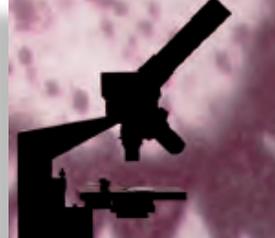
hace justicia al papel que desempeñó Savigny, considerado el “padre” del principio de abstracción.

### 4. Excurso: la comunidad germánica

Alemania es el país de la Reforma, en esta tierra tuvo su origen, y desde allí se ha extendido. Aún hoy, Alemania está internacionalmente unida con la Reforma. La identidad alemana es inseparable de este acontecimiento cultural. A su vez, la comunidad germánica es, como su nombre indica, una institución jurídica típica de los pueblos germánicos, y supone una concepción de la propiedad tan radicalmente distinta de la concepción romana, que todavía en nuestros días a un Notario le cuesta hacer entender a un heredero que no es propietario en el sentido romano de la masa hereditaria, que no le corresponde una parte exacta. Nuestro Tribunal Supremo<sup>(44)</sup> se encarga de mantener vivo el concepto de comunidad germánica, declarando que la venta de una parcela de la masa hereditaria de un testamento no ejecutado, aunque haya sido efectuada por un heredero legítimo, es nula por tratarse de venta de cosa ajena; sin perjuicio de que se pueda eventualmente subsanar.

¿Hay alguna relación entre la institución de la comunidad germánica y la Reforma protestante? Tanto esta institución jurídica como este fenómeno cultural son parte del alma alemana. Es claro que la comunidad germánica (que refleja el concepto de propiedad de los pueblos germanos antes de la romanización) existía antes de la Reforma, y por tanto no debe a ésta su origen. Pero ¿y su mantenimiento?

Flume llamó a la comunidad germánica un “cuerpo místico”<sup>(45)</sup>. Como es sabido, en expresión de San Pablo la Iglesia es el Cuerpo místico de Cristo<sup>(46)</sup>. Es igualmente conocida la importancia que, dentro del Nuevo Testamento, la Reforma dio a las epístolas paulinas. Por su parte, Wieacker dijo de la comunidad germánica, que era un concepto hegeliano. Entre el idealismo alemán, del que es una figura señera Hegel, y la Reforma protestante, sí hay una línea de evolución de pensamiento<sup>(47)</sup>. Pero de ahí no cabe deducir más que, en todo caso, lo siguiente: quizá los autores alemanes, amantes de su historia y de la tradición de sus instituciones tiendan a unir la comunidad germánica y al Reforma como se con-



funden y difuminan los límites de los colores en una acuarela.

Rudolf Sohm dedicó su lección magistral en la Universidad de Leipzig a la comunidad germánica <sup>(48)</sup>, y entró en discusión con las posiciones de Ihering y Heusler. Es conocido por su afirmación del carácter incompatible de la Iglesia y el Derecho <sup>(49)</sup>. De ahí se deriva la negación del carácter jurídico al Derecho canónico. Hoy las posiciones de Sohm están superadas dentro de los teóricos del Derecho evangélico <sup>(50)</sup>. No obstante, se trata de un historiador del Derecho que es una primera figura tanto por lo que se refiere al estudio de la comunidad germánica, como por sus planteamientos contrarios al Derecho de la Iglesia católica. Quizá estas dos circunstancias hayan llevado a alguno a considerar que hay una influencia del pensamiento protestante en la institución de la comunidad germánica. Sin embargo, es claro que esta institución de la comunidad germánica tiene un origen anterior a la reforma de Lutero, y no consta esa hipotética influencia ni entre los que han estudiado su origen <sup>(51)</sup>, ni entre los que se ocupan de su desarrollo posterior <sup>(52)</sup>.

**Rudolf Sohm dedicó su lección magistral en la Universidad de Leipzig a la comunidad germánica, y entró en discusión con las posiciones de Ihering y Heusler. Es conocido por su afirmación del carácter incompatible de la Iglesia y el Derecho.**

A mi modo de ver que los estudiosos de la comunidad germánica sean conspicuos protestantes es una manifestación de que en la Universidades alemanas ocupaban las cátedras principalmente profesores protestantes. Tanto es así que cuando, en la época de la lucha cultural (*Kulturkampf*), el Imperio prohibió la existencia de los seminarios tridentinos y obligó a que los párrocos cursaran estudios universitarios, los obispos exigieron que en algunas universidades el Obispo pudiera intervenir en el nombramiento de los catedráticos de algunas materias para que los católicos candidatos al sacerdocio no fueran inficionados con las ideas protestantes. Surgió así la figura de las cátedras concordata-



rias <sup>(53)</sup>, que aún está vigente en algunos concordatos. Nunca ha habido cátedras concordatarias en disciplinas jurídicas. Las cátedras concordatarias fueron de otras materias (Filosofía e Historia, sobre todo). Por ello, la mayoría de los catedráticos, hasta la proclamación de la República de Weimar fueron protestantes.

En suma, los principales cultivadores de la institución de la comunidad germánica en la época de su apogeo (por parte de la Escuela Histórica) son evangélico-luteranos. En esa medida, su tratamiento científico puede estar influido por una concepción del Derecho propia del pensamiento protestante como fue el idealismo. Pero obviamente esta institución ni tuvo en la Reforma su origen, ni la influencia que pudo haber experimentado cabe pensar que sea superior al de otras instituciones. Se trataba simplemente de que en esa época, prácticamente todas las cátedras de materias jurídicas en Alemania estaban ocupadas por protestantes.

### 5. Consideraciones finales

La influencia de la Reforma protestante en el Derecho hereditario supuso la transformación de las donaciones *pro anima*. Una vez abandonada la fe en la necesidad de las obras para la propia salvación, en la existencia del Purgatorio y en la doctrina de las indulgencias, seguía siendo necesaria la atención de las obras de beneficencia que se hacían con los bienes provenientes

de las donaciones testamentarias en favor de la Iglesia. Las autoridades seculares de los territorios de la Reforma exigieron, para la validez de los testamentos, que el causante tuviera en cuenta la "gloria de Dios", y dispusiera en favor de las necesidades de la ciudad. Es decir, aun cuando no se aplicaban esas donaciones en favor de la propia alma, debido al cambio de fundamento teológico, seguía manteniéndose el mismo motivo (de origen religioso) para imponer la obligación de dejar en el testamento una parte de los bienes, con los que se pudiera atender en gran medida a los mismos fines. Había supuestos en los que correspondía al obispo el oficio de albacea testamentario. A partir de la Reforma, este oficio pasó a corresponderle al señor territorial (*Landesherr*) quien por un título de Derecho imperial, a consecuencia de la Paz de Augsburgo, había recibido la cesión de las competencias episcopales de modo transitorio (hasta que se llegase de nuevo a la unidad de las confesiones cristianas).

En el Derecho anglosajón se atribuye a la concepción protestante de la promesa o alianza la supresión de la causa en los contratos. El rechazo del valor de las obras para la propia salvación, y la exaltación del sentido moral individual contribuyó a la transformación del derecho de bienes en una mera ordenación económica basada en el contrato. En la tradición germánica, no hay razones suficientes para derivar la abstracción del negocio jurídico introducida en el BGB a las ideas de la Reforma.

\* Texto revisado de la conferencia pronunciada en el Colegio Notarial de Cataluña, el día 13 de Noviembre de 2017. Se publica también en el número de la revista e-Legal History Review, en homenaje al Profesor D. José Manuel Pérez-Prendes.

- (1) MAX WEBER, *Die Protestantische Ethik und der Geist des Kapitalismus, La Ética protestante y el espíritu del capitalismo*. Introducción y edición crítica de Francisco Gil Villegas M., México D.F., 2003. RODRIGUEZ MARTÍNEZ, JAVIER, (ed.), *En el centenario de "La ética protestante y el espíritu del capitalismo"*, Madrid, 2005.
- (2) F. GIL VILLEGAS M., *Cien años de debate en torno a la tesis weberiana sobre la ética protestante*, en *Sociológica*, año 20, número 59, septiembre-diciembre de 2005, pp.137-169. También accesible en <http://www.redalyc.org/pdf/3050/305024736008.pdf> [Consulta del 6-III-2018]. Desde el punto de vista de la Ciencia política, vid.: ABELLÁN GARCÍA, JOAQUÍN, *Max Weber en la evolución del liberalismo alemán*, en *Arbor: Ciencia, pensamiento y cultura*, nº. 539-540, 1990 (Ejemplar dedicado a: La actualidad de Max Weber), pp. 85-100. IDEM, *Max Weber: una crítica política de la "dominación burocrática"*, en SÁNCHEZ GARRIDO, PABLO / MARTÍNEZ-SICLUNA Y SEPÚLVEDA, CONSUELO, (COORDS.), *Historia del análisis político*, 2011, pp. 569-584.
- (3) En la bibliografía española: ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, J. A., *Reforma protestante y Estado moderno*, Granada, 2008. AYUSO TORRES, MIGUEL (coord.), *Consecuencias político-jurídicas del protestantismo a los 500 años de Lutero*, Madrid, 2016. ROCA, MARÍA J., *Reforma protestante. Influencia en el Derecho secular*, en OTADUY, J. / VIANA, A. / SEDANO, J. (coord.), *Diccionario General de Derecho Canónico*, vol. VI, Pamplona, 2012, pp. 804-813. En lengua inglesa: BERMAN, HAROLD J., *Law and Revolution. II. The impact of the Protestant Reformatations on the Western Legal Tradition*, Cambridge et alt., 2003. En lengua alemana: HECKEL, MARTIN *Martin Luthers Reformation und das Recht. Die Entwicklung der Theologie Luthers und ihre Auswirkung auf das Recht unter den Rahmenbedingungen der Reichsreform und der Territorialstaatsbildung im Kampf mit Rom und den "Schwärmern"*, Tübingen, 2016.
- (4) BESELER, *Von den Testamentsvollziehern*, en "Zeitschrift für deutsches Recht und deutsche Rechtswissenschaft", Bd. 9, 1845, antes de la recepción del Derecho romano, pp. 144 y ss.
- (5) SCHULTZE, ALFRED, *Der Einfluß der Kirche auf die Entwicklung des germanischen Erbrechts. Eine akademische Rede in erweiterter Fassung*, en "Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Germanistische Abteilung", Bd. 35, 1914, p. 76.
- (6) *De poenitentia*, c.2, cita tomada de SCHULTZE, ALFRED, *Der Einfluß der Kirche auf die Entwicklung...*, p.77, nota 2.
- (7) *Sermo 86*, c. 13, cita tomada de SCHULTZE, ALFRED, *Der Einfluß der Kirche auf die Entwicklung...*, p.78, nota 2, "Fac locum Christo cum filiis tuis, accedat familiae tuae Dominus tuus.... Duos filios habes, tertium illum computa: tres habes, quartus numeretur: quintum habes, sextus dicatur: decem habes, undecimus sit. Nolo amplius dicere: unius filii tui serva locum Domino tuo ... Dabis autem portionem unam, quam unius filii deputasti".
- (8) SCHULTZE, ALFRED, *Der Einfluß der Kirche auf die Entwicklung...*, p. 79.
- (9) SCHULTZE, ALFRED, *Die langobardische Treuhand und ihre Umbildung zur Testamentsvollstreckung*, Breslau, 1895.
- (10) SCHULTZE, ALFRED, *Der Einfluß der Kirche auf die Entwicklung...*, p. 92.
- (11) SCHULTZE, ALFRED, *Der Einfluß der Kirche auf die Entwicklung...*, p. 98, "Die Entwicklung des 'Freiteils' läuft in diesen Gebieten in einen kirchlichen 'Pflichtteil' aus".
- (12) HAHN, KADRI-RUTT, *Revaler Testamente im 15. und 16. Jahrhundert*, Berlin, 2015, p.71 y p. 80.
- (13) DEUTSCH, HERMANN, *Die Vorläufer der heutigen Testamentsvollstrecker im Römischen Recht*, Berlin, 1899, pp. 14-15, "das Institut der Testamentsvollstreckung gab es in römischen Recht nicht. Wenn man aber auch keine eigentümlichen Einrichtungen zur Sicherung der Verwirklichung des letzten Willens kannte, so bestanden doch die Bedürfnisse, deren Befriedigung das Institut der Testamentsexecution heute dient, schon damals – wenn auch in geringe Umfange". Vid. también BRUCK, EBERHARD FRIEDRICH, *Zur Entwicklungsgeschichte der Testamentsvollstreckung im römische Recht*, en "Zeitschrift für privat- und öffentliche Recht der Gegenwart" 40, 1913, pp. 533-578.
- (14) BESELER, *Von den Testamentsvollziehern*, en "Zeitschrift für deutsches Recht und deutsche Rechtswissenschaft", Bd. 9, 1845, p. 146,, accesible en: Digitale Bibliothek des Max-Planck-Instituts für Europäische Rechtsgeschichte (Referencia: 2010-09-05T15:29:20Z) [Consulta del 29-IV-2018] "In der That ist auch in dieser Hinsicht durch die päpstlichen Dekretalen und in den einzelnen Länder durch Synodalbeschlüsse manches geschehen, ja es ward consequent darauf hingearbeitet, die Testamente unter die Jurisdiktion der geistliche Behörde zu bringen und den Bischof ausdrücklich die Befugniss beigelegt, über die Vollziehung der Testamente zu machen auch wenn sie nicht von Geistlichen oder zu frommen Zwecken errichtet waren.
- (15) SCHULTZE, ALFRED, *Der Einfluß der Kirche auf die Entwicklung...*, p. 107.
- (16) SCHULTZE, ALFRED, *Der Einfluß der Kirche auf die Entwicklung...*, p. 108.
- (17) Resulta ilustrativo el análisis detallado de una testamento de la época que se hace en KLOERS, INGRID, *Wohltäterin für viele. Das Testament der Schöffenwitwe Else von Lare 1471/1474*, en "Zeitschrift des Vereins für hessische Geschichte und Landeskunde, Bd. 117/118, 2012-2013, pp. 23 y ss., donde esta señora noble, viuda de un jurado, dispone de un legado *pro anima* en favor de los Cartujos y los Franciscanos, así como para los pobres de la ciudad (Marburg), a través de las instituciones de la Iglesia.
- (18) GÓMEZ HERAS, JOSÉ MARÍA, *Teología Protestante. Sistema e Historia*, Madrid, 1982. SAYÉS, JOSÉ ANTONIO, *Antropología del hombre caído. El pecado original*, Madrid, 1991, pp. 176-203. Una exposición resumida y accesible, puede verse en BLANCO, PABLO / FERRER, JOAQUÍN, *Lutero 500 años después. Breve Historia y Teología del Protestantismo*, Madrid, 2017.
- (19) ROCA, MARÍA J., *La influencia de la Reforma protestante en el Derecho*, en [www.iustel.com](http://www.iustel.com) e-Legal History Review, 14, 2012, pp. 1-35.
- (20) De esta cuestión nos ocupamos en ROCA, MARÍA J., *Origen de la competencia del poder civil sobre las Iglesias en las doctrinas protestantes: Estudio histórico e interés actual*, en "Revista General de Derecho Canónico y Eclesiástico del Estado" [iustel.com](http://www.iustel.com), 1, 2003 y en "Foro. Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales", núm. 0, 2004, pp. 111-126.
- (21) SCHULTZE, ALFRED, *Der Einfluß der Kirche auf die Entwicklung...*, p. 106, con referencia GIERKE, *Das deutsche Genossenschaftsrecht* III, p. 760.
- (22) Genueser Dekret von 1642, citado según SCHULTZE, ALFRED, *Der Einfluß der Kirche auf die Entwicklung...*, p. 110, nota 2.
- (23) SCHULTZE, ALFRED, *Der Einfluß der Kirche auf die Entwicklung...*, p. 110.
- (24) MORALES MORENO, ANTONIO MANUEL, *Reflexiones sobre la causa del contrato en la propuesta para la modernización del derecho de obligaciones y contratos*, en "Anales de la Real Academia de jurisprudencia y legislación", 2011, p. 460.
- (25) ÁLVAREZ SUÁREZ, URSICINO, *El problema de la causa en la tradición*, Madrid, 1945. DÍEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN, LUIS, *El concepto de causa en el negocio jurídico*, en "Anuario de Derecho Civil", 1963, pp. 3 y ss. DE LOS MOZOS, JOSÉ LUIS, *Negocio abstracto y reconocimiento de deuda*, en "Anuario de Derecho Civil", 1966, pp. 369 y ss. FUENTESCA DEGENEFÉ, MARGARITA, *El negocio fiduciario en Roma, Madrid, 2016*, especialmente el capítulo VI, relativo a "la causa fiduciae: causa contractual o causa negocial" (pp. 95 y ss.).



- (26) La ordenanza nº 2016-131, de 10 de febrero de 2016, ha culminado un proceso de reforma del Derecho francés de obligaciones y contratos, que supone el mayor cambio en esta materia desde la promulgación del Código civil de 1804. Vid.: SAVALUX, ERIC, *El nuevo Derecho civil francés de obligaciones y contratos*, en "Anuario de Derecho Civil", tomo LXIX, 2016, fasc. III, pp. 715 y ss.
- (27) MORALES MORENO, ANTONIO MANUEL, *Reflexiones sobre la causa del contrato...*, p. 463, siguiendo a ZIMMERMANN.
- (28) "La concepción de lo obligatorio en conciencia de la promesa, sin necesidad de otro requisito, pasará fácilmente de los libros de Teología Moral a los de Derecho natural y de gentes; y, con ello, las afirmaciones de que entre contrato y pacto no hay diferencia, y de que los pactos nudos producen acción: Mas la repudiación de la doctrina de la causa no significa que se atribuya indiscriminadamente eficacia a toda promesa, y que se desconozca el significado de la causa para distinguir los contratos. Grocio separa los benéficos y los permutatorios y respecto de estos dice que, por su naturaleza, en ellos impera la igualdad. Pufendorf después de decir también que las promesas originan obligación, considera justificado que se exija la causa, entendiéndose esta como los romanos –agrega– en que el asunto implica alguna utilidad: añadiendo con ironía que los convenios inútiles o hechos aturdidamente (p. eje., no lavarse las manos, no peinarse, no cambiarse de camisa durante cierto tiempo) no tienen nada de sagrados e inviolables. Más importancia da todavía a la causa cuando al distinguir los contratos en gratuitos y onerosos dice de estos, que en ellos debe haber una justa igualdad, es decir, que cada uno reciba tanto como da, considerando ésta tan necesaria, que afirma que no hay presunción de un don gratuito, que pueda disculpar el que se tome más que lo que se debiera recibir" (DE CASTRO, FEDERICO, *El negocio jurídico*, Madrid, 1967, §222, tomado de MORALES MORENO, ANTONIO MANUEL, *Reflexiones sobre la causa del contrato...*, p. 463, nota 27).
- (29) La bibliografía sobre este aspecto en abundantísima, pueden ser útiles estas dos referencias: STRACK, ASTRID, *Hintergründe des Abstraktionsprinzip*, en "Jura", Heft 1/2011, pp. 5-6. SIRGADO DÍAZ, EMIL, *El negocio jurídico, la abstracción y el Derecho civil alemán*, en "Revista de Derecho. Escuela de Postgrado", n. 6, 2014, p. 59 y la bibliografía allí citada.
- (30) Vid.: DOMINGO, RAFAEL, (ed.), *Juristas Universales*, vol. III, p. 59.
- (31) "Kind der deutschen Rechtswissenschaft" FUENTESSECA DEGENEFTE, CRISTINA, *La compraventa y la categoría del negocio jurídico abstracto*, Madrid, 2012, p. 22 nota 15, siguiendo a WIESER, E., *Einführung in das Bürgerliche Recht mit Allgemeinem Teil und Übung*, Köln et al., 1982, p. 192.
- (32) McCALL, BRIAN M., *El nuevo pacto protestante...*, p. 199.
- (33) McCALL, BRIAN M., *El nuevo pacto protestante...*, p. 199.
- (34) McCALL, BRIAN M., *El nuevo pacto protestante...*, p. 201.
- (35) BERMAN, HAROLD J., *The Religious Sources of General Contract Law: An Historical Perspective*, en "Journal of Law and Religion", Volume 4, Issue 1, 1986, pp. 118.
- (36) BERMAN, HAROLD J., *The Religious Sources of General Contract Law...*, p. 112.
- (37) IBIDEM.
- (38) McCALL, BRIAN M., *El nuevo pacto protestante...*, p. 201.
- (39) DECOCK, WIM, *Katholische Moraltheologie und Vertragsrecht. Die Umwandlung der Vertragslehre des Gemeinen Rechts (16./17. Jh.)*, en "Forum Historiae Iuris", 18.Juni 2019, accesible en <http://www.forhistiur.de/zitat/1306decock.htm> [Consulta del 6-III-2018].
- (40) McCALL, BRIAN M., *El nuevo pacto protestante...*, p. 202.
- (41) McCALL, BRIAN M., *El nuevo pacto protestante...*, p. 203.
- (42) McCALL, BRIAN M., *El nuevo pacto protestante...*, p. 204.
- (43) McCALL, BRIAN M., *El nuevo pacto protestante...*, p. 205.
- (44) Un ejemplo reciente que confirma la doctrina anterior, puede verse en la STS, Sala de lo civil, 4449/2015, de 3-XI-2015.
- (45) FLUME, WERNER, *Gesellschaft und Gesamthand* en "Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht", n. 136, 1972, pp. 177-207.
- (46) San Pablo en la I Corintios 12:12-14 es la referencia principal.
- (47) BARTH, ULRICH, *Aufgeklärte Protestantismus*, Tübingen, 2004.
- (48) SOHM, RUDOLF, *Die deutsche Genossenschaft. Sonderabdruck aus der Festgabe der Leipziger Juristenfakultät für B. Windscheid zum 22. Dezember 1888* Juristen, Leipzig, 1889.
- (49) BARION, HANS, *Rudolf Sohm und die Grundlegung des Kirchenrechts*, en IDEM, *Kirche und Kirchenrecht. Gesammelte Aufsätze*, BÖCKENFÖRDE, WERNER (Hrsg.), Paderborn et al., 1984, pp. 81 y ss.
- (50) Pensemos, por ejemplo, en Johannes Heckel, y también la concepción de Karl Barth sobre el "encargo público de las iglesias".
- (51) ALTAMIRA Y CERVERA, RAFAEL, *Historia de la propiedad comunal*, Madrid, 1890. BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, JOSÉ, *La comunidad de bienes en el Derecho español*, Madrid, 1954.
- (52) WEBER-GRELLET, HEINRICH, *La comunidad germánica*. Traducción y nota preliminar de Antonio Pau. Cuadernos de Derecho registral, Madrid, 2007.
- (53) ROCA, MARÍA J., *Cátedras concordatarias en Alemania: la intervención de la Iglesia católica en la provisión de cátedras fuera de las Facultades de Teología*, en CEBRIÁ, MARÍA DOLORES (ed.), *Enseñanza superior y religión en el ordenamiento jurídico. Actas del VII simposio internacional de derecho concordatario*. Trujillo (Cáceres), Granada, 2016, pp. 429-438, y en [www.iustel.com](http://www.iustel.com) "Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado", nº. 41, 2016.

# El nuevo Reglamento Europeo de Régimenes Económico Matrimoniales

Por Jesús Gómez Taboada  
Notario de Barcelona

El 24 de junio de 2016 se aprobó el Reglamento (UE) 2016/1103 del Consejo, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de efectos patrimoniales de las uniones registradas (en adelante, RREM), que establece normas de conflicto en materia de regímenes económicos matrimoniales.

El mismo día fue aprobado el Reglamento (UE) 2016/1104 del Consejo por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones sobre uniones registradas, al que nos referimos en el anterior número de esta revista.

## I. Introducción: de qué trata el reglamento

El primer acercamiento al RREM requiere una serie de precisiones:

1º Es una *norma de Derecho Internacional Privado* (en adelante, Dopr.), lo cual supone que su regulación deja fuera todo lo relativo a la regulación material o de fondo de los regímenes económico matrimoniales (REM). No se refiere, por tanto, a la regulación sustantiva de los mismos: REM que cada país pueda elegir como legal o supletorio legal; regulación concreta que cada REM; capitulaciones matrimoniales...

En consecuencia, no busquemos un régimen general o básico de la materia; pues, como aclara el propio Reglamento, el mismo "no afectará a las competencias de las autoridades de los Estados miembros en

materia de regímenes económico matrimoniales" (art. 2 RREM).

Estamos, en consecuencia, ante una norma que atiende solo –y es bastante– a los tres focos tradicionales del Dopr.: competencia judicial internacional (en sentido amplio: autoridades competentes); ley aplicable; y efectos que las resoluciones y los documentos públicos producen en otros países (firmantes). Encaja, pues, en la categoría de reglamentos de normas de conflicto, que desplazan o derogan las internas (*autónomas*) y que paulatinamente van poblando el paisaje normativo europeo (el de sucesiones –RSE–, RUR, alimentos, obligaciones contractuales...-). Al igual que los otros de su especie, es un texto largo (70 artículos), precedido por 73 considerandos, muy útiles para su interpretación e integración.

2º *No tiene, al menos por ahora, el ámbito de aplicación espacial de otros reglamentos*, como –por ejemplo– el de sucesiones. De momento, solo vincula a diecisiete países: Bélgica, Bulgaria, la República Checa, Grecia, Alemania, España, Francia, Croacia, Italia, Luxemburgo, Malta, los Países Bajos, Austria, Portugal, Eslovenia, Finlandia y Suecia. Los demás miembros de la UE, mientras no se adhieran, no estarán obligados a su aplicación.

3º *Supondrá en España una modificación en régimen conflictual internacional*, regulado por los apartados 2º y 3º del art. 9 del Código civil (Cc), pues, como veremos, en materia de ley aplicable, altera el punto de conexión (vínculo de los cónyuges con determinada ley) básico, desplazando a la nacionalidad aquellos y fijándose en su residencia, tendencia que está en alza (RUR, RSE).

4º Como disposición de *Derecho transitorio*, siguiendo la norma de otros reglamentos de Dopr., aunque el RREM entró en vigor el 29 de julio de 2016, solo "será aplicable a partir del 29 de enero de 2019" (art. 70), larga *vacatio* que se justifica en la conveniencia de que los estados vinculados adopten las medidas necesarias para su ejecución.

## II. Ámbito de aplicación

### 1. Materias a las que se aplica (art. 1 RREM)

Según el art. 1 RREM, el mismo se aplicará (solo) "a los regímenes económicos matrimoniales", entendiendo por REM el "conjunto de normas relativas a las relaciones patrimoniales entre los cónyuges y con terceros, como resultado del matrimonio o de su disolución" (art. 3.1.a).

### 2. Materias excluidas (arts. 1 RREM)

El ámbito de aplicación se perfila mejor con la relación de materias excluidas del mismo. Es decir, aun dentro del campo de juego de las normas de Dopr. (competencia, ley aplicable, efectos de resoluciones extranjeras), el RREM deja fuera, por lo pronto, las cuestiones fiscales, aduaneras y administrativas.

Y, asimismo, quedan excluidas, y se regirán en consecuencia, por otra norma de Dopr. (que podrá ser otro reglamento europeo; un convenio internacional; una ley interna de cada país): la capacidad jurídica (se refiere a la capacidad de obrar) de los cónyuges; la existencia, validez y reconocimiento del matrimonio; las obligaciones de alimentos, que –conflictualmente– se rigen por Reglamento 4/2009, de 18 de diciem-

bre de 2008, relativo a las obligaciones de alimentos; la seguridad social; el derecho de transmisión o ajuste entre los cónyuges, en caso de divorcio, separación judicial o anulación del matrimonio, de los derechos de pensión de jubilación o de invalidez devengados durante el matrimonio y que no hayan dado lugar a ingresos en forma de pensión durante este; la naturaleza de los derechos reales sobre un bien; cualquier inscripción en un registro de derechos sobre bienes muebles o inmuebles, así como sus efectos (es decir: si un inmueble radica en España, cualquiera que sea la ley aplicable y el origen de la resolución, el derecho inmobiliario registral pertinente será el de la ley y reglamento hipotecarios); y la sucesión por causa de muerte de uno de los cónyuges, que, en congruencia con RSE, se registrará por este (que determina, como ley, en defecto de elección, la de la residencia habitual del causante). Se aparta así del sistema establecido por el art. 9.8 Cc, que establecía que la sucesión del viudo se registraría por la misma ley que el REM, lo que obligaba a disociar entre la sucesión en general (sujeta a la ley de la nacionalidad) y la del cónyuge (regida por la del REM). Con todo, esta dualidad se mantiene en el ámbito interregional, si bien matizada por la doctrina del la DGRN que considera que los únicos derechos que se han de regir por la ley del REM son los de índole familiar (ajuar, año de luto, compensación por razón del trabajo).

### III. Competencia judicial internacional

#### A) Aclaración previa: qué se entiende por órgano jurisdiccional

Determinado el ámbito de aplicación, el RREM establece una serie de normas para determinar la competencia de los órganos jurisdiccionales en lo relativo a el REM: es decir, si se plantea ante una autoridad una cuestión relativa a esta materia, en la que existe un elemento internacional (diferente nacionalidad o residencia de los cónyuges, ubicación de bienes en distintos estados), el RREM procede a determinar cuál es el órgano competente para entender del asunto.

Conviene, con todo, precisar la noción (del propio RREM) de "órgano jurisdiccional". Y, en tal sentido, aclara el fundamento jurídico 29 que debe entenderse en un sentido amplio, que incluye no solo a los órganos jurisdiccionales en el sentido estricto de la palabra, "sino también, por ejemplo, a los notarios de algu-



nos Estados miembros que, en determinadas cuestiones del régimen económico matrimonial, ejercen funciones judiciales del mismo modo que los órganos jurisdiccionales, así como los notarios y los profesionales del Derecho que, en algunos Estados miembros, ejercen funciones judiciales en materia de régimen económico matrimonial por delegación de poderes de un órgano jurisdiccional". Y añade que, sin embargo, el término "órgano jurisdiccional" no debe incluir a las autoridades no judiciales de un Estado miembro facultadas con arreglo al Derecho nacional para resolver las cuestiones relativas al régimen económico matrimonial, "como los notarios en la mayoría de los Estados miembros cuando, como suele ser el caso, no ejercen funciones judiciales". Esta última precisión no significa que los notarios no conserven estas facultades, sino que su competencia (en el ámbito internacional) no vendrá determinada por el RREM, sino por otra norma distinta (en nuestro caso, por ejemplo, Ley del Notariado; Ley de cooperación jurídica internacional; Reglamento Notarial: textos que, aun cuando son internos nacionales, incluyen normas de DIPr.)

#### B) Criterios competenciales

##### 1. Competencia en los casos de crisis o extinción del matrimonio, sea *mortis causa* o *inter vivos*.

a) Si, *ex RSE 650/2012*, se somete a un órgano jurisdiccional la *sucesión mortis causa*

de uno de los cónyuges, los órganos jurisdiccionales de dicho Estado serán competentes para resolver sobre el régimen económico matrimonial en conexión con esa sucesión (art. 4); y

b) Según el art. 5 RREM, "cuando se interponga ante un órgano jurisdiccional de un Estado miembro una demanda de divorcio, separación judicial o anulación del matrimonio en virtud del Reglamento (CE) 2201/2003, los órganos jurisdiccionales de dicho Estado miembro serán competentes para resolver sobre el régimen económico matrimonial que surja en conexión con dicha demanda". No obstante, tal competencia, en materia de REM, exigirá el acuerdo de los cónyuges en determinados supuestos.

##### 2. Competencia general (art. 6 RREM)

Con carácter general, en aquellos casos en los que el asunto no encaje en el apartado anterior (crisis o extinción del matrimonio), serán competentes los órganos jurisdiccionales del Estado miembro siguiente (competencias en cascada o subsidiarias, no alternativas): a) aquel en cuyo territorio tengan los cónyuges su *residencia habitual*; b) aquel en cuyo territorio hayan tenido los cónyuges su **última residencia habitual**, siempre que uno de ellos aún resida allí; c) aquel en cuyo territorio tenga el *demandado su residencia habitual*; d) el de la *nacionalidad común* de los cónyuges;



### 3. Elección del órgano competente (art. 7 RREM)

No obstante lo anterior, el RREM permite vincular, de mutuo acuerdo, la competencia de los tribunales con la ley aplicable al fondo del asunto (REM), ya sea esta la ley elegida (ex art. 22 RREM) o la que, en su defecto, resulte aplicable (ex art. 26.1 RREM).

Asimismo, estos órganos serán competentes, aún sin acuerdo previo, si ante ellos comparece el demandado.

### 4. Otros supuestos. El *forum necessitatis*

Además de competencias alternativas (art. 9 RREM) y subsidiarias (art. 10 RREM), el art. 11 RREM prevé el foro de necesidad (*forum necessitatis*): para evitar indefensión (por falta de competencia o inhibición del órgano competente), serán competentes los tribunales de un Estado miembro –con el cual el asunto tenga “conexión suficiente”–, pero solo si el proceso no puede desarrollarse en un tercer Estado con el cual el asunto tuviese una conexión estrecha.

### 5. Normas complementarias (arts 12 a 18 RREM)

El RREM incluye, asimismo, reglas de DIPr procesal relativas a las reconvencciones; la limitación del procedimiento (que, en su caso, no afectará a los inmuebles de una herencia causada por un cónyuge que estén situados en un tercer estado); que se en-

tiende por “sustanciación del asunto ante un órgano jurisdiccional”; verificación de la competencia y de su admisibilidad; litispendencia; demandas conexas; y medidas provisionales y cautelares.

## III. Ley aplicable

Diferente cuestión de la competencia para conocer del asunto (REM), es la ley aplicable al mismo.

### 1. Determinación de la ley aplicable

#### a) Elección de la ley aplicable (arts. 22 a 25 RUR)

El primer criterio es la autonomía de la voluntad, de manera que los cónyuges (actuales o futuros) podrán (de común acuerdo, como es obvio) designar o cambiar la ley aplicable siempre que se trate de una de las siguientes leyes: la de la *residencia habitual* de uno o de ambos en el momento de la celebración del acuerdo; la de la *nacionalidad* de cualquiera de ellos al tiempo del acuerdo.

Se trata, pues, de una suerte de *professio iuris* aplicada al REM, respecto de la cual se advierte que salvo acuerdo, carecerá de efectos retroactivos, pues “todo cambio de la ley aplicable al régimen económico matrimonial efectuado durante el matrimonio solo surtirá efectos en el futuro” (art. 22.2 RREM).

En cuanto a la *validez formal*, el pacto “se expresará por escrito, fechado y firmado por ambos miembros de la unión registrada”, admitiéndose “toda comunicación efectuada por medios electrónicos que proporcione un registro duradero”. No obstante, si la ley del Estado miembro de la residencia habitual de las partes exige requisitos formales adicionales para tal pacto, dichos requisitos serán de aplicación. La validez formal de las capitulaciones matrimoniales se regula de manera análoga en el art. 25 RREM. (En realidad, en nuestro derecho, el acto de elección de la ley aplicable implica, *per se*, el otorgamiento de capitulaciones, aun cuando su única cláusula sea dicha elección). Si resulta aplicable la ley española, cualquiera que esta sea (común u otra), las capitulaciones exigen, como requisito esencial –*ad solemnitatem*– escritura pública (art. 1327 Cc; 231-20 CCCat).

**La validez material de la elección (capacidad, vicios del consentimiento, contenido) se determinará, en principio, con arreglo a la ley elegida (art. 25 RREM).**

La *validez material* de la elección (capacidad, vicios del consentimiento, contenido) se determinará, en principio, con arreglo a la ley elegida (art. 25 RREM).

Debe distinguirse, no obstante, la elección de la ley aplicable (normativa del país elegido) de la elección del REM aplicable, *dentro de las posibilidades que ofrezca la ley elegida*. Así, por ejemplo, si dos cónyuges, francés e italiano, eligen la ley española común (Cc), y nada más indican, quedarán sometidos al REM de gananciales (art. 1316 Cc). Pero cabe la posibilidad de que, instalados en la libertad capitular propia del Cc (arts. 1315 y 1325), elijan un REM diferente al de gananciales (separación de bienes, participación, o cualquier otro que los cónyuges acuerden dentro de los amplios límites que marca el propio código: art. 1328 Cc). La primera sería la autonomía de la voluntad conflictual; la segunda, material.

#### b) Ley aplicable a falta de elección (art. 26 RREM)

En defecto de elección, la ley aplicable será la ley del Estado de la *primera residen-*



cia habitual común de los cónyuges tras la celebración del matrimonio. Esta será, pues, la solución que se aplicará casi siempre, pues la experiencia nos indica que la mayoría de los matrimonios no otorgan capitulaciones.

No obstante, en defecto de la ley de la residencia común (hipótesis posible, pero algo extraña: los cónyuges suelen vivir juntos, y hasta se presume: art. 69 Cc), se aplicará la de la nacionalidad común de los cónyuges en el momento de la celebración del matrimonio; y, en su defecto, aquella con la que ambos cónyuges tengan la conexión más estrecha en el momento de la celebración del matrimonio, teniendo en cuenta todas las circunstancias.

...excepcionalmente, el juez, a petición de una de las partes, podrá decidir que la ley aplicable sea la de otro Estado, siempre que: 1º) los cónyuges mantuvieran su última residencia habitual común en dicho Estado durante un período de tiempo considerablemente (ojo a la interpretación de este nebuloso adverbio) más largo que en el Estado de residencia común; y 2º) ambos cónyuges se hubieran basado en esa otra ley para organizar sus relaciones.

Se altera, pues, como anticipábamos, el punto de conexión respecto al del art. 9.2 Cc, atribuyendo prioridad a la residencia frente a la nacionalidad.

No obstante, excepcionalmente, el juez, a petición de una de las partes, podrá decidir que la ley aplicable sea la de otro Estado, siempre que: 1º) los cónyuges mantuvieran su **última residencia habitual común** en dicho Estado durante un período de tiempo considerablemente (ojo a la interpretación de este nebuloso adverbio) más largo que en el Estado de residencia común; y 2º) ambos cónyuges se hubieran basado en esa otra ley para organizar sus relaciones.

De la misma forma en que nos referíamos al caso de la elección de ley, cuando la que resulte aplicable lo sea por alguno de estos



critérios, los cónyuges, dentro de la libertad que ofrezca dicha ley, podrán pactar un régimen distinto del supletorio legal. De manera que, si por ejemplo, es aplicable la ley alemana, podrán evitar la aplicación del REM de participación (supletorio legal), mediante el otorgamiento de capitulaciones –que no elegirán ya la ley aplicable al REM, sino un REM entre los que permita la ley aplicable-.

## 2. Características de la ley aplicable: universalidad, unidad, ámbito

a) *Universalidad*. Según el art. 20 RREM, “[l]a ley que se determine aplicable en virtud del presente Reglamento se aplicará aunque no sea la de un Estado miembro”, lo cual implica que, si de acuerdo con los criterios de fijación que hemos visto (elección por las partes, soluciones subsidiarias) resulta determinada, por un órgano sujeto al RREM, una ley de un tercer estado (China, Perú, EEUU), esta norma es la aplicable. Ahora bien, eso no implica, por supuesto, que las autoridades de ese país estén vinculadas por la determinación realizada de acuerdo con el RREM; por lo que es posible que, si el asunto se plantea en ese país –o en otro no sujeto al reglamento-, sea diferente ley la que deba regir –lo será de acuerdo con sus puntos de conexión, que no tienen por qué coincidir con los del RREM-.

b) *Unidad*. Señala el art. 21 RREM que la ley aplicable al régimen económico

matrimonial “se aplicará a todos los bienes [muebles e inmuebles, por lo tanto] incluidos en dicho régimen, con independencia de donde los bienes estén situados”.

Es una norma paralela a la de los arts. 21 RUR (la ley aplicable a la unión estable de pareja registrada se aplica a todos los bienes de esta) y 20 RSE (la ley aplicable a la sucesión rige para toda la herencia).

c) *Ámbito de la ley aplicable*. La ley aplicable (art. 27 RREM) regulará, “entre otras cosas” –enumeración, pues, abierta-: a) la clasificación de los bienes de uno o ambos cónyuges en diferentes categorías (privativos o comunes, por ejemplo) durante la vigencia y después del matrimonio; b) la transferencia de bienes de una categoría a otra; c) la responsabilidad de uno de los cónyuges por las obligaciones y deudas del otro cónyuge; d) las facultades, derechos y obligaciones de cualquiera de los cónyuges o de ambos con respecto al patrimonio; e) la disolución del régimen económico matrimonial y el reparto, la distribución o la liquidación del patrimonio; f) los efectos patrimoniales del régimen económico matrimonial sobre la relación jurídica entre uno de los cónyuges y un tercero, y g) la validez material de las capitulaciones matrimoniales.



# Internacional



## 3. Normas complementarias sobre la ley aplicable

### a) Efectos frente a terceros.

El art. 28 RREM protege a los terceros, de manera que la ley aplicable no podrá invocarse por uno de los cónyuges frente a un tercero en un litigio, salvo que el tercero conociera o, actuando con la debida diligencia, debiera haber tenido conocimiento de dicha ley. Y establece una serie de supuestos en los que se presume el conocimiento por el tercero, por lo que este no podría alegar la buena fe (en el sentido de ignorante del REM).

### b) Adaptación de los derechos reales (art. 29 RREM).

Recogiendo una norma ya clásica en los reglamentos europeos, cuando una persona invoque un derecho real del que sea titular en virtud de la ley aplicable y el Estado miembro en el que se invoque lo desconozca, ese derecho deberá adaptarse al equivalente más cercano. Así, por ejemplo, la atribución –en la disolución del REM– de un derecho de habitación sobre un inmueble radicado en un país miembro que no lo regule, obligará a adaptarlo a la figura más próxima (uso, usufructo, *estatge* –art. 54 Compilación balear–...).

### c) Leyes de policía.

Según su art. 30, el RREM no restringirá la aplicación, en el estado en que se adop-

te la resolución (país del foro), de sus leyes de policía (disposiciones cuya observancia considera esencial un Estado miembro para salvaguardar sus intereses públicos, tales como su organización política, social o económica).

### d) Orden público.

No olvida el RREM el principio de orden público, pues la aplicación de una ley de cualquier Estado (miembro o no), solo podrá ser rehusada si “es manifiestamente incompatible con el orden público del foro” (art. 31). Esto ocurrirá, por ejemplo, en los casos en los que no se reconozca en el país del foro la poligamia; o los matrimonios entre personas del mismo sexo; o a aquellos en que uno de los miembros, o ambos, son menores de edad.

### e) Exclusión del reenvío.

El art. 32 RREM impide la tentación del reenvío (aplicación de la ley de un país; que, a su vez, nos remite a otra), al señalar que la determinación de la ley de un Estado se entenderá referida a las normas jurídicas vigentes en ese Estado *distintas* de las normas de Derecho internacional privado; es decir, referida a las normas materiales, no conflictuales –pues estas abrirían la posibilidad de remitirnos a otra ley-. Se aparta así de la solución – muy discutida- del art. 34 RSE, que admite no solo el reenvío de primer grado (remisión de a la ley del foro, es decir, del órgano que entiende del asunto,

solución antes avalada por el art. 12.2 Cc), sino también el de segundo grado (rebote a un tercer Estado).

### f) Estados con diversos regímenes jurídicos.

Al igual que otros reglamentos europeos de DIPr., el RREM trata de resolver el problema que se plantea cuando, habiendo sido determinada, como aplicable, la ley de un estado, en este coexisten diferentes sistemas legislativos. Lo cual obliga a dar un paso más: fijar cuál de las leyes vigentes en tal país será la aplicable.

El art. 32 RREM impide la tentación del reenvío (...), al señalar que la determinación de la ley de un Estado se entenderá referida a las normas jurídicas vigentes en ese Estado distintas de las normas de Derecho internacional privado; es decir, referida a las normas materiales, no conflictuales...

Por lo pronto, la pluralidad legislativa puede ser de base territorial o personal.

f.1) La personal existe cuando el régimen jurídico de cada individuo viene determinado por elementos o categorías personales (raza, religión, casta). En tales casos (Egipto, Indonesia, Marruecos), el art. 35 RREM establece que la referencia a la ley de dicho Estado (por ejemplo, Marruecos) se entenderá hecha al régimen jurídico de la categoría concreta (por ejemplo, judía) fijada por las normas internas de tal Estado. Si no existen tales normas, se aplicará el régimen jurídico con el que los miembros de la pareja tengan una conexión más estrecha.

f.2) En los supuestos de pluralidad territorial (casos, por ejemplo, de España, Méjico o Estados Unidos: recordemos que el RREM tiene vigencia universal, por lo que cabe la remisión a la ley terceros estados), el art 34 RREM señala que si la ley aplicable es la de un Estado que comprenda varias unidades territoriales (estados, regiones, comunidades autónomas), con sus propias leyes, las normas internas de conflicto de dicho Estado (derecho interregional) determinarán la región cuya ley será de aplicación.

Es el caso de España, en el que los apartados 2 y 3 del art. 9 Cc, aplicables al ámbito



interregional por la remisión genérica del art. 16.1 Cc. (que considera la como ley personal la correspondiente a la vecindad civil) establecen lo siguiente:

“2. Los efectos del matrimonio se regirán por la ley personal común de los cónyuges al tiempo de contraerlo; en defecto de esta ley, por la ley personal o de la residencia habitual de cualquiera de ellos, elegida por ambos en documento auténtico otorgado antes de la celebración del matrimonio; a falta de esta elección, por la ley de la residencia habitual común inmediatamente posterior a la celebración, y, a falta de dicha residencia, por la del lugar de celebración del matrimonio.

La nulidad, la separación y el divorcio se regirán por la ley que determina el artículo 107.

3. Los pactos o capitulaciones por los que se estipule, modifique o sustituya el régimen económico del matrimonio serán válidos cuando sean conformes bien a la ley que rija los efectos del matrimonio, bien a la ley de la nacionalidad [*vecindad civil*] o de la residencia habitual de cualquiera de las partes al tiempo del otorgamiento.”

...en aquellos casos en los que haya un elemento internacional acudiremos al RREM; pero si de sus criterios resulta aplicable la ley española y ambos cónyuges son españoles, deberemos recurrir al Cc.

Por tanto: en aquellos casos en los que haya un elemento internacional acudiremos al RREM; pero si de sus criterios resulta aplicable la ley española y ambos cónyuges son españoles, deberemos recurrir al Cc. De la misma forma, cuando el conflicto sea exclusivamente interregional (entre la ley catalana y la gallega, por ejemplo, sin elemento extranjero previo), los Estados miembros plurilegislativos no estarán obligados a aplicar el Reglamento (art. 35 RREM), por lo que regirán, de manera directa, las normas internas expuestas.

A falta de normas internas de conflicto, el propio art. 33 RREM establece lo siguiente: 1º) que sus referencias a la ley del Estado (por ejemplo, EEUU) de la *residencia habi-*



*tual* de los cónyuges, se entenderá hecha a la ley de la unidad territorial (por ejemplo, Florida) en la que aquellos tengan su residencia habitual; 2º) que la referencia a la *nacionalidad* (vgr., mejicana) de los cónyuges, se entenderá hecha a la ley de la unidad territorial con la que aquellos tengan una conexión más estrecha (p.e., Jalisco); y 3º) que toda alusión a otros puntos de conexión (ubicación de inmuebles, por ejemplo), se sustituirá por la ley de la unidad territorial en la que esté ubicado el elemento pertinente.

#### IV. Efectos en otros países de las resoluciones y documentos públicos (arts. 36 a 61 RUR)

##### 1. Resoluciones

De acuerdo con el art. 36 RREM, las resoluciones dictadas en un Estado miembro serán reconocidas en los demás sin necesidad de seguir procedimiento alguno. A tal efecto, cualquier interesado que invoque el reconocimiento de una resolución a título principal en un litigio podrá solicitar, de conformidad con los artículos 44 a 57, que se reconozca la resolución.

Asimismo, según el art. 42 RREM, las resoluciones dictadas en un Estado miembro

y que sean ejecutorias en dicho Estado, se ejecutarán en otro Estado miembro cuando, a instancia de cualquier interesado, se hayan declarado con fuerza ejecutiva de conformidad con el procedimiento previsto en los citados arts 44 a 57. Igual regla se aplicará a los documentos públicos (art.59 RREM).

##### 2. Documentos públicos

En relación a estos (art, 58 RREM), los expedidos en un Estado miembro tendrán en otro el mismo valor probatorio que en el de origen, o el efecto más parecido posible, siempre que ello no sea manifiestamente contrario al orden público del Estado miembro de que se trate.

Quienes deseen utilizar un documento público en otro Estado miembro podrán solicitar a la autoridad (por ejemplo, notario) que lo haya formalizado en el Estado de origen que cumplimente el formulario previsto en el artículo 67.2 RREM, especificando el valor probatorio que el documento surte en el Estado de origen.

Asimismo, no se exigirá legalización ni formalidad análoga alguna para los documentos expedidos en el marco del Reglamento (art. 61 RREM), por lo que no requerirán ser apostillados.

# El Reglamento (UE) 650/2012: tras sus primeros años de aplicación ¿qué preocupa a los operadores jurídicos?

Jaume Tarabal Bosch

Profesor Lector de Derecho Civil. Universidad de Barcelona

Maria Esperança Ginebra Molins

Profesora titular de Derecho Civil. Universidad de Barcelona

El 15 de junio de 2018 la Facultad de Derecho de la Universidad de Barcelona (UB) fue la sede del seminario “El Reglamento (UE) 650/2012: tras sus primeros años de aplicación ¿Qué preocupa a los operadores jurídicos?”, organizado por los proyectos de investigación DER2014-54267-P y 2017 SGR 151 con la colaboración del Colegio Notarial de Cataluña (CNC) y la Asociación Catalana de Especialistas en Derecho de Sucesiones (ACEDS).

No era la primera vez que el grupo de investigación de Derecho civil dirigido por la Dra. Elena Lauroba Lacasa y el Dr. Ferran Badosa Coll (UB) hacía una incursión en el Derecho internacional privado para tratar precisamente del Reglamento (UE) 650/2012, “relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones *mortis causa* y a la creación de un certificado sucesorio europeo”. De hecho, el acto enlazaba con el Ciclo de Conferencias organizado por el mismo grupo de investigación de la UB durante los meses de marzo y abril de 2015, poco antes de la aplicación efectiva del RS, el 17 de agosto de ese mismo año. Tales conferencias y los resultados de otras Jornadas sobre el RS organizadas por el CNC en 2014 fueron publicadas en el monográfico *El Reglamento (UE) 650/2012: su impacto en las sucesiones transfronterizas* (Ginebra Molins, M. E., Tarabal Bosch, J. [Dirs.], Marcial Pons, 2016). Las Jornadas de 2014 (CNC) y las Conferencias de 2015 (UB) se situaban en un momento previo a la aplicabilidad del RS, y planteaban, desde un punto de vista necesariamente teórico, si estábamos preparados para ese nuevo escenario. El seminario de este año, en cambio, ha propuesto un análisis diferente, que ha partido de valorar, desde una perspectiva práctica, las cuestiones que suscita

el RS una vez cumplidos tres años desde su aplicación efectiva.

El nuevo punto de vista fue determinante del cambio de planteamiento y de metodología en la sesión del 15 de junio, y también en su preparación. La aproximación a los preceptos del RS no se realizó en abstracto, pensando en supuestos teóricos, posibles o potenciales, sino en concreto, ante casos reales que los operadores jurídicos se encontraban o habían intentado resolver. Por ello el acto prescindió del formato ponencia-clase magistral sobre temas generales y centró el análisis en cuestiones concretas que preocupan a los profesionales del Derecho en la aplicación práctica del RS. Para identificar y formular tales cuestiones el grupo de investigación contó con la colaboración previa de miembros del CNC y de ACEDS, a los que preguntó cuáles eran las dudas sobre el RS que con más frecuencia se les planteaban. Por parte del CNC, el interlocutor fue el Dr. Ángel Serrano de Nicolás (notario de Barcelona), que centralizó las cuestiones que preocupaban al colectivo notarial; el Sr. Jesús Gómez Taboada (notario de Barcelona) se encargó de recopilar las preguntas de ACEDS. Sobre esa base, el grupo de investigación seleccionó y ordenó, con la ayuda de la Dra. Cristina González Beilfuss (Catedrática de Derecho Internacional Privado de la UB), las cuestiones a tratar durante el seminario. En seguida se constató la imposibilidad de agotar en una sola mañana todos los aspectos que suscita la aplicación del RS, por lo que el cuestionario resultante no tenía pretensión de exhaustividad: no contenía ninguna pregunta, por ejemplo, sobre reconocimiento y ejecución de resoluciones (Capítulo IV RS), ni tampoco sobre la interrelación entre el RS y los Reglamentos (UE) 2016/1103 y 2016/1104, de 24 de junio de 2016, en materia de, respectivamente, regímenes económicos ma-

trimoniales y efectos patrimoniales de las uniones registradas, cuya aplicabilidad era inminente (ya en vigor desde el 29 de enero de 2019); se reservaba así material para actos académicos futuros...

Por otro lado, al margen del *brainstorming* doméstico, ya ensayado en diversas ocasiones, se quiso dar voz a un experto internacional que, desde su experiencia en el ámbito de otros ordenamientos jurídicos nacionales, pudiera proporcionar una perspectiva diferente. Con ese objetivo, se invitó al Dr. Andrea Bonomi, *Professeur Ordinaire* de la Universidad de Lausana y Director del *Centre de Droit comparé, européen et International* de la misma ciudad, además de coautor de una de las obras de referencia sobre el RS, el comentario exegético *Le droit européen des successions* (Bruylant, 2a ed. 2016).

La Jornada discurrió a modo de diálogo, en tres bloques. Se intercaló el planteamiento de las cuestiones de cada bloque por parte de los representantes del CNC y de ACEDS con las reflexiones y comentarios sobre las mismas del Dr. Bonomi.

En el primer bloque, el Dr. Serrano de Nicolás y el Dr. Bonomi intercambiaron impresiones sobre la plasmación práctica de algunos conceptos nucleares: el de sucesión internacional, como presupuesto de aplicación del RS; el de residencia habitual, como punto de conexión general utilizado por el RS a los efectos de determinar tanto la competencia judicial como la ley aplicable en defecto de elección (cdos. 23 y 24; art. 4 y 21.1 RS); y la cláusula de excepción a favor de la ley del Estado con el que el causante mantuviera un vínculo manifiestamente más estrecho (cdo. 25 y art. 21.2 RS).

El segundo bloque versó sobre las dificultades derivadas de la coexistencia en Espa-



ña de siete sistemas sucesorios diferentes. El Sr. Jesús Bayo Delgado (abogado y exmagistrado de la Audiencia provincial de Barcelona) y el Dr. Bonomi dialogaron sobre la posibilidad que un español realice la *professio iuris* (cdos. 38 a 40 y art. 22.1 RS) a favor de uno de los Derechos civiles vigentes en España, así como sobre hipótesis concretas que, según los ponentes, constituirían en la práctica supuestos de elección tácita de la ley aplicable (art. 22.2 RS), como, por ejemplo, la utilización de una institución típica de un determinado sistema sucesorio o la redacción de las disposiciones testamentarias de una manera que solo tuviera sentido en el ámbito de un ordenamiento jurídico concreto. El debate sobre estas cuestiones se intensificó cuando el Dr. Bonomi manifestó que, a su modo de ver, la combinación de los art. 22 (“elección de la ley aplicable”) y 36 (“Estados con más de un sistema jurídico – conflictos territoriales de leyes”) RS no permite a los españoles la elección de la ley correspondiente a la vecindad civil, sino únicamente optar genéricamente por la “ley española” –como ley de la nacionalidad del causante en el momento de la elección o del fallecimiento–; partiendo de esta idea –no compartida por algunos de los asistentes–, dado que la “ley española” no existe como tal, de ser elegida, el Derecho aplicable debería concretarse acudiendo a la regla de remisión indirecta del art. 36.1 RS.

**La Jornada discurrió a modo de diálogo, en tres bloques. Se intercaló el planteamiento de las cuestiones de cada bloque por parte de los representantes del CNC y de ACEDS con las reflexiones y comentarios sobre las mismas del Dr. Bonomi.**

En el tercer bloque, el Sr. Gómez Taboada puso de relieve la aún escasa utilización práctica del Certificado Sucesorio Europeo (CSE) en España y planteó al Dr. Bonomi algunas dudas de aplicación del RS derivadas de particularidades del Derecho español, relativas, por ejemplo, al encaje de los notarios en el concepto de “tribunal” del RS (cdo. 21 y art. 3.2) y a la prueba del Derecho extranjero a la luz de la Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacio-



nal en materia civil. Al margen de entrar en el debate sobre tales aspectos, el *feedback* del Dr. Bonomi en este bloque se centró en la buena acogida del CSE en Suiza (pese a no ser un Estado miembro de la UE) y en Alemania. Además, el Dr. Bonomi informó al auditorio de la inminente publicación de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) relativa al Caso Oberle (C-20/17; 21.6.2018), que, con el objetivo de evitar la existencia de procedimientos paralelos sobre una misma sucesión, niega que un tribunal alemán pueda emitir un *Erbschein* nacional (certificado sucesorio alemán) relativo y limitado a los bienes de la herencia situados en Alemania; dado que en el momento de la muerte el causante residía habitualmente en Francia, el TJUE decreta que, por aplicación de los arts. 4 y 64 RS, el único tribunal competente –para emitir un CSE que rijan toda la sucesión, tanto los bienes situados en Francia como en Alemania– es el francés.

Finalmente, una vez abordadas todas las cuestiones, la Dra. González Beilfuss realizó algunas consideraciones para concluir el acto. Queremos destacar dos. La primera proviene de constatar que en el Derecho

internacional privado de la Unión Europea abundan los conceptos jurídicos indeterminados, como, por ejemplo, el fundamental de “residencia habitual”. Ante ello, recae en el aplicador del RS la carga de la argumentación, de la que solo se verá aligerado a medida que el TJUE vaya pronunciándose sobre la materia; hasta la fecha este lo ha hecho en tres ocasiones (Caso Kubiccka [C-218/16; 12.10.2017], Caso Mahnkopf [C-558/16; 1.3.2018] y Caso Oberle [C-20/17; 21.6.2018]). La segunda consideración deriva de la inaplicación del RS a los conflictos internos españoles, que, por ahora, continúan rigiéndose por el Código Civil Español (CCE) y la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ). La coexistencia en nuestro ámbito de dos sistemas –el del RS (conflictos internacionales) y el del CCE y la LOPJ (conflictos interregionales)–, con diferencias tan significativas –admisión/inadmisión de la *professio iuris*; residencia habitual/vecindad civil como principal punto de conexión–, genera desequilibrios de suficiente entidad como para cuestionar si el legislador español aprovechó como debía la *vacatio* de tres años (2012-2015) que ofrecía el RS para que los Estados miembros adaptasen sus respectivos sistemas.

## Deberes y derechos de los administradores

Gerardo Conesa Martínez  
Notario de Barcelona

La presentación que sigue es transcripción de la charla-coloquio que el vocal de la Junta directiva del del Colegio Notarial de Cataluña, nuestro compañero Javier Martínez Lehmann, tuvo a bien solicitarme que preparara para ser expuesta en un foro de carácter eminentemente práctico y económico, asistiendo como público experimentados empresarios en la sede de Foment del Treball Nacional. Tiene por tanto un carácter eminentemente didáctico y de refresco, sobre todo para quien escribe estas líneas, dado el carácter reciente de la modificación de los artículos correspondientes de la Ley de Sociedades de Capital.

### Derechos.- Remuneración y Deberes de los administradores

Por ser administradores deben desempeñar efectivamente la administración y representación de la compañía, a nivel externo e interno.

Con carácter externo el ejercicio de la representación de la sociedad implica el ejercicio de los derechos y reclamación de los créditos que existan a favor de la sociedad, tanto judicial como extrajudicialmente y el cumplimiento de las obligaciones a que esté comprometida la sociedad, a nivel civil o mercantil, laboral, de seguridad social y por supuesto de orden tributario.



Y con carácter interno le corresponde, como órgano que participa en las decisiones de la compañía, preparar el orden del día de la Junta o del Consejo de Administración, participar activamente en sus debates, y cuidar por la ejecución y cumplimiento de las decisiones de dichos órganos.

### La remuneración de los administradores

Se encuentra regulada en el artículo 217 de la Ley de Sociedades de Capital, que determina:

217. Remuneración de los administradores.

1. El cargo de administrador es gratuito, a menos que los estatutos sociales establezcan lo contrario determinando el sistema de remuneración.

2. El sistema de remuneración establecido determinará el concepto o conceptos retributivos a percibir por los administradores en su condición de tales y que podrán

consistir, entre otros, en uno o varios de los siguientes:

- a) una asignación fija,
- b) dietas de asistencia,
- c) participación en beneficios,
- d) retribución variable con indicadores o parámetros generales de referencia,
- e) remuneración en acciones o vinculada a su evolución,
- f) indemnizaciones por cese, siempre y cuando el cese no estuviese motivado por el incumplimiento de las funciones de administrador y
- g) los sistemas de ahorro o previsión que se consideren oportunos.

3. El importe máximo de la remuneración anual del conjunto de los administradores en su condición de tales deberá ser aprobado por la Junta General y permanecerá vigente en tanto no se apruebe su modificación. Salvo que la Junta General determine otra cosa, la distribución de la retribución entre los distintos administradores se establecerá por acuerdo de éstos y, en el caso del Consejo de Administración, por decisión del mismo, que deberá tomar en consideración las funciones y responsabilidades atribuidas a cada consejero.

4. La remuneración de los administradores deberá en todo caso guardar una proporción razonable con la importancia de la sociedad, la situación económica que tuviera en cada momento y los estándares de mercado de empresas comparables. El sistema de remuneración establecido deberá estar orientado a promover la rentabilidad y sostenibilidad a largo plazo de la sociedad e incorporar las cautelas necesarias para evitar la asunción excesiva de riesgos y la recompensa de resultados desfavorables.

Cualquiera que sea la forma de cálculo, la retribución de los administradores es un gasto fiscal más para la empresa, es por tanto un gasto deducible siempre y cuando los Estatutos establezcan el sistema de retribución y su cuantía de forma determinada o determinable, no obstante ello, la regla general es la gratuidad lo que contrasta con las funciones propias del desempeño del cargo y con el régimen de responsabilidad de los administradores, el carácter retribuido del cargo debe figurar por tanto en los

Estatutos los cuales mediante su inscripción en el Registro Mercantil alcanza publicidad frente a terceros, particulares y entidades públicas, señaladamente, Hacienda.

Ello no obsta a que los administradores también tengan derecho a ser reembolsados y compensados por aquellos gastos o adelantos que hayan desembolsado en el ejercicio diligente del cargo o remunerados por los trabajos prestados a la sociedad distintos de la propia administración social.

En todo caso la Jurisprudencia del Tribunal Supremo y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado exigen claridad y precisión en la fijación del sistema de retribución, debiéndose determinar si el sistema es de remuneración fija o variable o sistema mixto, concretándose en el caso de ser remuneración fija la cuantía de la misma o los criterios que permitan fijarla sin discrecionalidad, y si es variable determinada por participación en beneficios, determinarse su porcentaje en los Estatutos.

Recientemente, la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 28 de febrero de 2018 ha permitido al Consejo de Administración, determinar dentro de su seno, la cuantía de la retribución que corresponde a cada consejero en relación con sus funciones y competencia dentro del importe máximo de la remuneración anual del conjunto de los administradores que haya aprobado la junta general, introduciendo cierta flexibilidad en el sistema.

Según el Supremo, el sistema de retribución de los administradores se estructura en tres niveles:

- los Estatutos sociales, que deben fijar el sistema de retribución.
- los Acuerdos de la Junta, para establecer el importe máximo de la remuneración anual de los administradores y, en su caso, la política de remuneraciones. También es necesario el acuerdo de Junta cuando se prevea la participación en beneficios o la entrega de acciones o de opciones (arts. 218 y 219 LSC) y
- el Acuerdo del órgano de administración (salvo que la junta determine otra cosa), respecto a la distribución de la retribución entre los distintos administradores.

(Jesús Alfaro Águila-Real)



La Ley proporciona de forma ejemplificativa y no limitativa diversos sistemas de retribución, a saber:

-Una asignación fija, de forma mensual, trimestral o anual o a tanto alzado por ejercicio.

-Dietas de asistencia por acudir a reuniones del órgano de administración, dichas dietas tienen también la consideración de gasto para la sociedad, por su naturaleza parece claro que no puede aplicarse a los supuestos de administración en que no hay reuniones como el de administrador único o solidarios.

-Participación en beneficios, al efecto de estimular a los administradores para la obtención de un resultado empresarial, si bien con los límites que se contemplan en el artículo 218 de la Ley de Sociedades de Capital, en el sentido de que en la sociedad limitada el porcentaje máximo de remuneración no podrá ser superior al diez por ciento de los beneficios repartibles entre socios y en la anónima tienen que estar cubiertas la reserva legal y estatutaria y haberse reconocido a los accionistas un dividendo mínimo del cuatro por ciento, esta remuneración sólo puede ser deducible del beneficio neto o repartible.

El sistema de la ley es ejemplificativo, pudiendo fijarse no sólo en metálico sino también en especie, mediante la concesión del uso residencial, de vehículos, atendiendo las cuotas de clubes deportivos o cualquier otra ventaja de carácter económico.

Otra forma de remunerar es mediante la concesión de derechos vinculados a la evolución de las acciones, llamadas Stock Options en que se entrega al administrador una opción sobre un paquete de acciones a ejecutar en un periodo determinado durante el cual debe continuar prestando sus servicios a la sociedad y al precio de cotización establecido en el momento de concesión de la opción, lucrándose por tanto si existe diferencia entre uno y otro.

## Deberes legales

Los mismos se encuentran recogidos en los artículos 225 y siguientes de la Ley de Sociedades de Capital, tras la reforma operada por la Ley 31/2014, de 3 de diciembre

### Artículo 225. Deber general de diligencia.

1. Los administradores deberán desempeñar el cargo y cumplir los deberes impuestos por las leyes y los estatutos con la diligencia de un ordenado empresario, teniendo en cuenta la naturaleza del cargo y las funciones atribuidas a cada uno de ellos.

Como se observa, la ley no se refiere ahora a la expresión ordenado comerciante sino a la de ordenado empresario, se aparta asimismo de la expresión usada en ocasiones por el Código Civil del buen padre de familia.

Hay que ver en este criterio una pauta de conducta, debe hacer el administrador lo que en cada caso haría un ordenado empresario, cumpliendo las normas legales y los estatutos, así como "las normas legales y estatutarias, los usos del tráfico y las pautas técnicas de una buena administración tanto generales como propias del sector o sectores de actividad que desarrolla la sociedad."

2. Los administradores deberán tener la dedicación adecuada y adoptarán las medidas precisas para la buena dirección y el control de la sociedad.

Supervisando por tanto la marcha de los asuntos de la sociedad

3. En el desempeño de sus funciones, el administrador tiene el deber de exigir y el derecho de recabar de la sociedad la información adecuada y necesaria que le sirva para el cumplimiento de sus obligaciones.

### Artículo 226. Protección de la discrecionalidad empresarial.

1. En el ámbito de las decisiones estratégicas y de negocio, sujetas a la discrecionalidad empresarial, el estándar de diligencia de un ordenado empresario se entenderá cumplido cuando el administrador haya actuado de buena fe, sin interés personal en el asunto objeto de decisión, con información suficiente y con arreglo a un procedimiento de decisión adecuado.

2. No se entenderán incluidas dentro del ámbito de discrecionalidad empresarial aquellas decisiones que afecten personalmente a otros administradores y personas vinculadas y, en particular, aquellas que tengan por objeto autorizar las operaciones previstas en el artículo 230.

En Estados Unidos se ha desarrollado una regla de protección de la discrecionalidad empresarial conocida como Business Judgment Rule, y que incorpora a nuestro derecho el artículo citado, siendo así que la administración de la sociedad implica necesariamente el tomar decisiones de mercado, de negocio o estratégicas, valiéndose del criterio del administrador y sus dependientes, las cuales, no constituyendo el mercado ni el éxito empresarial una ciencia exacta, pueden ser acertadas o erróneas desde el punto de vista de su éxito comercial u oportunidad, para proteger dicha discrecionalidad a los administradores no son responsables del éxito o fracaso del negocio, basando para salvar su responsabilidad que la decisión empresarial se haya tomado de acuerdo con la ley y los estatutos, de buena fe, sin interés personal, suficientemente informados, esto es, debidamente aconsejados o asesorados y con arreglo a un procedimiento de decisión de un ordenado empresario.

Por ello el fracaso empresarial no puede ser causa de reclamación de daños a los administradores siempre que hayan actuado conforme a los anteriores parámetros, pudiendo no obstante, determinar su destitución o disminución en la remuneración.

Quedan así amparados los administradores, a la hora de tomar decisiones de mercado, impidiendo que incurran en responsabilidad cuando a pesar de haberse tomado de manera diligente no han resultado comercialmente exitosas.

### Artículo 227. Deber de lealtad.

1. Los administradores deberán desempeñar el cargo con la lealtad de un fiel representante, obrando de buena fe y en el mejor interés de la sociedad.

2. La infracción del deber de lealtad determinará no solo la obligación de indemnizar el daño causado al patrimonio social, sino también la de devolver a la sociedad el enriquecimiento injusto obtenido por el administrador.

Se trata de un modelo de conducta ofrecido por el legislador, la lealtad diligencia exigible es la de un fiel representante que debe perseguir únicamente el interés superior de la sociedad, por ello los administradores deben rendir cuentas de su gestión, explicándola y debiendo la Junta General de la sociedad aprobarla o no.

Por influencia de los modelos de buen gobierno corporativo el artículo 228 de la LSC concreta los aspectos del deber de lealtad.

### Artículo 228. Obligaciones básicas derivadas del deber de lealtad.

En particular, el deber de lealtad obliga al administrador a:

a) No ejercitar sus facultades con fines distintos de aquéllos para los que le han sido concedidas.

b) Guardar secreto sobre las informaciones, datos, informes o antecedentes a los que haya tenido acceso en el desempeño de su cargo, incluso cuando haya cesado en él, salvo en los casos en que la ley lo permita o requiera.

El deber de secreto lleva consigo el carácter reservado de las informaciones, todas aquellas que sean de interés para la sociedad y a que haya tenido acceso por razón de su cargo, es reservado frente a terceros, incluidos los socios, pero no frente a los demás administradores, que tienen un derecho de información sobre todo lo relativo a la sociedad.

Dicho deber de secreto no está sujeto a plazo, es permanente, en tanto subsista el interés de la sociedad y debe mantenerse en el orden procesal civil, no en el penal.

c) Abstenerse de participar en la deliberación y votación de acuerdos o decisiones

en las que él o una persona vinculada tenga un conflicto de intereses, directo o indirecto. Se excluirán de la anterior obligación de abstención los acuerdos o decisiones que le afecten en su condición de administrador, tales como su designación o revocación para cargos en el órgano de administración u otros de análogo significado.

d) Desempeñar sus funciones bajo el principio de responsabilidad personal con libertad de criterio o juicio e independencia respecto de instrucciones y vinculaciones de terceros.

e) Adoptar las medidas necesarias para evitar incurrir en situaciones en las que sus intereses, sean por cuenta propia o ajena, puedan entrar en conflicto con el interés social y con sus deberes para con la sociedad.

Continúa diciendo el artículo 229 que en particular, el deber de evitar situaciones de conflicto de interés a que se refiere la letra e) del artículo 228 anterior obliga al administrador a abstenerse de:

- Realizar transacciones con la sociedad, excepto que se trate de operaciones ordinarias, hechas en condiciones estándar para los clientes y de escasa relevancia,

Utilizar el nombre de la sociedad o invocar su condición de administrador para influir indebidamente en la realización de operaciones privadas.

- Hacer uso de los activos sociales, incluida la información confidencial de la compañía, con fines privados.

- Aprovechase de las oportunidades de negocio de la sociedad.

- Obtener ventajas o remuneraciones de terceros distintos de la sociedad y su grupo asociadas al desempeño de su cargo, salvo que se trate de atenciones de mera cortesía.

- Desarrollar actividades por cuenta propia o cuenta ajena que entrañen una competencia efectiva, sea actual o potencial, con la sociedad

El administrador puede entrar en colusión con la actividad de la sociedad mediante cualquier género de comercio que desempeñe en nombre propio, como empresario o por cuenta ajena como administrador, directivo o empleado de otra sociedad y existirá competencia cuando dicha actividad coincida temporal o geográficamente con la de la sociedad a

que administra y pueda dañar los intereses de la sociedad, absorbiendo cuota de mercado o aprovechando en beneficio propio procesos de la sociedad que administra.

Las previsiones anteriores serán de aplicación también en el caso de que el beneficiario de los actos o de las actividades prohibidas sea una persona vinculada al administrador.

En todo caso, los administradores deberán comunicar a los demás administradores y, en su caso, al consejo de administración, o, tratándose de un administrador único, a la junta general cualquier situación de conflicto, directo o indirecto, que ellos o personas vinculadas a ellos pudieran tener con el interés de la sociedad.

Las situaciones de conflicto de interés en que incurran los administradores serán objeto de información en la memoria a que se refiere el artículo 259.

El artículo 230 establece el carácter imperativo de dicho régimen y las posibilidades de dispensa por parte de la sociedad en casos singulares y previa autorización bien de la junta bien de un administrador.

Caso especial es la dispensa de la obligación de no competir con la sociedad que solo podrá ser objeto de dispensa en el supuesto de que no quepa esperar daño para la sociedad o el que quepa esperar se vea compensado por los beneficios que prevén obtenerse de la dispensa. La dispensa se concederá mediante acuerdo expreso y separado de la junta general.

El artículo 231 regula las personas vinculadas a los administradores que son en términos generales el cónyuge del administrador o las personas con análoga relación de afectividad.

Los ascendientes, descendientes y hermanos del administrador o del cónyuge del administrador los cónyuges de los ascendientes, de los descendientes y de los hermanos del administrador.

Y personas análogas respecto a la persona física nombrada por el administrador persona jurídica de otra sociedad.

**Artículo 232. Acciones derivadas de la infracción del deber de lealtad.**

El ejercicio de la acción de responsabilidad prevista en los artículos 236 y siguien-



tes no obsta al ejercicio de las acciones de impugnación, cesación, remoción de efectos y, en su caso, anulación de los actos y contratos celebrados por los administradores con violación de su deber de lealtad.

Orientación bibliográfica:

La mera lectura de los artículos correspondientes de la Ley de Sociedades de Capital es suficientemente explicativa, habiendo quedado obsoletos y de escaso contenido los manuales al uso.

El lector que desee profundizar en el tema de los deberes de los administradores encontrará un práctico y lúcido análisis de los mismos en la publicación del Bufete Uría-Menéndez bajo el título:

Guía Práctica sobre deberes y régimen de responsabilidad de los administradores en el ámbito mercantil, de 22 de abril de 2015.

<https://www.uria.com/documentos/publicaciones/4558/documento/guia-UM.pdf?id=5679>

Jesús Alfaro Águila-Real ofrece una visión panorámica y análisis crítico en: <https://almacenederecho.org/la-retribucion-los-consejeros-ejecutivos-los-estatutos-sociales/>

Sin desdeñar desde luego el bien fundado y completo MEMENTO MERCANTIL actualizado de EDICIONES FRANCIS LEFEBVRE.

# Responsabilidad Civil del Notario. El notario como testigo en el proceso civil

Marcos Mas Rauchwerk  
Abogado del Estado

## Naturaleza y fundamento de la responsabilidad civil de los Notarios. Prueba sobre los presupuestos de la responsabilidad

### 1) ¿Cuál es la naturaleza y fundamento de la responsabilidad profesional de los Notarios?

Dejando aparte los supuestos en los que, por su actuación u omisión, el Notario puede responder penal o disciplinariamente <sup>(1)</sup>, el presente trabajo se centra en el análisis de la responsabilidad civil en el ejercicio de sus funciones. Y, precisamente, la heterogeneidad de las prestaciones y funciones que el Notario puede llegar a asumir y, sobre todo, su función bifronte <sup>(2)</sup>, como funcionario público y como profesional del derecho, determina, en ocasiones, unos perfiles difusos sobre la naturaleza de sus actos y, por ende, sobre su régimen de responsabilidad. Destacamos en este punto la STS de 28 de noviembre de 2007 que, de manera muy gráfica distingue las funciones que se encomiendan “como Notario” y “por ser Notario”, siendo las primeras las que se corresponden con su función pública (otorgamiento del instrumento y las advertencias legales sobre su contenido, ex. art. 17 bis de la Ley del Notariado y art. 147 del Reglamento Notarial), mientras que las segundas son las que se encargan al Notario por su condición de profesional del derecho (siendo ejemplos plausibles las funciones de



gestión de escrituras o de presentación de declaraciones fiscales).

Podemos sintetizar la naturaleza de la responsabilidad profesional de los Notarios en las siguientes características:

a) Su origen, como es propio del derecho de daños, puede derivar tanto de ilícitos civiles, ya sea en forma de responsabilidad contractual (arts. 1101 y ss. CC) o extracontractual (arts. 1902 y ss. CC), o de ilícitos penales, en forma de responsabilidad civil derivada del delito (art. 1092 CC y art. 116 CP).

El origen contractual o extracontractual de la responsabilidad no depende de que la actuación notarial se encuadre en la función pública o en la de profesional del derecho <sup>(3)</sup>, sino, en realidad, de la posición del perjudicado. En efecto, como señala BALLESTEROS ALONSO <sup>(4)</sup>, la responsabilidad es aquiliana o extracontractual cuando el dañado es un tercero ajeno al otorgamiento de la escritura (v.gr. responsabilidad derivada de no haber identificado adecuadamente a un compareciente que había suplantado la personalidad del poderdante <sup>(5)</sup>) y, en cambio es de origen contractual cuando el perjudicado

solicitó la intervención notarial ya fuera para el otorgamiento del instrumento público, ya fuera contratando los servicios de la oficina notarial para la gestión y presentación de las escrituras, en los registros públicos o para liquidar impuestos.

La calificación del tipo de relación no es baladí, pues, aunque los presupuestos de la responsabilidad coinciden, el régimen de prescripción es diverso, 5 años<sup>(6)</sup> en el caso de la contractual y de 1 año en el supuesto de responsabilidad aquiliana.

**Sobre la concreta configuración de la relación contractual entre el interviniente y el Notario, la doctrina y la jurisprudencia es prácticamente unánime en afirmar que se trata de una obligación de medios, no de resultado, y, por tanto, equiparable a un arrendamiento de servicios.**

Sobre la concreta configuración de la relación contractual entre el interviniente y el Notario, la doctrina y la jurisprudencia es prácticamente unánime en afirmar que se trata de una obligación de medios, no de resultado, y, por tanto, equiparable a un arrendamiento de servicios. No obstante, destacamos la opinión fundada de VERDE-RA SERVER<sup>(7)</sup> que diverge de la línea predominante al señalar que la prestación fundamental a la que se vincula con el cliente es el resultado consistente en la dación de fe a través del correspondiente instrumento, lo que unido al hecho de que se trata, en la mayor parte de casos, de una actuación debida para el Notario (art. 145 del Reglamento Notarial) y que, además, el Notario carece de libertad para fijar la retribución de sus servicios<sup>(8)</sup>, la prestación se asemeja más a un contrato de obra que a un arrendamiento de servicios.

b) La responsabilidad del Notario no solo deriva de actos propios (u omisiones) sino, a su vez, de hechos ajenos, esto es por los daños y perjuicios ocasionados por sus empleados y agentes o auxiliares, con fundamento en la *culpa in vigilando* que incumbe al Notario respecto del personal a su servicio, pudiendo derivar tal responsabilidad tanto de origen contractual como extracontractual, en atención a la posición del perjudicado como ya se ha expuesto<sup>(9)</sup>.



c) Se trata de una responsabilidad personal y directa del Notario, pues aunque su condición de funcionario público es indudable, no percibe sus emolumentos del erario público sino de las personas que contratan sus servicios. Es directa, en la medida en que no puede encauzarse una acción de responsabilidad patrimonial frente a la Administración Pública (arts.32 y ss. de la Ley 40/2015 de Régimen Jurídico del Sector Público); y es personal, pues al margen de responder por hechos ajenos, como se ha dicho, no cabe encuadrar la función pública notarial en el marco de las sociedades profesionales, por lo que no es posible aplicar el régimen de responsabilidad solidaria que establece el art. 11.2 de la Ley 2/2007, de Sociedades Profesionales.

En todo caso, huelga recordar que cuando concurra culpablemente alguno de los intervinientes en la producción del daño (v.gr. el vendedor que conoce la existencia de un embargo que traba la finca objeto de una venta), nada impide que se imponga un régimen de responsabilidad solidaria, aún impropia.

d) Es, lógicamente, una responsabilidad subjetiva, por actuación negligente o culpable del agente causante del daño, como enseguida veremos. Ahora bien, el principio de responsabilidad por culpa no es óbice para advertir que la importancia de la función notarial ha desembocado en la exigencia de una diligencia profesional extraordinaria en el ejercicio de sus funciones<sup>(10)</sup> e incluso a una cierta objetivación de la culpa, o como acertadamente señala TAPIA

HERMIDA<sup>(11)</sup>, una “objetivación empresarial de la imputación” al Notario en determinados casos, como por ejemplo por las deficiencias técnicas que puedan producirse en su Notaría<sup>(12)</sup>.

El fundamento de la responsabilidad civil del Notario descansa, como la generalidad de los supuestos de responsabilidad profesional, en la apreciación del cumplimiento de la *lex artis* o de las reglas específicas de la profesión.

Los deberes notariales aparecen diseminados en una pléyade inacabable de normas sustantivas que hace prácticamente imposible su enumeración; no obstante, destacamos por su importancia y relevancia práctica, los siguientes deberes contenidos en la legislación notarial:

- El art. 23 de la Ley del Notariado, sobre el deber del Notario de identificar a las partes comparecientes, cuyo incumplimiento puede dar lugar a casos de suplantación de personalidad<sup>(13)</sup>.

- El art. 145 del Reglamento Notarial sobre el carácter obligatorio de la autorización o intervención del documento público, así como de la correlativa obligación de no hacerlo si concurre, a su juicio, infracción de norma legal o cualquiera de los supuestos que recoge el precepto.

-El art. 175 del Reglamento Notarial sobre el deber de comprobación previo y de información a las partes sobre el estado de cargas de la finca objeto del instrumento<sup>(14)</sup>.

- El art. 147 del Reglamento Notarial sobre el deber general de informar sobre el contenido y las consecuencias de los instrumentos que se autorizan o intervienen, en particular respetando los derechos básicos de los consumidores y usuarios<sup>(15)</sup>.

- El art. 194 del Reglamento Notarial sobre la obligación de efectuar, de palabra y con la expresión “hechas las reservas y advertencias legales”, las prescripciones contenidas en el Código Civil y de Comercio, legislación hipotecaria y otras leyes especiales.

De todas formas, el precepto clave sobre la responsabilidad civil de los Notarios se encuentra en el art. 146 del propio Reglamento Notarial, a cuyo tenor:

*“El Notario responderá civilmente de los daños y perjuicios ocasionados con su actuación cuando sean debidos a dolo, culpa o ignorancia inexcusable. Si pudieren repararse, en todo o en parte, autorizando una nueva escritura el Notario lo hará a su costa, y no vendrá éste obligado a indemnizar sino los demás daños y perjuicios ocasionados.*

*A tales efectos, quien se crea perjudicado, podrá dirigirse por escrito a la Junta Directiva del Colegio Notarial, la cual, si considera evidentes los daños y perjuicios hará a las partes una propuesta sobre la cantidad de la indemnización por si estiman procedente aceptarla como solución del conflicto.”*

El precepto fundamenta tanto la responsabilidad contractual como la extracontractual del Notario, pero merece algunos comentarios adicionales:

a) En primer lugar que la expresión “actuación” no obsta, como es lógico, las omisiones del Notario que puedan ocasionar daños y perjuicios, ya sea no realizando las advertencias legales (art. 194), ya sea, por ejemplo no informando sobre el estado de cargas de una finca antes de autorizar un negocio jurídico real inmobiliario (art. 175) o, incluso, no autorizando el instrumento, que es un acto debido, sin acreditar justa causa o la concurrencia de alguno de los supuestos tasados del art. 145. Por otro lado, como ya se ha dicho, el Notario responderá no solo por actos u omisiones propios sino, a su vez, por los derivados de la actuación de sus empleados o auxiliares, ex. art. 1903 CC.

b) La “tríada” sobre el origen de la responsabilidad es innecesaria o irrelevante a efectos civiles. Primero porque la expresión de

la “ignorancia inexcusable”<sup>(16)</sup> no es un criterio de imputación *per se*, sino una modalidad agravada de la negligencia, que deriva, como vimos, de la especial diligencia que se supone que debe aplicar el Notario en su función o en el servicio encomendado. En fin, el criterio del dolo suele ser irrelevante a efectos civiles- básicamente, por su habitual encaje en tipos delictivos-, más allá del agravamiento de los supuestos de responsabilidad (art. 1102 CC) cuando el ilícito sea calificado como civil.

c) Por último, llama la atención el criterio de reparación *in natura* que contempla el art. 146, a través del otorgamiento de una nueva escritura, a costa del Notario, lo que, lógicamente, no excluye los demás daños y perjuicios ocasionados. En la mayoría de ocasiones, los daños son ya irreversibles, por la consumación de los negocios intervenidos notarialmente, de manera que la eventual autorización de una escritura subsanatoria, si procede<sup>(17)</sup>, no es instrumento hábil para eliminar la responsabilidad por la actuación del Notario

**La “tríada” sobre el origen de la responsabilidad es innecesaria o irrelevante a efectos civiles. Primero porque la expresión de la “ignorancia inexcusable” no es un criterio de imputación *per se*, sino una modalidad agravada de la negligencia, que deriva, como vimos, de la especial diligencia que se supone que debe aplicar el Notario en su función o en el servicio encomendado.**

En fin, de todo cuanto antecede se desprende, como no podía ser de otro modo, que la responsabilidad de los Notarios no es objetiva y se asienta en los elementos o presupuestos clásicos<sup>(18)</sup>, si bien, como ocurre en otros supuestos, la especial diligencia que se exige y se presume en la actuación notarial, permite objetivizar, en determinados casos, la culpa.

Analizamos a continuación tales presupuestos desde la óptica probatoria.

## **b) ¿Cómo se prueban los presupuestos de la responsabilidad del Notario?**

Dado que la casuística es ingente, centraremos el estudio en los incumplimientos

más frecuentes de los deberes antes señalados en la legislación notarial y que, por acción u omisión culpable, generan un daño resarcible<sup>(19)</sup>.

### **1.- Así, en primer lugar, en relación con el deber de identificar adecuadamente a los comparecientes (art. 23 de la Ley del Notariado):**

La omisión de este deber es fácilmente constatable a través de la prueba de interrogatorio del propio Notario, partiendo de la hipótesis lógica de que la parte actora será un tercero no interviniente que ha visto suplantada su personalidad y que demanda contra el Notario y contra el falso apoderado, lógicamente en un supuesto de responsabilidad extracontractual.

El problema en estos casos es que aunque pueda acreditarse la existencia de un daño efectivo, la prueba de la negligencia del Notario y, más aun la relación de causalidad entre ese daño y la actuación notarial es compleja. Desde luego, no es lo mismo que se legitime la firma falsificada de una persona (lo que implica que el Notario no ha comprobado ni cotejado con el documento original de identidad del compareciente<sup>(20)</sup>) con otros casos en los que, por mucha diligencia que se le exija al Notario en el juicio de identidad, no cabe imputarle labores detectivescas.

Por ello, la Sentencia número 314/2017, de 6 de julio de la Sección 9ª de la Audiencia Provincial de Madrid estima el recurso de apelación del Notario y le exonera de responsabilidad al señalar que “no se aprecia negligencia del Notario en la confrontación de datos que realizó entre la fotocopia del DNI falso y la denuncia presentada por el supuesto extravío del original, pues sí comprobó la coincidencia de los datos relevantes que sirven para identificar a una persona, entre los que no están la fecha de expedición y validez del documento, que no sirven a este fin y, por ello, quedan fuera de la obligación de cotejo por parte del Notario”. En este caso, por tanto, la Audiencia estimó irracional la valoración de la prueba practicada en la instancia (básicamente documental e interrogatorio de parte), pues del conjunto de hechos acreditados se pudo concluir que la diligencia notarial en estos casos se ciñe a la comprobación de los datos esenciales de identidad de los comparecientes, sin que deba erigirse en una suerte de perito caligráfico obligado a ponderar la identidad de las firmas o las

fechas de expedición de documentos identificativos.

En íntima relación con el deber de identificar a los comparecientes, destacamos la más reciente Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 8ª), de 19 de diciembre de 2017, que confirmó la sentencia de instancia por la que se condenaba a una Notaria por no haber exigido a los interesados la exhibición del Libro de Familia del causante en el otorgamiento de un acta de notoriedad (art. 209 del Reglamento Notarial) a los efectos de la declaración de herederos abintestato, lo que propició la declaración a favor de personas interpuestas. Esta Sentencia es especialmente relevante, en la medida en que después de reconocer que la legislación notarial no exige la aportación del Libro de Familia, éste era un deber inherente a la función notarial, por el celo y extraordinaria diligencia que requería su intervención.

En íntima relación con el deber de identificar a los comparecientes, destacamos la más reciente Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (...), de 19 de diciembre de 2017, que confirmó la sentencia de instancia por la que se condenaba a una Notaria por no haber exigido a los interesados la exhibición del Libro de Familia del causante en el otorgamiento de un acta de notoriedad (...) a los efectos de la declaración de herederos abintestato, lo que propició la declaración a favor de personas interpuestas.

2.- Respecto del deber de **conocer e informar sobre el estado de cargas de la finca antes del otorgamiento del documento (art. 175 Reglamento Notarial)**, el problema fundamental en estos casos es el de determinar, normalmente a través de una prueba pericial informática, a qué oficina, la notarial o la registral, es imputable el error o la tardanza en la emisión de la información. Lógicamente, si la información no consta emitida al tiempo del otorgamiento, la responsabilidad sería imputable exclusivamente al Notario que, de hecho, nunca debió autorizar un instrumento sin dicha información.



El daño efectivo y patrimonial es fácilmente acreditable a través de la documentación pública, normalmente con una certificación de dominio y cargas de la finca en la que se podrá comprobar la existencia de embargos o prohibiciones de disponer anotadas con carácter previo a la presentación en el diario de la escritura de compraventa o hipoteca sobre la finca, pues el comprador o el acreedor hipotecario verá, sorpresivamente, que el precio que satisfizo o su garantía real no se corresponden con la realidad registral.

Así, por ejemplo la Sentencia de la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Cantabria de 23 de febrero de 2017 condenó al Notario por no haber informado en las escrituras de las cargas por afección fiscal que pesaban sobre las fincas adquiridas, bastando como prueba de la negligencia (omisión del deber del art. 175 del Reglamento Notarial) el documento público consistente en la nota registral previa al instrumento. El daño patrimonial para los adquirentes también se acreditó documentalmente, con la aportación de las cartas de pago de los impuestos cuya afección a la finca adquirida le resultaba desconocida en el momento de otorgarse la escritura pública. La demanda, en buena configuración de la relación jurídico procesal, se dirigía tanto contra los vendedores (que habían dejado de abonar los impuestos derivados de su adquisición) y contra el Notario (por la omisión del deber de informar sobre el estado de cargas) y la relación de causalidad se despachó con facilidad, sin necesidad de más prueba, al señalar el Tribunal que “es

indudable que el hecho de que el notario no dejara constancia de las afecciones fiscales al tiempo de autorizar la escritura de compraventa, ocasionó un grave perjuicio a los compradores, sin que pueda negarse la relación de causalidad entre esa omisión (el deber de informar sobre el estado actual de las cargas que pesan sobre el inmueble cuya escritura se autoriza) y el detrimento patrimonial que sufre el comprador que ha de pagar tales afecciones”.

El caso más paradigmático fue el resuelto por la ya citada Sentencia del TS de 18 de marzo de 2014 que, en lo que ahora interesa a los efectos de la prueba, concluyó que:

- La prueba pericial informática<sup>(21)</sup>, practica en la instancia, fue clave para determinar que, contrariamente a lo que señalaba el Notario, la información registral (con la anotación de embargo) sí que constaba emitida y recepcionada por fax informático en la Notaría 3 días antes del otorgamiento de la escritura, lo que acreditaba la negligencia del Notario y el daño efectivo.

- Curiosamente, la relación de causalidad se asienta en una suerte de presunción, consistente en una premisa (el Notario debe contar con los medios técnicos precisos para prestar sus servicios), de la que extrae un título de imputación por negligencia que, en nuestra opinión, resulta excesivo, dicho sea con total respeto, pues el argumento lógico, según el criterio humano, hubiera sido pensar que el Notario informaba sobre el estado de cargas que le constaba, antes del embargo, y, en todo caso, que el

error en la no recepción del fax informático del Registro podía obedecer a un problema técnico, que acaso podría haber exonerado de responsabilidad al Notario demandado por fuerza mayor (art. 1105 CC), máxime en una situación de comunicación bilateral entre la oficina notarial y la registral, sin acudir a la vía unilateral del art. 220.10 de la LH. El problema, seguramente, no es tanto de valoración de la prueba, sino de la utilización de los medios pertinentes para la defensa, pues el Notario no aportó prueba alguna acreditativa del fallo técnico del sistema en las fechas concomitantes al otorgamiento.

3.- En cuanto al **deber de realizar las advertencias y reservas legales (art. 194 del Reglamento Notarial)**, que normalmente se hacen de palabra o se insertan en el documento público con fórmulas o cláusulas de estilo, la cuestión es compleja, a efectos probatorios y, sobre todo, respecto del alcance real de esta obligación de asesoramiento, que se presta más en la condición de profesional del derecho del Notario que en el ejercicio de la función pública.

En muchas ocasiones, la problemática fiscal, por ejemplo, o la urgencia en otorgar un determinado son cuestiones de hecho que el Notario no tiene por qué conocer si el compareciente no le explica con antelación la situación. Por ello, en estos casos, una prueba útil, en defensa de la posición notarial, es el simple interrogatorio de la parte actora, de donde se extraerán conclusiones definitivas sobre lo que se explicó y, por tanto, del marco en el que operaba la obligación de asesoramiento y reservas (tam-

bién sobre “leyes especiales”) que incumbe al Notario. Con todo, se trata de un hecho negativo (la no explicación de la problemática subyacente por parte del cliente), con la problemática que ello conlleva a efectos probatorios. En fin, lo normal es que opere también el principio de disponibilidad y facilidad probatoria (art. 217.7 LEC), de suerte que si el cliente entregó al Notario los documentos acreditativos de la situación para la que se precisaba su asesoramiento, corresponda a él aportarlos y probar el hecho en que funda su pretensión.

Por otro lado, aun admitiendo una defectuosa prestación de un servicio de asesoramiento fiscal por parte del Notario, la existencia de un daño patrimonial (que debe ser definitivo y real, esto es aportando los documentos públicos pertinentes- liquidaciones tributarias y resoluciones firmes que la confirmen-) es difícilmente imputable al mismo, pues es evidente que, al margen de los consejos o advertencias efectuadas, el sujeto pasivo del impuesto es el adquirente o el transmitente, único obligado tributario y por tanto responsable definitivo de su declaración fiscal.

No obstante, sin que tal asesoramiento defectuoso pueda llegar a comportar una traslación del régimen de responsabilidad por pérdida de oportunidad típica de otros profesionales (Abogados), lo cierto es que últimamente estamos asistiendo a una verdadera hipertrofia de la diligencia exigible a los Notarios en el siempre proceloso tema del asesoramiento fiscal<sup>[22]</sup>.

Téngase en cuenta en este punto la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid número 291/2017, de 19 de julio, que condenó a una Notaria por no haber hecho constar en una escritura de donación “el origen de los fondos”, que es requisito necesario para que la donataria pueda aplicarse la bonificación del 99% prevista en la legislación fiscal de la Comunidad de Madrid. El asunto presenta su interés, no tanto por la imputación de una negligencia por la defectuosa redacción del documento y por la omisión del deber de asesorar adecuadamente a la donataria, sino, sobre todo, por los medios de prueba acreditativos del daño y de la responsabilidad de la Notaria. Así,

- El daño emergente se cuantifica no solo en la bonificación dejada de percibir, sino a su vez, en los honorarios de abogado y procurador abonados para recurrir en vía judicial y en los gastos de constitución y mantenimiento del aval que se tuvo que prestar para la suspensión de la liquidación practicada. La prueba de los daños, en clara consonancia con el principio de indemnidad integral, se acreditaron con los documentos públicos y privados acreditativos de la liquidación tributaria, las resoluciones administrativas y judiciales que la confirmaron hasta su firmeza y las facturas y pruebas del pago de los honorarios de abogados y procuradores. Es importante también la clara denegación del argumento- alegado por la Notaria- sobre la falta de proporción entre los aranceles cobrados por la escritura y los daños reclamados, pues son cuestiones que nada tienen que ver, máxime cuando el importe de los perjuicios acreditados y objeto de la demanda no fueron siquiera puestos en duda por la demandada.

- La Notaria, en ejercicio de su derecho de defensa, alegó que no tenía conocimiento que la donataria iba a aplicarse la bonificación fiscal, ni recibió un concreto encargo para tal asesoramiento. Sin embargo, la prueba acreditativa de la negligencia profesional vino, en este caso, aportada por una sorprendente, imparcial y asertiva declaración testifical de la oficial de la propia notaría que, sin ambages, contradujo la versión de la Notaria al afirmar que sí que sabía que la donataria se acogería a la bonificación, hasta el punto, añadía, que ella y la propia Notaria estuvieron comentando cómo introducir o dejar constancia del requisitos del “origen de los fondos”, ante la novedad del caso planteado.





### Índice sistemático de jurisprudencia.

#### *Sobre las diversas funciones del Notario*

Sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 28 de noviembre de 2007.

#### *Sobre la diligencia extraordinaria exigible al Notario*

SAP MADRID, SEC.9ª núm. 314/2017, de 6 de julio

Sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 18 de marzo de 2014.

#### *Sobre la prueba de relación de causalidad como elemento determinante de la responsabilidad*

SAP CANTABRIA, SEC. 2ª núm. 125/2017, de 23 de febrero

#### *Responsabilidad por infracción del deber de identificación de los comparecientes*

SAP NAVARRA de 7 de enero de 2003.

SAP MADRID, SEC.9ª núm. 314/2017, de 6 de julio.

#### *Responsabilidad por infracción del deber de información sobre cargas registrales*

SAP CANTABRIA, SEC. 2ª núm. 125/2017, de 23 de febrero.

Sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 18 de marzo de 2014.

#### *Responsabilidad por infracción del deber de realizar advertencias y reservas legales*

SAP MADRID, SEC.19ª núm.291/2017, de 19 de julio.

Sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 14 de mayo de 2008.

### Extracto de jurisprudencia relevante.

Sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 28 de noviembre de 2007

#### TERCERO

Los notarios son profesionales a quienes compete el ejercicio privado de funciones públicas (art. 1 de la Ley del Notariado [LN]). Su actuación presenta así una doble vertiente, funcionarial y profesional (art. 1 II del Reglamento de la Ley del Notariado (RCL 1945, 57). [RN]: «son, a la vez, funcio-



narios públicos y profesionales del Derecho»).

La naturaleza pública de sus funciones se manifiesta de manera plena en el ejercicio de la fe pública notarial en la esfera de los hechos y en la esfera del Derecho, mediante la extensión o autorización de instrumentos públicos y, parcialmente, en las actividades de asesoramiento con ocasión de la autorización de escrituras públicas.

Cuando asumen funciones de tramitación de documentos actúan como profesionales y no ejercen función pública (resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado [RDGRN] de 16 de enero de 1996 (RJ 1996, 5041). Sus obligaciones se rigen, en este supuesto, por el contenido del contrato mediante el que se obligan a realizar estas funciones en favor del cliente y por la regulación profesional de carácter colegial, en cuanto les sea aplicable.

El contrato en virtud del cual se obligan a realizar funciones profesionales de gestión ajenas a la fe pública puede revestir distinta naturaleza. Por lo general ofrece las características especiales propias de los contratos de gestión, que la jurisprudencia y la doctrina construyen acudiendo prioritariamente, según las circunstancias, a las figuras del mandato y del arrendamiento de servicios.

Estos contratos, entre otros aspectos, se caracterizan por la relación de confianza que rige la relación entre el comitente y el gestor. El alcance de las obligaciones del notario deriva del alcance de esta confian-

za, que a su vez depende no sólo del contenido del contrato, sino también de las circunstancias de personas, tiempo y lugar (art. 1104 I CC [LEG 1889, 27]).

Entre estas circunstancias figura de modo destacado el hecho de que, cuando se encomiendan al notario funciones de gestión de escrituras públicas, no se le encarga la gestión como notario, es decir, como funcionario público, pero sí como profesional del Derecho en quien concurre la condición de notario. En expresión de la RDGRN de 16 de enero de 1996 (RJ 1996, 5041), «la actividad de tramitación es una actividad extranotarial, en el sentido de que no forma parte de la función notarial, ni puede formar parte de ella»; sin embargo, «al llevarla a cabo el Notario no está actuando, desde luego, “como Notario”, pero sí lo está haciendo “por ser Notario”».

Sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 18 de marzo de 2014.

#### NOVENO

Conviene no perder de vista que la sentencia de instancia declara probado que el fax informático remitido por el Registro el día 18 de septiembre, en el que daba cuenta del mandamiento judicial de embargo sobre la finca que iba a ser objeto de compraventa, fue recibido en la notaría el día 19 de septiembre, a las 9,47 horas.

Conforme al art.175.1 del Reglamento Notarial (RCL 1945, 57) (en adelante, RN), el notario, antes de autorizar el otorgamiento de una escritura de adquisición de un bien



inmueble, debía comprobar la titularidad y el estado de cargas del bien. Para ello, debe solicitar del Registro una nota informativa del estado de cargas en ese momento y que se le informe de las posteriores, antes de que autorice la escritura de compraventa. Las partes que acuden a la notaría, especialmente, el comprador, confían en que el notario les informará adecuadamente de las cargas que pesan sobre el inmueble objeto de la compraventa, para evitar lo que ocurrió en este caso, que el comprador preste su consentimiento a la compra de un inmueble sin conocer que acaba de trabarse un embargo sobre este bien, que lógicamente lo devalúa.

El [art. 146 RN \(RCL 1945, 57\)](#) prescribe la responsabilidad civil del notario respecto de los daños y perjuicios ocasionados por dolo, culpa o ignorancia inexcusable. Es indudable que el hecho de que el notario no dejara constancia del embargo judicial que gravaba el inmueble al tiempo de autorizar la escritura de compraventa, ocasionó un grave perjuicio al comprador, quien consintió pagar un precio de 2.450.000 euros por dicho inmueble, que estaba devaluado en una cifra similar como consecuencia del embargo. No puede negarse un nexo de causalidad entre esta conducta, omitir el estado actual de las cargas que pesan sobre el inmueble cuya escritura de compraventa se autoriza, y el detrimento patrimonial del comprador que se obliga a pagar un precio por un inmueble que como consecuencia del embargo apenas vale. Y esta conducta es imputable al notario que, aunque pudiera alegar que desconocía la circunstancia

del embargo, esta ignorancia no era excusable frente al comprador. Corresponde al notario tener los medios técnicos necesarios para prestar sus servicios, en este caso para cerciorarse de que informa al comprador de las cargas que pesan sobre la finca que compra. En un caso como el presente en que el sistema de comunicación entre la notaría y el registro no funcionó, y se declara probado que el registro remitió la comunicación en la que informaba del embargo y la notaría debió recibirlo, la ignorancia del notario sobre la existencia de esta carga es inexcusable, a los efectos de responder, conforme al [art. 146 RN \(RCL 1945, 57\)](#), de los daños y perjuicios ocasionados al comprador.

Lo anterior, no prejuzga la posible responsabilidad en que hubiera podido incurrir la registradora de la propiedad frente al notario, si se llega a demostrar que los problemas de comunicación también fueron debidos al sistema informático del registro.

SAP MADRID, SEC.9ª núm. 314/2017, de 6 de julio.

IV.- Cierto es, como dice la juzgadora de instancia, que no es habitual que una persona comparezca a otorgar un contrato ante notario sin el DNI original, sino con una fotocopia del mismo, y que por ello el notario tenía que “haber activado hasta el extremo el celo profesional”; también se comparte que la diligencia exigible al notario no es la normal del buen padre de familia ([artículo 1.104 del Código civil \(LEG 1889, 27\)](#)), sino que se exige una di-

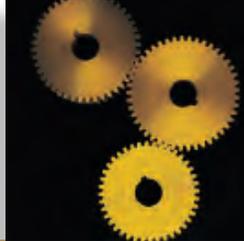
ligencia profesional, mucho más rigurosa, un exquisito celo y prudencia que garanticen la legalidad y regularidad de los actos que autoriza, con cumplimiento de todos los requisitos legales y reglamentarios, de acuerdo con el prestigio e importancia de la función notarial.

Pero no por ello puede irse más allá de lo que exigen las normas aplicables ni puede presumirse a posteriori que el notario debió ser consciente o advertir una falsificación o una suplantación de identidad cuando ello no estaba a su alcance con los datos de que disponía. No puede verse la negligencia imputada, como pretende la parte actora, en que el notario autorizase el otorgamiento de la escritura de compraventa sin que el vendedor exhibiese el DNI original (el falso); ese DNI original falso fue exhibido en la notaría en las dos ocasiones anteriores en que compareció el vendedor suplantador, y había sido fotocopiado en la notaría, luego no basta afirmar que el notario autorizó la compraventa con una fotocopia y que por eso actuó de forma negligente, dado que había visto anteriormente el original y estaba fotocopiado en la notaría; nada inducía a pensar que fuera falso; de ahí que, como es lógico, la comparación de la fotocopia del DNI falso que exhibió el vendedor con la fotocopia de ese DNI falso que ya obraba en la notaría no advirtiera de ninguna anomalía, pues coincidían; en ningún momento tuvo el notario a la vista el DNI original verdadero.

Por otro lado, a la vista de cuanto se expone parece claro que, aun de haber comparecido el suplantador con el DNI original falso, el notario no hubiera podido advertir ninguna anomalía, sino que hubiera autorizado la escritura de compraventa igualmente, de modo que cabe racionalmente suponer que también en ese caso se hubiera consumado el fraude, sin que pueda este último imputarse, sin más, a la utilización de una fotocopia del DNI falso.

V.- El artículo 146 del Reglamento notarial establece que «El Notario responderá civilmente de los daños y perjuicios ocasionados con su actuación cuando sean debidos a dolo, culpa o ignorancia inexcusable». En el caso presente no se aprecia, conforme a lo expuesto, culpa ni negligencia en la actuación del notario demandado D. Jacobo, procediendo estimar el recurso y desestimar la demanda.

SAP MADRID, SEC.19ª núm.291/2017, de 19 de julio.



La única cuestión invocada ahora y que difiere de la esgrimida en la instancia, es la denominación que en el recurso se hace a la procedencia de los fondos donados; ahora la recurrente se refiere al “origen último de los fondos”, como lo que no hizo constar en la escritura, con la intención se reseñar que sí quedó plasmado en la escritura la procedencia de los mismos, refiriéndose a las transferencias antes citadas.

Tal alegación en modo alguno puede justificar la pretensión revocatoria que se formula en esta alzada; cuando el artículo 3. Cinco. 2 de la Ley 7/2005, de 23 de diciembre (LCM 2005, 542) de Medidas Fiscales y Administrativas, para el año 2006, se refiere a las “Bonificaciones en las adquisiciones *inter vivos*” no se refiere sino al origen de los fondos, sin establecer la diferencia que ahora parece poner de manifiesto la recurrente: “En las adquisiciones «*inter vivos*», los sujetos pasivos incluidos en los Grupos I y II de parentesco de los previstos en el art. 20.2.a) de la ley 29/1987, de 18 de diciembre (RCL 1987, 2636), del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, aplicarán una bonificación del 99 por 100 en la cuota tributaria derivada de las mismas. Será requisito necesario para la aplicación de esta bonificación que la donación se formalice en documento público.

**La única cuestión invocada ahora y que difiere de la esgrimida en la instancia, es la denominación que en el recurso se hace a la procedencia de los fondos donados.**

Cuando la donación sea en metálico o en cualquiera de los bienes o derechos contemplados en el art. 12 de la Ley 19/1991, de 6 de junio (RCL 1991, 1453 y 2389), del Impuesto sobre el Patrimonio, la bonificación sólo resultará aplicable cuando el origen de los fondos donados esté debidamente justificado, siempre que, además, se haya manifestado en el propio documento público en que se formalice la transmisión el origen de dichos fondos”.

La cuestión que la recurrente parece esgrimir con tales alegaciones ya quedó resuelta en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de la Sala de lo Contencioso- Administrativo, Sección 9ª, de fecha 8 de abril de 2013, resolutoria del



recurso contencioso administrativo que la Sra. Isidora interpuso contra la resolución dictada por el Tribunal Económico Administrativo Regional de Madrid, de fecha 28 de octubre de 2010, por la que se desestimaba la reclamación económico administrativa interpuesta contra la resolución que confirmaba en reposición la liquidación emitida por la Dirección General de Tributos de la Consejería de Hacienda de la Comunidad de Madrid, por el concepto de donaciones; en la citada sentencia ya se rechaza la pretensión que ahora parece reproducirse, en el sentido que no cabe entender cumplido el presupuesto previsto en la norma antes citada, en relación con la designación y justificación de la procedencia de los fondos en la misma escritura de donación, por la mera designación del vehículo a través del cual llegan esos fondos a la donataria; así, en el quinto de los fundamentos de derecho de la sentencia referida, se dice “Dicha estipulación no puede entenderse que refleje ni siquiera mínimamente el origen de los fondos donados por cuanto éste no puede confundirse con el instrumento bancario que se utilice para efectuar la donación que no refleja dicho origen sino el medio por el que los fondos llegan a poder de la recurrente”.

Aunque uno de los hechos constatados en el acto de la audiencia previa como controvertidos, fue el relativo a si la Notaria demandada tenía o no conocimiento de que la ahora demandante quería acogerse a la bonificación antes citada, es lo cierto que de lo acreditado en autos, se ha constatado que así fue; tanto la propia demandada

como la testigo y oficial de la Notaria, Dª Noemi, han reconocido que la Sra. Isidora quería acogerse a ese beneficio fiscal, de tal forma que se lo dijo a la oficial de la notaria y ésta a la Notario actuante.

No precisaba, por tanto, la donataria de un especial asesoramiento ni tampoco requirió, en este caso, a la Notaria para que le proporcionase el mismo, sólo buscaba que la actuación de la Notaria, con la redacción de la escritura, le proporcionase la finalidad pretendida, lo que no obtuvo, sin duda, a la vista de la sentencia antes citada; sentencia que es firme y que es la que finalmente afectó a la relación en virtud de la cual se acciona, sin que sentencias posteriores emitidas por el mismo órgano judicial en sentido distinto, puedan alterar la cuestión de hecho que se somete a debate.

La propia oficial de la notaria reconoció en el acto del juicio, que ella y la Notaria estuvieron tratando el tema de la redacción de la escritura, por ser la primera vez que se planteaba la cuestión relativa a una donación de fondos sometida a la bonificación ya citada y entendieron que la reseña del “origen de los fondos” a que se refería el texto legal que antes ha quedado transcrito, quedaba cubierto con la “la reseña de las transferencias”; también señaló la misma que tal determinación debe realizarse por parte de la notaria, que no de los clientes quienes no saben cómo debe redactarse el documento público, alegando, por último, que finalmente comprobaron el error cometido al identificar “el medio de pago con el origen de los fondos”.



No cabe duda que, en el presente caso, se incumplió la previsión contenida en el artículo 1 del Decreto de 2 de junio de 1944, por el que se aprueba el Reglamento de la Organización y Régimen del Notariado, que establecía, a la fecha del otorgamiento de la escritura de referencia, que “Los Notarios son a la vez profesionales del Derecho y funcionarios públicos, correspondiendo a este doble carácter la organización del Notariado. Como profesionales del Derecho tienen la misión de asesorar a quienes reclaman su ministerio y aconsejarles los medios jurídicos más adecuados para el logro de los fines lícitos que aquéllos se proponen alcanzar”.

SAP MADRID SEC.8ª, núm. 543/2017, de 19 de diciembre

## TERCERO

La normativa legal no impone la aportación del Libro de Familia.

No la imponía el art. 977 LEC (RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892) que establecía que « Los herederos abintestato que sean descendientes del finado podrán obtener la declaración de su derecho justificando con los correspondientes documentos o con la prueba que sea posible, el fallecimiento de la persona de cuya sucesión se trate y su parentesco con la misma; y con información testifical, que dicha persona ha fallecido sin testar, y que ellos, o los que designen, son sus únicos herederos»; ni el art. 56.1 de la Ley del Notariado de 28 de mayo de 1862 (en lo sucesivo LN) modificado por la Disposición

final undécima de la [Ley 15/2015, de 2 de julio \(RCL 2015, 1016, 1354\)](#), por virtud del cual «El requerimiento para la iniciación del acta deberá contener la designación y datos identificativos de las personas que el requirente considere llamadas a la herencia e ir acompañado de los documentos acreditativos del parentesco con el fallecido de las personas designadas como herederos, así como de la identidad y domicilio del causante».

**No cabe duda que, en el presente caso, se incumplió la previsión contenida en el artículo 1 del Decreto de 2 de junio de 1944, por el que se aprueba el Reglamento de la Organización y Régimen del Notariado, que establecía, a la fecha del otorgamiento de la escritura de referencia, que “Los Notarios son a la vez profesionales del Derecho y funcionarios públicos”.**

Y tampoco la impone el art. 209 bis, regla 4 b) RN que exige acompañar el libro de familia del causante ([artículo 8 LRC \(RCL 2011, 1432\)](#) y 36 y siguientes de [RRC \(RCL 1958, 1957, 2122 y RCL 1959, 104\)](#) o, alternativamente, las certificaciones correspondientes del Registro Civil acreditativas del matrimonio y filiación ([art. 7 LRC](#)), atribuyéndoles idéntico valor probatorio. Dice así que «El interesado habrá de aseverar la certeza de los hechos positivos y negativos en que se deba fundar el acta, y acreditar documentalente: b) La relación de parentesco de las personas que el requirente designe como herederos del causante. Habrá de presentar el libro de familia del causante o las certificaciones correspondientes del Registro Civil acreditativas del matrimonio y filiaciones. Los documentos presentados o testimonio de los mismos quedarán incorporados al acta.»

Sin embargo, la falta de aportación del Libro de Familia impone extremar la diligencia y el deber de cuidado exigible activando las cautelas precisas para asegurar la notoriedad de los hechos, pues los interesados pueden omitir, deliberadamente o no, la aportación de determinadas certificaciones de matrimonio y filiación; a ello se suma que el sistema de publicidad de la Ley de Registro Civil de 1957 en vigor a la fecha

de tramitación del acta notarial (2007), era objetivamente deficiente pues los asientos relativos a una misma persona podían encontrarse disgregados en varios Registros con inexistente o deficiente intercomunicación entre sí, y los hechos inscribibles se reflejaban en libros y secciones diferentes, lo que obstaculizaba considerablemente la búsqueda de datos de una persona, haciéndose descansar la bondad de la información ofrecida mediante la aportación de las certificaciones registrales en la probidad y buena fe de los interesados.

Precisamente, uno de los aspectos más significativos de la reforma ha residido en la creación para cada persona de un registro individual en el que se refleja su trayectoria vital. De esta forma se expresa el [artículo 5.1 y 2 de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil](#), al decir que cada persona tendrá un registro individual en el que constarán los hechos y actos relativos a la identidad, estado civil y demás circunstancias en los términos de la presente Ley. Y el artículo 5.3 que en el Registro Civil se inscribirán o anotarán, continuada, sucesiva y cronológicamente, todos los hechos y actos que tengan acceso al mismo. Con la Ley 20/2011, el registro individual de cada persona, abierto con la inscripción de nacimiento o con el primer asiento que se practique, se convierte a modo de fichero personal completo en el que constan todos los hechos determinantes del comienzo y el fin de la personalidad y de los que originan los cambios de estado civil. Y en coherencia con dicho sistema la Disposición transitoria tercera de la Ley 20/2011 ya prevé que « A partir de la fecha de entrada en vigor de la presente Ley no se expedirán más Libros de Familia. Los Libros de Familia expedidos con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley seguirán teniendo los efectos previstos en los [artículos 8 y 75 de la Ley del Registro Civil de 8 de junio de 1957](#) y en ellos se seguirán efectuando los asientos previstos en los artículos 36 a 40 del Reglamento de la Ley del Registro Civil aprobado por Decreto de 14 de noviembre de 1958».

Sentado lo anterior, que evidencia la importancia de la aportación del Libro de Familia del causante, en el presente caso, aun cuando no se hizo constar en el acta el requerimiento expreso de su aportación ([art. 209 tercero RN](#)), hemos de estimar probado que las interesadas sí fueron requeridas para ello manifestando que lo habían extraviado; y así también se recoge en la senten-

cia de la Sección 29 de la AP Madrid recaída en procedimiento abreviado 429/2010 que apreció que “La notaria acusada cumplió con los requisitos formales del art. 209 bis. Creemos plausible que en la notaría se pidiera a Juliana el libro de familia- como declara la notaria y el oficial de la notaría, también acusado y que dijera que no lo tenía, que fue precisamente en lo que no mintió. Es plausible por una razón muy sencilla: el libro de familia lo tenía su hermano, el acusador particular, que por cierto fue quien lo incorporó a juicio. Con ello se habilitaron las posibilidades alternativas del art.209 bis del Reglamento Notarial, certificaciones del registro civil... etc. De modo que la notaria acusada, formalmente cumplió con la legislación y reglamentación vigente”.

Aun cuando se pueda cuestionar en esta sede civil si el Sr. Avelino se hizo con el Libro de familia tras el fallecimiento de su madre, como sostiene, o si ya lo tenía al tiempo del acta de notoriedad, como se estima acreditado en la sentencia penal, tal dato no es determinante para la decisión del recurso pues, como se avanzó, la legislación no impone imperativamente su aportación, de tal forma que lo que se ha de valorar es si iniciado el expediente con la aportación tan solo de las certificaciones de matrimonio y filiación, el Notario, al que la Ley le atribuye discrecionalidad absoluta para practicar aquellas pruebas que conduzcan a lograr su convicción, practicó las necesarias para la creación de un estado de convicción básico y objetivo para la emisión del juicio de notoriedad.

Efectivamente, el art. 209. 2º RN, con carácter general, establece que “El Notario practicará, para comprobación de la notoriedad pretendida, cuantas pruebas estime necesarias, sean o no propuestas por el requirente. Y deberá hacer requerimientos y notificaciones personales o por edictos cuando el requirente lo pida o él lo juzgue necesario. En el caso de que fuera presumible, a Juicio del Notario, perjuicio para terceros, conocidos o ignorados, se notificará la iniciación del acta por cédula o edictos, a fin de que en el plazo de veinte días puedan alegar lo que estimen oportuno en defensa de sus derechos, debiendo el Notario interrumpir la instrucción del acta, cuando así proceda, por aplicación del número quinto de este artículo”. El art. 209.5 bis RN que « Se practicarán, también, las pruebas propuestas por el requirente así como las que se estimen oportunas, en especial las dirigidas a acreditar la na-



cionalidad y vecindad civil y, en su caso, la ley extranjera aplicable. ». Y el art. 56.2 LN señala que « El Notario, a fin de procurar la audiencia de cualquier interesado, practicará, además de las pruebas propuestas por el requirente, las que se estimen oportunas, y en especial aquellas dirigidas a acreditar su identidad, domicilio, nacionalidad y vecindad civil y, en su caso, la ley extranjera aplicable ».

En el presente caso no se acordó ningún otro medio de prueba ni tampoco se procedió a la publicación de edictos en boletines oficiales, periódicos o tablones de Ayuntamientos al objeto de poner en conocimiento de cualquier persona que pudiera verse afectada por el expediente o que se creyera con igual o mejor derecho, la existencia de este a los efectos de comparecer en la notaría y alegar lo que estimase oportuno en defensa de sus derechos, lo que evidencia que la Notaria apelante no agotó la diligencia exigible haciendo usos de los mecanismos autorizados por la normativa aplicable.

#### NOTAS

(1) La responsabilidad disciplinaria puede desprenderse de su relación de supremacía especial con el Centro Directivo del que forma parte como funcionario público (la Dirección General de los Registros y el Notariado) o por su condición de profesional colegiado, derivándose una responsabilidad deontológica, a través del Colegio Notarial o del Consejo General del Notariado.

(2) Esta función bifronte se colige nítidamente del art. 1.2 del Reglamento Notarial cuando advierte que “Los notarios son a la vez funcionarios públicos y profesionales del Derecho, correspondiendo a este doble carácter la organización del Notariado. Como funcionarios ejercen la fe pública notarial, que tiene y ampara un doble contenido:

a) En la esfera de los hechos, la exactitud de los que el notario ve, oye o percibe por sus sentidos.

b) Y en la esfera del Derecho, la autenticidad y fuerza probatoria de las declaraciones de voluntad de las partes en el instrumento público redactado conforme a las leyes.

Como profesionales del Derecho tienen la misión de asesorar a quienes reclaman su ministerio y aconsejarles los medios jurídicos más adecuados para el logro de los fines lícitos que aquéllos se proponen alcanzar.”

(3) La Sentencia del TS de 6 de mayo de 1994 (RJ 1994, 3718) ya advirtió que “la relación que liga al Notario con aquél que requiere su actuación adopta la forma de arrendamiento de servicios, sin que a ello obste ni el carácter público de la función que cumple aquél ni, menos aún, la obligatoriedad de aceptar el encargo que al mismo se le encomiende...”

(4) “La responsabilidad civil de Registradores y Notarios”, en la obra colectiva “La responsabilidad civil profesional” (Dir. J.I Alvarez), Consejo General del Poder Judicial, Madrid 2003, páginas 67 a 131.

(5) Sentencia del TS de 5 de febrero de 2000 (RJ 2000,251), Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 7 de mayo de 2003 (AC 2003, 11893) o Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 27 de diciembre de 2004 (AC 2005,742), entre otras muchas.



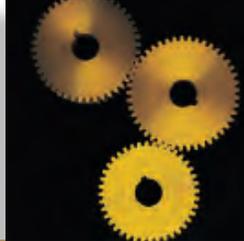
- (6) Tras la Ley 42/2015, se ha modificado el art. 1964 del CC, con los efectos transitorios que derivan de la Disposición transitoria quinta. Aunque debe tenerse en cuenta que cuando el contrato se celebra en Cataluña (al margen de otros puntos de conexión) se aplicará la prescripción decenal del art. 121-20 del Código civil de Catalunya.
- (7) "La responsabilidad civil del Notario", Thomson Civitas 2008, pp. 126 y ss.
- (8) A través del arancel regulado en el Real Decreto 1426/1989, de 17 de noviembre, aún vigente.
- (9) La responsabilidad del Notario como empresario, normalmente ubicada en el ámbito del art. 1903 del CC, tiene su máxima expresión en la Sentencia del TS de 6 de junio de 2002 (RJ 2002,6755) cuando señala que "como la Notaría es un complejo unitario de actividad profesional a cuya cabeza y para su dirección se encuentra el Notario, debe, éste, responder de los perjuicios causados por las personas que tuviere empleadas y con ocasión de sus funciones propias".
- (10) La Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, número 314/2017, de 6 de julio (Sección 9ª), si bien exonera al Notario de la responsabilidad en la comprobación de ciertos datos de los comparecientes, le exige un "exquisito celo y prudencia que garanticen la legalidad y regularidad de los actos que autoriza."
- (11) Conferencia dictada en el Colegio Notarial de Madrid, Salón Académico, el 16 de noviembre de 2017.
- (12) Se hacía alusión al caso resuelto por la Sentencia del TS de 18 de marzo de 2014 que

condenó a un Notario por no disponer de los medios técnicos necesarios para prestar sus servicios, concretamente para cerciorarse de que informa al comprador de las cargas que pesan sobre la finca que compra, ex. art. 175 del Reglamento Notarial.

- (13) En estos casos, la jurisprudencia menor de las Audiencias- de la que es señera la más reciente Sentencia número 314/2017, de 6 de julio, ya citada- suelen desestimar las reclamaciones contra Notarios en casos de falsificaciones de documentos de identidad o pasaportes, pues la obligación del Notario es la de identificar a los intervinientes por sus documentos de identidad, sin que ello comporte el deber de investigar redes delictivas ni el deber de disponer en la oficina de máquinas o elementos bastantes para descubrir este tipo de falsificaciones.
- (14) Sin perjuicio de que cuando se realice por otros medios pueda concurrir la negligencia del Registrador, el caso imputable exclusivamente al Notario es el contemplado en el párrafo 3 del art. 175 sobre el acceso telemático, lo más pronto o cerca del momento del otorgamiento, a través de firma electrónica y sin intermediación del Registrador, en los términos del art. 222.10 de la Ley Hipotecaria.
- (15) No es ocioso recordar que el art. 147 del Real decreto legislativo 1/2007 por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley general para la Defensa de los Consumidores y Usuarios invierte la carga de la prueba en los daños ocasionados a consumidores, salvo que el prestador del servicio (categoría en la que, sin duda, se incluye al Notario, ex. art. 4 del Texto Refundido) acredite que ha cumplido las exigencias y requisitos reglamentaria-

mente establecidos. Esta es una cuestión de reciente polémica al hilo de las escrituras de préstamos hipotecarios con cláusulas potencialmente abusivas (cláusulas suelo a las que se refiere la Sentencia del TS de 9 de marzo de 2017) y, probablemente, de mayor incidencia en un futuro próximo si se aprueba el Proyecto de ley reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, actualmente en fase parlamentaria en el Congreso de los Diputados.

- (16) Utilizado, por ejemplo, en el art. 705 del CC sobre la responsabilidad del Notario que, por ignorancia inexcusable, hubiera autorizado un testamento sin las solemnidades legales.
- (17) El margen de operatividad del mal llamado instrumento de subsanación (art. 153 del Reglamento Notarial), solo previsto para rectificar errores materiales y omisiones, demuestra la inutilidad de la fórmula de la reparación *in natura* que contempla el art.147.
- (18) Acción u omisión culpable, daño efectivo indemnizable y relación de causalidad entre la actuación del agente productora del daño y el perjuicio ocasionado.
- (19) Prescindimos del caso paradigmático de omisión consistente en negarse el Notario a otorgar el instrumento solicitado, que es acto debido, pues pueden concurrir numerosas causas exculporias recogidas en el art. 145 del Reglamento y es, en realidad, un supuesto poco frecuente en la práctica. Diríase que ante tal tesitura, los otorgantes prefieren subsanar los defectos o, simplemente, cambiar de Notario.
- (20) La Sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra de 7 de enero de 2003 condena al Notario a indemnizar los daños ocasionados.
- (21) Lógicamente, se trataba de una pericial judicial, con todas las garantías de imparcialidad y contradicción.
- (22) A no confundir con los concretos arrendamientos de servicios en los que, al margen de las funciones notariales, se encarga al Notario la presentación de los documentos en el Registro o la presentación y liquidación de los impuestos inherentes a documentos por él autorizados, cuyo régimen es distinto. Así lo ha destacado la Sentencia del TS de 14 de mayo de 2008 cuando matizaba que "la obligación de asesorar consiste en una actividad de comunicación, dimana de la condición de profesional del Notario y resulta ínsita en su función como fedatario público. La obligación de tramitar consiste en una actividad de gestión, no es específica de dicha profesión y requiere un encargo concreto".



## El notario como testigo en el proceso civil

### 1.- ¿Qué límites tiene el Notario cuando sea llamado como testigo?<sup>(1)</sup>

El marco normativo en el que se ubican los límites de cualquier profesional citado como testigo es, como ya se ha expuesto en la parte general de esta obra, el art. 371 de la LEC cuando prevé específicamente el deber de no declarar que pesa sobre los testigos con deber de guardar secreto, estableciendo en su apartado primero que “Cuando, por su estado o profesión, el testigo tenga el deber de guardar secreto respecto de hechos por los que se le interrogue, lo manifestará razonadamente y el tribunal, considerando el fundamento de la negativa a declarar, resolverá, mediante providencia, lo que proceda en Derecho. Si el testigo quedare liberado de responder, se hará constar así en el acta”. En cuanto al fundamento constitucional de esta limitación y la forma como eventualmente puede levantarse el deber de no declarar, nos remitimos a los comentarios expuestos en la parte general.

En el ámbito estrictamente notarial, el secreto profesional se focaliza en el protocolo y en la presunción de veracidad e integridad del instrumento público. En este sentido el vigente artículo 1 del Reglamento Notarial, en la redacción última aprobada por Real Decreto 45/2007, de 19 de enero, precisa, como ya sabemos, que los notarios son a la vez funcionarios públicos y profesionales del Derecho, correspondiendo a este doble carácter la organización del Notariado. Como funcionarios ejercen la fe pública notarial, que tiene y alcanza un doble contenido:

a) En la esfera de los hechos, la exactitud de lo que el notario ve, oye o percibe por sus sentidos; b) Y en la esfera del Derecho, la autenticidad y fuerza probatoria de las declaraciones de voluntad de las partes en el instrumento público redactado conforme

a las leyes. Como profesionales del Derecho tienen la misión de asesorar a quienes reclaman su ministerio y aconsejarles los medios jurídicos más apropiados para el logro de los fines lícitos que aquéllos se proponen alcanzar.

Este doble carácter, inescindible, de la función notarial se proyecta en la esencia de la actuación del notario y se manifiesta en el resultado de esa intervención: el notario ha recogido en ese instrumento público la voluntad negocia! de las partes, la ha interpretado y la ha informado, comprobando su adecuación al ordenamiento jurídico y, además, ha plasmando todo ello en esa escritura que el propio notario redacta y autoriza, recogiendo en ella el consentimiento de los otorgantes al negocio y al documento (arts. 17.1 Ley del Notariado y 147 del Reglamento Notarial). Por ello, el art. 274 del Reglamento Notarial configura el protocolo (que es la colección ordenada de las escrituras matrices autorizadas durante un año) como secreto, prohibiendo incluso el art. 32.3 de la Ley del Notariado el acceso a documentos incorporados al protocolo <sup>(2)</sup>, salvo autorización judicial.

En definitiva, el carácter público y auténtico del documento autorizado por Notario (art. 1216 Ce)- que hace fe por sí mismo, a menos de que se impugne su autenticidad <sup>(3)</sup> y el carácter secreto del protocolo que deriva de la legislación notarial (a la que se remite el art. 1217 del Ce) determina un régimen jurídico singular que genera severas dudas no solo sobre cómo debe practicarse la prueba sino, fundamentalmente, sobre su admisibilidad y procedencia.

Más adelante volveremos sobre esta cuestión.

Pues bien, al hilo de un escrito de queja presentado por la actuación profesional de

una Notaria con ocasión del otorgamiento de un acta de manifestaciones <sup>(4)</sup>, la Resolución de la Dirección General de los Registros y el Notariado de 6 de junio de 2014 consideró, de una parte, que la conducta no suponía un quebranto del deber de secreto profesional y del protocolo pero, de otra parte, de manera algo excesiva, pues no es su cometido, elabora una doctrina registral nuclear para los casos en los que el Notario es citado para declarar como testigo. Así, la citada Resolución puntualiza lo siguiente: “La prueba testifical, como actividad procesal o extraprocesal ligada a un acta de manifestaciones, que provoca la declaración de un sujeto sin ser parte en el procedimiento, plantea la problemática de qué ocurre cuando el testigo o la persona que hace las manifestaciones es un Notario.

Y en este sentido caben **tres supuestos**: a) que el Notario declare **como particular**, en cuyo caso ninguna especialidad deberá recaer sobre él; b) que **declare sobre el contenido del instrumento otorgado, lo cual carece de sentido y sería una redundancia** al no tener nada que añadir a lo que ya consta en el propio instrumento que ha otorgado (artículos 17 bis de la Ley del Notariado y 143 del Reglamento Notarial); c) o bien que declare sobre **determinados actos anteriores, coetáneos o posteriores al otorgamiento** o no otorgamiento de un instrumento público, de los que tenga conocimiento por razón de su cargo. Así, pues, centrándonos en el último supuesto, al que se refiere la presente queja, dado que se requiere a la Notaria, no sólo para recoger las manifestaciones del requirente, lo cual no plantea ningún problema técnico, sino también para que haga manifestaciones sobre la existencia de una cita para otorgar una escritura y para hacer constar que dicha escritura no se había otorgado, conviene tener en cuenta que, en los procesos civiles (pues **en los penales es indudable el deber**

**de atender el mandato judicial, en su caso), cuando se pide testimonio personal al Notario relativo a los hechos que ocurrieron en su presencia al autorizar o no autorizar un instrumento público o los documentos que se le aportaron o se generaron como previos, preparatorios o posteriores, dado que afecta al ejercicio de la actividad propia del Notario en su doble e inescindible proyección funcional-profesional, esta actividad está fundamentada por el deber de secreto profesional que la preside. Por ello, el antiguo artículo 1.247.5 a) del Código Civil consideraba inhábiles para ser testigos «los que están obligados a guardar secreto, por su estado o profesión, en los asuntos relativos a su profesión o estado», principio recogido en el actual artículo 371 de la Ley de Enjuiciamiento civil, aunque ahora no se habla de inhabilidad, sino de exención del deber de declarar que sienta el artículo 292 del mismo texto legal, exención que se reconoce a quienes tienen el deber de guardar secreto respecto de hechos por los que se les interroga, bien por su estado o profesión. Por todo ello, este Centro Directivo considera que, si un Notario intimado a ser testigo en un determinado proceso civil para declarar sobre los hechos que ocurrieron en su presencia al autorizar o no autorizar un instrumento público o los documentos que se le aportaron o se generaron como previos, preparatorios o posteriores, debe excusarse en los términos previstos en la Ley de Enjuiciamiento Civil, también debe denegar el requerimiento para hacer dicha declaración a través de un acta de manifestaciones.”**

Sobre la base de esta Resolución, es muy frecuente que los Notarios cuya prueba testifical haya sido previamente admitida (normalmente en el acto de la audiencia previa, pues los litigios que conciernen a su actuación suelen ventilarse por juicio ordinario, en atención a la cuantía\ excusen su asistencia en cumplimiento de la doctrina registral parcialmente transcrita.

Esta circunstancia, habitual y pacíficamente admitida en la práctica forense, no deja de ser, a nuestro juicio, un tanto sorprendente. Nos explicamos.

En efecto, debe advertirse que la Resolución de 6 de junio de 2014 no tiene carácter vinculante para los Notarios, pues se limita a resolver un expediente de queja por la actuación profesional de una Notaria

que, además, no fue objeto de sanción disciplinaria alguna, pues la denuncia fue archivada.

Con ello, queremos advertir que su invocación como “excusa” para no asistir ni declarar sobre los instrumentos autorizados o sobre los hechos preparatorios o coetáneos que conozca el Notario no tiene más justificación que la autovinculación y la fuerza persuasiva que para el colectivo notarial merece, sin que, en consecuencia, resulte vinculante ni para los Notarios, ni mucho menos para los Jueces y Magistrados. De hecho, el eventual incumplimiento de la citada Resolución no debería generar responsabilidad disciplinaria para el Notario pues, recordemos, solo constituyen infracciones graves disciplinarias (art. 349.i) del Reglamento Notarial) “el incumplimiento y la falta de obediencia de las resoluciones vinculantes de la DGRN”.

(...) la excusa o la negativa a comparecer como testigo no debería basarse en esta o en otras Resoluciones no vinculantes de la DGRN sino, más bien, en la convicción interna del Notario (...) de que, con su actuación procesal, puede llegar a infringir su deber de secreto profesional.

Por consiguiente, la excusa o la negativa a comparecer como testigo no debería basarse en esta o en otras Resoluciones no vinculantes de la DGRN sino, más bien, en la convicción interna del Notario- que debe manifestar, según el art. 371 de la LEC- de que, con su actuación procesal, puede llegar a infringir su deber de secreto profesional, en cuyo caso la cuestión es distinta, pues en tal caso sí le puede deparar perjuicios disciplinarios<sup>(6)</sup>.

Es decir, en nuestra opinión, y dado que en la prueba testifical del Notario pugnan, conceptualmente, dos derechos fundamentales (el derecho a utilizar las pruebas pertinentes para la defensa y la intimidad de los clientes del Notario, amparados por el deber de secreto profesional), la solución no puede limitarse a una inadmisión *ad limine* en aplicación de la citada doctrina registral- que no vincula a los tribunales de justicia- sino que su

procedencia debería ponderarse, caso por caso, y según las reglas generales de la prueba en el proceso civil.

El problema es que dado que la testifical se practica en unidad de acto con el resto de la prueba y en el acto de la vista, no es posible saber qué preguntas pueden llegar a comprometer el deber de secreto del testigo, aunque junto con la citación se pueda acompañar una relación de los hechos controvertidos, lo que no es nada frecuente<sup>(7)</sup>.

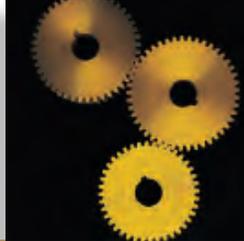
La solución, como casi siempre en materia de probática, pasa por depurar y canalizar adecuadamente la fase de proposición y admisión de la prueba, denegando los medios probatorios que resulten inútiles (art. 283.2 LEC), sobre la base de los hechos realmente controvertidos<sup>(8)</sup>.

## 2.- ¿Puede ser propuesta la prueba testifical del Notario? ¿Debe ser admitida y, en su caso, cómo opera el límite del art. 371 de la LEC?

La cuestión sobre la posibilidad de proponer la prueba testifical del Notario se responde fácilmente de manera afirmativa, pues ni la LEC ni el Código Civil conservan la causa de inhabilidad para ser testigo que afectaba a “los que estén afectados a guardar secreto por su estado o profesión en los asuntos relativos a su profesión o estado”<sup>(9)</sup>. En este sentido, el art. 361 de la LEC solo contempla la inidoneidad para ser testigo a las personas permanentemente privadas de razón o del uso de los sentidos o los menores de 14 años si se estima que no tienen suficiente discernimiento para declarar verazmente. Por su parte, el art. 360 de la LEC dispone que “...las partes podrán solicitar que declaren como testigos a personas que tengan noticia de hechos controvertidos relativos a lo que sea objeto del juicio”, en el marco del derecho fundamental a utilizar las pruebas pertinentes para la defensa (art. 24.2 CE) y con las limitaciones legales ordinarias en cuanto su admisión (utilidad, pertinencia y legalidad, art. 283 LEC).

Sentado lo anterior, es de toda evidencia, como decíamos, que el momento clave es el de la admisión de la prueba, previa su proposición por las partes<sup>(10)</sup> y una vez fijados los hechos controvertidos.

Pues bien, para determinar la procedencia de dicha prueba, conviene analizar dos



cuestiones fundamentales: por un lado, el medio de prueba que se contempla y, por otro, la utilidad y pertinencia de la prueba en el marco de la función notarial y los deberes de secreto que le afectan.

Siguiendo el esquema clásico sobre los medios y las fuentes de prueba, debe señalarse que el medio de prueba a través del cual se vehiculiza la declaración del Notario es su manifestación y comparecencia ante el Juez, previa citación, actuando técnicamente como testigo <sup>(11)</sup>, siendo la fuente de su conocimiento los hechos procesalmente relevantes que haya conocido de forma directa o incluso de manera referencial (en este último caso, sin vinculación alguna con el ejercicio de la fe pública).

Con ello, queremos puntualizar que la testifical del Notario, caso de ser admitida la prueba, requiere la comparecencia personal del fedatario (no cabe su sustitución por vía de informe o a través de un interrogatorio a evacuar por escrito, pues no se dan los presupuestos del art. 380 y art. 381 de la LEC) y, además, no debería deponer como testigo-perito (art. 370.4 LEC), pues la aportación técnica del Notario podría suponer la alteración del medio de prueba, convirtiendo su conocimiento sobre los hechos controvertidos en un verdadero dictamen pericial. Sin embargo, nada debería impedir, si se dan los presupuestos, para que en su práctica se acuda al auxilio judicial, por vía de exhorto o mediante interrogatorio domiciliario (art. 169.4 y art. 364 LEC) o a través de videoconferencia (art. 229.3 LOPJ y art. 299.2 LEC), invocando la onerosidad y perjuicios que puede deparar para su función el desplazamiento y comparecencia judicial <sup>(12)</sup>.

Ahora bien, como ya apuntábamos, la diversidad de actuaciones que comprende la función notarial no permite dilucidar de manera apriorística la pertinencia o la utilidad de la prueba testifical- o su posible pugna con el deber de secreto-, sino que es preciso relacionar adecuadamente su actividad con los hechos controvertidos.

Así, la ya conocida Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de noviembre de 2007, siguiendo la legislación notarial y la copiosa doctrina registral (por todas, las Resoluciones de la DGRN de 11 de marzo y 16 de noviembre de 1996), distingue entre:

a) Las actividades de redacción y dación de fe de la escritura pública.

El instrumento público se encuentra regido, tanto por la forma como por el fondo, por la legislación notarial y tiene como límite el propio documento que se prueba por sí y prueba por sí.

En este supuesto- y al margen de supuestos especiales que analizaremos más adelante- sería improcedente la admisión de la prueba propuesta, por evidente inutilidad (art. 283. 2 LEC), ya que el notario ni puede ni tiene nada que añadir a lo que ya consta en el propio instrumento que ha autorizado. Y así, con el otorgamiento del mismo termina toda actuación notarial que no sea la de conservación y reproducción. El documento queda protocolizado y objetivado, sin dependencia alguna respecto de su autor en ningún momento, ni siquiera cuando se genera conflictividad sobre el mismo.

**Se suele distinguir, (...), dos tipos de declaraciones en el instrumento público: las que realiza el Notario *motu proprio* y que se incorporan al documento, (...); y, de otra parte, las que realizan los intervinientes que, a su vez, se incorporan al documento pero cuyo contenido no está amparado por la fe pública y, por tanto, solo hacen prueba entre los contratantes.**

Se suele distinguir, no obstante, dos tipos de declaraciones en el instrumento público: las que realiza el Notario *motu proprio* y que se incorporan al documento, como pueden ser las relativas al hecho que motiva su otorgamiento y su fecha, que hacen fe por sí mismas y son prueba frente a tercero (art. 1218.1 CC); y, de otra parte, las que realizan los intervinientes que, a su vez, se incorporan al documento pero cuyo contenido no está amparado por la fe pública y, por tanto, solo hacen prueba entre los contratantes (art. 1218.2 CC).

Esta distinción, muy sutil, tiene escasa eficacia práctica a los efectos de la utilidad o no de la prueba testifical del Notario, tal como pone de relieve VALLS GUMBAU <sup>(13)</sup>.

En el ejemplo del precio declarado en una escritura pública de compraventa, el citado autor señala que el Notario no debe ser citado como testigo para que manifieste si el precio es el que consta en el documento público, en tanto que el otorgamiento de dicho documento está amparado en su función de fedatario, añadiendo que también es inútil que haya de declarar sobre si el precio es el realmente entregado (como se indica en la escritura), pues la veracidad de lo declarado es una realidad extradocumental cuya carga de la prueba corresponde a la parte, resultando inútil la testifical del Notario <sup>(14)</sup>.

b) Las actividades de gestión o tramitación de los documentos para que éstos, por sí solos, o unidos a otros, puedan cumplir las obligaciones fiscales y desplegar plenos efectos en el ámbito registral o administrativo.

En este tipo de actuaciones de gestión, su llevanza concreta y el conocimiento directo de los hechos acaecidos corresponde, normalmente, al personal de la Notaría, de manera que la prueba testifical del Notario, que solo tiene constancia referencial de la gestión, puede ser absolutamente inútil, siendo más apropiada, en su caso, la declaración de las personas empleadas de la oficina notarial.

c) Actuaciones de asesoramiento previo o coetáneo al otorgamiento del instrumento.

En estas actuaciones, el Notario asesora legalmente sobre los medios adecuados para que el negocio proyectado surta plenos efectos o, simplemente, tiene conocimiento, por razón de su oficio, de determinados hechos o circunstancias que pueden afectar a la cuestión litigiosa. Y es, sin duda, el ámbito en el que opera mayormente el deber de secreto profesional y sobre el protocolo que rige la función notarial.

Según la doctrina registral citada al principio, éste es uno de los casos paradigmáticos en los que el Notario queda "excusado" de la testifical, por su deber de secreto, con las consecuencias ya expuestas anteriormente.

Sin embargo, en ocasiones, se ha admitido la testifical del Notario para aclarar algunos extremos que afectan a la validez del título objeto de controversia judicial, normalmente sobre la base de su

pertinencia, en el sentido de que la prueba guarda relación con el objeto del proceso (art. 283.1 LEC)<sup>(15)</sup>.

En estos casos, que no son frecuentes, el tema a dilucidar ya no es tanto la procedencia de este medio de prueba-partimos de la base de que se ha admitido por su utilidad y pertinencia y que el Notario no ha excusado la declaración por razón de secreto- sino, en realidad, el valor probatorio que merece dicha testifical.

Partiendo de la innegable fuerza probatoria del documento público, que da fe del “acto o estado de cosas que documenten, de la fecha y de la identificación de los fedatarios e intervinientes” (art. 319 LEC), parece claro que cuando el Notario es citado para declarar como testigo de los hechos o circunstancias concomitantes a la redacción del instrumento público, ya no se encuentra en el ejercicio de la función notarial propiamente dicha. Por ello, la SAP de Vizcaya (Sección 2ª) de 30 de abril de 2002 (JUR 2002,221980) ha llegado a admitir que la testifical del Notario no puede tener, por sí misma, más relevancia que la de otros testimonios vertidos en el procedimiento. En cambio, la SAP de Navarra (Sección 3ª) de 19 de septiembre de 2001 (JUR 2001,291684) afirma que “basta el testimonio del Notario que autorizó la escritura”, en una sentencia paradigmática pues la Audiencia falla basándose en la confianza que le confiere la declaración testifical del Notario, hasta el punto de que se niega la existencia de mala fe en la vendedora a la vista de las aclaraciones en sede judicial vertidas por el fedatario público. Obsérvese, por tanto, cómo una declaración testifical que puede llegar a no ser realizada, o excusada por deber de secreto, se transforma, en cambio, en una “testifical cualificada”<sup>(16)</sup> simplemente si se admite su práctica y el Notario no excusa su obligación de declarar.

### 3.- Casos especiales

Con ello, entramos en la última cuestión a tratar, cual es aquellos casos especiales en los que los deberes notariales de información y asesoramiento o el juicio de capacidad que emiten los Notarios en determinados negocios jurídicos hace muy aconsejable su declaración testifical, para esclarecer las circunstancias o los hechos concomitantes con relevancia jurídica.

1.- Así, en primer lugar, debe advertirse que la capacidad de obrar de las personas, esto la posibilidad de realizar válidamente en Derecho actos y negocios jurídicos, se presume, desde antiguo, en atención a una doble razón.

**Así, en primer lugar, debe advertirse que la capacidad de obrar de las personas, esto la posibilidad de realizar válidamente en Derecho actos y negocios jurídicos, se presume, desde antiguo, en atención a una doble razón.**

De una parte, el hecho que la modificación o limitación de la capacidad de obrar sólo alcanza la condición de estado civil de las personas en el momento en que se produce mediante sentencia firme y por las causas establecidas en la ley (art. 199 del Ce), es decir con carácter constitutivo. Y, de otra parte, por el principio de conservación de los negocios jurídicos (“favor negotii”) que, en cualquier caso, desplaza la carga probatoria de la incapacidad a quien la postula. En menor medida, en los negocios intervenidos por Notario la presunción de capacidad también se refuerza por el llamado juicio de capacidad notarial, dotándola, en principio, de una especial relevancia de incertidumbre.

Sin embargo, al tratarse de una presunción “iuris tantum” ninguna de las razones anteriores empecen la posibilidad de enervarla, incluso antes de que el presunto incapaz sea declarado como tal mediante sentencia judicial.

Así, como apunta la Sentencia del TS de 19 de noviembre de 2004, seguida, entre otras por las Sentencias del TS de 10 de noviembre de 2005 y 14 de febrero de 2006 y por las Sentencias de las AAPP de Guadalajara de 27 de abril de 2005 o de Madrid de 8 de mayo de 2007, es preciso distinguir entre incapacidad natural, a consecuencia de que el sujeto se encuentre en una situación física o psíquica que elimine su entendimiento y voluntad y le impida entender y querer el acto que realiza y la incapacidad resultante del estado civil de incapacitado, esto es, a la reducción de la capacidad de obrar, en la medida que en cada caso

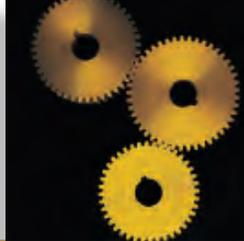
se determine (artículo 210 del Código Civil), por la concurrencia de alguna de las causas establecidas en la Ley (artículos 199 y 200 del Código Civil), mediante una sentencia judicial que la declare (artículo 199 del Código Civil) y constituya, así, un estado civil nuevo, el de incapacitado, desde cuyo momento los contratos que realice el sujeto, si entran en el ámbito de la restricción, serán anulables (artículos 1263.2 y 1301 del Código Civil).

Pese a ello, el hecho de que una persona no haya sido incapacitada no significa que sean válidos los actos que realice sin la capacidad natural precisa en cada caso, ya que no cabe considerar existente una declaración de voluntad contractual cuando falte en el declarante la razón natural, cuya carencia excluye la voluntad negocial e impide que lo hecho valga como declaración.

Todo ello, claro está, sin perjuicio de que, al presumirse la capacidad del no incapacitado judicialmente, la falta de capacidad natural deba probarse cumplidamente, en base a lo cual, la Jurisprudencia ha destacado de modo reiterado la validez de los actos ejecutados por el incapaz antes de que su incapacidad sea judicialmente declarada (o aunque no lo sea nunca), a menos que, concreta y específicamente, se obtenga la declaración de nulidad del acto de que se trate.

Habiendo concluido el Alto Tribunal en la sentencia mencionada de 19 de noviembre de 2004 que la declaración de la nulidad de un contrato celebrado por una persona que se estimó probado carecía de capacidad natural, no infringió el artículo 210 del Código Civil, aunque no hubiera sido previamente declarada incapaz por resolución judicial, dado que, como se ha dicho, la causa de la nulidad no fue el estado civil de la contratante, sino la demostración de una falta de entendimiento y voluntad que son precisos para consentir, destruida con prueba bastante la presunción iuris tantum de la capacidad de obrar de que se trata.

Añadiéndose, que, aún en el supuesto de que el contrato declarado nulo hubiese sido otorgado ante Notario, el cual viene obligado a efectuar un previo enjuiciamiento sobre la capacidad natural de los otorgantes<sup>(17)</sup>.



Dicha apreciación, sin embargo, no puede tener la consideración de definitiva o inatacable, pues no está amparada por la fe pública, de forma que, como tiene declarado el Tribunal Supremo, la aseveración notarial respecto de la capacidad de los contratantes, constituye una presunción *iuris tantum*, que admite prueba en contrario.

En todo caso, la carga de demostrar que los negocios se han otorgado en un pretendido "intervalo lúcido" corresponde a quien lo alega, precisamente por haber quedado ya destruida la presunción de capacidad (por todas, la Sentencia de la Sección 14 de la Audiencia Provincial de Barcelona de 15 de julio de 2004).

La casuística es ingente y la respuesta judicial es diversa.

Así, en ocasiones se ha confirmado la capacidad natural de una testadora que, un año después de testar, fue incapacitada judicialmente, basándose la Sentencia 394/2016, de 24 de noviembre, de la Sección 16 de la AP de Barcelona (JUR 2018,22945) en el juicio notarial y su posterior declaración testifical, aún admitiendo que el Notario no recordaba con precisión las circunstancias concretas del otorgamiento y que, al no constar en ese momento una declaración judicial de incapacitación, el fedatario optó por no designar a dos facultativos.

En otros casos, en cambio, el juicio de capacidad notarial y la presunción de validez de dicho juicio se han enervado en sede judicial, incluso sin necesidad de la testifical del Notario autorizante del testamento. Este fue el caso, muy relevante pues considera ilógica y arbitraria la prueba practicada en la instancia, de la Sentencia de la Sección 1ª de la Sala de lo Civil y Penal del TSJ de Catalunya 25/2014, de 4 de abril que, literalmente, advierte que el Notario, por muy importante que sea su función, no puede suplir la falta de capacidad natural de quien ya no la ostentaba en el momento del otorgamiento<sup>(18)</sup>.

2.- Por último, y en relación con los deberes de información, la testifical de los Notarios puede reconfigurarse como una prueba básica a efectos de valorar la transparencia e información de las cláusulas de un préstamo hipotecario, a partir de la Sentencia de la Sala I del Tribunal Supremo de 9 de marzo de 2017 (casación número 2223/2014).

En efecto, en una primera fase, la testifical de los Notarios en este tipo de litigios era normalmente inadmitida, sobre la base de la doctrina ya sentada por el propio Tribunal Supremo (entre otras, Sentencia núm. 464/2014, de 8 de septiembre- RJ 2014,4660-), en cuya virtud la lectura de la escritura y las advertencias notariales no podían suplir el cumplimiento del deber de transparencia que recae sobre la entidad bancaria frente a los consumidores, añadiéndose que el momento de la escritura no era el adecuado para que el consumidor pudiera revocar una decisión adoptada previamente sobre una información incorrecta, desvinculando totalmente la intervención notarial del enjuiciamiento sobre el deber de transparencia (Sentencia núm. 138/2015, de 24 de marzo).

(...) la Sentencia de 9 de marzo de 2017 confirma el criterio de las dos instancias anteriores en cuanto a la validez de una cláusula suelo, sobre la base de la prueba testifical del Notario autorizante, que declaró haber informado y advertido a los contratantes de la existencia y funcionamiento de la cláusula de variación del tipo de interés.

Sin embargo, como decimos, la Sentencia de 9 de marzo de 2017 confirma el criterio de las dos instancias anteriores en cuanto a la validez de una cláusula suelo, sobre la base de la prueba testifical del Notario autorizante, que declaró haber informado y advertido a los contratantes de la existencia y funcionamiento de la cláusula de variación del tipo de interés. Este hito jurisprudencial, en lo relativo a la transparencia de la información y la protección de los consumidores puede determinar un giro copernicano en la utilidad y pertinencia de la prueba testifical notarial, en especial sobre los hechos concomitantes al otorgamiento del documento<sup>(19)</sup>.

Por último y a modo de conclusión, coincidimos con la opinión de VALLS GUMBAU<sup>(20)</sup> que aporta unos criterios de práctica judicial sobre la admisión de la prueba testifical de los Notarios y que, al margen de los casos especiales ya analizados, se podría resumir en las siguientes pautas:

La solución de admitir la prueba testifical del Notario, citarlo y después, en el acto de juicio, repeler las preguntas que afecten a sus deberes de secreto, no es la adecuada.

Por tanto, cuando en la audiencia previa se solicite su testifical y se indique, como exige el art. 362 de la LEC, su profesión y que se le ha de citar como Notario, el Juez debería pedir a las partes cuál es el objeto de dicha declaración.

Si lo fuera para ratificarse en lo recogido en el documento público o sobre extremos atinentes al ejercicio de la fe pública, la prueba debe inadmitirse por inútil.

Con ello se concilian el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva con otros principios que, aun siendo de menor entidad, también deben tenerse en cuenta en el proceso civil, como son los de economía procesal y celeridad.

#### Índice sistemático de jurisprudencia y doctrina registral:

*Sobre los supuestos en los que el Notario debe excusar su declaración por el deber de secreto*

Resolución de la Dirección General de los Registros y el Notariado de 6 de junio de 2014.

*Sobre las diferentes actuaciones que integran la función notarial*

Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de noviembre de 2007.

*Sobre la relevancia de la testifical del Notario sobre los hechos concomitantes a la redacción del documento público*

SAP VIZCAYA, SECC.2ª, de 30 de abril de 2002.

SAP NAVARRA, SECC. 3ª, núm. 236/2001, de 19 de septiembre.

*Sobre la importancia de la testifical del Notario para valorar la capacidad del testador*

SAP BARCELONA, SECC.16ª, núm. 394/2016, de 24 de noviembre.

Sentencia de la Sala de lo Civil y Penal del TSJ de Catalunya, Secc.1ª, núm. 25/2014, de 4 de abril.

*Sobre la utilidad de la prueba testifical del Notario para apreciar el cumplimiento de los deberes de información y transparencia en los contratos con consumidores.*

Sentencia del Tribunal Supremo, núm. 464/2014, de 8 de septiembre.

Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de marzo de 2017.

## Extracto relevante de jurisprudencia:

SAPVIZCAYA, SECC.2ª, de 30 de abril de 2002

### PRIMERO

El recurrente ha insistido mucho en la práctica de la testifical del notario que levantó el acta presencial pero como se argumentó esta Sala en resoluciones anteriores tal prueba era innecesaria. Ya consta en autos el acta y en todo caso el notario acudió una hora más tarde al lugar de los hechos.

El recurrente pretende sustituir la valoración de prueba del juzgador por la suya propia sin duda interesada, pero lo cierto es que no se aprecia que por el juzgador de instancia se haya incurrido en error o que su interpretación de los hechos sea absurda o arbitraria y habiendo gozado de la intermediación en su práctica, con cuyos beneficios no se cuenta en esta alzada, no procede sino desestimar las alegaciones del apelante.

SAP NAVARRA, SECC.3ª, núm. 236/2001, de 19 de septiembre

### TERCERO

Así las cosas cabe examinar el contrato de compraventa de la vivienda y hay que poner de manifiesto en primer lugar que los actores ya sabían perfectamente que era lo que compraban; y está acreditado que tenían perfecto conocimiento de que la vivienda que era objeto del contrato de la compraventa estaba inscrita en el registro a nombre de un tercero y que la vendedora no era su actual titular registral, y no obstante saber esto y haber sido advertidos por el notario autorizante de la escritura, que se acredita con su declaración testifical en autos, de que la vendedora no era la titular registral, de que estaba pendiente de ratificar la renuncia a aquella herencia, adjudicación y aceptación de herencia en virtud de la cual se adjudicó la vivienda a la vendedora consintieron en llevar a efecto la

compraventa [véase la declaración testifical del notario autorizante de la escritura quien no solamente puso de manifiesto en la propia escritura que el titular registral no era la vendedora, sino que declara que firmaron la escritura porque conocía la situación de la finca, y estuvieran hablando de los medios de solucionar la falta de inscripción del título previo, y firmaron los vendedores conscientes de esta situación, sin que exista ningún dato objetivo para dudar de su veracidad de lo que manifestó en prueba testifical (folio 419)].

Las advertencias realizadas por el notario en el momento de firma de la escritura, ponen de manifiesto la buena fe de la vendedora y en todo caso dinamita la posible mala fe que pudiera derivarse del hecho de que en confesión judicial reconociera que no era la propietaria de la vivienda en cuanto que no se produjo la ratificación de aquella renuncia.

**(...) hay que concluir que el título de la vendedora era un título válido, cuestión distinta es que el título hereditario estuviera viciado, lo cual es otra cuestión completamente distinta, pero la compraventa es válida y el título de la vendedora es apto para transmitir el dominio *ad usucapionem*.**

Expuesto lo anterior hay que concluir que el título de la vendedora era un título válido, cuestión distinta es que el título hereditario estuviera viciado, lo cual es otra cuestión completamente distinta, pero la compraventa es válida y el título de la vendedora es apto para transmitir el dominio *ad usucapionem* (art. 1.940 y siguientes del Código Civil y 357, 358 y 397 del Fuero Nuevo).

La advertencia que realizó el notario sobre el titular registral y que pendía de ratificar aquellas renunciaciones impide que los compradores puedan resolver el contrato de compraventa al amparo del art. 1.124 del Código Civil; es cierto que el vendedor está obligado en virtud del art. 1.461 y siguiente a entregar la cosa vendida en virtud del cual se adquiere la propiedad mediante la *traditio*.

SAP BARCELONA, SECC.16ª, núm. 394/2016, de 24 de noviembre.

### TERCERO

La sentencia del tribunal de casación catalán de 8 de mayo de 2014, que se remite a la de 27 de septiembre de 2007 y a la ya mencionada de 17 de octubre de 2011, reafirma la presunción de capacidad que deriva de la intervención notarial (por más que admita la conveniencia de actualizar el régimen de comprobación de capacidad previsto en el artículo 167 del Reglamento notarial) y desecha, por contraria a la ley, la formulación de una presunción general de falta de capacidad natural respecto de las personas de edad provectora o afectas de patologías neurológicas graves, sin perjuicio -añade- de la operatividad de los instrumentos específicos de protección de las personas más vulnerables regulados, entre otros, en el libro segundo del Código Civil de Cataluña.

### CUARTO

La declaración de Martina, hija de Bartolomé y por tanto sobrina de la testadora, refrendó algunas de las apreciaciones anteriores, en particular cuando aseveró que su tía Elena sufrió un golpe moral muy importante con ocasión del fallecimiento -en julio de 2009- de su hija Gregaria, afecta de una minusvalía desde la infancia; a partir de ese instante Elena, en opinión de su sobrina, perdió la ilusión de vivir ("es va deixar anar", apuntó aquella), con lo que estaba describiendo más la devastación anímica provocada por un hecho doloroso que una afectación neurológica (de hecho, la testigo declaró que su tía Elena en la última época de su vida -falleció tres años después de testar- aún le reconocía, si bien en ocasiones la confundía con su hermana Adelina). Y también cuando fue incapaz de explicar las circunstancias y periodicidad de las visitas de Víctor Manuel a su hermana Elena, lo que corrobora la inexistencia de trato personal entre ambos y explica a su vez la libre designa de herederos efectuada por Elena en su testamento de junio de 2010: atribuyó su único bien conocido (la vivienda de Sant Celoni) en una mitad para uno de sus hermanos, con exclusión del segundo hermano de quien afirmó -ante un juez, en marzo de 2011- que pretendía "poderse quedar con el piso", y la otra mitad para la mujer que le asistía a su completa satisfacción ("me trata bien", le contó al mismo juez) y su esposo.



En último término, el notario autorizante, pese a no recordar las circunstancias concretas del otorgamiento ahora litigioso, revalidó en su declaración testifical el juicio de capacidad de la testadora que le llevó a autorizar el testamento de 8 de junio de 2010.

En definitiva, cuanto antecede refrenda la aseveración notarial de capacidad de la testadora contenida en el negocio de última voluntad en litigio, por cuanto la prueba practicada muestra que sí bien Elena padecía en junio de 2010 un deterioro cognitivo de cierta importancia -calificado médicamente de "moderadamente grave" nueve meses después-, ello no le privaba de la capacidad natural para "comprender y querer", tal es la esencia de esa capacidad conforme resalta la citada STSJC de 8 de mayo de 2014, la voluntad *mortis causa* libremente declarada por ella ante notario, máxime cuando el contenido de esa declaración de voluntad carecía de complejidad alguna (institución de heredero en favor de tres personas físicas).

Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de marzo de 2017

En una acción individual como la presente, el juicio sobre la transparencia de la cláusula no tiene por qué atender exclusivamente al documento en el cual está inserta o a los documentos relacionados, como la previa oferta vinculante, sino que pueden tenerse en consideración otros medios a través de los cuales se pudo cumplir con la exigencia de que la cláusula en cuestión no pasara inadvertida para el consumidor y que este estuviera en condiciones de percatarse de la carga económica y jurídica que implicaba.

En este sentido, en la contratación de préstamos hipotecarios, puede ser un elemento a valorar la labor del notario que autoriza la operación, en cuanto que puede cerciorarse de la transparencia de este tipo de cláusulas (con toda la exigencia de claridad en la información que lleva consigo) y acabar de cumplir con las exigencias de información que subyacen al deber de transparencia.

6. En el presente supuesto, la Audiencia tuvo en cuenta la citada doctrina jurisprudencial y llevó a cabo el control de transparencia a la vista de la prueba practicada. Las razones vertidas en la

sentencia recurrida corroboran que el control de transparencia respetó la jurisprudencia.

Los hechos acreditados en la instancia ponen en evidencia que la cláusula está introducida y ubicada dentro del contrato de tal forma que no aparece enmascarada ni se diluye la atención del contratante entre otras cláusulas, «sino que se muestra como una cláusula principal del contrato que expresa con meridiana claridad el contenido de la misma que no es otro que los límites al tipo de interés, señalando como límite inferior el 3% nominal anual, que aparecía resaltado en negrilla».

Se añade, a continuación, que la prueba practicada acredita que la cláusula fue negociada individualmente entre los demandantes y la Caja Rural, como lo muestra que se aplicó como suelo un tipo inferior al que venía usando la entidad, y que la notario que autorizó la escritura expresamente advirtió a los contratantes de la cláusula de variación del tipo de interés.

A la vista de lo anterior, la sentencia recurrida concluye que los demandantes «conocían con precisión el alcance y las consecuencias de la aplicación de la referida "cláusula suelo", que negociaron individualmente y terminaron por aceptar en uso de su autonomía negocial».

## NOTAS

(1) Respuesta de Marcos Mas Rauchwerk.

(2) Dicho precepto advierte que "Los Notarios no permitirán tampoco sacar de su archivo ningún documento que se halle bajo su custodia por razón de su oficio, ni dejarán examinarlo en todo ni en parte, como ni tampoco el protocolo, no precediendo decreto judicial, sino a las partes interesadas con derecho adquirido, sus herederos o causa-habientes. En los casos, sin embargo, determinados por las leyes, y en virtud de mandamiento judicial, pondrán de manifiesto en sus archivos el protocolo o protocolos a fin de extender en su virtud las diligencias que se hallen acordadas"

(3) Supuesto en el que se precederla al cotejo de documentos públicos, de conformidad con el art. 320 de la LEC.

(4) En la que la Notaria había incluido manifestaciones a título propio, incorporando el contenido de conversaciones telefónicas y correspondencia por mail.

(5) Aunque no es decartable que la testifical del Notario pueda proponerse en los juicios verbales de impugnación de calificaciones registrales, que lo son por razón de la materia, ya sea por vía de impugnación directa o después del recurso gubernativo potestativo ante la DGRN, en cuyo caso podría plantearse la testifical del Notario que intervino en el documento que fue calificado negativamente por el Registrador. De hecho, el art. 327.4 de la Ley Hipotecaria prevé el emplazamiento de todos cuanto aparezcan como interesados, interés legítimo que permite la comparecencia como interviniente del Notario, aunque en tal caso, por mor del art. 13 de la Lec, su posición es la de parte procesal legítima, como demandante o demandado.

(6) En este caso, el art. 348.h) del Reglamento Notarial tipifica como muy grave la infracción consistente en "el incumplimiento del deber de fidelidad a la Constitución en el ejercicio de la profesión", y es evidente que la revelación por el Notario de actuaciones que afecten al honor o la intimidad de las personas puede comprometer este principio.

(7) La solución adecuada, curiosamente, nos la proporcionaba la LEC de 1881, que tanto en el juicio de menor cuantía como en el de mayor cuantía exigía la presentación de una lista cerrada de preguntas y repreguntas que podían ser aceptadas o denegadas por el Juez, lo que permitía analizar hasta qué punto el profesional con deber de guardar secreto quedaba comprometido en su declaración. En cambio, con la LEC actual no existe este listado y, a lo sumo, una vez admitida la prueba y comparecido el Notario, el Juez podría ir repeliendo las preguntas que considerare impertinentes o inútiles (art. 372 LEC). 'En esta línea, se enmarca el trabajo de PURIFICACIÓN PUJOL CAPILLA, "Presencia de Notario como testigo en el proceso civil: contraria a su estatuto profesional-funcionario y a la legislación vigente", El Notario del Siglo XXI, nº 75, pp. 158 a 162, septiembre-octubre 2017.

(8) Art. 1247.5 del ce, hoy derogado.

(9) Aunque no deberíamos descartar, en abstracto, la iniciativa probatoria del Juez, ex. art. 429.1.11 de la LEC.

(10) Es un tercero que conoce o tiene noticia de hechos controvertidos que afectan al objeto litigioso.

(11) Así lo entendió la SAP de Cádiz (Sección 8ª) de 19 de diciembre de 2002 (JUR 2003,85959), que admitió la excusa de un profesional que alegó la dificultad del desplazamiento por la distancia entre su domicilio profesional y la sede del Juzgado.

(12) VALLS GUMBAU, Francisco, "La declaración testifical del Notario en el proceso civil", Seminario de jueces y notarios, Colegio Notarial de Cataluña, Ed. Marcial Pons, 2011, pp. 21 a 34.

(13) Hoy en día y tras la reforma del art. 24 de la Ley del Notariado por la Ley 36/2006, de medidas para la prevención del fraude fiscal, la cuestión es aún más clara, pues ha desaparecido el concepto de “precio confesado”, debiendo el Notario identificar los medios de pago empelados por las partes cuando la contraprestación de la operación consista, en todo o en parte, en dinero o signo que lo represente, so pena de no poder acceder al Registro la escritura pública

(14) El caso típico es el de la nulidad de los testamentos o actos lucrativos *inter vivos*, en los que se cuestiona por falta de capacidad del testador o donante, o la simple concurrencia de un vicio del consentimiento.

(15) Así la consideró la SAP de Asturias (Sección 6ª) de 14 de julio de 2003 (JUR 2003,234926).

(16) El art. 167 del Reglamento Notarial advierte que “El Notario, en vista de la naturaleza del acto o contrato y de las prescripciones del Derecho sustantivo en

*orden a la capacidad de las personas, hará constar que, a su juicio, los otorgantes, en el concepto con que intervienen, tienen capacidad civil suficiente para otorgar el acto o contrato de que se trate.”* Por su parte, el art. 421-7 del Libro IV del Código Civil de Catalunya, en sede testamentaria, señala que “El Notario debe identificar al testador y apreciar su capacidad legal en la forma y con los medios que establece la legislación notarial”, mientras que el art. 421-9 prevé la posibilidad o la opción de que, si el testador no está incapacitado judicialmente, el Notario, al apreciar su capacidad, pueda designar dos facultativos que certifiquen, si fuera el caso, la plena capacidad o lucidez del testador en el momento del otorgamiento.

(17) Por obvia que parezca tal conclusión, debe advertirse que el caso enjuiciado y casado por el Tribunal Superior era singular, pues se trataba de un testamento otorgado por persona de edad que ya estaba en proceso de incapacitación, sin que esta circunstancia hubiera sido revelada al Notario en el momento del otorgamiento que,

además, no consideró necesaria la presencia de facultativos. Curiosamente, este hecho (el proceso de incapacitación ya iniciado) no se desprende de la testifical del Notario, que no se pidió en la instancia, sino, de unas notas subjetivas que elaboró el propio Notario el día del otorgamiento y en las que no aparecía esta circunstancia.

(18) En esta misma línea, la Sentencia del Tribunal Supremo número 350/2018, de 7 de junio, advierte que “La conclusión de que la simple intervención del notario supone la superación del control de transparencia es incompatible con el hecho de que la jurisprudencia de este tribunal sobre el control de transparencia de la cláusula suelo se refiera en todos los casos a préstamos hipotecarios, documentados en escrituras notariales”, dando a entender que se necesita algo más, quizás la prueba testifical del Notario autorizante, para advenir el cumplimiento del deber de transparencia.

(19) Obra ya citada.

# Sentencias del Tribunal Supremo

Fechadas desde julio a diciembre de 2018

Redacción Lefebvre

## NOTARIOS

### Calificación registral negativa. Impugnación notario

*Ref. EDE: 2018/645264, STS Sala 1ª Pleno. S. 22 noviembre 2018, rec. 600/2016. Ponente: D. Ignacio Sancho Gargallo*

RESUMEN: Calificación registral negativa. Impugnación por notario autorizante. La Sala del TS explica que la registradora ha sobrepasado los límites del procedimiento que debe seguir para calificar. A la misma le está vedado valorar el juicio de suficiencia del poder que había hecho el notario (FJ 2).

ITER PROCESAL: El juzgado estimó la demanda formulada frente a la nota de calificación del Registro, declarándola no ajustada a derecho. En segunda instancia se desestima el recurso de apelación, manteniendo la estimación de la demanda y se estima el del Abogado del Estado al entender la excepción de falta de legitimación pasiva de la Dirección General de los Registros y del Notariado. El TS desestima el recurso de casación al no apreciar la infracción denunciada.

## CONSUMIDORES Y USUARIOS

### Abusividad de cláusulas en contratos

*Ref. EDE: 2018/628806, STS Sala 1ª de 13 noviembre 2018, rec. 3242/2015. Ponente: D. Rafael Sarazá Jimena*

RESUMEN: Abusividad de cláusulas en contratos de transporte aéreo de pasajeros. El TS confirma la nulidad, por abusivas, de varias

cláusulas generales contempladas en los contratos de transporte aéreo de una compañía. Entre ellas la que facultaba a la empresa para modificar las condiciones del transporte contratado "en caso de necesidad" por ser excesivamente genérica e imprecisa y poder favorecer injustificadamente la posición contractual de la compañía aérea en caso de incumplimiento de las condiciones del contrato de transporte aéreo concertado, en detrimento del consumidor (FJ 2 y 3).

ITER PROCESAL: El juzgado declaró nulas, por abusivas parte de las cláusulas de contrato de transporte aéreo. En segunda instancia se mantiene la nulidad de dichas cláusulas. El TS desestima el recurso de casación interpuesto por la compañía aérea al entender que existe en la contratación desequilibrio de derechos y obligaciones contrarias a la buena fe.

### Asesoramiento defectuoso por entidad de inversión

*Ref. EDE: 2018/589824, STS Sala 1ª de 5 octubre 2018, rec. 3921/2015. Ponente: D. Pedro José Vela Torres*

RESUMEN: Asesoramiento defectuoso por entidad de inversión. Indemnización. La Sala del TS concluye que no procede indemnización alguna derivada del mal asesoramiento financiero de la entidad bancaria. El daño económico sufrido por los adquirentes, que es lo que debe ser resarcido, se contrae a la pérdida neta sufrida en su inversión, que aquí no se produjo (FJ 3).

ITER PROCESAL: El juzgado estima la demanda de un cliente frente a entidad bancaria y manda indemnizarle por daños y en concepto de responsabilidad contractual por mal asesoramiento financiero. En segunda instancia se pronuncia la AP respecto a la condena en

costas que le carga en exclusiva al banco. El TS estima el recurso de casación interpuesto por la entidad bancaria y señala que no existió perjuicio patrimonial indemnizable ni restitución favorable a los demandantes.

## Comunicación de infracciones del Reglamento sobre abuso de mercado

*Ref. EDE: 2018/121138, STJUE Sala 7ª, de 4 octubre 2018, nº C-599/2017*

RESUMEN: Incumplimiento de España por no transponer la Directiva de comunicación de infracciones del Reglamento sobre el abuso de mercado. El TJUE declara el incumplimiento de España por no haber adoptado, dentro del plazo fijado, las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a la Directiva de comunicación de infracciones del Reglamento sobre el abuso de mercado y al no haber notificado a la Comisión el texto de las disposiciones adoptadas para garantizar su transposición (FJ 13-24).

ITER PROCESAL: Se plantea el incumplimiento por parte de España de la transposición formal de la Directiva de comunicación de infracciones del Reglamento sobre el abuso de mercado. El Reino de España reconoció no haber llevado a cabo todos los trámites exigidos antes del plazo exigido, no obstante, considera que los trámites para el cumplimiento están "en fase de realización". El TJUE señala que no se deduce de las limitadas explicaciones facilitadas por el Reino de España al Tribunal de Justicia que las medidas administrativas invocadas constituyan una transposición satisfactoria de la Directiva.

## DERECHO AL HONOR

### Libertad de expresión y derecho al honor. Redes sociales

*Ref. EDE: 2018/524557, STS Sala 1ª Pleno de 20 julio 2018, rec. 2355/2017. Ponente: D. Rafael Sarazá Jiménez*

RESUMEN: Libertad de expresión y derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen. Legitimidad de la crítica sarcástica en redes sociales. El Pleno de la Sala Primera del TS descarta la intromisión ilegítima en el derecho al honor del demandante por determinados comentarios e imágenes publicados en una red social, que son opiniones, comentarios sarcásticos y críticas, en relación con hechos veraces, sobre una cuestión que presenta un cierto interés general, sin emplear expresiones insultantes o vejatorias (FJ 3). Tampoco aprecia intromisión en el derecho a la propia imagen pues la prestación del consentimiento para la publicación de la propia imagen en Internet conlleva el consentimiento para la difusión de esa imagen cuando tal difusión, por sus características, sea una consecuencia natural del carácter accesible de los datos e imágenes publicados (FJ 7). En cambio, la información sobre la situación de baja laboral del demandante y las conjeturas sobre la enfermedad causante de la baja constituyen una intromisión ilegítima en su derecho a la intimidad personal (FJ 5).

ITER PROCESAL: El juzgado desestimó la demanda contra el derecho al honor por manifestaciones en una red social. La AP desestima el recurso interpuesto por la demandante. El TS desestima el recurso de casación, en cuanto a que no encuentra intromisión ilegítima en

el derecho al honor, en cambio, entiende que sí existe una intromisión ilegítima en su derecho a la intimidad personal.

*Ref. EDE: 2018/585036, STS Sala 1ª de 28 septiembre 2018, rec. 2805/2017. Ponente: D. Rafael Sarazá Jimena*

RESUMEN: Protección del derecho al honor. Expresiones profesadas en un mail dirigido al afectado. Expresiones en Facebook. Ausencia de intensidad ofensiva suficiente para constituir una intromisión ilegítima en el derecho al honor. Concepción pragmática del lenguaje, uso de expresiones hiperbólicas en un mensaje privado. El TS manifiesta que en un contexto de enfrentamiento las expresiones utilizadas en un correo electrónico, sin duda ofensivas por su significado, aisladamente consideradas pierden su carácter ofensivo y se consideran proporcionadas con la crítica que se pretende en contextos de enfrentamiento, utilizando un lenguaje hiperbólico y efectista. En una red social, el uso de un tono sarcástico, la referencia a la condición profesional del afectado o tildarle de «eminente», pueden resultar expresiones molestas para este, pero no tienen la intensidad ofensiva suficiente para constituir una intromisión ilegítima en un derecho fundamental, como es el derecho al honor (FJ 3).

ITER PROCESAL: En primera instancia se desestimó la demanda contra la intromisión ilegítima contra el derecho al honor. La AP desestimó, igualmente, el recurso de apelación. El TS desestima el recurso de casación y señala que fue correcto el resultado de la ponderación entre la libertad de expresión del demandado y el derecho al honor del demandante, que no ha sufrido una intromisión ilegítima susceptible de provocar la condena del demandado.

## APROVECHAMIENTO POR TURNO DE BIENES INMUEBLES

### Nulidad de los contratos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles

*Ref. EDE: 2018/585089, STS Sala 1ª de 28 septiembre 2018, rec. 533/2018. Ponente: D. Eduardo Baena Ruiz*

RESUMEN: Aprovechamiento por turno de bienes inmuebles. Nulidad: efectos sobre el contrato de préstamo vinculado. El TS determina que la nulidad de los contratos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles conduce a la declaración de nulidad de los contratos de préstamo celebrados para su financiación, teniendo su fundamento en la protección de los derechos de los consumidores, no quedando reservado dicho efecto, a los supuestos de ejercicio de los derechos de desistimiento y resolución contractual (FJ 5 y 6).

ITER PROCESAL: En primera instancia se desestimó la demanda relativa a la acción sobre nulidad del contrato de aprovechamiento por turnos de bienes inmuebles, así como sobre la nulidad del préstamo bancario celebrado con la entidad bancaria. La AP estimó parcialmente el recurso de apelación declarando nulo el contrato de aprovechamiento por turnos de bienes inmuebles. El TS estima el recurso de casación y declara la nulidad del contrato de préstamo bancario.



## CONTRATO DE SEGURO

### Declaración del riesgo conforme al cuestionario: deber de contestación.

*Ref. EDE: 2018/597996, STS Sala 1ª de 10 octubre 2018, rec. 2833/2015. Ponente: D. Francisco Marín Castán*

RESUMEN: Contrato de seguro. Declaración del riesgo conforme al cuestionario: deber de contestación. El TS determina que el deber de declaración del riesgo que pesa sobre el tomador del seguro se considera como un deber de contestación o respuesta a las preguntas realizadas por la aseguradora a través del cuestionario presentado, de modo que la aseguradora habrá de asumir las consecuencias que se deriven de la presentación de un cuestionario incompleto, ambiguo, genérico o poco claro (FJ 6).

ITER PROCESAL: El asegurado promueve litigio contra su aseguradora tras habersele reconocido una invalidez permanente absoluta que se encontraba cubierta por el seguro concertado, reclamación desestimada en ambas instancias. El TS estima el recurso de casación y condena a la demandada al pago de la cantidad solicitada por el asegurado, más intereses legales.

## RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL

### Responsabilidad patrimonial ayuntamiento. Quantum indemnizatorio

*Ref. EDE: 2018/576040, STSJ Illes Balears Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sec. 1ª de 24 julio 2018, rec. 25/2018. Ponente: Dª María del Carmen Frigola Castillón*

RESUMEN: Responsabilidad patrimonial ayuntamiento. Quantum indemnizatorio. El TSJ declara que, la responsabilidad patrimonial debe cubrir todos los daños y perjuicios sufridos hasta conseguir la reparación integral de los mismos, y con ello la indemnidad del derecho subjetivo o del interés lesionado (FJ 5). La indemnización de lucro cesante se debe apreciar de modo prudente y restrictivo y no como una mera posibilidad de dejar de obtener unos beneficios (FJ 3).

ITER PROCESAL: En primera instancia se estimó parcialmente el recurso contencioso administrativo interpuesto contra la desestimación por silencio administrativo de la reclamación de responsabilidad patrimonial interpuesta ante un ayuntamiento y reconoció el derecho de la recurrente a ser indemnizada. El TSJ revoca la sentencia únicamente en cuanto al extremo relativo a la indemnización que corresponde a la actora por el concepto de lucro cesante.

## PODER JUDICIAL

### Presentación telemática de escritos

*Ref. EDE: 2018/522639, STS Sala 3ª, Sec. 6ª de 16 julio 2018, rec. 12/2017. Ponente: D. José Manuel Sieira Míguez*

RESUMEN: Poder judicial. Juzgados. Presentación telemática de escritos y documentos. Sistema de notificaciones judiciales por

vía LEX NET. El TS establece que la LEC prescribe la obligatoriedad del empleo de sistemas telemáticos o electrónicos existentes en la Administración de justicia, respecto de todos los profesionales de la justicia, los cuales están obligados al empleo de los sistemas telemáticos o electrónicos existentes en la Administración de Justicia para la presentación de escritos, iniciadores o no, y demás documentos. Es posible que en la aplicación del sistema surjan fallos, pero esos fallos nunca deberán producir indefensión en el justiciable, para lo que la propia Ley establece ya prevenciones legales y, en cada caso concreto, puede argüirse lo que sea preciso ante el órgano judicial actuante si alguno de esos fallos se produjera o reprodujera (FJ 4).

ITER PROCESAL: Se desestima el recurso de alzada interpuesto por un letrado contra el acuerdo del Magistrado-Juez Decano de Madrid, relativo a la presentación de escritos y documentos por medios telemáticos y electrónicos ante los distintos servicios comunes de registro y reparto de los juzgados de Madrid, poniendo fin al sistema de "doble vía" -telemática y papel- de presentación de escritos iniciadores y de trámite. El TS establece la obligatoriedad del empleo de sistemas telemáticos o electrónicos.

## AGUAS

### Licencia

*Ref. EDE: 2018/623062, STSJ Región de Murcia Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sec. 2ª de 24 septiembre 2018, rec. 469/2017. Ponente: D. Ángel Abel Sáez Doménech*

RESUMEN: Aguas. Licencia. El TSJ declara que, los aprovechamientos que estuvieran actualmente en explotación y pudieran acreditar su existencia con anterioridad al 21 de agosto de 1998, se podrán regularizar con cargo a los recursos de la cuenca que vinieran utilizando, siendo necesario acreditar la existencia del sondeo antes de dicha fecha, que estaba en explotación, y la superficie que se regaba y el caudal empleado al efecto (FJ 5).

ITER PROCESAL: La actora interpone contencioso-administrativo contra la resolución dictada por el Presidente de la Confederación Hidrográfica del Segura, Ministerio de Agricultura y Pesca, Alimentación y Medio Ambiente, que deniega la solicitud de regularización de un sondeo para uso agrícola. El TSJ desestima el recurso contencioso-administrativo confirmando la resolución recurrida.

## DERECHO AL OLVIDO

### Derecho a la autodeterminación informativa de los ciudadanos

*Ref. EDE: 2018/505005, STC Sala 1ª, de 4 junio 2018, rec. 2096/2016. Ponente: Dª María Luisa Balaguer Callejón*

RESUMEN: Utilización de nombres propios como criterio de búsqueda en hemeroteca digital. Puede vulnerar el "derecho al olvido". El TC declara que utilizar nombres propios como criterio de búsqueda y localización de noticias en una hemeroteca digital puede vulnerar el "derecho al olvido". La universalización del acceso a las hemerotecas,

como la universalización del acceso a la información a través de los motores de búsqueda, multiplica la injerencia en los derechos a la autodeterminación informativa y a la intimidad de los ciudadanos. En la resolución de este conflicto hay que tener en cuenta el equilibrio entre las libertades informativas y el derecho a la autodeterminación informativa, donde juega un papel importante el efecto del paso del tiempo sobre la función que desempeñan los medios de comunicación y, sobre la doble dimensión, informativa o investigadora, de esa función (FJ 7 y 8).

**ITER PROCESAL:** Se interpone recurso de amparo frente a una sentencia del TS que decretaba la casación parcial de una sentencia de una AP declarándola sin valor ni efecto alguno en los pronunciamientos relativos a la supresión de los datos personales de las personas demandantes en el código fuente de la página web, y a la prohibición de indexar los datos personales para su uso por el motor de búsqueda interno de la hemeroteca digital gestionada por la demandada. El TC estima el recurso de amparo y declara que se ha vulnerado el derecho de las personas demandantes de amparo al honor e intimidad y a la protección de sus datos personales.

## CONFLICTOS DE COMPETENCIA

### Competencia de las Comunidades Autónomas

*Ref. EDE: 2018/515745, STC Pleno, de 5 julio 2018, rec. 1866/2016. Ponente: D. Alfredo Montoya Melgar*

**RESUMEN:** Corresponde a las CCAA otorgar la acreditación de los enfermeros para prescribir medicamentos y productos sanitarios. Conflicto positivo de competencia. El TC declara que el establecimiento de los títulos, de las competencias y de la formación exigida para la obtención de la capacitación profesional de enfermero, forma parte de la competencia estatal básica en materia de sanidad ya que tales condiciones han de ser uniformes e iguales para todos los profesionales en todo el territorio español. Sin embargo, no sucede lo mismo con el acto de comprobación del cumplimiento de tales condiciones, que tiene naturaleza ejecutiva y, en consecuencia, forma parte de las competencias autonómicas en materia sanitaria (FJ 4).

**ITER PROCESAL:** El presente proceso constitucional tiene por objeto resolver el conflicto positivo de competencia interpuesto por el Consejo de Gobierno de Andalucía en relación con los arts. 1.1.c); 2.2; 3.2; 8.1; 10; los apartados 1 y 3 de la disposición transitoria única; los apartados Dos y Cuatro de la disposición final cuarta; y el anexo II de Real Decreto 954/2015, de 23 de octubre, por el que se regula la indicación, uso y autorización de dispensación de medicamentos y productos sanitarios de uso humano por parte de los enfermeros. El TC estima parcialmente el presente conflicto positivo de competencias y señala que aunque el establecimiento de los títulos, de las competencias y de la formación exigida para la obtención de la capacitación profesional de enfermero, forma parte de la competencia estatal básica en materia de sanidad, el acto de comprobación del cumplimiento de tales condiciones, que tiene naturaleza ejecutiva y, en consecuencia, forma parte de las competencias autonómicas en materia sanitaria.

### Competencias Autonómicas. Supresión del cuerpo de letrados

*Ref. EDE: 2018/527749, STC Pleno, de 19 julio 2018, rec. 2311/2017. Ponente: D. Ricardo Enríquez Sancho*

**RESUMEN:** Supresión por el Parlamento de Galicia del cuerpo de letrados del Consejo Consultivo. Por ley autonómica. El Pleno del TC respalda que el Parlamento de Galicia pueda suprimir por ley el cuerpo de letrados del Consejo Consultivo de Galicia. Es una decisión que correspondía y solo podía adoptar el legislador autonómico mediante una valoración individual, singular, separada y no comunicable a otros cuerpos o escalas de funcionarios. La Ley sobre el Empleo Público de Galicia afirmaba de un modo taxativo que los cuerpos y escalas del personal funcionario se crean, refunden, modifican y suprimen por ley (FJ 2).

**ITER PROCESAL:** Recurso de inconstitucionalidad interpuesto por diputados del congreso contra varias disposiciones de la Ley del Parlamento de Galicia, de medidas fiscales, administrativas y de ordenación que llevan a cabo una reordenación del "personal letrado al servicio del Consejo Consultivo" de Galicia. El TC desestima el recurso y respalda que el Parlamento de Galicia pueda suprimir por ley el cuerpo de letrados del Consejo Consultivo de Galicia.

### Competencias Autonómicas. Control financiero

*Ref. EDE: 2018/515730, STC Pleno, de 05 julio 2018, rec. 4225/2017. Ponente: D. Juan Antonio Xiol Ríos*

**RESUMEN:** Desarrollo legislativo del control financiero de los entes locales por el Estado. No impide el ejercicio de las competencias autonómicas. El Pleno del TC ha desestimado el conflicto positivo de competencias promovido por un gobierno autonómico contra la regulación del régimen jurídico del control interno de las entidades del Sector Público Local. Concluye el Alto Tribunal que el desarrollo legislativo del control financiero de los entes locales por el Estado no impide el ejercicio de las competencias autonómicas en materia de régimen local y control financiero (FJ 5).

**ITER PROCESAL:** El Viceconsejero de los Servicios Jurídicos de gobierno autonómico promovió conflicto positivo de competencias contra la normativa que regula el régimen jurídico del control interno de las entidades del Sector Público Local. El TC desestima el conflicto al entender que el desarrollo legislativo es del Estado pero eso no impide que el control financiero sea competencia autonómica.

### Competencias del Estado. Estupefacientes

*Ref. EDE: 2018/568335, STC Pleno, de 19 septiembre 2018, rec. 5003/2017. Ponente: D. Ricardo Enríquez Sancho*

**RESUMEN:** Inconstitucionalidad de la Ley Catalana de las Asociaciones de Consumidores de Cannabis. Al tratarse de materia penal reservada al Estado. El Pleno del TC ha decidido por unanimidad declarar inconstitucional y nula la Ley del Parlamento de Cataluña 13/2017, de 6 de julio, de las Asociaciones de Consumidores de Cannabis. Aclara el Tribunal que aunque el cannabis contiene elementos o principios activos susceptibles de aplicación terapéutica no es, en



sentido estricto, un fármaco o medicamento, sino una sustancia calificada como estupefaciente, lo que significa que es una competencia en materia penal reservada al Estado, según el art. 149.1.6 CE (FJ 3).

ITER PROCESAL: El Presidente del Gobierno defiende la inconstitucionalidad de la Ley Catalana de las Asociaciones de Consumidores de Cannabis. El TC declara la inconstitucionalidad de dicha Ley al tratarse de una sustancia estupefaciente y estar reservada al Estado la competencia en materia penal.

## JUBILACIÓN ANTICIPADA

### Complemento de maternidad

*Ref. EDE: 2018/606417, ATC Pleno, de 16 octubre 2018, rec. 3307/2018*

RESUMEN: No es arbitrario excluir del complemento de maternidad a las madres que acceden voluntariamente a la jubilación anticipada. El TC señala que no resulta arbitrario ni irracional excluir del complemento de maternidad a aquellas madres que, al acceder voluntariamente a la jubilación anticipada, opten por acortar su período de cotización. El objetivo del complemento de maternidad es compensar a aquellas madres que, por su dedicación al cuidado de los hijos, y pese a su intención de tener una carrera laboral lo más larga posible, no hayan podido cotizar durante tantos años como el resto de trabajadores. Así, parece razonable no reconocerlo a quien, pudiendo haber cotizado más años, se acoge a la jubilación anticipada voluntaria (FJ 3). Emiten voto particular la Magistrada doña María Luisa Balaguer Callejón y el Magistrado don Fernando Valdés Dal-Ré.

ITER PROCESAL: El Juzgado de lo Social plantea una cuestión de inconstitucionalidad respecto del complemento por maternidad en las pensiones contributivas del sistema de la Seguridad Social, por su eventual contradicción con el principio de igualdad ante la ley. El TC inadmite la cuestión de inconstitucionalidad por resultar notoriamente infundada.

## CONFLICTO DE ATRIBUCIONES

### Control por el Parlamento del gobierno en funciones

*Ref. EDE: 2018/636418, STC Pleno, de 14 noviembre 2018, rec. 3102/2016. Ponente: D. Santiago Martínez-Vares García*

RESUMEN: El TC respalda que un gobierno en funciones pueda ser controlado por el Parlamento. El Pleno del TC ha estimado el conflicto de atribuciones planteado por el Congreso de los Diputados contra el gobierno. Señala que el hecho de que un gobierno esté en funciones no impide la función de control de las Cámaras, ya que en la medida en que el ejecutivo sigue desarrollando actividad, ésta no puede quedar exenta del control de las Cortes Generales, sin perjuicio de que la función de control habrá de adecuarse a la propia situación del Gobierno en funciones (FJ 9).

ITER PROCESAL: El Congreso de los Diputados plantea un conflicto de atribuciones entre órganos constitucionales del Estado contra

el Gobierno, en relación con el no sometimiento del mismo a iniciativas de control por el Congreso de los Diputados. El TC estima el conflicto de atribuciones y señala que el hecho de que un gobierno esté en funciones no impide la función de control de las Cámaras.

## LEY ANTIBLANQUEO

### Libertad de circulación de capitales. Multas

*Ref. EDE: 2018/82294, STJUE Sala 1ª, de 31 mayo 2018, nº C-190/2017*

RESUMEN: Declaradas excesivas las multas fijadas por la ley antiblanqueo española. El TJUE ha resuelto que la libertad de circulación de capitales, se opone a la normativa española que establece que el incumplimiento de la obligación de declarar sumas elevadas de dinero efectivo que entren o salgan de su territorio, se sancione con una multa de hasta el doble del importe no declarado. La finalidad de la Ley española no consiste en castigar posibles actividades fraudulentas o ilícitas, sino el incumplimiento de una obligación de declaración, por lo que es desproporcionada, puesto que excede de lo que resulta necesario para garantizar el cumplimiento de esa obligación de declaración (FJ 26-50).

ITER PROCESAL: La petición de decisión prejudicial tiene por objeto la interpretación del art. 9,1 del Reglamento (CE) n.º 1889/2005 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de octubre de 2005, relativo a los controles de la entrada o salida de dinero efectivo de la Comunidad. El TJUE señala que fijar la multa en un importe que excede de lo que resulta necesario para garantizar el cumplimiento de una obligación de declaración.

## PROTECCIÓN DE DATOS

### Concepto de fichero

*Ref. EDE: 2018/111696, STJUE Gran Sala, de 10 julio 2018, nº C-25/2017*

RESUMEN: Los Testigos de Jehová deben respetar las normas de protección de datos. Concepto de "fichero". El TJUE ha sentenciado que la comunidad de los Testigos de Jehová, junto con sus predicadores, es responsable del tratamiento de la información que recogen en sus visitas puerta a puerta y debe respetar la normativa europea de protección de datos personales. Señala que el concepto de "fichero" comprende a todo conjunto de datos personales recogidos durante la predicación siempre que estén estructurados de forma que puedan recuperarse después fácilmente, aunque no haya fichas, catálogos u otros sistemas de búsqueda (FJ 52-75).

ITER PROCESAL: La petición de decisión prejudicial tiene por objeto interpretar el art. 2, c) y d), y el art. 3 de la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos, en relación con el art. 10.1 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Ha de determinarse la legalidad de una resolución de la Comisión de protección de datos de Finlandia que prohíbe

a la comunidad religiosa de los Testigos de Jehová recoger o tratar datos personales en relación con la actividad de predicación puerta a puerta sin que concurran los requisitos de la legislación finlandesa relativa al tratamiento de datos personales. El TJUE ha sentenciado que la comunidad de los Testigos de Jehová, junto con sus predicadores, es responsable del tratamiento de la información que recogen en sus visitas puerta a puerta y debe respetar la normativa europea de protección de datos personales.

## Investigación de determinados delitos

*Ref. EDE: 2018/120896, STJUE Gran Sala, de 2 octubre 2018, nº C-207/2016*

**RESUMEN:** Acceso a datos personales de comunicaciones electrónicas durante la investigación de determinados delitos. El TJUE permite el acceso a datos personales almacenados por servicios de comunicaciones electrónicas durante la investigación de determinados delitos cuando dicho acceso no suponga una injerencia grave en la vida privada. Dicha injerencia puede estar justificada por el objetivo de prevenir, investigar, descubrir y perseguir delitos en general, sin que sea necesario que estén calificados como graves (FJ 48-63).

**ITER PROCESAL:** Petición de decisión prejudicial que tiene por objeto la interpretación del art. 15.1, Directiva 2002/58/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de julio de 2002, relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas, en su versión modificada por la Directiva 2009/136/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2009, en relación con los arts. 7 y 8 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Se ha presentado la petición en el marco de un recurso contra la resolución de un juzgado relativa a la denegación de acceso de la policía judicial a datos personales almacenados por proveedores de servicios de comunicaciones electrónicas. El TJUE permite el acceso a datos personales almacenados por servicios de comunicaciones electrónicas durante la investigación de determinados delitos cuando dicho acceso no suponga una injerencia grave en la vida privada.

## DERECHO DE LOS TRABAJADORES

### Fallecimiento sin haber disfrutado de vacaciones. Compensación económica

*Ref. EDE: 2018/125006, STJUE Gran Sala, de 6 noviembre 2018, nº C-569/2016, nº C-570/2016*

**RESUMEN:** Fallecimiento del trabajador sin haber disfrutado de las vacaciones. El TJUE señala que el derecho fundamental a las vacaciones anuales retribuidas no solo está configurado por el derecho a su efectivo disfrute, sino por el derecho a percibir una retribución o compensación económica por las vacaciones no disfrutadas al finalizar la relación laboral. Esta vertiente económica tiene un carácter estrictamente patrimonial destinada a ingresar en el patrimonio del interesado. El fallecimiento del trabajador no puede privar con efectos retroactivos a dicho patrimonio ni, en consecuencia, a las personas a las que debe transmitirse mortis causa el disfrute efectivo de

la vertiente económica del derecho a vacaciones anuales retribuidas (FJ 35-63).

**ITER PROCESAL:** Las peticiones de decisión prejudicial tienen por objeto la interpretación del art. 7 de la Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de noviembre de 2003, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo, y del art. 31.2, de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Dichas peticiones se han presentado en el contexto de dos litigios, en relación con la negativa de los antiguos empleadores de los cónyuges, ya fallecidos, a pagar a sus viudas una compensación económica por las vacaciones anuales retribuidas no disfrutadas por sus cónyuges con anterioridad a su fallecimiento. El TJUE señala que tienen derecho al disfrute efectivo de la vertiente económica del derecho a vacaciones anuales retribuidas.

### Extinción relación laboral sin haber disfrutado vacaciones. Compensación económica

*Ref. EDE: 2018/125005, STJUE Gran Sala, de 6 noviembre 2018, nº C-619/2016*

**RESUMEN:** Extinción de la relación laboral sin haber solicitado el disfrute de las vacaciones. El TJUE declara que el Derecho de la Unión se opone a que un trabajador pierda automáticamente los días de vacaciones anuales retribuidas a los que tenía derecho y, consiguientemente su derecho a una compensación económica por las vacaciones anuales retribuidas no disfrutadas, por el mero hecho de no haberlas solicitado antes de la extinción de la relación laboral (FJ 24-56).

**ITER PROCESAL:** La petición de decisión prejudicial tiene por objeto la interpretación del art. 7 Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de noviembre de 2003, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo. Tal petición se ha presentado en el marco de un litigio entre un trabajador, su antiguo empleador y el estado federado de Berlín, en relación con la negativa a abonar al trabajador una compensación económica por las vacaciones anuales retribuidas no disfrutadas antes de extinguirse la relación laboral. El TJUE señala que el trabajador no pierde compensación económica por las vacaciones anuales retribuidas no disfrutadas, por el mero hecho de no haberlas solicitado antes de la extinción de la relación laboral.

## SUCESIONES

### Operaciones particionales. Legítima

*Ref. EDE: 2018/524537, STS Sala 1ª Pleno de 20 julio 2018, rec. 3560/2015. Ponente: Dª María de los Ángeles Parra Lucán*

**RESUMEN:** Sucesión. Contador. Operaciones particionales. Colación de donaciones. Legítima. El TS considera que la partición pone fin a la comunidad hereditaria y las funciones del contador se agotan cuando otorga la partición. La reserva de la facultad de rectificar errores o complementar, aunque esté dentro del plazo establecido por el testador, no permite al contador hacer una partición nueva, alterando las adjudicaciones ya realizadas (FJ 3). Si la donación que



recibe un hijo supera su legítima, que es lo que el testador quiso dejarle en su testamento, no tiene derecho a percibir nada en la herencia. La dispensa de colación tiene influencia en la organización de la sucesión y, en consecuencia, es revocable, con independencia de la forma en que se manifieste y del documento que la recoja (FJ 4).

**ITER PROCESAL:** El juzgado de primera instancia estima la demanda y declara la validez de la donación, así como la condición de socio del demandante, su derecho a cobrar los frutos y dividendos y declara igualmente la nulidad de la escritura pública otorgada de rectificación de operaciones particionales de la herencia y que tenía por objeto la aportación de las citadas participaciones a la sociedad de gananciales. La AP confirma esta sentencia. El TS señala que si la donación que recibe un hijo supera su legítima, que es lo que el testador quiso dejarle en su testamento, no tiene derecho a percibir nada en la herencia.

### Testamento. Nulidad por incapacidad

*Ref. EDE: 2018/585046, STS Sala 1ª de 28 septiembre 2018, rec. 968/2016. Ponente: D. Eduardo Baena Ruiz*

**RESUMEN:** Testamento. Nulidad. Incapacidad para testar. El TS establece que los efectos de la incapacitación se inician al devenir firme la sentencia que la declara, que es constitutiva, pues decide sobre el cambio del estado civil de la persona. Para determinar la nulidad del testamento por falta de capacidad mental del testador hay que probar, de modo concluyente, la falta o ausencia de dicha capacidad en el momento del otorgamiento del testamento objeto de impugnación; sin que la declaración judicial de incapacidad del testador, posterior al otorgamiento del testamento, sea prueba determinante, por sí sola, de la falta de capacidad para testar cuando fue otorgado el testamento, dado el carácter constitutivo y sin efectos «ex tunc» de la sentencia de incapacitación (FJ 2).

**ITER PROCESAL:** En primera instancia se determina que no procede la declaración de nulidad del testamento otorgado. La AP estima el recurso de apelación y declara la nulidad de dicho testamento. El TS estima el recurso de casación y confirma la sentencia de primera instancia.

### Derecho hereditario. Rendición de cuentas

*Ref. EDE: 2018/589859, STS Sala 1ª de 28 septiembre 2018, rec. 391/2016. Ponente: D. Eduardo Baena Ruiz*

**RESUMEN:** Derecho hereditario. Rendición de cuentas. La Sala del TS aclara que no cabe confundir las cuentas con titularidad plural con las cuentas cuyo titular prevé la existencia de firma autorizada. Estas últimas son cuentas que, en la relación interna entre los titulares de las mismas, instituyen a una persona como mandataria, para que, sin ser ella titular de la cuenta, pueda efectuar actos de disposición (FJ 8).

**ITER PROCESAL:** El juzgado condena al demandado a reintegrar en la comunidad hereditaria la cantidad retirada y le condena rendir cuenta detallada y justificada de los actos de administración por él efectuados respecto de los bienes de la demandante. La AP estima el recurso de apelación y absuelve al condenado. El TS confirma la sentencia de la AP.

## MATRIMONIO

### Vivienda ganancial

*Ref. EDE: 2018/638790, STS Sala 1ª Pleno de 20 noviembre 2018, rec. 982/2018. Ponente: D. José Antonio Seijás Quintana*

**RESUMEN:** Extinción del derecho de uso de una vivienda ganancial. Por convivencia del progenitor custodio con otra persona. El TS dictamina que la convivencia de uno de los cónyuges con una nueva pareja, extingue el derecho de uso de la vivienda familiar atribuido en la sentencia de divorcio. El derecho de uso de la vivienda familiar se confiere y se mantiene en tanto que conserve este carácter familiar. La entrada de un tercero hace perder a la vivienda su antigua naturaleza por servir en su uso a una familia distinta y diferente (FJ 2).

**ITER PROCESAL:** En primera instancia se estima la demanda de modificación de medidas, se mantiene la atribución del uso y disfrute del domicilio familiar, se modifica el importe de la pensión alimenticia que el padre abona por sus hijos reduciéndola. La AP estima en parte el recurso de apelación, declara que el derecho de uso de la vivienda, atribuido en su día a esposa e hijos quedara extinguido en el momento en que se proceda a la liquidación de la sociedad de gananciales y dejamos sin efecto el pronunciamiento que reduce la pensión alimenticia de los hijos. El TS desestima el recurso de casación.

## ALIMENTOS

### Reclamación alimentos atrasados

*Ref. EDE: 2018/601790, STS Sala 1ª Pleno de 15 octubre 2018, rec. 3942/2017. Ponente: D. Eduardo Baena Ruiz*

**RESUMEN:** Reclamación de alimentos atrasados pactados en convenio privado. Válido aunque no ha sido aprobado judicialmente. El TS establece que el convenio regulador suscrito privadamente entre las partes no puede tacharse de ineficaz por carecer del requisito de ser aprobado judicialmente. Los acuerdos sobre medidas relativas a hijos comunes, menores de edad, serán válidos siempre y cuando no sean contrarios al interés del menor (FJ 2).

**ITER PROCESAL:** El juzgado estima parcialmente la demanda formulada y condena al pago de alimentos atrasados. La AP estima parcialmente los recursos de apelación interpuestos por ambas partes. El TS desestima el recurso de casación y confirma la sentencia de primera instancia.

### Ocultación paternidad. Daño moral

*Ref. EDE: 2018/640318, STS Sala 1ª Pleno de 13 noviembre 2018, rec. 3275/2017. Ponente: D. José Antonio Seijás Quintana*

**RESUMEN:** Ocultación de la verdadera paternidad del hijo. No es indemnizable por daño moral. El TS establece que el daño moral generado a uno de los cónyuges por la infidelidad del otro, no es susceptible de reparación económica alguna. Tales conductas

tienen respuesta en la normativa reguladora del matrimonio, mediante la separación o el divorcio, pero no contempla la indemnización de un daño moral generado a uno de los cónyuges en un caso de infidelidad y de ocultación y pérdida de un hijo que consideraba suyo mediante la acción de impugnación de la filiación (FJ 4).

**ITER PROCESAL:** El juzgado estima la excepción de prescripción alegada y desestima íntegramente la demanda interpuesta por daño moral y cantidades abonadas en concepto de alimentos. La AP estima el recurso de apelación y estima la demanda. El TS estima el recurso de casación, deja sin efecto los pronunciamientos de condena relativos a los alimentos del menor, que aparecía como hijo del demandante y a la indemnización de daños morales.

## TRIBUTOS

### IAJD

*Ref. EDE: 2018/576318, STSJ Región de Murcia Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sec. 2ª de 5 julio 2018, rec. 656/2016. Ponente: D. Abel Ángel Sáez Doménech*

**RESUMEN:** IAJD. Devolución de ingresos indebidos. El TSJ declara que tributan al 0.1% los documentos notariales que documentan préstamos hipotecarios destinados a la financiación de la adquisición de viviendas por sujetos pasivos de 35 años o menores cuando el inmueble adquirido tenga o vaya a tener la condición de vivienda habitual del sujeto pasivo y que dicho destino se haga constar expresamente en el documento público que formalice la adquisición; entendiéndose acreditado el requisito de vivienda habitual cuando se hace constar en la escritura de compraventa (FJ 2).

**ITER PROCESAL:** Interpuesto recurso contencioso-administrativo frente a la resolución del TEAR de Murcia que desestima la reclamación económico-administrativa, presentada contra acuerdo del Servicio de Gestión Tributaria de la Agencia Tributaria, que desestima la solicitud de rectificación de autoliquidación y devolución de ingresos indebidos, en concepto de Impuesto sobre Actos Jurídicos Documentados para escritura pública de constitución de préstamo hipotecario. El TSJ lo estima anulando y dejando sin efecto dichos actos impugnados por no ser, en lo aquí discutido, conformes a derecho y declara el derecho del actor a la devolución del ingreso indebido.

### IVA

*Ref. EDE: 2018/547587, SAN Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sec. 6ª de 25 julio 2018, rec. 277/2017. Ponente: Dª Berta Santillán Pedrosa*

**RESUMEN:** Tributos. IVA. Inicio de la actividad. Deducciones. Devoluciones. El TSJ manifiesta que el empresario que tiene intención, confirmada por elementos objetivos, de iniciar con carácter independiente una actividad económica y realiza los primeros gastos de inversión, debe considerarse sujeto pasivo y al actuar como tal tiene derecho a deducir de inmediato el IVA soportado por los gastos de inversión efectuados por las necesidades de las operaciones que pre-

tende realizar y que tenga derecho a deducción sin esperar al inicio de la explotación efectiva (FJ 4).

**ITER PROCESAL:** Se impugna a través de recurso contencioso administrativo una resolución del TEAC que desestimaba el recurso de alzada interpuesto contra la resolución del TEAR de Madrid que confirmaba el acuerdo de liquidación referida al IVA, ejercicio 2010 y periodos primer trimestre y mes de abril, por la que se determina que no procede la devolución solicitada. El TSJ acuerda la nulidad de dicha resolución por ser contraria al ordenamiento jurídico.

*Ref. EDE: 2018/111698, STJUE Sala de Casación, de 11 julio 2018, nº C-154/2017*

**RESUMEN:** IVA. Régimen especial. Bienes de ocasión. El TJUE establece que para que un objeto compuesto de metales o piedras preciosas pueda estar comprendido en la categoría de los "bienes de ocasión", que pueden disfrutar del régimen especial del margen de beneficio en el IVA y no en la de los "metales preciosos o piedras preciosas", que están excluidos del disfrute de este régimen, dicho objeto ha de tener una funcionalidad distinta de la inherente a las materias que lo componen, haberla conservado y ser susceptible de nueva utilización, directamente o previa reparación (FJ 17-39).

**ITER PROCESAL:** La petición de decisión prejudicial tiene por objeto la interpretación del art. 311.1.1 Directiva 2006/112/CE del Consejo, relativa al sistema común del impuesto sobre el valor añadido. Esta petición se ha presentado en el contexto de un litigio en relación con el pago del impuesto sobre el valor añadido, concretamente, con la aplicabilidad del régimen de imposición del margen de beneficio a la venta de bienes compuestos, en particular, de oro, de plata y de piedras preciosas. El TJUE establece los requisitos para que un objeto compuesto de metales o piedras preciosas pueda estar comprendido en la categoría de los "bienes de ocasión", y disfruten del régimen especial del margen de beneficio en el IVA y no en la de los "metales preciosos o piedras preciosas", que están excluidos.

### ITP y AJD

*Ref. EDE: 2018/621704, STSJ Región de Murcia Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sec. 2ª de 24 septiembre 2018, rec. 69/2017. Ponente: D. Abel Ángel Sáez Doménech*

**RESUMEN:** ITP y AJD. Prescripción. El TSJ declara que, uno de los presupuestos elementales para que concurra esta causa interruptiva del ITP y AJD es que el acto sea atribuible a la voluntad del sujeto pasivo y, el otorgamiento de la Escritura de protocolización del Acta de fin de obra tiene lugar en cumplimiento de una obligación de naturaleza no tributaria, impuesta por la normativa urbanística para poder acceder al Registro de la Propiedad (FJ 1).

**ITER PROCESAL:** Se interpone recurso contencioso-administrativo frente a resolución del TEAR de Murcia estimatoria de reclamación económico administrativa interpuesta por una mercantil contra la liquidación efectuada por el concepto de Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y AAJJDD. El TSJ lo estima parcialmente anulando y dejando sin efecto dicho acto impugnado por no ser conforme a derecho.



*Ref. EDE: 2018/618112, STS Sala 3ª, Sec. 2ª de 9 octubre 2018, rec. 4660/2017. Ponente: D. Francisco José Navarro Sanchís*

RESUMEN: Tributos. ITP y AJD. Viviendas protección oficial. El TS establece que la exención para las viviendas de protección oficial debe entenderse referida a las viviendas para la venta construidas al amparo de la normativa de una Comunidad Autónoma que ésta califique como de “protección pública”, cualesquiera que sean los requisitos establecidos al efecto por la normativa autonómica que, en cada territorio, resulte de aplicación. Cabe que las Comunidades Autónomas disciplinen su régimen de protección en materia de vivienda en los términos que tengan por conveniente; cabe también que diferencien al respecto las modalidades de protección que entiendan procedente e, incluso, que definan las condiciones específicas de acceso al sistema como mejor consideren necesario para el desarrollo de la política de protección social que pretenden llevar a efecto. Pero lo que no es posible en un régimen que se sustenta en el principio de legalidad tributaria es determinar, a través del establecimiento de variados regímenes de viviendas protegidas, la aplicación de una exención tributaria reconocida por la ley formal en unas condiciones específicas y concretas, definidas por una norma (estatal) que es la que ha fijado “los parámetros de superficie máxima protegible, precio de la vivienda y límite de ingresos de los adquirentes o usuarios” (FJ 2).

ITER PROCESAL: El TSJ desestimó el recurso contencioso-administrativo formulado contra resolución del TEAR de Madrid, que a su vez había desestimado la reclamación entablada contra resolución de la Subdirectora General de la Inspección de Tributos- Inspectora Jefe, que desestimó el recurso de reposición frente a su resolución que liquidó una deuda por el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados. El TS confirma la sentencia del TSJ.

*Ref. EDE: 2018/618133, STS Sala 3ª, Sec. 2ª de 9 octubre 2018, rec. 4625/2017. Ponente: D. Francisco José Navarro Sanchís*

RESUMEN: Tributos. ITP y AJD. El TS establece que no hay una regla específica acerca de la cantidad o cosa evaluable en los negocios documentados notarialmente en que se divida la cosa común, pero el precepto nos revela, que sirve en principio el valor declarado, lo que traslada a la Administración la carga de establecer cumplidamente su inexactitud (FJ 3). Es claro y palpable que estamos en presencia de una concreción del dominio, bilateral, conmutativa, sinalagmática y onerosa, cuyo valor económico equivale a la parte de la cosa común que es objeto del negocio documentado en favor de la esposa como consecuencia de la disolución de la sociedad de gananciales y que, en el asunto que hemos de dilucidar, es el 50 por 100 del valor del inmueble, puesto que la otra mitad indivisa ya la poseía, a título dominical, por virtud de su propio derecho preexistente en el seno de la comunidad (FJ 3). El valor de lo que se documenta en una convención de esta clase no puede equivaler al de la totalidad del bien, inmueble en este caso, que es objeto de división, sino sólo el de la parte que se adquiere ex novo y sobre el que estrictamente recae la escritura pública (FJ 4).

ITER PROCESAL: El TSJ desestimó el recurso formulado contra resolución del TEAR de Valencia desestimatoria de la reclamación deducida contra la liquidación practicada por oficina liquidadora de la Agencia Tributaria, en concepto de impuesto sobre actos jurídicos

documentados. El TS desestima el recurso de casación y confirma la sentencia.

*Ref. EDE: 2018/626551, STSJ Región de Murcia, Sec. 2ª de 11 octubre 2018, rec. 458/2016. Ponente: Dª Ascensión Martín Sánchez*

RESUMEN: ITP y AJD. Liquidación. El TSJ declara que, el plazo de prescripción del ITP y AJD comienza a contarse desde el día en que finaliza el plazo reglamentario para presentar la correspondiente autoliquidación (FJ 1).

ITER PROCESAL: Interpuesto recurso contencioso-administrativo contra resolución del TEAR de Murcia que estimó la reclamación económico-administrativa formulada contra el acuerdo dictado por el Servicio de Gestión Tributaria de la Consejería de Economía y Hacienda de la CARM, que desestima el recurso de reposición contra la liquidación provisional, en concepto de Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y AAJJDD. El TSJ estima parcialmente el recurso por entender que el acta de final de obra no está sujeta al impuesto de AAJJDD, anulando y dejando sin efecto dicho acto impugnado por no ser conforme a derecho.

*Ref. EDE: 2018/606883, STS Sala 3ª, Sec. 2ª de 23 octubre 2018, rec. 1168/2017. Ponente: D. Nicolás Maurandi Guillén*

RESUMEN: AJD. El TS establece que el sujeto pasivo en el impuesto sobre actos jurídicos documentados cuando el documento sujeto es una escritura pública de préstamo con garantía hipotecaria es el acreedor hipotecario, no el prestatario (FJ 6). El beneficiario del documento que nos ocupa no es otro que el acreedor hipotecario, pues él, y solo él, está legitimado para ejercitar las acciones privilegiadas que el ordenamiento ofrece a los titulares de los derechos inscritos. Solo a él le interesa la inscripción de la hipoteca -el elemento determinante de la sujeción al impuesto que analizamos- pues ésta carece de eficacia alguna sin la incorporación del título al Registro de la Propiedad (FJ 5). La persona del hipotecante puede coincidir con el mismo deudor o con un tercero -el hipotecante no deudor, que solo responde con el bien hipotecado-, siendo así que -en este último caso- no solo se exigiría el gravamen a una persona completamente ajena a la hipoteca, sino que la base imponible del impuesto incluiría sumas distintas a aquellas que se contemplan en el único negocio en el que participó, comprometiéndose seriamente, creemos, el principio de capacidad contributiva (FJ 5). Se formula voto particular.

ITER PROCESAL: El TSJ dicta sentencia sobre liquidación del impuesto sobre actos jurídicos documentados de una escritura pública de formalización de préstamo hipotecario respecto de varias viviendas. Interpuesto recurso de casación el TS lo estima y casa y anula la resolución al señalar que el sujeto pasivo en el impuesto sobre actos jurídicos documentados cuando el documento sujeto es una escritura pública de préstamo con garantía hipotecaria es el acreedor hipotecario, no el prestatario. Asimismo, estima el recurso contencioso-administrativo interpuesto por una empresa municipal de viviendas y anula la liquidación que fue objeto de impugnación en el proceso de instancia, como también los actos administrativos posteriores a la misma que la confirmaron en vía de reposición y económico-administrativa, por su disconformidad con el ordenamiento jurídico.



# Sentencias

*Ref. EDE: 2018/641985, STS Sala 3ª, Pleno de 27 noviembre 2018, rec. 1653/2017. Ponente: D. Jorge Rodríguez-Zapata Pérez*

RESUMEN: ITP y AJD. Sujeto pasivo. El TS declara que, el sujeto pasivo en el ITP y AJD cuando el documento sujeto es una escritura pública de constitución de un préstamo con garantía hipotecaria es el prestatario, en su condición de adquirente del negocio principal documentado (FJ 8). Se formula voto particular.

ITER PROCESAL: El TSJ estima parcialmente el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra resolución del TEAR de Madrid, que desestimó reclamación contra la resolución de oficina liquidadora, que inadmitía el recurso de reposición contra liquidación del impuesto sobre actos jurídicos documentados derivada del documento correspondiente. La anula y confirma la liquidación provisional de que proviene por ser ajustada a derecho. El TS desestima el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del TSJ.

## **Compatibilidad del impuesto sobre instalaciones que incidan en el medio ambiente con el IAE**

*Ref. EDE: 2018/622512, STC Pleno, de 31 octubre 2018, rec. 6412/2015. Ponente: D. Antonio Narvárez Rodríguez*

RESUMEN: Compatibilidad del impuesto sobre instalaciones que incidan en el medio ambiente de Extremadura con el IAE. El Pleno del TC ha decidido que el Impuesto sobre instalaciones que incidan en el medio ambiente de Extremadura es compatible con el Impuesto de Actividades Económicas. Son varias las diferencias entre ambos

impuestos, entre otras, los hechos imposables y la finalidad extra fiscal de protección del medio ambiente a la que tiende el impuesto autonómico (FJ 5 y 6). Se emiten votos particulares por el Magistrado don Ricardo Enríquez Sancho, al que se adhiere el Magistrado don Pedro José González-Trevijano Sánchez, y por el Magistrado don Alfredo Montoya Melgar.

ITER PROCESAL: Planteada una cuestión de inconstitucionalidad sobre los arts. 13 a), 17 y 19.2 del texto refundido de las disposiciones legales de la Comunidad Autónoma de Extremadura en materia de tributos propios, aprobado por el Decreto Legislativo 2/2006, de 12 de diciembre, el TC la desestima.

*Ref. EDE: 2018/527869, STS Sala 3ª, Sec. 5ª de 17 julio 2018, rec. 400/2017. Ponente: D. Rafael Fernández Valverde*

RESUMEN: Demarcación de los Registros. Modificación. El TS declara que sobre la Administración no pesa un deber jurídico absoluto e incondicionado de modificar el ámbito territorial de absolutamente todos los Registros que se aproximen a cierto volumen de titulación, pues en el ejercicio de su potestad de auto organización puede legítimamente tener en cuenta otras consideraciones (FJ 5).

ITER PROCESAL: El TS desestima el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra el art. 4 y el Anexo V del Real Decreto 195/2017, por el que se modifica la demarcación de los Registros de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles, declarándolo ajustado al Ordenamiento jurídico.

# Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña

Víctor Esquirol Jiménez

Notario del Masnou

## EXTINCIÓN DE COMUNIDAD

**Es indivisible una finca cuando no se permite legalmente la segregación o división de la misma.**

*SENTENCIA Nº 35/2018, de 19 de abril (Ponente: M<sup>a</sup> Eugènia Alegret Burgués)*

Se plantea, a efectos de la disolución del proindiviso existente sobre un patio interior, si este es indivisible, pues urbanísticamente solo se permite la segregación o división si las partes resultantes se agrupan a alguna de las fincas colindantes, propiedad todas ellas de uno de los copropietarios, que pretende le sea adjudicado el patio en su totalidad, abonando a los demás comuneros su valor.

En primera y segunda instancia se desestima dicha pretensión, por considerar que la finca es divisible. Sin embargo, el TSJC casa la sentencia recurrida y declara la finca como indivisible ya que «la indivisibilidad del objeto puede aparecer en dos formas: indivisibilidad física, cuando es imposible la división material o real o no es posible hacerla sin grave detrimento de la cosa; y la indivisibilidad jurídica, cuando por la normativa vigente no se pueda dividir o si se hace pierda todo o parte sustancial de su valor» (FD 7º, párrafo 3º). Por lo tanto, debe adjudicarse la finca en su totalidad a uno de los comuneros siguiendo los criterios del art. 552-11.5 CCCat: en primer lugar a quien tenga interés y si el interés es el mismo al que tenga mayor participación. En el presente supuesto ambas circunstancias concurren en la parte recurrente.

## PRESTACIÓN COMPENSATORIA POR DIVORCIO

**Posibilidad de fijarla con carácter indefinido.**

*SENTENCIA Nº 40/2018, de 3 de mayo (Ponente: José Francisco Valls Gombau)*

Según reiterada jurisprudencia del TSJC, «la prestación compensatoria tiene como finalidad la readaptación del cónyuge acreedor a la vida activa como consecuencia de las desmejoras económicas consiguientes a la disolución del matrimonio y a la pérdida de oportunidades experimentada. No se concibe ya como una garantía de sostenimiento vital por parte del antiguo cónyuge ni como un derecho automático a una prestación económica permanente. Se presume que cada uno de los cónyuges debe ser capaz de mantenerse por sí mismo y que tras la disolución del vínculo el menos favorecido debe actuar en forma proactiva para adquirir bienes propios que permitan su digna sustentación sin quedar sujeto a la permanente dependencia del otro» (FD 3º. 2).

De ahí que «sólo podrá establecerse una permanencia de la pensión por tiempo indefinido [...] cuando en el caso concreto concurra una potencialidad real y acreditada de que el/la beneficiaria, como consecuencia de sus circunstancias personales (edad, estado de salud, formación profesional, posibilidades de adquirir ayudas públicas, etc.) y de la ausencia de patrimonio, no podrá alcanzar, en un plazo mayor o menor, aquella autonomía pecuniaria de la que hubiera podido disfrutar de no haber mediado el matrimonio, permitiéndole subvenir a sus necesidades» (FD 3º. 3).

En el caso examinado considera el TSJC que concurren circunstancias excepcionales para no fijar el límite temporal de la prestación económica, por la edad de la acreedora (58 años), dificultad de acce-

so al mundo laboral, incapacidad psíquica y carencia de liquidez económica patrimonial para proceder a su sustento, pues el patrimonio que ambos litigantes poseen tiene cargas hipotecarias en proceso de ejecución.

Véase también, en un supuesto parecido, la STSJC nº 58/2018, de 25 de junio, que asimismo fija la prestación compensatoria por tiempo indefinido.

## ALIMENTOS PARA HIJOS MAYORES DE EDAD

### Examen del requisito de convivencia del art. 233-4.1.

*SENTENCIA Nº 41/2018, de 10 de mayo (Ponente: José Francisco Valls Gombau)*

En procedimiento judicial de modificación de medidas derivadas de sentencia de divorcio, se pretende por el ex marido la supresión del derecho de alimentos de uno de los hijos, mayor de edad, por no convivir con su madre. Se declara probado que el hijo vive con su tía desde que se dictó un auto de alejamiento forzoso como consecuencia de un episodio de agresión a su madre, que el hijo padece una dolencia psiquiátrica y que la madre entrega una cantidad mensual a su hermana para la manutención del aquél.

El TSJC admite que el progenitor a cuyo cargo y de quien dependen económicamente el alimentista mayor de edad pueda ejercitar las acciones de reclamación de los alimentos dentro del proceso matrimonial. Y en cuanto al fondo del asunto, considera que la situación excepcional que se da en el presente supuesto hace innecesaria la convivencia física del hijo mayor de edad con la progenitora para que siga teniendo derecho a la prestación alimenticia.

## ORDEN DE LOS APELLIDOS

### Debe prevalecer el interés superior del menor.

*SENTENCIA Nº 42/2018, de 10 de mayo (Ponente: Carlos Ramos Rubio)*

En la inscripción originaria de nacimiento de un menor figuran únicamente los apellidos maternos, ya que la filiación paterna se determinó con posterioridad. En el momento de inscribir su filiación, el padre reclama que el menor ostente su apellido en primer lugar, anteponiéndolo al de la madre. Ésta se opone a ello, alegando el interés del menor. Es de destacar que el menor lleva ya 6 años utilizando el apellido de la madre a nivel social, escolar y familiar.

El TSJC resuelve a favor de establecer como primer apellido el de la madre y como segundo el del padre, basándose en el interés superior del menor, que debe prevalecer conforme al art. 211-6.1 CCCat y que justifica que se complete en dicho sentido el art. 235-2.3. En efecto, este precepto establece que los progenitores pueden establecer de común acuerdo el orden de los apellidos, pero no prevé el caso de desacuerdo. Sí lo hace el art. 49.2 LRC, que en tal supuesto dispone que el Encargado del Registro Civil acordará el orden de los apellidos atendiendo al interés superior del menor; pero este pre-

cepto no estaba en vigor en el momento de interponerse la demanda. No obstante, el interés superior del menor y la jurisprudencia de TS respecto del art. 109 CC justifica a juicio del TSJC la corrección de la interpretación literal de los preceptos aplicables.

## REVOCACIÓN DE DONACIÓN POR INGRATITUD

### La conducta del donatario ha de tener la suficiente entidad y gravedad para poder ser considerada socialmente reprochable.

*SENTENCIA Nº 44/2018, de 10 de mayo (Ponente: M<sup>a</sup> Eugènia Alegret Burgués)*

La sentencia recurrida declaraba acreditada como causa de ingratitud la actitud del donatario de impedir a su padre y donante la vuelta a la masía donde vivía (y de la que se había ausentado temporalmente) y de romper toda relación con el donante. El TSJC casa dicha sentencia por entender que la conducta del donatario debe valorarse en función de las circunstancias existentes. En el presente caso, se declara probado que el donante intentó tocamientos no requeridos contra la hija de la pareja del demandado, por lo que la conducta del donatario «no puede considerarse como moralmente reprochable a la luz de las convenciones éticas y morales actuales, sino defensiva y reactiva a los abusos y falta de respeto hacia las mujeres de su familia por parte de su padre, actitudes que la sociedad actual no tolera» (FD 4<sup>o</sup>, párrafo 12<sup>o</sup>).

## ALIMENTOS A FAVOR DE PERSONA MAYOR DE EDAD

### Se requiere cierta diligencia por parte del alimentado para acceder al mercado laboral.

*SENTENCIA Nº 45/2018, de 14 de mayo (Ponente: José Francisco Valls Gombau)*

Se plantea si mantiene el derecho a alimentos una hija mayor de edad que, después de cursar los correspondientes estudios y de acceder al mercado laboral, rescinde el contrato de trabajo voluntariamente con la intención de dedicarse a unos estudios en los que no acredita un rendimiento regular.

El TSJC declara que procede la extinción de la prestación de alimentos. Se trata de los alimentos de origen familiar de los arts. 237 y ss., no de los fundados en el deber de la potestad parental, que se extinguen con la mayoría de edad. Sostiene el tribunal que a un hijo mayor de edad le resulta exigible un aprovechamiento de sus estudios y una vez finalizados los mismos se presume una capacidad laboral; no obstante, «el hecho de haber obtenido una titulación no es suficiente ni tampoco impide per se percibir los alimentos dadas las dificultades que en determinados casos se producen para acceder al mercado laboral, lo que no excluye, sino todo lo contrario, una cierta diligencia en la alimentada para procurarse un trabajo, aun cuando no sea de la misma titulación que la obtenida y sin que sea aceptable una desidia en acudir al mercado laboral» (FD 2<sup>o</sup>. 4, párrafo 2<sup>o</sup>). Por otra parte, «si se ha accedido al mercado laboral aunque sea con una retribución reducida o contratos temporales y se abandona por



su propia voluntad habrá de ponderarse la razonabilidad de su decisión» (FD 2º.4, párrafo 5º). En el caso presente, entiende el TSJC que con la obtención de un trabajo remunerado con contrato indefinido por importe de 1.000 euros mensuales había alcanzado la suficiencia económica, sin que resulte justificada la rescisión del contrato para seguir unos estudios que eran compatibles con el trabajo y con los que no ha seguido un rendimiento regular. En cambio, no accede a que los efectos de la extinción de la prestación alimenticia se retrotraigan al momento de presentación de la demanda, como pretendía el alimentista por haberle ocultado su hija la obtención del trabajo y su condición de repetidora en los estudios, por falta de diligencia debida por parte del obligado en su deber de requerir a su hija información al respecto.

## DESHEREDACIÓN

**Para determinar a quién es imputable la ausencia de relación familiar hay que tener en cuenta toda la duración del tiempo en que se produjo.**

*SENTENCIA Nº 49/2018, de 31 de mayo (Ponente: Jordi Seguí Puntas)*

El causante, fallecido en 2013, desheredó a los hijos de su primer matrimonio por falta de relación familiar por causas imputables exclusivamente a los legitimarios. Se declara probado que el padre se separó de su primer matrimonio cuando los hijos tenían entre 9 y 14 años, que no satisfizo ninguna cantidad en concepto de alimentos desde que abandonó el domicilio familiar y que no hizo ningún intento serio de contactar con sus hijos pese a tener reconocido judicialmente un régimen de visitas durante la minoría de edad. También se considera probado que los hijos no se interesaron por la salud de su padre pese a las continuas hospitalizaciones que sufrió, pero no consta que los hijos tuviesen conocimiento de la enfermedad del padre.

Aunque en primera instancia se declaró como justa la causa de desheredación, no así la Audiencia ni el TSJC. Este reitera la doctrina de su sentencia nº 2/2018, de 8 de enero, comentada en esta revista (LaNotaria, nº 1/2018, pág. 126), y la completa en el sentido de que para valorar la imputabilidad de la ausencia de relación al legitimario o al causante hay que tener en cuenta toda la duración de la falta de relación, sin que tenga ningún sentido restringirla –sin más precisión temporal- a la época inmediatamente anterior a la formalización de la desheredación. En realidad, dos hechos hacen imputable al padre la falta de relación: el que los hijos fueran de corta edad cuando abandonó el domicilio familiar y el que no haya intentado en ningún momento reestablecer el contacto con ellos.

## PROPIEDAD HORIZONTAL

**El acuerdo temporal de imponer un recargo a los propietarios morosos no tiene naturaleza estatutaria.**

*SENTENCIA Nº 54/2018, de 7 de junio (Ponente: Jordi Seguí Puntas)*

La junta de propietarios tomó el acuerdo de renovar el acuerdo que se había tomado los años anteriores de imponer un recargo o

penalización del 10% en las cuotas no pagadas puntualmente por los propietarios. Uno de ellos impugnó el acuerdo sobre la base de que todo acuerdo relativo a las imposición de un recargo al propietario moroso tiene que figurar en los estatutos y, por consiguiente, ser anunciado en el orden del día de la convocatoria como una modificación estatutaria.

El TSJC, contra el criterio de la Audiencia Provincial de Girona (Sec. 2ª), entiende que dicho acuerdo no supone una modificación estatutaria o, al menos, que no debe especificarse en el orden del día de la convocatoria «la naturaleza estatutaria de la propuesta de imponer un recargo a las deudas impagadas de los propietarios, quizás porque se trataba de un acuerdo de alcance temporal limitado (como lo habían sido los acuerdos similares adoptados en los dos ejercicios anteriores), sin la vocación de permanencia que caracteriza por regla general toda norma estatutaria» (FD 2º. 4, párrafo 10º). Considerando que el contenido de dicho acuerdo, figuraba con claridad en el orden del día aun sin darle rango estatutario, el TSJC casa la sentencia de la Audiencia y declara el acuerdo como válido.

## ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR EN CASO DE DIVORCIO

**Sólo puede extenderse hasta la mayoría de edad de los hijos.**

*SENTENCIA Nº 57/2018, de 21 de junio (Ponente: Mª Eugènia Alegret Burgués)*

La Audiencia Provincial de Lleida (Sec. 2ª) atribuía a la esposa el uso de la vivienda familiar hasta el momento en que la hija adquiriera independencia económica. El TSJC considera que dicha decisión vulnera el art. 233-20.2 en relación con el art. 233-24.1, que dejan claro que tal derecho se extingue por la finalización de la guarda, esto es, cuando los hijos alcanzan la mayoría de edad, sin que pueda extenderse más allá «salvo que intereses superiores exijan otra solución como sería el caso de la existencia de hijos menores de edad, o bien cuando sea necesaria la prolongación temporal de la solidaridad conyugal cuando uno de los cónyuges estuviese necesitado de especial protección», circunstancia que no corresponde apreciar mientras los hijos son menores de edad y no hay indicios de que así vaya a suceder.

## EXTINCIÓN DE COMUNIDAD

**El interés de las partes en adjudicarse la totalidad de la finca indivisible debe ponderarse en cada caso en función de la utilidad que su adjudicación reporte a cada una.**

*SENTENCIA Nº 61/2018, de 5 de julio (Ponente: Mª Eugènia Alegret Burgués)*

Confirma la doctrina de la STSJC de 3 de noviembre de 2016, por lo que crea jurisprudencia, en el sentido de que cuando ambos copropietarios pretenden adjudicarse la finca común por ser indivisible, debe ponderarse el interés de cada uno a los efectos del art.

552-11.5. Este precepto dispone que, si ambas partes pretenden la adjudicación de la cosa común, tiene preferencia quien tenga interés. Para determinar esta circunstancia no es suficiente que ambas partes reclamen para sí la adjudicación, sino que debe ponderarse la utilidad que ésta reportará a cada una de ellas. En el caso en cuestión, el TSJC entiende que ambas partes tienen el mismo interés, pues el hecho de que una de ellas viniese utilizando la finca no le confiere un interés superior.

## USUCAPIÓN

**El dinero no puede ser objeto de usucapión, dado que no puede ser poseído por su naturaleza fungible o consumible.**

*SENTENCIA N.º 63/2018, de 12 de julio (Ponente: José Francisco Valls Gumbau)*

Tras declararse por auto judicial a la Generalitat de Cataluña como heredera abintestato, aparece un sobrino que reclama la herencia, consistente únicamente en dinero. La Generalitat se opone a devolver la herencia reclamada por el heredero, alegando haberla adquirido por usucapión por el transcurso de tres años, pero el TSJC, casando la sentencia recurrida, accede a la reclamación por entender que el dinero «no tiene la consideración legal de bien mueble susceptible de posesión, pues se trata de un bien fungible por excelencia y jurídicamente consumible. Por tanto, no puede ser susceptible de posesión de forma ininterrumpida pues como cosa fungible se consume con un solo uso, no siendo susceptible de usucapión» (FD 2.º, 3, párrafo 5.º). Y añade: «Nótese que sobre el dinero, es decir, una prestación dineraria in especificación de piezas o monedas, no puede recaer un derecho real pues no puede ser poseído jurídicamente, aunque físicamente lo sea y menos aún de forma ininterrumpida. La particularidad de la naturaleza del dinero como bien ultrafungible o con fungibilidad absoluta, es su liquidez jurídica con capacidad de sustitución absoluta y cuando debe devolverse quien resulta obligado no lo es con el mismo dinero recibido, sino otro tanto de la misma especie, calidad y cantidad» (FD 2.º, 3, párrafo 6.º).

## AÑO DE VIUDEDAD / CUARTA VIUDAL

**La pretensión está sujeta al plazo ordinario de prescripción del art. 121-20. No es un derecho legitimario.**

*SENTENCIA N.º 66/2018, de 26 de julio (Ponente: Jordi Seguí Punta)*

En relación con el año de viudedad, se plantea si tiene derecho a él la viuda cuando interpone la demanda casi tres años después del fallecer el causante (fallecido en 2011). El heredero demandado alega que la acción había caducado al año de la defunción, en base al art. 231-31.1, conforme al cual: «Durante el año siguiente a la muerte de uno de los cónyuges, el superviviente [...] tiene derecho a continuar usando la vivienda conyugal y a ser alimentado con cargo a este patrimonio». La viuda reclama una indemnización por haberle impedido el heredero el uso de la vivienda conyugal.

El TSJC afirma que el plazo de un año no determina el tiempo durante el cual el cónyuge viudo puede ejercitar la acción, sino el alcance temporal del derecho. Así lo deduce del uso del adverbio «durante» por parte del art. 231-31.1 y de una interpretación sistemática, de la que resulta «una clara voluntad del legislador para regular la forma y el plazo de ejercicio de los derechos cuando lo cree conveniente, de manera que el silencio del legislador en un caso concreto significa que la pretensión relativa a aquella titularidad jurídica sustantiva está sometida al plazo ordinario de prescripción (artículo 121.20) y que no nos encontramos en presencia de una acción o poder de configuración jurídica sometida a caducidad (artículo 122-1.1 CCCat)» (FD 3.º, motivo 1.º).

En cuanto a la cuarta viudal, el heredero recurrente alega que la sentencia de apelación la configura indebidamente como un derecho legitimario y no tiene en cuenta para la fijación de su cuantía la totalidad de los ingresos de la viuda. En este caso, el TSJC da la razón al heredero, estimando que la cuarta viudal no puede ser considerada de carácter alimenticio ni legitimario, sino como una institución específica del derecho de sucesiones, para cuya fijación hay que computar todos los recursos económicos del superviviente así como considerar el nivel de vida de éste durante el matrimonio.

## PROPIEDAD HORIZONTAL

**Los acuerdos de la junta prohibitivos del uso turístico de los elementos privativos son válidos aunque se adopten con el voto en contra de los propietarios afectados, aunque éstos no quedarán vinculados por ellos.**

*SENTENCIA N.º 74/2018, de 13 de septiembre (Ponente: M.ª Eugènia Alegret Burgués)*

RESUMEN.- En una junta de propietarios celebrada en 2014 se acordó prohibir el uso turístico y otros análogos en todos los elementos privativos del edificio, después de que la actora comunicara al administrador la intención de destinar su vivienda a dicho uso y de obtener la autorización de la Administración. El acuerdo se adoptó con la mayoría del art. 553-25.4 CCCat, pero con el voto en contra de la actora. En primera y en segunda instancia se declara la validez del acuerdo adoptado y su vinculación respecto de la actora.

EL TSJC casa parcialmente la sentencia recurrida resolviendo que el acuerdo es válido, pero no vincula a los propietarios que votaron en contra. La validez es consecuencia del cumplimiento de los requisitos legales para su adopción, especialmente el quorum de mayorías exigido por el art. 553-25.2 CCCat (actualmente, art. 553-26.2), y por lo tanto el acuerdo es inscribible en el Registro de la Propiedad. Es el criterio que ya estableció la STSJC 33/2016, de 19 de mayo, que ya dispuso, en contra del criterio de la DGDEJ en sus resoluciones de 14 de julio de 2015 y 15 de octubre de 2015, que bastaba con la aprobación de los 4/5 de los propietarios y de las cuotas, interpretación que considera «corroborada con la promulgación de la Ley 5/2015, de 13 de mayo, conforme a la cual el consentimiento expreso de los afectados sólo es exigible ex art. 553-25.4 cuando los acuerdos priven a cualquier propietario de las facultades de uso y disfrute de los elementos comunes» (FJ 3.18).



Sin embargo, «cuestión distinta es que la restricción sobre el uso o destino de los elementos privativos sea oponible con efectos retroactivos a aquellos copropietarios que adquirieron los pisos o locales sin que constase inscrita la limitación en el Registro o, lo que es igual, la eficacia de una restricción adoptada ex post, esto es, después de la adquisición del titular, cuando no ha consentido que se limite el uso de su elemento privativo oponiéndose al acuerdo» (FJ 3.15). Tal es el criterio que fijó también la S. 33/2016: «sobre la base del principio general de irretroactividad de las normas restrictiva de derechos, el acuerdo no afectará al propietario actual que no haya prestado su consentimiento, aunque sí a los futuros adquirentes de su elemento privativo, pues cuando lo adquieran la norma ya constará inscrita» (FJ 2.9). Por lo tanto, resuelve que las limitaciones de uso aprobadas no pueden afectar a la propietaria disidente «en la medida en que cuando fue adoptado ya estaba autorizada a destinarlo a uso turístico» (FJ 4.12).

COMENTARIO.- Me parece acertado el sentido de la sentencia, pero me gustaría hacer dos matizaciones al respecto.

La primera es relativa a la validez del acuerdo adoptado. El TSJC no parece tener en cuenta que la junta de propietarios se celebró antes de la reforma del Libro quinto del CCCat por la Ley 5/2015, por lo que debe regirse por la redacción primitiva del art. 553-25.4, que exigía, para la validez de los acuerdos que disminuyesen las facultades de uso y disfrute de cualquier propietario que éste los consintiera expresamente. En este sentido, la DGDEJ no ha modificado su criterio para adaptarlo al de la STSJC 33/2016; el criterio de la DGDEJ no ha variado para las juntas celebradas antes de la Ley 5/2015 y simplemente ha fijado otro para las posteriores el nuevo régimen

legal, esto es, el de no exigir dicho consentimiento. Por lo tanto, el acuerdo adoptado con la oposición de uno de los propietarios afectados por la limitación de usos (que, además, había comunicado a la comunidad previamente su intención), no debería ser considerado válido por tal motivo, sin perjuicio de que la junta de propietarios pueda volver a tomar dicho acuerdo en la actualidad sin necesidad de cumplir con dicho requisito.

La segunda crítica es la relativa a la eficacia del acuerdo. El TSJC considera que el acuerdo no es vinculante para la propietaria afectada porque cuando fue adoptado ya estaba autorizada para destinarlo a uso turístico. En realidad, no hay ninguna norma en el CCCat que disponga tal cosa, ni que establezca que los acuerdos no puedan tener carácter retroactivo, ni que exceptúe de su eficacia vinculante a los propietarios que votaron en contra. El art. 553-30.1 dispone que los acuerdos adoptados por la junta de propietarios son obligatorios y vinculan a todos los propietarios, incluso a los disidentes, sin más excepciones que las que recoge en los números siguientes. La norma fundamental en la materia es el art. 553-11.3: «[l]as normas de los estatutos que no estén inscritas en el Registro de la Propiedad no perjudican a terceros de buena fe», lo que es una consecuencia del principio de fe pública registral. La posible confusión del TSJC deriva quizás de que no considera tercero al propietario disidente, en la medida en que, en el momento de adoptarse el acuerdo, es uno de los partícipes de la comunidad (como alega la recurrente). Sin embargo, sí es tercero pues tal condición debe tenerse en cuenta no en el momento de tomarse el acuerdo, sino en el momento en que adquirió un elemento privativo e ingresó en la comunidad, ya que es dicho momento el decisivo para determinar qué normas de la comunidad le afectan (las inscritas en el Registro) y cuáles no (las no inscritas).

## Resumen de las resoluciones de la DGRN en recursos contra calificaciones mercantiles y de la propiedad

Publicadas durante el segundo semestre de 2018

Fernando Agustín Bonaga  
Notario de Calatayud

### ANOTACIÓN PREVENTIVA

#### R. 27 junio 2018 (BOE 166, 10-VII-18: 9621)

Presentado mandamiento de adjudicación y de cancelación de cargas, derivado de la ejecución judicial de una anotación de embargo, se deniega la cancelación de las cargas posteriores a la anotación ejecutada, por encontrarse ésta caducada en el momento de la presentación del título calificado.

Es doctrina consolidada que la caducidad de las anotaciones ordenadas judicialmente opera "ipso iure" una vez agotado su plazo de vigencia (4 años, ex art. 86 LH), aunque formalmente el asiento se cancele posteriormente, en el momento de practicar una nueva inscripción o certificación. Agotado el plazo de la anotación, o cancelada ésta: ya no puede ser prorrogada; y los asientos posteriores mejoran automáticamente su rango, sin que puedan ya ser cancelados en virtud del mandamiento del art. 175 RH, el cual sólo puede ordenar la cancelación de los asientos no preferentes.

#### R. 9 julio 2018 (BOE 178, 24-VII-18: 10444)

Deniega la cancelación por caducidad de unas anotaciones preventivas de embargo que fueron prorrogadas antes de la entrada en vigor de la actual LEC.

Es doctrina consolidada que las anotaciones solicitadas tras la vigencia de la LEC (8 enero 2001) y las practicadas antes de su vigencia caducan a los 4 años, pero son susceptibles de prórrogas sucesivas (artículo 86 LH). Sin embargo, a las anotaciones prorrogadas en virtud de mandamiento presentado antes de la entrada en vigor de la LEC (a las que se refiere la Instrucción DGRN de 12 diciembre 2000)

se les aplica transitoriamente el antiguo artículo 199-2 RH y 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, por analogía con el art. 157 LH, sólo podrá pedirse la cancelación a los 6 meses desde la emisión de la resolución firme recaída en el proceso en que la anotación y su prórroga fueron decretadas.

Por otro lado, también se deniega la cancelación por caducidad de una hipoteca inscrita en 1989, porque el último pago se preveía para dentro de 10 años, de modo que el plazo de 21 años del artículo 82 LH debe computarse desde 1999 y, en consecuencia, aún no ha transcurrido.

#### R. 27 julio 2018 (BOE 188, 4-VIII-18: 11209)

Admite la práctica de una anotación preventiva de querrela por un delito de alzamiento, que el registrador había denegado por no entender acreditado que se estuviera ejercitando una acción real con trascendencia inmobiliaria susceptible de modificar el Registro.

Es doctrina general que no cabe la constancia registral de la mera interposición de querrela, si bien ello no obsta a que pueda reflejarse en una anotación preventiva cuando en la querrela se haga valer no sólo la acción penal sino también la civil. Será necesario que del mandamiento judicial resulte el contenido de la acción civil ejercitada o se adjunte al mismo el texto de la querrela en que se recoja el correspondiente suplico. Ahora bien, es doctrina del TS (S. 25 mayo 2012, entre otras) que la responsabilidad civil derivada del delito de alzamiento de bienes presenta características peculiares, porque la reparación del daño no permite sin más tener en cuenta la cuantía



exacta de los créditos burlados, sino que la restauración del orden jurídico perturbado exige, en línea de principio y cuando sea posible, reintegrar al patrimonio del deudor los bienes indebidamente sacados del mismo, salvo que se encuentren en poder de terceros ajenos al "consilium fraudis" y sean irreivindicables.

**R. 19 septiembre 2018 (BOE 244, 9-X-18: 13752)**

**R. 26 septiembre 2018 (BOE 250, 16-X-18: 14157)**

Presentado mandamiento de adjudicación y de cancelación de cargas derivado de la ejecución judicial de una anotación de embargo, la Dirección deniega la cancelación de las cargas posteriores a la anotación ejecutada, por encontrarse ésta caducada en el momento de la presentación del título calificado.

Es doctrina constante que la caducidad de las anotaciones ordenadas judicialmente opera "ipso iure" una vez agotado su plazo de vigencia (4 años, ex art. 86 LH), aunque formalmente el asiento se cancele posteriormente, en el momento de practicar una nueva inscripción o certificación. Agotado el plazo de la anotación, o cancelada ésta: ya no puede ser prorrogada; y los asientos posteriores mejoran automáticamente su rango, sin que puedan ya ser cancelados en virtud del mandamiento del art. 175 RH, el cual sólo puede ordenar la cancelación de los asientos no preferentes.

**R. 17 octubre 2018 (BOE 291, 3-XII-18: 16471)**

Practicada una anotación preventiva de querrela por mandamiento judicial, la Dirección suspende la prórroga de la misma solicitada mediante instancia privada del interesado. Toda actuación relativa a medidas cautelares ya dictadas corresponde al órgano o tribunal que las hubiera decretado, como se desprende de los artículos 5-1, 723, 726, 731 y 743 LEC.

## ARBITRAJE

**R. 26 julio 2018 (BOE 188, 4-VIII-18: 11207)**

Suspende la inscripción de una resolución arbitral por la que se estima la solicitud del actor de que se adopte la medida cautelar de la anotación preventiva de la demanda arbitral. Es necesario mandamiento judicial.

Las medidas cautelares son mecanismos procesales para asegurar la efectividad de la sentencia estimatoria que se dictare o del laudo arbitral que pusiere fin a la controversia (artículos 721-1 LEC, y 11 y 23 Ley 60/2003 Arbitraje). El apartado V de la Exposición de Motivos de la Ley 60/2003 dice que los árbitros carecen de potestad ejecutiva, por lo que, para la ejecución de las medidas cautelares, será necesario acudir a la autoridad judicial, en los mismos términos que si se tratara de un laudo sobre el fondo. En este punto la Ley 60/2003 no ha sido modificada en su reforma por Ley 11/2011, que se limita a reafirmar la competencia de los juzgados de primera instancia en materia de ejecución de resoluciones arbitrales.

## ARRENDAMIENTO

**R. 4 julio 2018 (BOE 174, 19-VII-18: 10157)**

Admite la inscripción de una escritura de venta de locales comerciales que se declaran arrendados, con reseña de las circunstancias

esenciales del contrato de arrendamiento y manifestación de que en el mismo no se estableció el derecho de adquisición preferente a favor del arrendatario. No es precisa la notificación del artículo 25 LAU, ni la aportación del contrato de arrendamiento.

El artículo 31 LAU (que se remite al 25) tiene carácter dispositivo: permite excluir el derecho de adquisición preferente en los arrendamientos para uso diferente de vivienda, cualquiera que sea su duración. Si tal derecho no existe, no es exigible ninguna notificación. La actual regulación hace aconsejable al arrendatario un plus de diligencia mediante la inscripción de su contrato en el Registro, como forma de hacerlo oponible al tercero del artículo 34 LH. Si se admite a efectos de inscripción como suficiente la manifestación del vendedor de que la finca está o no arrendada o de la identidad del arrendatario, no hay razón que impida extender la validez de dicha manifestación a otros elementos del contrato, como la existencia o no del derecho de adquisición. En consecuencia, a los efectos de inscribir una compraventa en el Registro de la Propiedad cuando el arrendamiento no esté inscrito, la LAU no exige aportar el contrato para comprobar la exclusión o renuncia al retracto, siendo suficiente la manifestación del vendedor de que la finca no está arrendada o sobre la inexistencia de derecho de adquisición preferente.

**R. 14 septiembre 2018 (BOE 238, 2-X-18: 13377)**

Suspende la inscripción de un decreto de adjudicación de finca dictado como consecuencia de un procedimiento de ejecución hipotecaria, porque, resultando del título la existencia de un ocupante con derecho a permanecer en el inmueble como arrendatario, no se ha acreditado la notificación fehaciente al arrendatario a efectos de ejercitar sus derechos de adquisición preferente. Aunque el artículo 25 LAU prevé estos derechos sólo para el caso de "venta" de finca arrendada, la ejecución forzosa está comprendida en el concepto amplio de compraventa. Así, las normas aluden a ella como venta pública (artículo 464 Cc) o como venta en subasta pública o judicial (artículos 1459, 1489, 1493 Cc; 693 LEC).

**R. 11 octubre 2018 (BOE 267, 5-XI-18: 15117)**

Considera conforme a la doctrina de la Dirección la actuación de la registradora, quien cancela una inscripción de arrendamiento financiero en virtud de decreto judicial dictado en procedimiento de desahucio seguido sólo contra el arrendatario, pero deniega la cancelación de dos anotaciones posteriores de embargo sobre el derecho del arrendatario, cuyos titulares no han sido parte en el procedimiento, haciendo constar por nota al margen la referencia al decreto judicial que resuelve el "leasing", que sólo subsistirá registralmente como soporte de los citados embargos, pero sin que puedan inscribirse en lo sucesivo ningún acto dispositivo o de gravamen sobre el derecho arrendaticio.

**R. 2 noviembre 2018 (BOE 282, 22-XI-18: 15938)**

Deniega la inscripción de un arrendamiento de local de negocio, en el que se estipula una duración determinada, susceptible de prórroga por períodos sucesivos, salvo preaviso fehaciente de alguna de las partes a la otra. El llamado principio de especialidad exige establecer una duración de la prórroga, que permita conocer la duración del contrato una vez transcurrido el primer periodo fijado. La Dirección recapitula la doctrina jurisprudencial al respecto (S TS 9

septiembre 2009, 17 noviembre 2011, 12 marzo 2015, 8 junio 2015): es válida la prórroga convencional del arrendamiento siempre que haya sido acordada por las partes libremente, conste de manera clara en el contrato y no sea potencialmente perpetua, de modo que debe tener un límite temporal máximo fijado por las partes o, en su defecto, por el Juez. La seguridad jurídica para los terceros exige determinar el contenido del derecho inscrito.

Sin embargo, se desestima el otro defecto, que estimaba también infringido el principio de especialidad al otorgar al arrendador una facultad de suspensión del arrendamiento por causa de fuerza mayor. Esta facultad constituye un derecho determinado con trascendencia real: su naturaleza es de suspensión, que paraliza temporalmente el cómputo de la duración del arrendamiento; aunque no se establece que la notificación de su ejercicio deba ser notarial o judicial, debe entenderse así por ser la forma prevista en la legislación procesal y notarial (R. 12 febrero 2015); la suspensión no es una facultad meramente potestativa del arrendador, sino que exige una causa objetiva, cual es la fuerza mayor.

## BIENES PÚBLICOS

### AGUAS

#### R. 18 julio 2018 (BOE 190, 7-VIII-18: 11299)

Suspende la inscripción en el Registro de la Propiedad del aprovechamiento de las aguas de un pozo existente en la finca objeto de compraventa. Se incorpora a la escritura fotocopia de un escrito de la Confederación Hidrográfica del Guadiana, del que resulta que los titulares del aprovechamiento de aguas son terceras personas.

En este supuesto se trata de aguas de propiedad privada preexistente conservadas por el no ejercicio, antes del 1 de enero de 1989, de la opción de inscripción en el Registro de Aguas prevista en las transitorias segunda y tercera de la Ley de Aguas, para la conversión del derecho de propiedad en titularidad privada de 50 años con subsiguiente preferencia a la concesión. Esta propiedad privada existente al entrar en vigor la citada Ley puede ser objeto de inscripción en el Registro de la Propiedad, como finca independiente o como cualidad de finca, tanto si ya había tenido acceso al Registro antes de dicha vigencia, como si se pretendiese inmatricularla. Ahora bien, para ello es imprescindible aportar: el título o documento principal en que funde inmediatamente su derecho la persona a cuyo favor haya de practicarse la inscripción (artículo 33 RH); y la certificación del Organismo de Cuenca o de la Administración autonómica competente (si es cuenca intracomunitaria) acreditativa del contenido de la inscripción en el Catálogo de Aprovechamientos de aguas privadas, o negativa del propio Catálogo y del Registro de Aguas.

### COSTAS

#### R. 4 octubre 2018 (BOE 256, 23-X-18: 14547)

Deniega la inscripción de un exceso de cabida (de menos del 1% de la superficie inscrita), para cuya justificación se ha instado acta notarial de incorporación de base gráfica catastral según el artículo 201 LH, cuya tramitación es concluida por el propio notario autorizante, por constar en ella la recepción de informe del Servicio Provincial de Costas según el cual, la pretendida rectificación de superficie implicaría una invasión del dominio público marítimo-terrestre, ya que la

exacta superficie inscrita es la que se corresponde con la concesión otorgada sobre terrenos hoy demaniales y antes de propiedad privada (según la transitoria primera Ley 22/1988 Costas), todo ello según el deslinde aprobado.

La Dirección recuerda su doctrina sobre inmatriculaciones y excesos de cabida en fincas que puedan lindar con el dominio público marítimo-terrestre, operaciones para cuya inscripción se exige la constancia de la no invasión del mismo (artículos 15 y 16 Ley Costas 1988; y 33-36 Reglamento General Costas 2014). La nueva regulación en materia de costas pretende que el registrador pueda comprobar directamente, a la vista de las representaciones gráficas, la situación de las fincas en relación al dominio público y las servidumbres legales. Mientras la correspondiente aplicación informática para el tratamiento de bases gráficas no disponga de la información gráfica correspondiente a la línea de dominio público y zonas de afección a servidumbres, la única forma de determinar si hay intersección o colindancia será la certificación del Servicio Periférico de Costas; si bien su aportación sólo será exigible respecto de aquellas fincas que, según el Registro, el Catastro y los demás datos a que tenga acceso el registrador por su cargo, lindan con el dominio público o puedan estar sujetas a tales servidumbres.

Por otra lado, la inscripción del exceso de cabida pretendida en este expediente no sólo se opone la legislación sobre costas, sino también a la regulación del expediente del artículo 201 LH, al cual le es aplicable por vía de remisión la regla del artículo 203-3ª LH sobre denegación de la anotación preventiva de incoación del expediente de rectificación descriptiva cuando la Administración manifestase su oposición.

### MONTES

#### R. 11 octubre 2018 (BOE 267, 5-XI-18: 15119)

Deniega la inmatriculación de una finca sita en Santa Cruz de Tenerife. Al estar la finca ubicada en zona de monte protegido, la registradora recabó del Área de Sostenibilidad, Ambiente y Seguridad del Cabildo Insular el informe exigido por el artículo 22 Ley Montes, del cual resulta no haber obstáculo a la inmatriculación desde el punto de vista de la legislación forestal. Pero la registradora, a la vista de sus dudas sobre la inclusión en la finca de una carretera autonómica no inmatriculada, suscitadas tras consultar a la Oficina Virtual del Catastro, recaba un segundo informe al Servicio Administrativo de Carreteras y Paisajes del Cabildo Insular, del cual no se obtiene contestación en el plazo de un mes previsto en el artículo 205 LH. El recurrente alega que se ha producido un acto administrativo favorable a su pretensión en virtud de silencio administrativo.

La protección registral que la ley otorga al dominio público no se limita sólo al inscrito, sino que también se extiende al no inscrito, pero de cuya existencia tenga indicios suficientes el registrador. La técnica del silencio administrativo no puede aplicarse a este supuesto, porque no rige en materia de nulidad o validez civil de los actos sujetos a Derecho privado; y en este caso, la intervención requerida de la Administración es de mero informe y no de resolución de un procedimiento administrativo. Además, el artículo 24 LPAC-AAPP exceptúa de la regla general del carácter positivo del silencio los casos excluidos por una norma de rango legal (el párrafo tercero del artículo 205 LH ordena denegar la inscripción si la Administración se opone o no remite su



informe en plazo), así como los casos de solicitudes cuya estimación supondría transferir a particulares facultades relativas al dominio público. Por último, el artículo 30-7 Ley Carreteras, para inmatricular inmuebles lindantes con el dominio público, exige certificación de la Administración del estado acreditativa de la no invasión del mismo.

#### **R. 5 diciembre 2018 (BOE 312, 27-XII-18: 17830)**

Deniega la inscripción de una instancia por la que solicita la inmatriculación, a favor del "Monte Vecinal en Mano Común Barrazoso-Fragavella", de once fincas, de las que se aporta certificación catastral descriptiva y gráfica. Se aportan también copias compulsadas de la documentación administrativa que acredita la pertenencia de las fincas a dicho monte vecinal: resolución del Jurado Provincial clasificando el monte, recurso de reposición contra ella, y nueva resolución estimatoria del recurso que excluye de la calificación otros montes.

La descripción de las fincas es insuficiente, pues se indica sólo las superficies de las mismas, y sus datos de polígono y parcela catastral.

Sin embargo, se desestiman los otros dos defectos. Consta en la documentación presentada la parroquia donde se sitúan las fincas. Aunque los documentos aportados son copias compulsadas, no se les puede negar autenticidad, pues constan diligenciadas con sello oficial y la firma del funcionario público certificador de la correspondencia con el original, no habiendo cuestionado el registrador la competencia y facultades del funcionario.

#### **CANCELACIÓN**

#### **R. 8 noviembre 2018 (BOE 288, 29-XI-18: 16314)**

Deniega la cancelación, que se pretende por caducidad, de una condición resolutoria inscrita en garantía del cumplimiento de un contrato de vitalicio por el que se entregaron unos bienes a cambio de cuidar y asistir durante toda su vida al alimentado (el recurrente alega que, al haber fallecido el alimentado en 2007, la acción prescribió en 2012).

No resulta aplicable el artículo 82-5º LH ni el 177 RH. Es preciso el consentimiento del titular registral o de sus herederos, o en su defecto resolución judicial (artículo 82-1 LH).

La Dirección recapitula su doctrina:

-La cancelación por prescripción permitida por el artículo 82-5º LH se refiere solamente a la cancelación de hipotecas en garantía de cualquier tipo de obligación y de condiciones resolutorias en garantía del precio aplazado de compraventas; y tiene carácter de excepción a la regla general que exige el consentimiento del titular registral para la cancelación, por lo cual debe ser objeto de interpretación restrictiva.

-El artículo 177 RH regula la cancelación de asientos que tuvieren un plazo caducidad convenido por las partes para su ejercicio, lo cual rige para derechos de modificación jurídica (opción, retroventa, retracto convencional...).

-Por último, la Ley 13/2015 introduce la nueva redacción del artículo 210-8ª LH, que tiene un ámbito más amplio: las inscripciones de garantías reales, cuando no conste en el Registro la fecha en que

debió producirse el pago, podrán cancelarse a instancia de cualquier interesado cuando hayan pasado 20 años desde la fecha del último asiento en que conste la reclamación de la obligación, o en su defecto, 40 años desde el último asiento de titularidad de la garantía.

#### **R. 15 octubre 2018 (BOE 291, 3-XII-18: 16470)**

Se presenta sentencia que resuelve un contrato de permuta, ordenándose la reinscripción de la finca a favor de los antiguos titulares y la cancelación de los asientos posteriores motivados por la escritura de permuta.

Se admite la inscripción de la reinscripción, pero se deniega la de los embargos vigentes posteriores a la permuta, porque sus titulares no han intervenido en el procedimiento. Aunque en su día se anotó preventivamente la demanda que pedía la resolución, fue después cancelada por caducidad.

#### **CAUSA DE LOS CONTRATOS**

#### **R. 25 julio 2018 (BOE 188, 4-VIII-18: 11202)**

Mediante sentencia firme se declaró resuelta la escritura por la que una sociedad anónima había vendido una finca y se ordenó la devolución de la misma a sus legítimos propietarios, de modo que se reinscribió de nuevo a nombre de la sociedad. Ahora se presenta una escritura otorgada por el actual consejero delegado de la sociedad y su anterior socia única, en la que ambos solicitan que la finca se inscriba a nombre de esta última, a título gratuito sin que constituya en ningún caso donación, sino únicamente restitución de un derecho indebidamente adquirido por la sociedad titular actual, restableciendo así el orden patrimonial impuesto por la sentencia. Manifiestan los otorgantes que, cuando la anterior socia vendió sus acciones a los actuales socios -antes de la sentencia- la citada finca no estaba incluida en el activo social.

La Dirección lo deniega. Nuestro sistema jurídico no permite que el solo acuerdo abstracto de voluntades, aunque vaya seguido de la necesaria tradición, opere la transmisión de la propiedad. Es siempre necesaria la relación jurídica subyacente que constituye la causa del contrato, y que consiste en la contraprestación pactada en los contratos onerosos o en la mera liberalidad en los gratuitos. El título calificado no es hábil para inscribir a nombre de la anterior socia, pues no expresa adecuadamente la causa de la transmisión, que ni es donación (así se dice), ni se acredita que sea consecuencia de una sucesión procesal.

Por otro lado, el juicio notarial de suficiencia de facultades representativas del representante de la sociedad, es genérico y no identifica de forma clara y precisa el concreto negocio instrumentalizado ("transmisión de finca por restitución patrimonial"), por lo que no es congruente. Se limita a reseñar el título de su nombramiento y la inscripción de su cargo como consejero delegado, pero sin referencia a si le fueron delegadas o no todas o parte de las facultades delegables, ni al carácter esencial o no del activo transmitido.

#### **CENSOS**

#### **R. 19 julio 2018 (BOE 190, 7-VIII-18: 11314)**

El dominio útil de una finca sita en Cataluña consta inscrito a favor del Estado, y el dominio directo a favor de determinados par-

titulares por título hereditario. Resultándole la finca ilocalizable, el Servicio de Patrimonio del Estado emite y presenta al Registro una certificación en la que solicita la cancelación del censo, la cual es calificada negativamente por falta de consentimiento de los titulares del dominio directo. Ahora presenta una segunda certificación en la que se limita a pedir la cancelación de la inscripción de dominio útil a favor del Estado, alegando que la imposibilidad de localizar la finca es asimilable con su pérdida, prevista como causa de extinción de los derechos reales (artículos 532-1 y 565-11 libro quinto CC Cataluña).

Sin embargo, la Dirección rechaza de nuevo la cancelación pretendida. Es doctrina de la Dirección -en materia de constancia registral de la nulidad de un título inscrito- que los asientos posteriores que traen causa de otro, cuyo título ha sido declarado nulo, no pueden ser cancelados si en el procedimiento en que se declara la nulidad no han intervenido los titulares respectivos. Por ello, es precisa la conformidad de los censuistas a la cancelación; y en caso de oposición de los mismos, la controversia deberá resolverse en los tribunales, sin perjuicio del posible ejercicio de otras facultades de autotutela administrativa (incluida la potestad expropiatoria).

## COMUNIDAD

### R. 19 julio 2018 (BOE 190, 7-VIII-18: 11312)

Deniega la inscripción de una escritura en la que los cuatro condueños por partes iguales de una finca, segregan una porción y la adjudican por mitades indivisas a dos de los cuatro comuneros, que se separan de la comunidad. Es preciso hacer constar la cuota de cada uno de los dos copropietarios de la finca matriz, a los efectos del artículo 54-1 RH.

No existe norma alguna que permita integrar el negocio mediante el acrecimiento automático de las cuotas en proporción exacta a la reducción del número de los comuneros, siendo lícito que, en virtud de la autonomía de voluntad de las partes, se puedan producir excesos o defectos de adjudicación compensados en metálico o mediante otros bienes.

### R. 2 noviembre 2018 (BOE 282, 22-XI-18: 15939)

Admite la inscripción de una extinción parcial de comunidad, en el que los titulares de diversas partes indivisas de una finca adquieren la parte indivisa de otro cotitular por iguales partes, siendo la contraprestación pactada por la transmisión una cierta suma de dinero.

Últimamente la Dirección matiza su doctrina tradicional que negaba el carácter de verdadera extinción de comunidad a la extinción parcial, considerándola una mera venta de cuota. Ahora atribuye el carácter de verdadera extinción de comunidad a todo acto que, aun no produciendo la disminución de sus miembros sino sólo la alteración de sus cuotas, pueda entenderse encaminado por su propia naturaleza al cese final de la situación de comunidad, aunque no logre dicho efecto totalmente. Así, serían ejemplos de disolución los siguientes:

-En una comunidad sobre varios bienes, se adjudican uno o varios a alguno de los partícipes, en pago de sus derechos en la comunidad, la cual subsiste con los restantes bienes y partícipes, mediante

reajuste de sus cuotas (caso similar al del artículo 80-1-c RH, respecto de la partición).

-En una comunidad sobre varias fincas, se forman lotes que se adjudican a grupos de partícipes diferenciados, quienes adquieren en comunidad dentro de cada grupo.

-En una comunidad sobre un bien indivisible, éste se adjudica proindiviso a varios de ellos, quienes compensan en metálico a los no adjudicatarios.

-En una comunidad sobre un solo bien, los titulares de algunas de las cuotas -pero no de todas- se las adjudican a uno o varios de ellos, quienes compensan en metálico a los demás.

En el supuesto resuelto el negocio recae sobre un bien indivisible -material o económicamente-, el número de cuyos copropietarios se reduce mediante una compensación en metálico. Pueden entenderse que va encaminado a provocar la extinción de la comunidad.

## CONCURSO E INSOLVENCIA

### R. 4 julio 2018 (BOE 174, 19-VI-18: 10161)

### R. 4 julio 2018 (BOE 174, 19-VI-18: 10162)

### R. 4 julio 2018 (BOE 174, 19-VI-18: 10163)

En el folio de una finca consta el concurso de la sociedad titular. También consta, por anotación preventiva derivada de la falta de firmeza de la sentencia que la provoca, la conclusión del concurso, el cese de sus efectos sobre las facultades dispositivas del deudor, el cese de la administración concursal y la cancelación de los asientos derivados del concurso. La falta de firmeza viene provocada por la interposición de recursos de apelación, cuya admisión a trámite está aún pendiente de la decisión del Juzgado de lo Mercantil. Ahora la Dirección admite la inscripción de una escritura, otorgada después de la sentencia, por la que la concursada vende la finca sin intervención del Juez ni los administradores concursales.

Desde la conclusión del concurso cesan las limitaciones sobre las facultades de administración y disposición del deudor (artículo 178-1 LC). El contenido del Registro no puede convertirse en una ficción que obligue a mantener un régimen dispositivo de imposible aplicación: la administración concursal ha cesado y el Juez no puede intervenir en un procedimiento que ha declarado concluido. Si el negocio es válido y eficaz en el momento de su celebración, no puede tener bloqueado el acceso al Registro por no haberse cancelado la anotación referida al concurso. Esto no impide que continúe la constancia registral del concurso hasta que alcance firmeza la sentencia. De este modo los terceros quedan advertidos de la eventual restitución del estado concursal en caso de revocación de la resolución que ha declarado la conclusión del concurso. Pero las consecuencias que deba tener esa restitución sólo puede decidir las el Juez, sin que la registradora pueda anticipar el contenido de una hipotética decisión judicial.

### R. 20 julio 2018 (BOE 190, 7-VIII-18: 11318)

Deniega la cancelación de una hipoteca anterior a la declaración de concurso. Del mandamiento cancelatorio emitido por el Juzgado de Primera Instancia, en virtud de subasta judicial en ejecución de plan de liquidación en procedimiento concursal, no consta que, en



relación con la entidad de crédito acreedora: que se haya personado en el procedimiento; que se le haya notificado que el plan de liquidación se ha puesto de manifiesto en la oficina judicial; que se le haya dado conocimiento de las medidas tomadas para la satisfacción de su crédito privilegiado especial; y que se le haya notificado el resultado de la subasta para que pueda ejercer los derechos que le corresponden como acreedora hipotecaria.

#### **R. 20 septiembre 2018 (BOE 244, 9-X-18: 13753)**

Deniega la inscripción de una escritura de cesión de créditos hipotecarios realizada por una sociedad declarada en concurso en fase de liquidación, representada por su administrador concursal. La escritura no contiene referencia alguna al plan de liquidación, cuyas previsiones deben cumplirse (artículo 149 LC).

Ya en fase de recurso -sin que pudiera haberse tenido en cuenta en la calificación, ni por tanto pueda considerarse en la resolución del recurso- se aporta el plan de liquidación, que había sido aprobado judicialmente con anterioridad, en el que se facultaba al administrador concursal para la venta directa de la cartera de créditos de la sociedad a quien resultase mejor postor en un previo proceso público de admisión de ofertas. La enajenación de los demás bienes, en defecto de previsión en el plan y según establece el artículo 149-2 LC, debe realizarse por el procedimiento de apremio regulado en la LEC, el cual entiende aplicable el registrador a la venta calificada, argumentando que la hipoteca sobre un inmueble es también inmueble (artículo 334-10 Cc). Pero de una interpretación sistemática de las cláusulas del plan y favorable a su eficacia (artículos 1284 y 1285 Cc), resulta la previsión en el mismo de un procedimiento especial de venta directa para realizar el valor de los créditos de la sociedad. Habida cuenta de la accesoria de la hipoteca, ésta no es un valor patrimonial distinto del crédito cedido, que tiene naturaleza mueble, de modo que la transmisión de la hipoteca es un simple efecto anexo o colateral de la transmisión del crédito.

El otro defecto de la calificación se desestima. El precio de venta de los créditos es una cantidad alzada fija, más un determinado porcentaje de la cantidad que efectivamente se cobre en un futuro, de modo que es un precio cierto a los efectos del artículo 1445 Cc, aun cuando no es determinado, pero sí determinable objetivamente sin necesidad de nuevo convenio entre las partes (artículo 1273 y 1447 Cc).

#### **R. 22 octubre 2018 (BOE 277, 16-XI-18: 15640)**

Admite la inscripción de una escritura de dación en pago realizada por deudor persona física a cuya instancia consta nombrado e inscrito mediador concursal, a favor de la entidad de crédito acreedora hipotecaria, quien solicita la cancelación de la hipoteca por confusión. En la escritura comparece el mediador concursal, quien manifiesta que la parte deudora no ha alcanzado acuerdo extrajudicial con los acreedores y que la finca objeto de dación no es necesaria para el desarrollo de la actividad profesional de la deudora, ni constituye domicilio habitual.

La Ley 14/2013 (emprendedores) introduce un procedimiento de negociación extrajudicial de deudas cuyo objeto es permitir a los deudores en estado de insolvencia alcanzar con sus acreedores un acuerdo que impida la declaración de concurso. La sustanciación de este procedimiento no impide al deudor continuar con su acti-

vidad laboral, empresarial o profesional. El deudor será declarado en concurso si no se logra el acuerdo con los acreedores, o si -aún logrado el acuerdo- el deudor continúa en estado de insolvencia, una vez transcurrido el plazo de tres meses previsto en el artículo 5 bis LC. Solicitada la apertura del expediente, el deudor podrá continuar con su actividad, si bien se abstendrá de realizar cualquier acto de administración y disposición que exceda del giro o tráfico propio de su actividad (artículo 235-1 LC). Pero este efecto no supone que el deudor quede privado de sus facultades de disposición. No existiendo declaración de concurso, no rigen los efectos limitativos de la capacidad del deudor del artículo 40 LC.

#### **R. 22 octubre 2018 (BOE 277, 16-XI-18: 15641) R. 8 noviembre 2018 (BOE 288, 29-XI-18: 16319)**

Deniega la práctica en el Registro de la Propiedad de la anotación preventiva de inicio del procedimiento notarial de designación de mediador concursal para alcanzar un acuerdo extrajudicial de pagos (artículo 233-3 LC). El título presentado es una comunicación en la R. 8 noviembre 2018 y una certificación en la R. 22 octubre 2018, en ambos casos emitida por el notario; pero la Dirección entiende que el título formal exigido es copia autorizada del acta notarial de designación de experto.

En efecto, el artículo reseñado regula el título hábil para esta anotación, diciendo que por el notario, registrador mercantil o Cámara Oficial "se comunicará" el cierre del expediente al juzgado e "igualmente se dará cuenta del hecho por certificación o copia remitidos a los registros públicos de bienes competentes". Pero la finalidad de esta norma no es alterar el sistema documental propio de la profesión notarial, de modo que debe interpretarse en el sentido de exigir certificación en caso de tramitación por registradores mercantiles o Cámaras Oficiales, y copia autorizada en caso de acta notarial.

#### **R. 24 octubre 2018 (BOE 277, 16-XI-18: 15645)**

El plan de liquidación de una sociedad anónima concursada establece una primera fase de venta directa de los bienes -sin necesidad de autorización judicial, siempre que la oferta de compra alcance el 50% del valor estimado-; y una segunda fase de subasta judicial o notarial en caso de no realizarse la venta directa en plazo de 3 meses. Ahora la Dirección admite la inscripción de la venta directa de un bien por parte de la administración concursal, por cantidad superior al que sería precio inicial de la subasta. Consta además una diligencia judicial de la que resulta que ninguno de los acreedores personados hizo alegaciones contra la oferta. Concorre, tanto la implícita conformidad de los acreedores, como la conformidad de la juez al sistema seguido para la enajenación.

#### **R. 26 octubre 2018 (BOE 279, 19-XI-18: 15770)**

Suspende la inscripción de una escritura pública de compraventa porque, consultado de oficio por el registrador el contenido del Registro Público Concursal, resulta que el vendedor se encuentra en situación de concurso voluntario declarada en acta fechada tres meses antes de la venta, teniendo sus facultades de administración y disposición intervenidas por la administración concursal.

El régimen de intervención o suspensión de las facultades de concursado no nace con la inscripción o anotación del auto de declaración del concurso, sino que es eficaz desde la fecha de éste.

## R. 8 noviembre 2018 (BOE 288, 29-XI-18: 16318)

Consta inscrita la cesión gratuita por parte de un Ayuntamiento a favor de una sociedad mercantil de dos fincas de patrimonio municipal del suelo, constando en la inscripción que el destino de la cesión es la construcción de viviendas de protección oficial y que en caso de incumplimiento de dicho destino, las fincas revertirían al ente cedente.

Ahora se suspende la inscripción de la certificación administrativa acreditativa de haberse producido dicha reversión, porque consta anotada la previa declaración de concurso de la sociedad cesionaria. Para acceder a la inscripción solicitada, se requiere: o bien que el juez del concurso declare que las fincas no son necesarias para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del concursado; o bien que se acredite la apertura de la fase de liquidación del concurso, la cual produce la disolución de pleno derecho de la sociedad (artículo 371-1 LSC) y hace innecesaria cualquier declaración del juez del concurso sobre si los bienes están afectos a la actividad del concursado y si son o no necesarios para su continuidad.

## CONDICIÓN RESOLUTORIA

### R. 10 octubre 2018 (BOE 267, 5-XI-18: 15115)

Deniega la inscripción de una sentencia que declara la resolución de una venta por incumplimiento de la condición resolutoria expresa de pago del precio aplazado. No se acredita la consignación por parte del vendedor demandante de las cantidades que debe restituir al comprador demandado. Tampoco consta que haya sido citado al procedimiento el titular de la anotación de embargo anotado con posterioridad a la condición resolutoria, cuya cancelación también se ordena.

Es doctrina consolidada que, para obtener la reinscripción a favor del transmitente como consecuencia del ejercicio de la condición resolutoria explícita (artículo 1504 Cc), debe aportarse el documento que acredite la consignación del importe que deba ser devuelto al adquirente o que corresponda por subrogación real a los titulares de derechos extinguidos (artículo 175-6 RH), teniendo en cuenta que la posible cláusula penal estipulada para el caso de resolución no puede deducirse de la cantidad a consignar, por cuanto podría ser objeto de corrección judicial (artículo 1154 Cc).

### R. 25 octubre 2018 (BOE 279, 19-XI-18: 15763)

Deniega la cancelación de una condición resolutoria pactada en una escritura de compraventa en garantía de una obligación de hacer (concluir obras de construcción en plazo de 8 años) y de no hacer (prohibición de disponer inter vivos hasta que la construcción esté acabada). La cancelación se pretende en virtud de los artículos 82-5 LH y 177 RH.

Es doctrina consolidada que la cancelación por prescripción permitida por el artículo 82-5 LH se refiere solamente a la cancelación de hipotecas en garantía de cualquier tipo de obligación y de condiciones resolutorias en garantía del precio aplazado de compraventas; y tiene carácter de excepción a la regla general que exige el consentimiento del titular registral para la cancelación, por lo cual debe ser objeto de interpretación restrictiva. Por otro lado, el artículo 177 RH regula la cancelación de asientos que tuvieren un plazo ca-

ducidad convenido por las partes para su ejercicio, lo cual rige para derechos de modificación jurídica (opción, retroventa, retracto convencional...).

Por tanto, ni el artículo 82-5º LH, ni el artículo 177 RH son aplicables a las condiciones resolutorias en garantía de obligaciones distintas del pago del precio. Al supuesto calificado sí que le resultaría aplicable, en su caso, el artículo 210-8º LH, que tiene un ámbito más amplio: las inscripciones de garantías reales, cuando no conste en el Registro la fecha en que debió producirse el pago, podrán cancelarse a instancia de cualquier interesado cuando hayan pasado 20 años desde la fecha del último asiento en que conste la reclamación de la obligación, o en su defecto, 40 años desde el último asiento de titularidad de la garantía. Todo ello sin perjuicio de poder acudir a los expedientes de liberación de cargas de los anteriores apartados del mismo artículo 210.

## DESCRIPCIÓN Y GEORREFERENCIACIÓN DE FINCAS

### R. 5 julio 2018 (BOE 174, 19-VII-18: 10169)

Admite la inscripción de un exceso de cabida de dos fincas y de la representación gráfica de la resultante de la agrupación de ambas, pese a las dudas manifestadas por la registradora sobre la posible invasión de un camino municipal. Se practicaron las notificaciones prevenidas en el artículo 199 LH. El Ayuntamiento -colindante según la registradora- no formuló alegación ni oposición alguna. Otra colindante alegó la posible invasión del camino público. Consta la existencia de una sentencia que declara la propiedad del camino a favor del titular registral de la finca objeto del expediente, lo que excluye cualquier duda sobre la posible invasión del dominio público.

### R. 5 julio 2018 (BOE 174, 19-VII-18: 10170)

Deniega la inscripción de una representación gráfica catastral, estimando justificadas las dudas del registrador sobre la correspondencia de la misma con la finca inscrita, dado que esta referencia catastral consta ya con anterioridad asignada a otra finca registral colindante, a lo que cabe añadir la oposición expresa del titular de la misma.

Ciertamente la constancia de la referencia catastral no es equiparable y tiene efectos mucho más limitados que la coordinación gráfica del artículo 10 LH. Sin embargo, la referencia catastral es el código alfanumérico identificador que permite situar el inmueble inequívocamente en la cartografía del Catastro. Por ello, constando asignada una referencia catastral a una finca ya inmatriculada, no es admisible -por aplicación de los principios hipotecarios de prioridad y tracto sucesivo- pretender atribuirle a otra finca y menos aún, la inscripción de la representación gráfica. Podrá acudirse al procedimiento de deslinde del artículo 200 LH; así como al juicio declarativo correspondiente.

### R. 10 julio 2018 (BOE 178, 24-VII-18: 10447)

Deniega la constancia en el Registro de las referencias catastrales que, según manifiesta el interesado, corresponden con determinada finca registral. Aunque la diferencia entre la superficie catastral y la inscrita no excede del 10%, existen dudas fundadas sobre la identidad de la finca derivadas de otros datos descriptivos. Las referencias catastrales cuya constancia se pretende corresponden a parcelas ca-



tastrales no colindantes por estar separadas por caminos públicos, lo cual daría lugar a una finca discontinua, sin que tal circunstancia resulte del título ni del Registro. Tampoco hay correspondencia en los linderos.

Según el artículo 45 Ley Catastro Inmobiliario, se entenderá que una referencia catastral se corresponde con la identidad de una finca en los siguientes casos: siempre que los datos de situación, denominación y superficie coincidan con los del titular y, en su caso, con los del Registro; cuando existan diferencias de superficie no superiores al 10%, pero siempre que además no existan dudas fundadas sobre la identidad de la finca derivadas de otros datos descriptivos, que es precisamente lo que ocurre en el supuesto resuelto.

#### **R. 16 julio 2018 (BOE 190, 7-VIII-18: 11297)**

Admite la inscripción de una representación gráfica, que es alternativa a la catastral por manifestar el titular que la descripción del Catastro no se corresponde con la realidad física de su finca. La Dirección rechaza los dos defectos de la calificación.

En primer lugar, el único obstáculo que pone el registrador para inscribir el considerable exceso de cabida que se declara es que la finca procede de segregación, lo cual no impide por sí una rectificación descriptiva posterior que no implique una nueva reordenación de terrenos diferente a la resultante de la modificación hipotecaria para la que se concedió en su día licencia de segregación.

En segundo lugar, el registrador manifiesta dudas sobre una posible invasión del dominio público basadas en que la titularidad de una de las parcelas catastrales que se afirma corresponder con la finca registral se encuentra “en investigación” conforme al artículo 47 Ley 33/2003, lo cual sin embargo, no determina por sí el carácter demanial si no está corroborado por otros indicios o principios de prueba. Tales dudas no han sido refrendadas con un pronunciamiento de la Administración afectada, para lo cual lo procedente sería la tramitación del procedimiento del artículo 199 LH, que en el caso de su apartado 2 (aportación de representación alternativa a la catastral) tiene como particularidad la obligación de notificar también a los titulares catastrales colindantes afectados.

#### **R. 19 julio 2018 (BOE 190, 7-VIII-18: 11306)**

Deniega la inscripción de la representación gráfica alternativa de una finca, con la consiguiente rectificación de su descripción, por entender fundadas las dudas del registrador sobre la correspondencia entre la representación y la finca inscrita, manifestadas antes de iniciar el procedimiento del artículo 199 LH.

Según el Registro se trata de una finca continua, que linda por el este con determinada persona. En la representación que se pretende inscribir, el lindero del este es fijo (un arroyo), la finca es discontinua (el arroyo delimita tres porciones o suertes), cambian los demás linderos y existe un considerable exceso de cabida. Son fundadas las dudas de estar encubriendo negocios traslativos no formalizados ni inscritos.

#### **R. 19 julio 2018 (BOE 190, 7-VIII-18: 11307)**

Deniega la inscripción de la representación gráfica catastral, una vez tramitado el procedimiento del artículo 199 LH, por entender

fundadas las dudas de la registradora sobre la coincidencia -si quiera parcial- de la representación calificada con otra finca inmatriculada.

No es aceptable la alegación del recurrente de que el titular supuestamente perjudicado no ha formulado oposición y por ello consiente la inscripción de la representación gráfica. La notificación al perjudicado no se ha realizado en sede del procedimiento del artículo 199 LH, sino en el procedimiento de doble inmatriculación iniciado de oficio por la registradora (artículo 209 LH). Por tanto, habrá que estar a las resultas de este expediente, si bien el propio recurrente ha manifestado su oposición a la tramitación del mismo. Todo ello sin perjuicio de acudir al procedimiento de deslinde del artículo 200 LH.

#### **R. 20 julio 2018 (BOE 190, 7-VIII-18: 11317)**

Habiendo sido solicitada en la escritura calificada la inscripción de la representación catastral de una finca -con la consiguiente rectificación descriptiva en cuanto a paraje, superficie y linderos-, y habiendo denegado la registradora la iniciación del procedimiento del artículo 199 LH por apreciar dudas de identidad entre la porción georreferenciada y la finca registral, entiende la Dirección que lo procedente es iniciar el citado procedimiento, el cual procede no sólo cuando las descripciones literaria y gráfica coinciden, sino también cuando la primera debe ser rectificadas para acomodarse a la segunda.

Tampoco es obstáculo la existencia de leves diferencias descriptivas entre la descripción catastral y la resultante del informe técnico que se acompaña: existe una evidente coincidencia entre ambos; y la total coincidencia descriptiva sólo se exige en los supuestos de inmatriculación.

#### **R. 20 julio 2018 (BOE 190, 7-VIII-18: 11322)**

Deniega la inscripción de una representación gráfica alternativa a la catastral, una vez iniciado el procedimiento del artículo 199 LH, entendiendo fundadas las dudas del registrador, por existir oposición de colindantes que aportan informes técnicos de los que resulta que no es pacífica la delimitación gráfica de la finca que se pretende inscribir, pudiendo afectar a los derechos de terceros. Podrá acudir al procedimiento de deslinde del artículo 200 LH, sin perjuicio de poder acudir al juicio declarativo correspondiente (artículo 198 LH).

#### **R. 2 agosto 2018 (BOE 227, 19-IX-18: 12724)**

Suspende la inscripción de un auto judicial dictado en expediente de dominio para acreditar un exceso de cabida superior al 10%, que se ha tramitado por las normas anteriores a la Ley 13/2015. Al solicitarse la certificación registral inicial, no se especificó que la finalidad de la certificación era iniciar este procedimiento, de modo que el registrador no expresó en ella otros colindantes registrales resultantes de los archivos del Registro, ni dudas de identidad. Ahora, sin embargo, la inscripción se deniega porque en el expediente falta la citación a propietarios colindantes, porque existen dudas fundadas de identidad de la finca y porque no se aporta certificación catastral coincidente con la finca ni una base gráfica alternativa de la misma.

#### **R. 27 septiembre 2018 (BOE 250, 16-X-18: 14160)**

Se refiere a la calificación de una sentencia declarativa, dictada en procedimiento iniciado en 2008, por la que se modifica la descrip-

ción de dos fincas, una de las cuales se describe con un defecto de cabida superior al 10% de la superficie inscrita.

No hay problema en admitir a estos efectos otros procedimientos distintos de los establecidos en la legislación hipotecaria, y singularmente el procedimiento judicial declarativo (expresamente aludido en el actual artículo 204 LH), siendo preciso que se cumplan los requisitos exigidos para la protección de los titulares colindantes. Es doctrina consolidada que las dudas del registrador sobre la identidad de la finca impiden la inscripción de la diferencia de cabida documentada en escritura pública o certificación administrativa, pero no en los supuestos de expediente de dominio, donde este juicio y en general la valoración de la prueba corresponde exclusivamente al Juez.

Tampoco constituye obstáculo el hecho de que la referencia catastral de una de las fincas difiera en una letra entre su expresión en los fundamentos de la sentencia y su constancia en la parte dispositiva; porque el registrador puede obtener datos de los organismos oficiales a los que pueda acceder directamente, para lograr más acierto en la calificación y liberar de este trámite a los interesados.

Sin embargo, la inscripción se deniega porque, dictada la sentencia en rebeldía, no resulta de la documentación presentada si han transcurrido los plazos previstos en el artículo 501 LEC para el ejercicio de la acción de rescisión del rebelde.

## **R. 27 septiembre 2018 (BOE 250, 16-X-18: 14161)**

Admite la inscripción de una segregación a la que se aporta representación gráfica alternativa a la catastral. Una vez tramitado el procedimiento del artículo 199 LH, el registrador suspende la inscripción por existir oposición de propietarios colindantes.

La Dirección recuerda su doctrina sobre el procedimiento del artículo 199 LH. Las dudas del registrador, que deben estar motivadas y fundadas en criterios objetivos y razonados, deben referirse a que la representación gráfica coincide en todo o en parte con otra base gráfica inscrita o con el dominio público, a la posible invasión de fincas colindantes inmatriculadas o al encubrimiento de transmisiones o modificaciones hipotecarias. En caso de que, por no corresponderse la realidad física con el Catastro, se aporte, junto con la certificación catastral descriptiva y gráfica, una representación gráfica georreferenciada alternativa (artículo 9-b LH), habrán de ser notificados los titulares catastrales colindantes afectados, correspondiendo al registrador, a la vista de las alegaciones efectuadas, decidir motivadamente según su prudente criterio, ya que la mera oposición no determina la denegación de la inscripción.

En el supuesto resuelto, de las alegaciones de los colindantes opositores no se deriva contradicción con la representación gráfica que pretende inscribirse (las alegaciones se refieren a la existencia de una obra nueva sobre una de las fincas colindantes; y a la incorrecta descripción de una servidumbre existente sobre la otra). No es razonable entender que la mera oposición que no esté debidamente fundamentada, aportando una prueba escrita del derecho de quien la formula, pueda hacer derivar el procedimiento a la jurisdicción contenciosa, desvirtuando la propia esencia de este expediente de jurisdicción voluntaria.

## **R. 22 octubre 2018 (BOE 277, 16-XI-18: 15639)**

Deniega la inscripción de una rectificación de descripción de finca solicitada en acta notarial de manifestaciones otorgada única-

mente por el titular registral para cambiar la constancia de un lindero personal por la de un patio común de la propia finca y de su colindante.

Sin perjuicio de los medios hábiles generales para obtener la inscripción registral de rectificaciones descriptivas (artículos 199, 201 y 203 LH), la R. 26 abril 2017 consideró posible la rectificación de un lindero sin acudir a tales procedimientos cuando resulte fehacientemente acreditada por certificación catastral, pero siempre que no implique la delimitación física de la totalidad de la finca, ni altere su superficie, ni resulte contradicha por otras titularidades o representaciones gráficas inscritas, y sin que existan dudas de identidad. Por el contrario, en este supuesto la pretensión del recurrente no es lograr la correcta delimitación de su finca, sino fijar la titularidad comunal de un patio colindante. Las dudas del registrador derivan de la falta de correspondencia con la cartografía catastral. En definitiva, subyace un conflicto sobre la titularidad del patio. Debe tramitarse un procedimiento rectificatorio en el que los colindantes tengan la oportuna intervención. Es doctrina consolidada que la notificación a los colindantes constituye un trámite esencial en los procedimientos de rectificación descriptiva.

## **R. 26 octubre 2018 (BOE 279, 19-XI-18: 15768)**

Admite la inscripción de una escritura de obra nueva en construcción, desestimando las dudas del registrador sobre la coincidencia de la finca inscrita con la reseñada en la licencia de obras. En efecto, la finca consta inscrita como sita en determinada calle sin número, mientras que la licencia la ubica en el número 24 de la misma calle.

Ciertamente las licencias deben contener una descripción suficiente de la finca al objeto de que no existan dudas sobre la finca a que se refieren. Sin embargo, en el presente caso no existe propiamente una discrepancia, sino que en el asiento registral no consta este dato.

## **R. 8 noviembre 2018 (BOE 288, 29-XI-18: 16315)**

## **R. 8 noviembre 2018 (BOE 288, 29-XI-18: 16316)**

Rechazan el recurso interpuesto contra la expedición de certificación registral solicitada al inicio del procedimiento notarial del artículo 201 LH, en la cual la registradora expresa sus dudas en el sentido de que la alteración descriptiva pretendida no es una mera rectificación, sino que encubre un negocio traslativo encubierto, dada la diferencia de superficie entre la cabida inscrita y la que se pretende reflejar es de más del triple, así como la modificación de determinados linderos personales (y también fijos en la resolución con número 16316). Corresponde al notario, a la vista de las dudas manifestadas, decidir si continúa con la tramitación del procedimiento para disiparlas practicando las diligencias oportunas, o si lo da por concluido al entender que su continuación es estéril y supone costes y trámites innecesarios, que es lo que ocurre en este supuesto (regla tercera del artículo 203-1 LH). La Dirección encuentra justificadas las dudas de la registradora y rechaza el recurso.

## **R. 18 octubre 2018 (BOE 291, 3-XII-18: 16473)**

Es procedente la iniciación del procedimiento de rectificación descriptiva del artículo 199 LH, a pesar de que la ortografía de la parcela muestra dentro de su perímetro un camino, que el recurrente



considera privado. Los meros indicios o sospechas de invasión del dominio público, pero sin el refrendo de un pronunciamiento administrativo, no impiden la iniciación del procedimiento, dentro del cual y a la vista de la intervención de la Administración afectada, el registrador podrá calificar si efectivamente existe o no tal invasión.

#### **R. 19 octubre 2018 (BOE 291, 3-XII-18: 16477)**

Deniega la constancia de las referencias catastrales que el representante de la titular registral afirma que corresponden con dos fincas registrales, alegando también que tales referencias constaban ya en el título de su representada, si bien el registrador no las inscribió en su día, por padecer un error de concepto al practicar la inscripción.

La Dirección encuentra fundadas las dudas de la registradora actual sobre que todas las referencias catastrales cuya constancia se pretende correspondan realmente con las fincas inscritas: en unos casos se afectan vías de comunicación de dominio público; otras parcelas constan catastradas a favor de personas distintas; por último, respecto de la pretensión de hacer constar en el Registro dos de las referencias catastrales, al tramitarse el procedimiento del artículo 199 LH, se ha formulado oposición por parte de los titulares de otra finca registral que se consideran afectados.

En cuanto a la pretensión del recurrente de que se subsane el pretendido error de concepto padecido en su día por el registrador que inscribió el título, al no inscribir las referencias catastrales que constaban en él, no concurren ni consentimiento de la registradora actual, ni resolución judicial (artículo 217 LH). Además, para la Dirección la no inscripción de algunas de las referencias catastrales que constaban en el título no se debió a inexactitud ni error, sino que fue el resultado de la calificación registral, la cual consideró que sólo algunas de las referencias catastrales aportadas se correspondían con las fincas objeto del título.

#### **R. 21 noviembre 2018 (BOE 299, 12-XII-18: 16982)**

Deniega la constancia de la referencia catastral de una finca inscrita, por constar el mismo número de parcela y polígono en la inscripción de otra finca registral. Es preciso el consentimiento del titular registral de esta otra finca, o resolución judicial dictada en procedimiento donde haya sido parte.

Así lo imponía expresamente el artículo 53 Ley 13/1996, que ciertamente ha sido derogado, pero no por existir un cambio legal de criterio a este respecto, sino porque la Ley 13/3015 profundiza aún más en el mismo. Lo dispuesto en el precepto derogado deriva directamente de los principios hipotecarios de prioridad y tracto sucesivo.

#### **R. 27 noviembre 2018 (BOE 308, 22-XII-18: 17633)**

Suspende la inscripción de una escritura de segregación y posterior agregación de lo segregado a otra finca, y de su representación gráfica alternativa a la catastral. De la tramitación del expediente del artículo 199 LH resulta la oposición de dos colindantes; y la posible invasión de un camino demanial.

En cuanto a la oposición de uno de los colindantes, las meras diferencias de cabida respecto de la cartografía catastral, no pueden servir de base -sin otros elementos probatorios- para una denegación de la representación gráfica alternativa pretendida. Ahora bien,

hay otras circunstancias que justifican las dudas de la registradora: las fincas proceden de un procedimiento de concentración parcelaria, cuya perimetría se altera respecto de la que resulta del plano de concentración. La dudas de la registradora también se consideran razonables en cuanto a la oposición de otro propietario colindante, que se fundamenta en un informe técnico del que resulta que no es pacífica la línea de delimitación de las dos propiedades, identificando los pares de coordenadas afectados.

Por el contrario, en cuanto a la posible invasión de dominio público, no se tienen en consideración las dudas de la registradora, porque en el informe han sido notificadas las Administraciones local y autonómica, sin que hayan usado de su posibilidad de intervenir en el procedimiento o formular alegaciones, habiéndose concedido expresamente licencia de segregación y agregación simultánea recogiendo las nuevas superficies consignadas en el título. Por último, en cuanto a la exigencia de la registradora de que todas las alegaciones vengan acompañadas de representación gráfica que las sustente, aun siendo algo conveniente, no puede entenderse como algo obligatorio pues ninguna norma lo impone de modo expreso.

#### **R. 5 diciembre 2018 (BOE 315, 31-XII-18: 18125)**

Suspende la inscripción de una representación gráfica catastral, que se pretende mediante el expediente del artículo 199 LH, por entender fundadas las dudas de la registradora sobre la falta de correspondencia entre la descripción inscrita y la que se pretende inscribir. Las dudas se basan en las siguientes circunstancias: la superficie de la base gráfica es el triple de la inscrita; la finca procede de una desafectación parcial de una Cañada Real, constanding practicadas después en el historial de la finca tres segregaciones, todo lo cual implica la realización de mediciones exactas; mientras que según el Registro la finca linda por el este con dicha Cañada, según el Catastro linda con dos casas.

En virtud de las expresadas dudas, resulta posible la existencia de operaciones de modificación de entidades hipotecarias y negocios traslativos que no han accedido al Registro.

### **DIVISIÓN, SEGREGACIÓN, PARCELACIÓN**

#### **R. 27 junio 2018 (BOE 166, 10-VII-18: 9619)**

Suspende la inscripción de una escritura de segregación de una finca rústica de secano, que crea una porción de 1'6 hectáreas, siendo la unidad mínima de cultivo (fijada por Decreto de la Comunidad Valenciana de 9 noviembre 1999) es de 2'5 hectáreas en secano y de 0'5 hectáreas de regadío. La finca matriz es discontinua y está formada por seis porciones, una de las cuales se corresponde exactamente con la finca segregada. Se incorpora licencia municipal de segregación. De conformidad con el artículo 80 RD 1093/1997, la registradora comunicó la operación a la Comunidad Autónoma, quien ha contestado requiriendo documentación acreditativa de los derechos e infraestructuras de riego de la finca.

En la fecha de la calificación negativa aún no había transcurrido el plazo de 4 meses establecido por el citado artículo 80. La licencia municipal tiene objetivo urbanístico: prevenir del peligro de formación de nuevos núcleos de población disconformes con la legislación y el planeamiento; pero la Administración local carece de competencia agraria, la cual pertenece a la Comunidad Autónoma.

Del artículo 80 resultan tres posibles hipótesis tras la notificación del registrador: si la Administración agraria declara la nulidad de la división o segregación, el registrador denegará la inscripción; si la Administración aprecia alguna de las excepciones del artículo 25 de la Ley 19/1995, el registrador practicará los asientos solicitados; y también inscribirá si transcurren 4 meses desde la remisión de la documentación por el registrador. No obstante, la Dirección matiza la última hipótesis: el mero transcurso de los 4 meses no aboca a ninguna conclusión, favorable ni desfavorable, debiendo entenderse por el contexto que la norma debe leerse en el sentido de transcurrir 4 meses desde la comunicación sin emitir contestación, la cual puede contener una resolución expresa -positiva o negativa- o cualquier otro que desvirtúe la presunción favorable a la existencia de una excepción a la prohibición legal de crear porciones inferiores a la unidad mínima de cultivo.

## **R. 28 noviembre 2018 (BOE 306, 20-XII-18: 17471)**

Admite la inscripción de una escritura de segregación en la que previamente se aumenta la superficie de la finca matriz en más de un 20% de la cabida inscrita, sobre la base de certificación catastral descriptiva y gráfica, acompañando además informe de validación gráfica catastral de las fincas resto y segregada.

Al superar la modificación pretendida el 10% de la cabida inscrita, para lograr su inscripción es medio hábil cualquiera de los procedimientos de los artículos 199 y 201 LH. Por otro lado, la aportación del informe de validación catastral es suficiente para lograr la inscripción de la representación gráfica alternativa solicitada, pues a través de correspondiente código seguro de verificación, a través de la Sede Electrónica del Catastro, se podrá obtener el archivo en formato GML, cuya aportación exige la registrador.

## **DOCUMENTO ELECTRÓNICO**

**R. 26 junio 2018 (BOE 166, 10-VII-18: 9616)**  
**R. 26 junio 2018 (BOE 166, 10-VII-18: 9617)**  
**R. 26 junio 2018 (BOE 166, 10-VII-18: 9618)**

Admite la práctica del asiento de presentación de un mandamiento de prórroga de embargo a favor de la Diputación de Valencia presentado telemáticamente por la entidad embargante. El registrador la había denegado por no estar firmado el documento ni tener código de verificación.

Para ser considerados válidos, los documentos electrónicos administrativos deberán incorporar las firmas electrónicas que correspondan según la normativa aplicable (artículo 26-2-e Ley 39/2015 PAC-AAPP). El artículo 21 RD 1671/2009 establece que los sistemas de firma electrónica que deberá utilizar el personal al servicio de la Administración del Estado y de sus organismos vinculados o dependientes serán los que se determinen en cada caso, de entre los siguientes: sello electrónico (también basado en certificado electrónico); código seguro de verificación; identificación de empleado público (DNI electrónico, firma electrónica proporcionada por la Administración). Concretamente existe un Convenio de Colaboración entre la Diputación de Valencia y el Colegio de Registradores, cuya disposición quinta permite la presentación de documentos expedidos por la Diputación por medios electrónicos con firma reconocida.

El documento presentado telemáticamente objeto de calificación tiene firma electrónica; y entre los datos incorporados en el "XML" están los del presentante, del ordenante y del funcionario que actúa en representación del ordenante.

## **DOCUMENTOS JUDICIALES**

### **R. 3 octubre 2018 (BOE 256, 23-X-18: 14545)**

Deniega la inscripción de un mandamiento judicial dictado en un procedimiento de ejecución forzosa, seguido por el incumplimiento de la condición resolutoria que gravaba la adjudicación de una finca al esposo en convenio regulador de divorcio aprobado judicialmente. De conformidad con lo pactado en el convenio, ante el impago de la cantidad aplazada que debía pagar el adjudicatario, el mandamiento ordena la reinscripción a favor de la exesposa teniendo por emitida la declaración de voluntad de aquél.

Según el artículo 517 LEC, aunque el convenio regulador aprobado judicialmente tiene el carácter de título ejecutivo (en el sentido de que se puede pedir su ejecución forzosa), no es uno de los títulos judiciales que llevan aparejada ejecución, los cuales son sólo las sentencias de condena firmes y las resoluciones que homologuen transacciones y acuerdos logrados en proceso declarativo. Por lo tanto, precisa para su ejecución una sentencia constitutiva previa -la cual sí que podría ser objeto de inscripción- que declare incumplidas las obligaciones del adjudicatario y por tanto, cumplida la condición resolutoria pactada; sin que este procedimiento contradictorio pueda ser sustituido por un proceso de ejecución de títulos judiciales que declara emitida una declaración de voluntad.

### **R. 25 octubre 2018 (BOE 279, 19-XI-18: 15764)**

Suspende la inscripción de una sentencia de adjudicación en división de herencia, por varios defectos. Constando inscrita la finca a favor de los padres de la causante, para su sociedad conyugal, es precisa la previa liquidación de su sociedad de gananciales y las particiones de las herencias de ambos. Es preciso acompañar el certificado de últimas voluntades del padre de la causante, acreditativo de su último o único testamento (artículos 76 y siguientes RH). Debe concretarse en la sentencia qué parte de finca se adjudica en pleno dominio, cuál en nuda propiedad y la que sea en usufructo vitalicio. No constan las circunstancias personales del NIF, domicilio y estado civil de los adjudicatarios (artículo 51-9 H).

### **R. 29 octubre 2018 (BOE 280, 20-XI-18: 15826)**

Deniega la inscripción de una sentencia dictada en procedimiento ordinario, por la que se declara que un Ayuntamiento es el único propietario de dos fincas registrales. Las fincas están inscritas a nombre de personas distintas de los demandados, sin que conste que éstos sean herederos de los titulares, de modo que la inscripción infringiría las exigencias de los principios de la legitimación y tracto sucesivo. Por otro lado, el título se limita a declarar el dominio, pero debe además concretarse cuál es el título de adquisición del derecho, que obtendrá una distinta protección según que haya sido adquirido a título oneroso o gratuito.



### R. 28 noviembre 2018 (BOE 306, 20-XII-18: 17470)

Deniega la inscripción de una sentencia dictada en juicio ordinario, que declara la adquisición de unas cuotas de fincas mediante prescripción por parte de los demandantes. Habiéndose dictado la sentencia en rebeldía, no se acredita el transcurso de los plazos previstos en el artículo 502 LEC para ejercitar la acción de rescisión de la sentencia, que se cuentan desde la notificación de la sentencia: veinte días, si la sentencia se notificó personalmente; cuatro meses, si la notificación no fue personal; dieciséis meses en caso de subsistencia de una causa de fuerza mayor. El transcurso de tales plazos de caducidad deberá constar del mismo documento judicial o de otro que lo complementa.

Por otro lado, la Dirección reconoce que se puede obtener la inscripción de fincas mediante juicio declarativo ordinario, sin necesidad de acudir a los procedimientos inscriptorios específicos de la Ley Hipotecaria, pero siempre que hayan sido demandados todos los que deban intervenir en el expediente y se hayan observado todas las demás garantías del artículo 203 LH, lo cual no consta en el expediente.

### DOCUMENTO PRIVADO Y ELEVACIÓN A PÚBLICO

#### R. 19 noviembre 2018 (BOE 299, 12-XII-18: 16979)

Deniega la inscripción de una escritura que se autotitula como de "elevación a público de contrato privado de compraventa", en la cual la sociedad titular registral de una finca y quien se dice titular actual de la misma, solicitan la inscripción a nombre de este último, reconociendo la existencia de una serie de transmisiones intermedias (venta en documento privado; y después, varios títulos sucesivos otorgados en Holanda, ante autoridad notarial o judicial neerlandesa: cesión de posición contractual; convenio regulador de divorcio; cesión de posición contractual a nombre del dueño actual), que ni se acompañan ni se incorporan a la escritura.

Al no aportarse los títulos intermedios, no es posible calificar el consentimiento, la capacidad y la legitimación de los cedentes, la existencia y legitimación de la causa, o la observancia de las formas exigibles. La elevación a público de contratos bilaterales o plurilaterales exigen la concurrencia de todos los que en ellos fueron partes o sus herederos.

Existen discrepancias en la propia escritura en cuanto al precio de venta, sin que se testimonie el justificante de la transferencia ni se aporten todos los datos legalmente exigibles para la identificación de los medios de pago (en particular, no consta la entidad bancaria receptora).

Por último, el título calificado es rectificado y subsanado mediante una nueva escritura, en la cual el notario autorizante se limita a afirmar que los comparecientes intervienen en los mismos conceptos en que lo hacían en la escritura rectificadora. Es preciso emitir juicio expreso de suficiencia de facultades representativas o, al menos, decir que en la escritura de complementaria se acredita la representación en la misma forma expresada en la escritura complementada.

### EMBARGO Y APREMIO

#### R. 10 octubre 2018 (BOE 267, 5-XI-18: 15116)

Suspende la inscripción de una certificación de adjudicación directa de fincas expedida en procedimiento de apremio por deudas de la Seguridad social. Existe una hipoteca inscrita después de la anotación preventiva de embargo, aunque antes de la anotación de su conversión en definitiva. El valor de tasación hipotecaria de las fincas es de 161.000 €; la carga hipotecaria asciende a 130.000 €; y el precio de adjudicación ha sido de 8.000 €.

El artículo 123 bis apartado 4 del Reglamento General de Recaudación de la Seguridad Social establece que la adjudicación directa de bienes inmuebles deberá hacerse al menos por el 25% del valor de tasación a efectos de hipoteca, pudiendo descontar del mismo a estos efectos el importe de las cargas o gravámenes anteriores preferentes al derecho anotado de la Seguridad Social (artículo 111-4). El precio de adjudicación de 8.000 € cumpliría con el mencionado límite del 25% si entendiéramos que la hipoteca es preferente al embargo. Por el contrario, aunque la anotación de conversión en definitiva de la anotación preventiva de embargo es posterior a la hipoteca, los efectos de la conversión se retrotraen a la fecha de la anotación inicial, de modo que la hipoteca del supuesto es una carga posterior al embargo a favor de la Seguridad Social, que no puede descontarse del valor de tasación a estos efectos.

#### R. 31 octubre 2018 (BOE 280, 20-XI-18: 15829)

En 1971 se inscribió una finca a nombre de dos cónyuges, sin hacer constar su domicilio ni sus documentos de identidad, circunstancias cuya constancia no era entonces obligatoria, pero sí que lo es en el vigente artículo 51-9ª RH.

Ahora se admite la práctica de una anotación de embargo actual ordenada judicialmente, matizando la regla general, al tratarse de un asiento sin consentimiento del titular registral. La LEC no exige que la demanda ejecutiva haga referencia al documento de identidad del demandado; y prevé expresamente la posibilidad de que al actor le resulte imposible señalar domicilio del demandado, sin que eso suponga la detención del procedimiento. Lo relevante es que no haya dudas de identidad entre el demandado y el titular registral, que en el caso resuelto no existen (ni las plantea la registradora), pues la demanda es interpuesta por la comunidad de propietarios a la que pertenecen tanto la finca embargada como los demandados y titulares registrales.

### HIPOTECA

#### CANCELACIÓN

#### R. 31 julio 2018 (BOE 223, 14-IX-18: 12558)

#### R. 30 julio 2018 (BOE 223, 14-IX-18: 12555)

No siempre es fácil decidir si, en cada caso concreto, el plazo previsto en una escritura de constitución de hipoteca es el convenido para la duración de la hipoteca misma (de modo que, transcurrido el mismo, la hipoteca resultaría cancelable por caducidad en virtud del párrafo 2 del artículo 85 LH), o es el plazo dentro del cual debe nacer la obligación para ser garantizada con la hipoteca (en cuyo caso, una vez nacida la obligación, la acción hipotecaria podría ejercitarse

mientras no hubiere transcurrido el plazo de prescripción legal, pudiendo cancelarse entonces por aplicación del párrafo 5). Dilucidar si estamos en un caso o en otro requiere el análisis sistemático de las cláusulas del contrato.

La cancelación convencional automática (párrafo 2) sólo procede cuando la extinción del derecho tiene lugar de un modo nítido y manifiesto; pero no cuando sea dudosa o controvertida.

En aplicación de esta doctrina, la Dirección resuelve sobre la solitud de cancelar hipotecas, que se pretenden caducadas, por la vía del artículo 82-2 LH:

-La R. 31 julio 2018 admite la cancelación de una hipoteca que se dice expresamente constituida por el plazo de 6 años, sin que del resto de las estipulaciones de la escritura se aprecie dato alguno que haga dudar si lo pretendido es fijar únicamente el margen temporal en el que debe surgir la obligación para que quede garantizada con la hipoteca. En este caso, la obligación garantizada es una deuda con una Hacienda Pública, que era ya vencida, líquida y exigible al tiempo de constituir la hipoteca.

-La R. 30 julio 2018 admite la cancelación de una hipoteca en garantía de una deuda con la Seguridad Social, en cuyo clausulado se distingue -tras la modificación y subsanación de la escritura de constitución- un plazo de pago de la obligación garantizada y otro plazo de duración de la hipoteca (ambos plazos son de 5 años, pero cambia el día inicial del cómputo). En cualquier caso, ya ha transcurrido el plazo de caducidad de la hipoteca.

## **R. 17 septiembre 2018 (BOE 241, 5-X-18: 13573)**

Admite la inscripción de una escritura en la cual el acreedor hipotecario manifiesta haber recibido un pago parcial inferior al principal garantizado por la finca, y consiente la cancelación de la hipoteca.

Ciertamente es doctrina consolidada que el mero consentimiento formal no es título suficiente para cancelar un asiento, de modo que es necesario expresar la causa que fundamente la cancelación. Pero también es doctrina que, cuando el titular de la hipoteca no se limita a dar un mero consentimiento para cancelar, sino que dispone unilateralmente de su derecho a cancelar la hipoteca, estamos ante una renuncia abdicativa de derechos, que tiene eficacia sustantiva por sí sola (artículo 6-2 Cc) para dar causa a la cancelación de la hipoteca.

En el supuesto resuelto, el acreedor ha renunciado indubitadamente al derecho real de hipoteca, siendo irrelevantes las vicisitudes del crédito en el ámbito obligacional "inter partes" (ya se haya extinguido, ya subsista con nuevas garantías o sólo con la responsabilidad personal del deudor).

## **R. 24 octubre 2018 (BOE 279, 19-XI-18: 15762)**

Admite la cancelación de una hipoteca cambiaria ordenada en virtud de sentencia que declara la nulidad de las letras garantizadas por ella, a pesar de no constar la recogida e inutilización de los títulos.

Ciertamente es doctrina consolidada la que deniega la cancelación de hipotecas cambiarias cuando la resolución judicial que la ordena ha recaído en procedimiento seguido sólo contra el primer

acreedor, no constando tampoco la recogida e inutilización de los títulos, por aplicación analógica del art. 211 RH, sobre hipotecas en garantía de títulos transmisibles por endoso o al portador. La cancelación así pretendida podría ocasionar indefensión al actual tenedor legítimo.

Sin embargo, en el supuesto resuelto concurre una circunstancia decisiva: el procedimiento no se ha dirigido sólo contra el primer tenedor, sino también contra los desconocidos endosatarios y tenedores legítimos. Se han adoptado las medidas procesales necesarias para eludir la indefensión, por lo que pedir la recogida e inutilización de las letras supondría una exigencia excesiva que impediría de facto la cancelación de una hipoteca declarada judicialmente nula.

## **CONSUMIDORES**

### **R. 19 julio 2018 (BOE 190, 7-VIII-18: 11305)**

Admite la inscripción de una escritura de préstamo hipotecario en la que el prestamista es una sociedad mercantil, que no es entidad de crédito pero se dedica profesionalmente a la actividad crediticia y está inscrita en el Registro previsto en la Ley 2/2009, y en la que los prestatarios son dos personas físicas que hipotecan su domicilio habitual con la finalidad genérica de "reunificar deudas".

Los registradores no pueden apreciar la nulidad por abusividad de cualquier cláusula, sino sólo la de las que sean subsumibles en la "lista negra" de los artículos 85-90 LDC y las que vulneren normas específicas (artículo 114-3 LH sobre intereses moratorios; artículo 6 Ley 1/2013 sobre cláusulas suelo...). Sin embargo, las cláusulas cuya abusividad sólo pueda apreciarse considerando todas las circunstancias concurrentes, únicamente pueden ser declaradas nulas por los tribunales, al exigir la disponibilidad de unos medios probatorios de los que el registrador carece.

Se admite la inscripción de la cláusula por la cual el prestamista retiene ciertas cantidades del importe prestado, las cuales aparecen detalladas en la escritura, la FIPER y la oferta vinculante. En cuanto a la comisión de intermediación, su abusividad no puede ser apreciada en sede registral, porque constituye el precio de un contrato suscrito por el deudor, distinto del contrato de préstamo hipotecario. En cuanto al concepto "pagos a terceros", se trata de dos cantidades concretas: una de ellas es una deuda con otro acreedor que se identifica la escritura, la cual señala que el pago deberá hacerse en 3 días, dejando constancia del mismo por diligencia; la otra cantidad se retiene para el pago de anualidades vencidas del IBI, que es un gasto ajeno al préstamo cuyo devengo fue anterior. Por último, en cuanto a los gastos del préstamo (tasación, notaría, registro, gestoría, impuesto AJD) no hay problema en que no parezcan individualizadas sus respectivas cuantías, pues se trata de gastos cuya determinación exacta corresponde a operadores independientes, por lo cual su retención constituye una retención de fondos sujeta a devolución en cuanto al sobrante. En general, debe rechazarse la inscripción de la cláusula de imputación de gastos que, en perjuicio del consumidor, no se ajuste a las normas, pero sólo respecto de cada gasto en concreto, salvo que la cláusula sea absolutamente genérica, en cuyo caso deberá rechazarse íntegramente. Igualmente debe rechazarse la inscripción de la hipoteca si no se aclara que las retenciones realizadas sólo cubrirán la parte de los respectivos gastos que legalmente sean de cuenta del consumidor. Ahora bien, en la escritura calificada



se expresa que la atribución al deudor de los gastos que se enumeran, es fruto de una negociación entre las partes en atención a la ausencia de comisiones para el deudor y de márgenes a añadir al tipo de interés, que es fijo, de modo que ha desaparecido el desequilibrio relevante para el consumidor.

Respecto del tipo de interés ordinario pactado del 15%, es doctrina de la Dirección que el interés ordinario es un elemento esencial del contrato de préstamo oneroso, que está al margen, tanto de la calificación registral como de la ponderación judicial. Por lo demás se han cumplido con los requisitos de información (se incluye en la FIPER y en la oferta vinculante incorporadas) y de transparencia (un interés fijo no plantea problemas de comprensión en cuanto a índices de referencia, suelos o redondeos). El control de tales intereses queda circunscrito al ámbito de la Ley Azcárate de 1908, que también queda al margen de la calificación, al exigir su apreciación la ponderación de todas las circunstancias concurrentes al tiempo de la celebración para determinar si el prestatario ha aceptado el tipo de interés por su situación de angustia. Por otro lado, las entidades que no son de crédito en sentido estricto no aplican bonificaciones por vinculación, soportan un coste por obtener dinero superior a los bancos y un riesgo de impago superior, por todo lo cual un interés del 15% puede considerarse ajustado al normal o medio.

Ciertamente en este caso la vivienda hipotecada ha sido tasada en casi el cuádruplo del principal del préstamo; y el artículo 88-1 LGDCU considera abusiva la imposición al consumidor de garantías desproporcionadas al riesgo asumido. Ahora bien, este mismo precepto presume que no existe desproporción en los contratos de financiación o garantía por entidades financieras que se ajusten a su normativa específica. Por otro lado, lo relevante a efectos jurídicos no es el valor de la garantía (el deudor hipoteca aquello de lo que dispone con independencia del importe del préstamo), sino que la responsabilidad hipotecaria se ajuste a los parámetros de la obligación asegurada, correspondiendo además al hipotecante el sobrante en caso de ejecución.

Por último, ciertamente la vivienda hipotecada es la habitual de los prestatarios, pero no procede la aplicación del límite del triple del interés legal del dinero (artículo 114-3 LH), porque no hay dato alguno que permita sostener que la finalidad del préstamo sea, directamente o por vía de refinanciación, financiar en todo o en parte la adquisición de la vivienda.

#### **R. 20 julio 2018 (BOE 190, 7-VIII-18: 11323)**

Suspende la inscripción de una escritura de préstamo a interés variable garantizado con hipoteca sobre vivienda, por faltar la expresión manuscrita del prestatario persona física sobre su conocimiento de los riesgos derivados de la cláusula según la cual, debido a la naturaleza del contrato, en ningún caso podrán devengarse intereses a su favor.

La jurisprudencia relaciona la exigencia de la expresión manuscrita prevista imperativamente en el artículo 6 de la Ley 1/2013 con los criterios de transparencia e información contractual, por lo cual debe prevalecer una interpretación extensiva proconsumidor en coherencia con la finalidad legal de favorecer la información, comprensibilidad y la protección de los usuarios de los servicios financieros. Aunque la cláusula debatida pudiera no ser propiamente una cláusula suelo, las normas sobre protección de los consumidores conduci-

rían a su asimilación; y además, el citado artículo 6 se refiere a todas las cláusulas que limiten la variabilidad del tipo de interés, entre las cuales las de suelo son sólo un ejemplo.

#### **R. 30 noviembre 2018 (BOE 306, 20-XII-18: 17478)**

Admite la inscripción de una escritura autorizada por notario español, por la que se eleva a público un contrato privado de préstamo y se constituye hipoteca en garantía del mismo, siendo partes una entidad bancaria extranjera domiciliada en Luxemburgo y dos personas físicas no residentes. La Dirección desestima los dos defectos de la calificación y admite la inscripción de las cláusulas denegadas por el registrador.

No existe confusión en la cláusula de intereses; y en particular, resulta clara la definición de los tipos de interés aplicables, ordinario y de demora, así como los períodos de devengo y pago. Y ello dejando de lado la indeseable situación provocada al denegar la inscripción de la cláusula de interés y, sin embargo, admitir la inscripción de la constitución de hipoteca con su cobertura de ambos tipos de interés.

En cuanto a la cláusula que permite al banco resolver en contrato de forma inmediata al concurrir alguno de los supuestos previstos, pudiendo determinar a su absoluta discreción la existencia de un supuesto de incumplimiento, entiende la Dirección que carece de la cualidad de abusiva (a los efectos del artículo 84-5 LCU). El ejercicio de esta facultad unilateral se condiciona a la concurrencia de una de las causas previstas, lo que implica necesariamente que la apreciación de dicha causa es, asimismo, unilateral.

#### **DISTRIBUCIÓN**

##### **R. 27 julio 2018 (BOE 188, 4-VIII-18: 11213)**

Consta inscrita la hipoteca de dos fincas, con la oportuna distribución de responsabilidad hipotecaria entre ellas. Ahora se presenta un documento privado con firmas legitimadas notarialmente donde las partes acreedora y deudora redistribuyen la responsabilidad, aumentando la de una finca, disminuyendo la de otra y manteniendo inalterada la cifra total. La Dirección deniega la inscripción y exige forma pública.

La R. 17 enero 2004 afirmó la plena vigencia del artículo 216 RH, que admite la solicitud privada con firma auténtica, y su aplicabilidad al supuesto de la obligatoria distribución de hipoteca exigida por el artículo 119 LH. Ahora bien, ambos preceptos se refieren al supuesto cuya causa negocial es la obligación legal de determinar el gravamen. Sin embargo, el supuesto objeto de recurso se refiere a algo diferente: un negocio puramente voluntario de modificación de la garantía, cuya causa -onerosa o no- será la del negocio que las partes hayan llevado a cabo, con sujeción a las reglas generales que en este caso incluyen la forma pública (artículos 1280-1 Cc y 3 LH).

#### **EJECUCIÓN**

##### **R. 21 junio 2018 (BOE 166, 10-VII-18: 9610)**

Admite la inscripción de un testimonio de decreto de adjudicación dictado en procedimiento de ejecución directa de bienes hipotecados, pese a no haber sido demandado el tercer adquirente.

Es doctrina general de la Dirección que el requerimiento de pago al tercer poseedor es trámite calificable exigido por la legislación hipotecaria (artículo 132-1 LH) y procesal (artículo 685 LEC), cuya falta supone la infracción de un trámite esencial del procedimiento que podría dar lugar a su nulidad. No basta la mera notificación que, sobre la mera existencia del procedimiento, le haya realizado el registrador al tiempo de expedir la certificación (artículo 689 LEC). Esta doctrina se ha visto confirmada por la S TC 79, de 8 abril 2013.

Sin embargo, cuando -como en este supuesto- el tercer poseedor ha inscrito su derecho después de interpuesta la demanda (contra quien entonces era titular registral) y antes de la expedición de la certificación de dominio y cargas, es suficiente la mera notificación para que pueda intervenir en la ejecución (artículo 689 LEC), notificación que consta realizada en los autos, con requerimiento de pago, de modo que no se le ha producido indefensión.

## **R. 26 julio 2018 (BOE 188, 4-VIII-18: 11205)**

Se refiere a un acta de ejecución extrajudicial de hipoteca, en cuya tramitación se omitió la notificación a la Agencia Tributaria, como titular de un embargo que consta anotado con posterioridad a la hipoteca. Con el fin de subsanar dicha omisión, se presenta ahora un acta notarial de notificación, posterior al cierre del acta de ejecución y al otorgamiento de la escritura de venta al adjudicatario de la subasta. Es inscribible el pleno dominio a nombre de éste y la cancelación de la hipoteca ejecutada; pero se mantiene la suspensión de la cancelación de la referida anotación preventiva de embargo, por considerar insubsanable el defecto de la falta de notificación tempestiva al titular de la citada carga.

Es doctrina consolidada que el requerimiento de pago al tercer poseedor es trámite calificable exigido por la legislación hipotecaria (artículo 132-1 LH) y procesal (artículo 685 LEC), cuya falta supone la infracción de un trámite esencial del procedimiento que podría dar lugar a su nulidad. No basta la mera notificación que, sobre la mera existencia del procedimiento, le haya realizado el registrador al tiempo de expedir la certificación (artículo 689 LEC), cuyo efecto es sólo avisarle de la ejecución y permitirle pagar y subrogarse, pero no sustituye trámites procesales más rigurosos cuya exigencia se ha visto confirmada por la jurisprudencia constitucional.

## **R. 5 septiembre 2018 (BOE 231, 24-IX-18: 12918)**

Deniega la inscripción de una adjudicación en ejecución judicial de hipoteca, en la cual, tras quedar desierta la subasta, se adjudica al acreedor la vivienda habitual del deudor por el 60% del valor de tasación. El valor total de lo adeudado no alcanza el 70% de dicho valor, aunque sí excede del 60%, quedando por tanto, un remanente de deuda pendiente de abono al acreedor.

Ciertamente la letra del artículo 671 LEC (tras su reforma por Ley 1/2013) admite, en estos casos de subasta desierta de vivienda habitual, la adjudicación al acreedor por el 70% del valor de tasación o, cuando la cantidad reclamada por todos los conceptos fuese inferior a este porcentaje -como ocurre en el supuesto resuelto-, por el 60%. Pero la interpretación de esta norma no puede ser contraria al espíritu y finalidad de la Ley que la introdujo (aumentar la protección del deudor en caso de ejecución de su vivienda habitual), ni al contexto de las otras normas modificadas por dicha Ley, como el artículo 670-4, previsto para el caso de existencia de postores en la subasta. Una

interpretación literal del precepto aplicable produciría el resultado distorsionado de causar un grave perjuicio al deudor, ya que seguiría existiendo deuda pendiente. Por todo ello, la Dirección interpreta el artículo 671 LEC en el sentido de entender que, en caso de subasta desierta, la adjudicación al acreedor de la vivienda habitual del deudor se hará por el 70% del valor de tasación o, si la cantidad reclamada es inferior a este porcentaje, por la cantidad adeudada, pero con el límite mínimo del 60% del valor de subasta.

## **R. 6 septiembre 2018 (BOE 233, 26-IX-18: 13016)**

## **R. 6 septiembre 2018 (BOE 233, 26-IX-18: 13017)**

Deniegan la inscripción de decretos de adjudicación dictados en sendos procedimiento de ejecución hipotecaria sobre finca que no es vivienda habitual, en los cuales, tras quedar desierta la subasta, el ejecutante solicitó la adjudicación por la cantidad debida por todos los conceptos, que era notablemente inferior a la mitad del valor de tasación.

La Dirección descarta la interpretación literal del artículo 671 LEC, cuya interpretación debe hacerse a la luz del artículo 651, referido a muebles, con el que comparte espíritu y finalidad. En consecuencia, aunque el ejecutante solicite la adjudicación por la cantidad debida por todos los conceptos, no siendo vivienda habitual, la adjudicación nunca podrá hacerse por cifra inferior al 50% del valor de tasación.

## **R. 19 septiembre 2018 (BOE 244, 9-X-18: 13750)**

## **R. 24 septiembre 2018 (BOE 250, 16-X-18: 14156)**

Deniega la inscripción de una adjudicación resultante de un procedimiento de ejecución hipotecaria (y consiguiente mandamiento de cancelación de cargas), por falta de demanda y requerimiento de pago al tercer poseedor que inscribió su derecho antes de la iniciación del procedimiento.

El requerimiento de pago al tercer poseedor, es trámite calificable exigido por la legislación hipotecaria (artículo 132-1 LH) y procesal (artículo 685 LEC), cuya falta supone la infracción de un trámite esencial del procedimiento que podría dar lugar a su nulidad. No basta la mera notificación que, sobre la mera existencia del procedimiento, le haya realizado el registrador al tiempo de expedir la certificación (artículo 689 LEC), cuyo efecto es sólo avisarle de la ejecución y permitirle pagar y subrogarse, pero no sustituye trámites procesales más rigurosos. Esta doctrina se ha visto confirmada por la S TC 79, de 8 abril 2013.

## **R. 19 septiembre 2018 (BOE 244, 9-X-18: 13751)**

Deniega la inscripción de un decreto de adjudicación en procedimiento judicial de ejecución de hipoteca sobre vivienda, por incumplimiento del límite establecido en el artículo 575 LEC para este tipo de adjudicaciones: la cantidad tasada por costas no podrá exceder del 5% de la total reclamada en la demanda ejecutiva.

El recurrente considera que en el supuesto calificado hay ciertos conceptos que, aunque reclamados como costas junto con los honorarios de abogado y procurador, no deberían incluirse en dicho 5%, con cuya exclusión la adjudicación no infringiría el límite legal. Sin embargo, la Dirección entiende que tales conceptos sí que tienen la consideración de costas procesales computables para el límite del 5%.



En cuanto a los suplidos correspondientes a la publicación de un edicto en el BOE, su carácter de costas, que por tanto deben computarse, resulta expresamente del artículo 241 LEC.

En cuanto al IVA de los honorarios de abogado y procurador, en general el artículo 243-2 párrafo cuarto LEC los incluye en la tasación de costas. Y cuando la ley quiere establecer una excepción a esta inclusión lo hace expresamente, como ocurre con su no computación para calcular el límite máximo de un tercio de las costas impuestas al litigante vencido (artículo 243-2 en relación con el 394). Esta interpretación es la más acorde con la finalidad de la Ley 1/2013 -introdutora del actual artículo 575-, que es la protección de los intereses del deudor en la ejecución hipotecaria.

#### **R. 11 octubre 2018 (BOE 267, 5-XI-18: 15118)**

Suspende la inscripción de un decreto de adjudicación dictado en procedimiento de ejecución directa sobre un local y un trastero hipotecados.

Se desestima el primer defecto de la calificación, que es no haberse realizado la declaración arrendaticia del artículo 25 LAU. Los arrendamientos para uso distinto de vivienda, tanto antes como después de la reforma de la LAU por la Ley 4/2013, no están sometidos a un plazo mínimo imperativo, por lo que se extinguirán en cualquier momento en que el derecho del arrendador quede resuelto por la ejecución hipotecaria, a menos que el arrendamiento constase inscrito con anterioridad a la hipoteca que se ejecuta (artículo 29 LAU). Extinguido el arrendamiento y el derecho accesorio de retracto, deja de ser necesaria la declaración del artículo 25.

Sin embargo, la inscripción se deniega porque, tras quedar desierta la subasta, el ejecutante solicitó la adjudicación por la cantidad debida por todos los conceptos, adjudicándose una finca por valor inferior a la mitad de su valor de tasación y la otra por cantidad superior, pero haciendo constar que subsistía tras la adjudicación una deuda pendiente por intereses de demora y procesales. Es necesario que el órgano judicial aclare cuál de las dos opciones del artículo 671 LEC se ha seguido en esta ejecución de hipoteca sobre fincas que no constituyen vivienda habitual. Este precepto permite al ejecutante pedir: o bien la adjudicación por el 50% del valor de tasación, en cuyo caso si la deuda es superior, podrá seguirse ejecutando otros bienes; o bien la adjudicación por la cantidad debida por todos los conceptos, si bien la Dirección viene interpretando que tal cifra deberá representar al menos el 50% del valor de tasación.

#### **R. 24 octubre 2018 (BOE 277, 16-XI-18: 15642)**

En la inscripción de hipoteca de una finca consta que la hipoteca se extendería a todo cuanto comprenden los artículos 109 y 110 LH. Posteriormente dicha finca hipotecada se agrupó con otras dos. Ahora la Dirección admite la inscripción de un decreto de adjudicación de toda la finca agrupada en procedimiento de ejecución hipotecaria, con mandamiento de cancelación de la propia hipoteca arrastrada y de las demás cargas posteriores (una anotación posterior, a favor de la Comunidad Autónoma). No es preciso desagrupar la finca.

El artículo 110-1º dispone -que no impone- que quedan excluidos de la hipoteca las agregaciones de terrenos, pero dejando abierta a la autonomía de voluntad la posibilidad de pacto en contrario,

aun cuando un tercero adquiriera derechos posteriores a la hipoteca. Por otro lado, en el pacto de extensión de la hipoteca a los terrenos agregados debe entenderse incluida la agrupación y, en general, todos los supuestos en que se añade otra porción a la finca (R. 8 marzo 2013; infra.). En el caso resuelto, como consecuencia de haberse pactado la extensión de la hipoteca a la finca formada por agrupación, cabe que sea ésta el objeto de la ejecución hipotecaria.

#### **R. 26 octubre 2018 (BOE 279, 19-XI-18: 15769)**

Deniega la inscripción de un decreto de adjudicación dictado en procedimiento de ejecución hipotecaria sobre finca que no es vivienda habitual, donde, tras quedar desierta la subasta, el ejecutante solicitó la adjudicación por la cantidad debida por todos los conceptos, que era notablemente inferior a la mitad del valor de tasación.

La Dirección descarta la interpretación literal del artículo 671 LEC, que debe interpretarse a la luz del artículo 651, referido a muebles, con el que comparte espíritu y finalidad. En consecuencia, aunque el ejecutante solicite la adjudicación por la cantidad debida por todos los conceptos, no siendo vivienda habitual, la adjudicación nunca podrá hacerse por cifra inferior al 50% del valor de tasación.

#### **R. 29 octubre 2018 (BOE 280, 20-XI-18: 15828)**

Constan inscritas sucesivamente: una hipoteca; anotación de embargo en procedimiento ordinario de ejecución de títulos no judiciales, para hacer efectivo el crédito hipotecario; y la cesión del crédito hipotecario a otra entidad distinta de la que ha iniciado la ejecución. Sin embargo, no habiéndose producido aún la subrogación procesal de la nueva acreedora, se ordena ahora la prórroga de la anotación de embargo.

La Dirección admite la prórroga solicitada, pese a no existir concordancia entre la titularidad registral de la hipoteca y la identidad del actor en la ejecución. Tal concordancia será imprescindible cuando se presente a inscripción el decreto de adjudicación; pero no para trámites procesales que no implican por sí una alteración de la titularidad de la finca ni de la garantía, como la simple prórroga de la anotación de embargo (cuyo fin es evitar su caducidad) o la expedición de la certificación de cargas del artículo 659 LEC.

### **EXTENSIÓN OBJETIVA**

#### **R. 31 octubre 2018 (BOE 280, 20-XI-18: 15831)**

Admite la inscripción de una hipoteca sobre vivienda familiar, pese a que tiene vinculada "ob rem" una participación indivisa de otro departamento destinado a garaje. No obstante, la vinculación fue debidamente formalizada, pero no consta inscrita.

De la interpretación de la escritura resulta claramente que la intención de las partes era hipotecar solamente la vivienda, pues el destino del préstamo es adquirirla, todo el clausulado se refiere a una sola finca hipotecada en singular y la tasación comprende sólo la vivienda. La configuración "ob rem" debe venir impuesta por la ley o bien resultar de la inscripción registral, sin que puede establecerse de forma tácita. En este caso, al no constar inscrita la vinculación, vivienda y garaje son dos fincas independientes. Cabe la inscripción parcial limitada sólo a la hipoteca de la vivienda, ya que la misma ha sido solicitada por el presentante; y no perjudica al acreedor hipo-

tecario, pues el valor de la vivienda es suficiente para cubrir toda la responsabilidad hipotecaria.

## NEGOCIOS SOBRE EL RANGO

### R. 2 noviembre 2018 (BOE 282, 22-XI-18: 15942)

Admite la inscripción de una escritura de préstamo garantizado con hipoteca sobre una finca que fue en su día donada por los padres al hoy hipotecante, sobre la que consta inscrita una prohibición de disponer establecida por los donantes, los cuales comparecen ahora para prestar su consentimiento a la constitución de hipoteca y a la posposición de la citada prohibición de disponer respecto de la hipoteca.

La registradora entiende que la posposición sólo cabe para cargas equiparables que tienen un rango registral negociable por voluntad de sus titulares, tales como la hipoteca o la condición resolutoria.

Para la Dirección, el hecho de que la prohibición de disponer no sea un verdadero derecho real ni una estipulación a favor de tercero, sí que supone el reconocimiento de un ámbito de poder a su titular, por lo que, una vez inscritas o anotadas, son una carga con rango registral frente a terceros. Por la misma razón de la eficacia frente a terceros derivada de la inscripción, se admiten los pactos de posposición de condiciones resolutorias a hipotecas posteriores, yendo más allá de la literalidad del artículo 241 RH.

Ciertamente las resoluciones de 23 abril 1996 y 3 junio 1996 limitaron el juego de los pactos de posposición de rango en caso de anotaciones preventivas de embargo. Pero no porque los embargos anotados carezcan de rango registral, sino porque la alteración de éste es innecesaria: obtenida sentencia estimatoria en tercería de mejor derecho, no hace falta invertir el rango de los embargos, ya que el crédito del tercerista puede hallar satisfacción en el propio juicio ejecutivo al que accedió en vía de tercería. Y es más, cuando es necesario sí que cabe alterar el rango de las anotaciones de embargo, como ocurre en los casos de declaración judicial de preferencia con efectos reales del crédito a favor de la comunidad en propiedad horizontal a que se refiere el artículo 9-1-e LPH.

Por otro lado, las prohibiciones de disponer voluntarias o acordadas en procedimientos civiles impiden la inscripción de los actos dispositivos posteriores, pero no de los anteriores, cuya inscripción no implica por sí la cancelación del asiento de prohibición, sino que ésta se arrastrará al asiento que refleje el acto dispositivo. Es decir que, en el caso resuelto, si los donantes se hubiesen limitado a consentir la constitución de la hipoteca, si ésta se ejecutase, la prohibición seguiría gravando al adjudicatario durante el plazo restante de su vigencia. Es precisamente este efecto de subsistencia de la prohibición y subrogación en el nuevo adjudicatario, el que quieren evitar las partes mediante el pacto de posposición.

## INMATRICULACIÓN

### R. 21 junio 2018 (BOE 166, 10-VII-18: 9612)

Suspende la inmatriculación de una finca, que se pretende por la vía del artículo 205 LH, por encontrar fundadas las dudas del regis-

trador sobre la coincidencia de la finca a inmatricular con otra que consta ya inscrita. Tales dudas se basan en las siguientes circunstancias: misma localización; procedencia de la misma titularidad; coincidencia del lindero poniente. Todo ello determina que la finca a inmatricular pueda tratarse de una porción segregada de la finca inscrita, que es de mayor superficie.

Por otro lado, el Título VI RH ha quedado tácitamente derogado por la Ley 13/2015, de modo que ya no rigen los artículos 300 y 306 RH, que permitían recurrir al juez de primera instancia en casos de suspensión por dudas del registrador sobre la coincidencia con otras fincas ya inmatriculadas. Podrá acudir al procedimiento judicial declarativo previsto en el artículo 198 LH y el procedimiento notarial de inmatriculación del artículo 203 LH.

### R. 25 julio 2018 (BOE 188, 4-VIII-18: 11200)

Admite una inmatriculación pretendida mediante escritura de compraventa precedida, como título de los vendedores, de una escritura de herencia otorgada sólo dos meses antes, pero referida a causantes fallecidos hace más de un año.

La Dirección recuerda su doctrina. En el procedimiento de inmatriculación del artículo 205 LH, lo que debe haberse producido con un año de antelación es la adquisición previa, pero no necesariamente el título que la documente. Cuando el título previo sea el de herencia, el plazo de un año se puede computar desde el fallecimiento del causante de la herencia, ya que: los derechos a la sucesión de una persona se transmiten desde su muerte (657 Cc); los efectos de la aceptación y la repudiación de la herencia se retrotraen al momento de la muerte del causante (artículo 989 Cc); la posesión de los bienes hereditarios se entiende transmitida al heredero sin interrupción y desde el momento de la muerte del causante, en el caso de que llegue a adirse la herencia (artículo 404 Cc).

Por otro lado, tampoco constituye defecto para la inmatriculación pretendida el hecho de que, en la previa escritura de herencia, no se justificase el título de adquisición de los causantes, haciendo constar como tal la pertenencia a los mismos "por justos y legítimos títulos". El artículo 205 LH no exige acreditar tres títulos diferentes.

### R. 27 julio 2018 (BOE 188, 4-VIII-18: 11208)

Admite la inmatriculación de una finca pretendida mediante escritura de disolución de comunidad otorgada en 2018, acompañada del título de adquisición de los condueños, que es una escritura de donación otorgada en 2016.

Resulta indubitado el transcurso de un año entre ambos títulos. Por otro lado, la Dirección recuerda su doctrina según la cual, la disolución de comunidad es título inmatriculable. Doctrinalmente se discute si se trata de un título traslativo o meramente especificativo. La Desde el punto de vista de la capacidad, se ha exigido la autorización judicial propia de los actos de disposición sobre inmuebles cuando hay varios bienes en comunidad y se rompe la regla de la posible igualdad del artículo 1061 Cc; y no se ha exigido cuando existe una sola finca en común -aunque se compense al menor- (R. 2 enero 2004) o cuando se forman lotes iguales (R. 28 junio 2007). Sobre la base de la S TS 25 febrero 2011, la Dirección entiende que la división de cosa común tiene naturaleza jurídica compleja; sea o no traslativa, lo cierto es que produce una mutación jurídico real esencial,



pues extingue la situación de comunidad preexistente y modifica el derecho y el poder del comunero sobre el bien, por lo que es una verdadera atribución patrimonial apta como título inmatriculador de la totalidad del pleno dominio de la cosa adjudicada.

#### **R. 19 julio 2018 (BOE 190, 7-VIII-18: 11310)**

El título por el que se pretendía la inmatriculación de tres fincas fue calificado defectuosamente. Ahora, vigente el asiento de presentación de ese título, se presenta una escritura en la que dichas tres fincas no inmatriculadas se agrupan con otra inscrita. La Dirección entiende que procede la inscripción, rechazando los defectos de la calificación.

El principio de prioridad (artículo 17 LH) exige despachar los documentos por el orden en que se hayan presentado al Diario, salvo que sean compatibles entre sí. La escritura de agrupación es título que necesariamente debe calificarse e inscribirse junto con el título previo para la lograr la inmatriculación pretendida.

El artículo 205 LH exige que se aporte certificación catastral coincidente con el título, pero es doctrina de la Dirección que en los casos de agrupación, se entiende cumplido tal requisito si la certificación coincide con la finca resultante de la agrupación. Por otro lado, la identidad exigida por dicho artículo se refiere sólo a la descripción de la finca, debiendo entenderse derogada la exigencia de que figure catastrada a favor del adquirente -como en general, todo el Título VI y, en particular, el artículo 298 RH-.

Tampoco constituye obstáculo el hecho de que en el título previo se omita la expresión de la superficie conforme al sistema métrico decimal de las tres fincas no inmatriculadas, ya que, debiendo ambos títulos acceder al Registro conjuntamente, en la agrupación sí que resulta la superficie total, que será la que en definitiva constará en el folio real de la finca. Y no constando en el título previo más que la medida del país, tampoco justifica el registrador sus dudas sobre la existencia de un exceso de cabida entre este título y el de la agrupación.

#### **R. 19 julio 2018 (BOE 190, 7-VIII-18: 11311)**

Deniega la inscripción de un expediente judicial de dominio para la inmatriculación de varias fincas, tramitado según el artículo 201 LH en su redacción anterior a la Ley 13/2015. El primer defecto es que varias de las fincas lindan con una carretera, e incluso una de ellas invade una vía pecuaria según las bases gráficas del Registro. De la documentación presentada no consta expresamente la notificación a las Administraciones Pública afectadas. La citación a los colindantes es trámite esencial en el expediente de dominio para inmatriculación. Incluso desde antes de la Ley 13/2015, es un principio general la evitación de inscripciones de propiedad privada que invadan total o parcialmente bienes de dominio público inmatriculado o no.

Por otro lado, no constan los datos identificativos de la entidad promotora que acrediten su inscripción en el Registro de Entidades Religiosas, determinante de la atribución de personalidad jurídica. Las fincas fueron adquiridas de un causante que testó a favor de la promotora del expediente, "Cáritas Parroquial" de Denia, la cual no tiene personalidad jurídica ni está inscrita, sino que a efectos eclesiásticos es una entidad dependiente de "Cáritas Diocesana de Valencia", que sí que está inscrita y tiene personalidad, disponiendo

sus estatutos que la citada "Cáritas Parroquial" de Denia sólo "goza de la personalidad jurídica de su propia parroquia". Por tanto, la inscripción podría practicarse, bien a favor de la parroquia a la que está adscrita, bien a favor de "Cáritas Diocesana de Valencia", pero no a favor de una entidad sin personalidad jurídica (artículo 11 RH).

#### **R. 5 septiembre 2018 (BOE 231, 24-IX-18: 12917)**

Admiten una inmatriculación pretendida mediante escritura de aportación a gananciales precedida, como título de la parte aportante, de una escritura de herencia otorgada el mismo día, pero referida a causantes fallecidos hace más de un año.

La Dirección recapitula su doctrina sobre los requisitos del artículo 205 LH tras la Ley 13/2015: debe haber dos títulos públicos; el título público a inmatricular debe ser traslativo; la adquisición previa (y no necesariamente el título que la documente) debe haberse producido al menos un año antes del título inmatriculable. Cuando el título previo sea de herencia, el plazo de un año del artículo 205 LH se puede computar desde el fallecimiento del causante de la herencia, ya que: los derechos a la sucesión de una persona se transmiten desde su muerte (657 Cc); los efectos de la aceptación y la repudiación de la herencia se retrotraen al momento de la muerte del causante (artículo 989 Cc); la posesión de los bienes hereditarios se entiende transmitida al heredero sin interrupción y desde el momento de la muerte del causante, en el caso de que llegue a adirse la herencia (artículo 404 Cc).

Por otro lado, tampoco constituye obstáculo a la inmatriculación pretendida el hecho de que, en la escritura de herencia, no se justificase el título de adquisición de los causantes, haciendo constar como tal únicamente la pertenencia a los mismos "por justos y legítimos títulos". El artículo 205 LH no exige acreditar tres títulos diferentes.

#### **R. 13 septiembre 2018 (BOE 238, 2-X-18: 13374)**

Admiten una inmatriculación pretendida mediante escritura de compraventa precedida, como título de la parte transmitente, de una escritura de herencia otorgada el mismo día, pero referida a causante fallecida en 2007.

La Dirección recuerda su nueva doctrina sobre los requisitos del artículo 205 LH tras la Ley 13/2015: la inmatriculación por esta vía exige dos títulos públicos (no simple documento fehaciente); el título público a inmatricular debe ser traslativo; la adquisición previa (y no necesariamente el título que la documente) debe haberse producido al menos un año antes del título inmatriculable. Así, en los casos de aceptación de herencia y formalización en título público de la adjudicación y adquisición de la propiedad de los bienes hereditarios, si con posterioridad se otorga título traslativo a un tercero, el plazo de un año del artículo 205 LH se puede computar desde el fallecimiento del causante de la herencia, ya que: los derechos a la sucesión de una persona se transmiten desde su muerte (657 Cc); los efectos de la aceptación y la repudiación de la herencia se retrotraen al momento de la muerte del causante (artículo 989 Cc); la posesión de los bienes hereditarios se entiende transmitida al heredero sin interrupción y desde el momento de la muerte del causante, en el caso de que llegue a adirse la herencia (artículo 404 Cc).

En la calificación impugnada mediante este recurso, no se ha planteado la cuestión del posible carácter fraudulento e instrumental de la titulación creada el mismo día. Tampoco constituye defecto el hecho de que, en la escritura de herencia, no se justificase el título de adquisición de los causantes, haciendo constar como tal la pertenencia a los mismos “por justos y legítimos títulos”. El artículo 205 LH no exige acreditar tres títulos diferentes.

## **R. 3 octubre 2018 (BOE 256, 23-X-18: 256)**

Consta inscrita una finca a nombre de dos titulares en proindiviso. Ahora la Dirección deniega la inscripción de un acta notarial otorgada sólo por uno de ellos, quien manifiesta que el otro, en lugar de segregar, inmatriculó como finca independiente la porción en que se concretaba su participación; insta a la registradora para que inicie el expediente del artículo 209 LH previsto para los supuestos de doble inmatriculación, pero sin aportar indicio alguno que permita a la registradora identificar registralmente cuáles son las fincas afectadas y quiénes son sus titulares; y por último, solicita que se rectifique la titularidad y descripción de la matriz, para que quede sólo a nombre del recurrente y con la superficie reducida a la teóricamente correspondiente a su porción.

No procede la constancia registral de la modificación de cabida pretendida, porque no estamos ante una rectificación de la medición superficial errónea de una finca que permanece perimetralmente inalterada. Tampoco es posible la vía solicitada al registrador, es decir el expediente de doble inmatriculación, ni los procedimientos de rectificación de descripción de los artículos 199 y 201 LH, porque de la documentación presentada resulta que el cambio de titularidad, descripción y cabida pretendido es consecuencia de una operación de condominio entre los cotitulares que no tuvo acceso al Registro.

## **R. 8 octubre 2018 (BOE 262, 30-X-18: 14861)**

Admite la inmatriculación de una finca ubicada en San Sebastián de La Gomera, por la vía del artículo 205 LH, en virtud de escritura de compraventa, precedida de acta complementaria autorizada por notario de Arona (Tenerife) acreditativa de la previa adquisición de la finca por el vendedor.

La competencia territorial es calificable por el registrador cuando es requisito de validez del título, como ocurre en los expedientes de deslinde (artículo 200 LH), de dominio para inmatriculación (203), de rectificación de descripción (201) y de reanudación de tracto (208). El acta previa de título público del artículo 205 no es una excepción a la exigencia de competencia territorial en el conjunto de las actas notariales contempladas en el contexto de la coordinación del Registro con la realidad extrarregistral. Ahora bien, los Distritos notariales canarios tienen la especial característica de la insularidad, lo cual impide aludir a una colindancia geográfica determinada por la mayor proximidad territorial en términos literales, sino que conforme al artículo 3 Cc, debe atenderse a la relevancia de los medios de transporte que permitan a los usuarios de La Gomera un acceso razonable a la función notarial. Arona es el punto más cercano y de mejor acceso al transporte por mar a la isla de La Gomera, lo cual avala la competencia del notario autorizante del acta calificada en el supuesto.

## **R. 8 octubre 2018 (BOE 262, 30-X-18: 14862)**

Suspende la inscripción de un auto dictado en expediente de dominio para inmatriculación, iniciado antes de la vigencia de la Ley 13/2015, respecto de una finca lindante con una carretera, por falta de aportación de informe favorable de la Administración titular de la misma. La citación a colindantes es uno de los trámites esenciales del expediente de dominio para inmatriculación. El auto calificado señala que se ha notificado a colindantes, pero omitiendo la mención de los concretos colindantes notificados, sin referirse por tanto a la Administración titular de la carretera demanial. Uno de los principios básicos de la Ley 13/2015 es la evitación de inscripciones de bienes de propiedad privada que invadan en todo o en parte bienes de dominio público, inmatriculado o no.

## **R. 31 octubre 2018 (BOE 280, 20-XI-18: 15830)**

Deniega una inmatriculación por doble título notarial, porque en la escritura de herencia que se pretende inmatricular se omite la referencia catastral de una de las fincas; respecto de otra, que se ubica en dos términos municipales, debe expresarse la superficie que corresponde a cada uno de ellos para determinar el Registro competente; y por último, se estiman fundadas las dudas de que una de las fincas inventariadas en el título coincide con otra ya inscrita.

Sin embargo, se desestima otro defecto de la calificación relativo a la existencia de una moderada diferencia de cabida entre el título y el Catastro. Es doctrina consolidada que, cuando el registrador debe calificar si existe identidad entre la descripción del título inmatriculable y la catastral, lo debe hacer “a su juicio”, es decir, que la ley no exige la igualdad plena y absoluta, sino que le otorga cierto margen de apreciación, debiendo existir una identificación razonable, de modo que la calificación negativa no podrá limitarse a la constatación de alguna diferencia de superficie o de otro dato descriptivo, sino que habrá de fundar las dudas. La coincidencia descriptiva exigida por el artículo 205 LH debe referirse sólo a los datos que distinguen la finca de sus colindantes: situación, superficie y linderos.

## **R. 5 diciembre 2018 (BOE 315, 31-XII-18: 18126)**

Suspenden la inmatriculación de fincas, que se pretende por la vía del artículo 205 LH, por encontrar fundadas las dudas del registrador sobre la coincidencia de la finca a inmatricular con otra que consta ya inscrita, de la cual sería una parte. Lo procedente sería segregarla -con la oportuna licencia- y acreditar las sucesivas transmisiones.

El Título VI RH ha quedado tácitamente derogado por la Ley 13/2015, de modo que ya no rigen los artículos 300 y 306 RH, que permitían recurrir al juez de primera instancia en casos de suspensión por dudas del registrador sobre la coincidencia con otras fincas ya inmatriculadas. A partir de ahora ya sólo cabrá el recurso judicial contra calificación registral, el procedimiento judicial declarativo previsto en el artículo 198 LH y el procedimiento notarial de inmatriculación del artículo 203 LH.

## **R. 5 diciembre 2018 (BOE 315, 31-XII-18: 18127)**

Estima el recurso interpuesto contra la calificación registral que había desestimado el inicio de un expediente de doble inmatriculación. Ciertamente, el nuevo artículo 209 LH (tras la Ley 13/2015) introduce la novedad de que, para iniciar este procedimiento, el registrador debe apreciar la existencia de doble inmatriculación.



En este supuesto, la Dirección recuerda que los juicios registrales sobre la identidad de fincas no pueden ser arbitrarios ni discrecionales; y por ello considera insuficientemente fundada la calificación del registrador, quien se limita a denegar el inicio del expediente por no apreciar la coincidencia de las fincas afectadas, pero sin indicar los criterios en que se fundamenta para tal apreciación y desvirtuar las afirmaciones contenidas en la instancia presentada al efecto.

## MEDIOS DE PAGO

### R. 4 octubre 2018 (BOE 256, 23-X-18: 14546)

Deniega una inmatriculación pretendida por la vía del artículo 205 LH. El título inmatriculable es una herencia; y el antetítulo es una escritura otorgada en 2008 en la que se manifiesta formalizar una venta hecha en 1984 en documento privado -que no se incorpora ni acompaña-, declarando la parte vendedora que recibió la totalidad del precio a la firma de dicho documento privado.

Es preciso identificar los medios de pago. La escritura en que se reconoce el pago del precio es posterior a la Ley 36/2006. El apartado quinto de la Instrucción DGRN 28 noviembre 2006 impone al notario la obligación de consignar los medios de pago en todas las escrituras que autorice a partir de la entrada en vigor de dicha norma. En el supuesto, la venta sólo tiene fecha fehaciente desde 2017, por fallecimiento de uno de los compradores.

## NÚMERO DE IDENTIFICACIÓN FISCAL

### R. 17 septiembre 2018 (BOE 241, 5-X-18: 13571)

Suspende la inscripción de una escritura de herencia en la que no consta el NIF de una de las herederas. Ciertamente esta heredera no se adjudica ninguna finca; pero lo cierto es que el artículo 254 LH impone tal constancia, no sólo para los actos sobre inmuebles, sino también para todos los actos con trascendencia tributaria, como lo es la sucesión de un causante.

## “NUMERUS APERTUS” DE DERECHOS REALES

### R. 8 noviembre 2018 (BOE 288, 29-XI-18: 16313)

Admite la inscripción de una escritura en la que las propietarias de unas fincas donan a su padre la facultad de disponer sobre las mismas, configurando la transmisión expresamente como un derecho real atípico, cuyo contenido concretan como derecho renunciante, inalienable, personalísimo, vitalicio (se consolidará con la propiedad al fallecer su titular) e inembargable; y estableciendo que para disponer de las fincas hará falta el consentimiento de ambas partes.

Es doctrina de la Dirección, sobre la base del principio de “numerus apertus” de derechos reales (artículo 7 RH), admitir el poder de configuración de nuevos derechos reales -o de modalización de los ya existentes- basado en la autonomía de la voluntad para adaptar las categorías jurídicas a las exigencias de la realidad económica y social, siempre que se respeten dos límites: el respeto a las características estructurales típicas de los derechos reales (generalidad, inmediatividad y absolutividad); y la necesaria determinación del concreto contenido y extensión de las facultades que integran el derecho.

El derecho calificado cumple con estos requisitos. Es perfectamente admisible que una facultad dominical, como es la dispositiva, sea objeto de disgregación bajo una configuración propia que cumpla con los requisitos estructurales de los derechos reales. Prueba de ello son las figuras del usufructo con facultad dispositiva y la donación con la reserva de la facultad de disponer, desmembrada del dominio por vía de “deductio”, de modo que no debe existir obstáculo para que el mismo resultado se produzca inversamente por vía de “translatio”. El objeto de la donación calificada no es una mera facultad, sino un verdadero derecho subjetivo de los denominados potestativos o de modificación jurídica.

## OBRA NUEVA

### R. 18 julio 2018 (BOE 190, 7-VIII-18: 11300)

Admite la inscripción de la escritura de compraventa de una finca sobre la que se halla inscrita una edificación declarada en su día en construcción. En la venta se manifiesta que el edificio está ahora totalmente terminado pero con una descripción diferente a la inscrita. Se aporta certificación catastral descriptiva y gráfica de la que resulta que la obra se concluyó en 1989 y su descripción totalmente coincidente con el título. También se aportan certificados acreditativos del final de la obra y de su adecuación al proyecto y la normativa, pero sin contener la descripción de la misma, motivo por el cual el registrador deniega la inscripción.

La Dirección admite la inscripción, porque de las dos vías previstas en el artículo 28 LS para la inscripción de obras nuevas, la certificación catastral descriptiva y gráfica aportada cumple con los requisitos del número 4 para la inscripción de obras respecto de las cuales ha prescrito la acción urbanística.

### R. 31 julio 2018 (BOE 223, 14-IX-18: 12560)

Declara inscribible, por la vía del número 4 del artículo 28 LS, una declaración de obra nueva terminada en 1995 -según certificados técnico y catastral-, sobre suelo sito en Castilla-León, que es descrito en el título y en el Registro como rústico. No consta la calificación del suelo como no urbanizable protegido, ni su carácter de dominio público o afecto a servidumbres de protección pública, ni sujeto a ningún otro régimen especial de imprescriptibilidad de posibles infracciones urbanísticas. Tampoco consta en el Registro anotación preventiva de incoación de expediente de disciplina urbanística.

La fecha acreditada de terminación de la obra es anterior a la vigencia de la norma autonómica que exige autorización administrativa para construir en suelo rústico (artículos 23 y 24 de la Ley 5/1999 de Urbanismo de Castilla y León).

Es doctrina reiterada que los únicos requisitos necesarios para la inscripción de obras “antiguas” son: la acreditación de su terminación en fecha determinada anterior al plazo legal de prescripción de la infracción en que hubiere podido incurrir el edificante; y la falta de constancia registral de la incoación de expediente de disciplina urbanística. El espíritu del artículo 28-4 LS exige rechazar la exigencia generalizada de previa certificación administrativa acreditativa de la naturaleza del suelo o de la prescripción de la acción de disciplina urbanística.

## R. 18 septiembre 2018 (BOE 241, 5-X-18: 13576)

Suspende la inscripción de la declaración de obra en construcción de un edificio destinado a comercio alimentario, que incorpora declaración responsable -en modelo normalizado- ante entidad urbanística colaboradora, realizada al amparo de la Ordenanza para la Apertura de Actividades Económicas de la Ciudad de Madrid.

La Dirección exige acto administrativo municipal expreso de autorización, conformidad o aprobación relativo a la edificación declarada (licencia de obras).

La Ley 2/2012 de Dinamización de la Actividad Comercial en la Comunidad de Madrid parte de la normativa estatal, pero introduce un régimen flexible de intervención administrativa en las actividades de comercio minorista y otros servicios, utilizando para ello la declaración responsable. Este título también está previsto en la normativa básica estatal; pero la novedad autonómica estriba en la aplicación de esta figura, no sólo en la habilitación de usos y actividades, sino también en el propio acto de la edificación, cuando su destino sean las actividades mencionadas. En el marco de esta Ley autonómica, la citada Ordenanza municipal, configura la declaración responsable como medio de intervención general, pasando la licencia a ser medio residual sólo exigible en los supuestos que afecten a la seguridad o el medio ambiente. Pero esta Ordenanza es aplicable sólo a actividades económicas (no residenciales, dotacionales o urbanísticas); y además excluye del régimen de declaración responsable a las obras que -como la del supuesto- requieran proyecto de edificación.

Por su parte, el artículo 28-1 de la LS estatal contempla la admisión de la declaración responsable como sustituta de la autorización administrativa que garantice que la edificación reúne las condiciones para su destino al uso previsto por las normas. Sin embargo, no se contempla esta alternativa para el acto de edificación, que requiere acto administrativo expreso de autorización o aprobación.

## R. 20 septiembre 2018 (BOE 245, 10-X-18: 13823)

Suspende la inscripción de una escritura de ampliación y final de obra de vivienda ubicada en la Comunidad Valenciana, otorgada por el autopromotor una vez vigente el actual artículo 202 LH, por falta de aportación del libro del edificio.

Es doctrina consolidada la que exige el depósito registral del libro del edificio, tal y como exige el artículo 202 LH para todo tipo de edificación, ya sea vivienda o industrial, con el fin de tutelar el interés, no ya del promotor, sino el de los ulteriores usuarios de la edificación. El depósito del libro del edificio será exigible, salvo que la normativa autonómica exima del depósito y salvo que por la antigüedad de la edificación no le fuese exigible.

El artículo 14 Decreto del Consell 25/2011 exige la formalización del libro del edificio para las obras declaradas en la Comunidad Valenciana, ya sea promoción para uso propio o de terceros, añadiendo en su párrafo final que el promotor deberá depositar en el Registro de la Propiedad una copia del libro del edificio. La Dirección no considera que esta norma exima de dicho depósito en los casos de autopromoción, a diferencia de lo que ocurre con la exigencia del seguro decenal, lo cual se justifica porque el seguro tiene duración temporal, mientras que el libro del edificio tiene vocación de permanencia.

## R. 18 octubre 2018 (BOE 291, 3-XII-18: 16474)

Deniega la inscripción de una escritura actual que declara una ampliación de obra cuya antigüedad data de 2009 según el Catastro, pero que se alza sobre una finca rústica enclavada en una zona clasificada como "espacio protegido" y sometida por tanto al régimen de imprescriptibilidad establecido en el artículo 180 Decreto-Legislativo 1/2000 Texto Refundido de las Leyes de Ordenación del Territorio y de Espacios Naturales de Canarias, vigente al tiempo de la terminación de la ampliación de obra.

La Dirección recuerda su doctrina que considera inscribible obras "antiguas" respecto de las que se acredita una antigüedad superior al plazo de prescripción de posibles infracciones urbanísticas; y a las que tampoco les resulta de aplicación la correspondiente norma autonómica que establece la imprescriptibilidad de infracciones en suelo protegido, bien porque tales normas son posteriores a la fecha acreditada de la obra (R. 30 mayo 2016, R. 1 marzo 2016, R. 28 febrero 2015), bien porque no consta, a través de los medios de calificación disponibles para el registrador, el carácter protegido del suelo (R. 28 junio 2017). En otros casos, la obra es anterior a la vigencia de la norma autonómica que exige autorización administrativa para construir en suelo rústico (R. 31 julio 2018). En sentido inverso, procede denegar la inscripción pretendida cuando -como ocurre en el supuesto calificado- la fecha acreditada de terminación de la obra es posterior a la norma que impuso el régimen de imprescriptibilidad; y ello sin perjuicio de obtener una resolución de la Administración urbanística que, con los mayores medios de prueba de que dispone, declare la situación de fuera de ordenación o asimilado a fuera de ordenación por transcurso de los plazos de restablecimiento de la legalidad de la edificación, bien porque se compruebe una mayor antigüedad suficiente, bien porque el suelo no fuese de especial protección.

## OPCIÓN

## R. 25 julio 2018 (BOE 188, 4-VIII-18: 11199)

Admite la inscripción de una escritura de ejercicio de opción de compra sobre un local, con adquisición del mismo en proindiviso ordinario por quienes estaban casados en gananciales cuando se constituyó la opción, si bien en el momento de ejercitarla están divorciados.

Ciertamente la comunidad postganancial es un patrimonio colectivo en liquidación donde actúa el principio de subrogación real para el cumplimiento de los fines liquidatorios que le son característicos: pueden ingresar en el mismo bienes compatibles con dicha finalidad; el patrimonio en liquidación se incrementa con los frutos; y puede ser beneficiado por la usucapción. En cuanto a las adquisiciones en virtud de un derecho de adquisición preferente ganancial ejercitado por los excónyuges, considerar que se adquiere "ipso iure" en copropiedad ordinaria puede perjudicar a los acreedores de la sociedad de gananciales.

Ahora bien, en este caso los excónyuges han manifestado expresamente que adquieren por mitad y en proindiviso, lo cual comporta una implícita liquidación material respecto de este local, mediante un desplazamiento patrimonial cuya causa negocial es la liquidación de la masa ganancial. Todo ello sin perjuicio del crédito que nace a



favor de la comunidad postganancial por el importe actualizado de los fondos comunes empleados para adquirir el derecho.

## PROCEDIMIENTO REGISTRAL

### ASIENTO DE PRESENTACIÓN

#### R. 27 junio 2018 (BOE 165, 9-VII-18: 9570)

Confirma la calificación que deniega la práctica de asiento de presentación correspondiente a una escritura de novación de préstamo hipotecario erróneamente presentada al Registro Mercantil.

#### R. 27 julio 2018 (BOE 188, 4-VIII-18: 11210)

El notario autorizante de una escritura de compraventa remite telemáticamente copia autorizada de la misma al Registro de la Propiedad, en cumplimiento de lo previsto en el artículo 112-1 Ley 24/2001, el cual prevé que los documentos inscribibles “podrán ser presentados” por vía telemática con firma electrónica reconocida del notario autorizante. En la escritura se ha designado un presentante que no es el notario autorizante. El registrador suspende la calificación por entender que lo solicitado es sólo la práctica del asiento de presentación; y exige que se indique expresamente que el título presentado telemáticamente sirva también para causar las inscripciones y demás asientos que puedan resultar procedentes.

La Dirección revoca la calificación. La sola presentación del título lleva implícita la solicitud de la práctica de todos los asientos que puedan practicarse, siendo incumbencia del registrador la determinación de cuáles sean estos (artículo 6 LH).

#### R. 18 julio 2018 (BOE 190, 7-VIII-18: 11304)

Confirma la suspensión, por parte de la registradora, de la calificación de un mandamiento judicial de cancelación de cargas, por encontrarse presentado con asiento anterior un auto de adjudicación emitido en el mismo procedimiento que fue objeto de calificación negativa (no recurrida ni subsanada).

Mientras esté vigente el asiento de presentación de un título previamente presentado, se debe aplazar o suspender la calificación de los documentos presentados con posterioridad hasta que se despache el primer título. Así resulta implícitamente de los artículos 111-3 y 432-2 RH, al regular las prórrogas del asiento de presentación. Este criterio se encuentra confirmado por el artículo 18-2 LH según el cual, el plazo máximo para inscribir un documento es el de quince días contados desde la fecha del asiento de presentación, pero si existiera pendiente de inscripción un título presentado antes, el plazo se computa desde la fecha de inscripción del título previo.

#### R. 19 noviembre 2018 (BOE 299, 12-XII-18: 16978)

Suspende la inscripción de una escritura de compraventa, por haber sido presentada vigente el asiento de presentación de un título presentado antes referido a la misma finca, concretamente una rectificación descriptiva calificada negativamente.

En virtud del principio de prioridad del artículo 17 LH, el registrador ni siquiera hubiese tenido obligación de calificar el segundo título, mientras no se hubiese despachado el primero cuyo asiento de presentación se encuentra vigente.

## COMPETENCIA TERRITORIAL

### R. 5 diciembre 2018 (BOE 315, 31-XII-18: 18128)

Aplica la regla de la disposición final primera del RD 195/2017 (por el que se modifica la demarcación registral), en cuya virtud los asientos se practicarán en el Registro en cuya circunscripción territorial radiquen los inmuebles; y si una finca radicase en territorio de varios Registros, será íntegramente competente aquél en cuya circunscripción se ubique la mayor parte de la finca. Para unificar el historial registral de las fincas ya inscritas en varios Registros, la transitoria cuarta remite al procedimiento del artículo 3 RH, que exige conformidad de ambos registradores y “certificación administrativa que acredite el hecho”.

Aplicando estas normas a un supuesto referido a una finca acballada en territorio de dos Registros, la Dirección estima el recurso interpuesto por el registrador titular del Registro al que pertenece la mayor parte de la finca, con ocasión de la presentación en el mismo de una escritura de compraventa, contra la calificación de la titular del Registro al que pertenece la parte menor, quien había denegado la expedición de la preceptiva certificación literal del historial de la finca, basándose en dos defectos que la Dirección rechaza.

En primer lugar, no es necesaria la previa inscripción de la compraventa presentada, ya que los principios de tracto sucesivo, legitimidad y prioridad -y el cierre registral que implican- son aplicables a los títulos reales inscribibles, pero no a la emisión de publicidad formal.

En segundo lugar, carece de fundamentación legal la exigencia de conformidad de los dos Ayuntamientos afectados. La referencia legal a la “certificación administrativa que acredite el hecho” debe entenderse referida exclusivamente a la acreditación del punto de conexión establecido para dirimir la competencia entre Registros; es decir, a la mayor superficie de finca radicada en uno de ellos.

## INSCRIPCIÓN PARCIAL

### R. 8 octubre 2018 (BOE 262, 30-X-18: 14860)

Se refiere a la inscripción de una escritura de extinción de comunidad otorgada por todos los herederos copropietarios, respecto de una finca que está inscrita a nombre de los causantes sólo en cuanto a una mitad, estando la otra a nombre de otros titulares. Las partes solicitan la inscripción del título o, en su defecto, la inscripción parcial.

Es doctrina de la Dirección que la exigencia de petición expresa de las partes como requisito para practicar la inscripción parcial (artículo 19 bis LH) tiene como presupuesto que la parte rechazada afecte a la esencialidad del contrato. Por el contrario, cuando no exista perjuicio para nadie, cuando el defecto afecte a sólo alguna de las fincas, a parte de ella, o a derechos independientes objeto del mismo negocio, no será necesaria la solicitud expresa de inscripción parcial, la cual podrá practicarse de oficio por el registrador, ya que la presentación de un documento en el Registro implica la petición de todos los asientos que en su virtud puedan practicarse.

En el supuesto resuelto procede la inscripción del título en cuanto a la mitad inscrita a nombre de los causantes, no desnaturaliza el negocio ni implica perjuicio para los interesados o terceros.

## PRESENTACIÓN FISCAL

### R. 11 julio 2018 (BOE 178, 24-VII-18: 10450)

Admite la inscripción de una escritura de compraventa, y considera por tanto levantado el cierre registral previsto en el artículo 254-5 LH en cuanto a la plusvalía municipal mediante el envío por correo certificado al Ayuntamiento competente -cuya ordenanza fiscal establece como obligatorio el sistema de declaración por el sujeto pasivo-, de copia simple con carta adjunta cuyo duplicado sellado por correos se incorpora a la matriz.

También se desestima el defecto consistente en entender que los notarios tienen obligación de relacionarse por medios electrónicos con las Administraciones Públicas. Ciertamente el artículo 14 Ley 39/2015 impone a los registradores la obligación de relacionarse con las Administraciones por medios electrónicos, pero lo hace sólo en relación a los trámites de los procedimientos administrativos, por lo que no resulta aplicable al procedimiento registral, salvo los supuestos en que la normativa hipotecaria se remita específicamente a la LPA. Este criterio es aplicable a los notarios en cuanto a la comunicación con las Administraciones en procedimientos distintos de los administrativos, como ocurre en este supuesto dentro del procedimiento registral.

## RECURSO CONTRA CALIFICACIÓN

### R. 13 septiembre 2018 (BOE 238, 2-X-18: 13375)

Desestima el recurso interpuesto con el objeto de dejar sin efecto y anular la inscripción de un decreto judicial de adjudicación y cancelación de cargas.

Es doctrina constante que el recurso sólo procede contra calificaciones negativas; pero una vez practicado el asiento, ya no es medio hábil para otras pretensiones, como cuestionar la validez o nulidad del título, o la procedencia o improcedencia del asiento ya practicado, el cual se halla bajo la salvaguardia de los tribunales.

### R. 13 septiembre 2018 (BOE 238, 2-X-18: 13376)

En su día se suspendió la calificación de una escritura de venta de inmueble urbano hipotecado a una Iglesia Evangélica, por no haberse acreditado la presentación del documento a efectos del impuesto de transmisiones patrimoniales, y de la plusvalía municipal. Mientras se cumplían estos trámites fiscales, el crédito hipotecario fue cedido a otra entidad de crédito, la cual subastó la finca. Ahora, alegando el carácter fraudulento de la cesión, se solicita la inscripción de la compraventa inicial y la cancelación de la adjudicación judicial resultante de la ejecución hipotecaria.

La Dirección lo deniega sobre la base de su constante doctrina. El recurso sólo procede contra calificaciones negativas; pero una vez practicado el asiento, ya no es medio hábil para otras pretensiones, como cuestionar la validez o nulidad del título, o la procedencia o improcedencia del asiento ya practicado, el cual se halla bajo la salvaguardia de los tribunales.

### R. 3 octubre 2018 (BOE 256, 23-X-18: 14543)

Deniega la rectificación del asiento de adjudicación de una finca resultante de procedimiento de ejecución hipotecaria, en el sentido de hacer constar que el recurrente ostentaba un derecho de usufructo. A la solicitud de rectificación se acompaña un auto resultante de recurso de revisión, que resuelve sobre la impugnación de la liquidación de la deuda realizada en dicho procedimiento y sobre la determinación del destino del sobrante. A estos solos efectos, el auto reconoce la existencia de un usufructo anterior sobre la finca, pero en ningún caso pretende determinar una situación dominical. Además, en el recurso han sido parte exclusivamente la entidad ejecutante y los ejecutados, pero sin intervención del rematante.

El recurso sólo procede contra calificaciones negativas; pero una vez practicado el asiento, ya no es medio hábil para otras pretensiones, como obtener la cancelación del mismo sobre la base de una calificación presuntamente errónea. El asiento se halla ya bajo la salvaguardia de los tribunales, de modo que su rectificación sólo será posible con la conformidad de los titulares de derechos inscritos, o mediante sentencia dictada en procedimiento donde hayan sido demandados todos ellos.

### R. 24 octubre 2018 (BOE 277, 16-XI-18: 15643)

Desestima un recurso mediante el cual se solicita dejar sin efecto unas anotaciones de embargo, cuya validez cuestiona el recurrente, que gravan las fincas resultantes de una división por arrastre de la matriz.

Es doctrina reiterada que el recurso sólo procede contra calificaciones negativas; pero una vez practicado el asiento, ya no es medio hábil para otras pretensiones, como cuestionar la procedencia o improcedencia del asiento ya practicado, el cual se halla bajo la salvaguardia de los tribunales, de modo que su rectificación sólo será posible con la conformidad de los titulares de derechos inscritos, o mediante sentencia dictada en procedimiento donde hayan sido demandados todos ellos.

## PROPIEDAD HORIZONTAL

### R. 27 junio 2018 (BOE 165, 9-VII-18: 9571)

Admite la inscripción de un cambio de uso de un elemento en propiedad horizontal, que pasa de despacho profesional a vivienda, sin necesidad de autorización de la junta y sobre la base de un certificado técnico que acredita el uso como vivienda desde tiempo superior al plazo de prescripción de infracciones urbanísticas.

Dada la vocación expansiva del dominio, sólo cuando los estatutos inscritos prevean una limitación de usos permitidos, la modificación de dicho uso requerirá acuerdo de la junta de propietarios. Del hecho de que los estatutos prevean sólo la posibilidad de cambio de uso del local destinado a garajes, no puede deducirse una limitación o prohibición para el resto de elementos, que debería ser expresa para provocar el cierre del Registro.

En cuanto al aspecto urbanístico, si la inscripción de una obra nueva puede hacerse sin necesidad de licencia en los casos del artículo 20-4 LS, del mismo modo podrá declararse su modificación



por cambio de uso (sin perjuicio de que el registrador notifique al Ayuntamiento en los términos de la letra c de dicho artículo).

#### **R. 26 junio 2018 (BOE 166, 10-VII-18: 9614)**

Deniega la inscripción de una escritura por la que un local destinado a uso comercial, integrado en una propiedad horizontal, es dividido en cuotas ideales atributivas de derechos de utilización exclusiva. Es insuficiente la mera comunicación previa o declaración responsable realizada por el interesado del supuesto.

El artículo 10-3-b LPH exige autorización administrativa para, entre otras operaciones, la división, agregación y segregación de elementos privativos, pero sólo cuando concurren los requisitos a que alude el actual artículo 26-6 LS 2015. Este precepto exige del requisito general de autorización administrativa para la modificación del complejo inmobiliario privado: cuando el número de elementos privativos sean los que resulten de la licencia de obras; y cuando la modificación del complejo no provoque un incremento del número de elementos privativos. Es doctrina constitucional que el artículo 10-3-b LPH tiene carácter básico, si bien la determinación del concreto título administrativo habilitante exigido, corresponderá a la legislación autonómica competente en materia urbanística y de ordenación del territorio.

En el supuesto resuelto, es preciso obtener licencias municipales, tanto para la división como para la primera ocupación del local, porque, ante la ausencia de norma específica en la Ley del Suelo Madrileña, así lo impone la Ordenanza Municipal del Ayuntamiento de Madrid de Tramitación de Licencias Urbanísticas, de 23 diciembre 2004 (apartado 1.9 del Anexo II.1; y artículo 63-3), que exige para este tipo de actos la obtención de la correspondiente licencia tramitada por el procedimiento común a que se refiere la reseñada Ordenanza Municipal.

#### **R. 27 junio 2018 (BOE 166, 10-VII-18: 9620)**

Deniega la inscripción de una elevación a público de acuerdos de junta de propietarios, por los que se modifican los estatutos de la propiedad horizontal. Tras la adopción del acuerdo han accedido al Registro nuevos titulares de departamentos.

Las modificaciones del título constitutivo no pueden afectar a los titulares de departamentos que adquirieron después del acuerdo de modificación pero inscribieron su derecho antes de la presentación de dicho acuerdo; y todo ello con independencia de que se trate de un consentimiento emitido como acto colectivo de la junta o como acto individualizado. El consentimiento unánime exigido por el artículo 5 LPH debe ser no sólo de quienes fueran propietarios a la fecha de adopción del acuerdo, sino de los que sean titulares al tiempo de su presentación al Registro.

#### **R. 25 julio 2018 (BOE 188, 4-VIII-18: 11201)**

Deniega la inscripción de una instancia privada por la que se pretende modificar la descripción de una vivienda integrada en una propiedad horizontal, en el sentido de consignar su número verdadero de dormitorios, que una de sus terrazas es principal (y no tendadero), así como hacer constar los linderos de la parte aneja.

La mera instancia no cumple con las exigencias del principio de legalidad y titulación pública (artículo 3 LH). En cuanto a los cam-

bios en los linderos y en la descripción de los anejos, se trata de una modificación del título constitutivo, que debería ser consentida por unanimidad de la junta (artículo 17 LPH).

#### **R. 27 julio 2018 (BOE 188, 4-VIII-18: 11211)**

Deniega la inscripción de un acuerdo de junta, adoptado por unanimidad de los presentes, por el que se modifican los estatutos restringiendo los usos que se pueden realizar en el único local comercial del edificio, cuyo propietario no asiste a la junta.

La Dirección recuerda su doctrina sobre delimitación de materias competencia de la Junta y materias que exigen consentimiento individual de los propietarios. Existen dos tipos de actos. Primero los actos colectivos, que se imputan a la Junta como órgano comunitario y que son inscribibles en virtud de certificación de junta de propietarios con unanimidad de asistentes y notificación (sin oposición) a los no asistentes (desafectación y venta de determinados elementos comunes, vinculación "ob rem" de los trasteros a las viviendas como anejos). Y segundo, actos que afectan al contenido esencial del derecho de dominio, los cuales requieren consentimiento individualizado de los titulares afectados (especificación del trastero que corresponde a cada piso, conversión de elemento privativo en común, rectificación considerable de la descripción o usos de elementos privativos).

En el supuesto resuelto, es preciso el consentimiento individual y expreso del propietario afectado, sin que baste el consentimiento presunto del artículo 17-8 LPH.

#### **R. 18 julio 2018 (BOE 190, 7-VIII-18: 11302)**

Deniega la inscripción de una elevación a público de acuerdos de junta de propietarios, por los que se modifican los estatutos de la propiedad horizontal. Tras la adopción del acuerdo han accedido al Registro nuevos titulares de departamentos.

Las modificaciones del título constitutivo no pueden afectar a los titulares de departamentos que adquirieron después del acuerdo de modificación pero inscribieron su derecho antes de la presentación de dicho acuerdo; y todo ello con independencia de que se trate de un consentimiento emitido como acto colectivo de la junta o como acto individualizado. El consentimiento unánime exigido por el artículo 5 LPH debe ser no sólo de quienes fueran propietarios a la fecha de adopción del acuerdo, sino de los que sean titulares al tiempo de su presentación al Registro.

#### **R. 19 julio 2018 (BOE 190, 7-VIII-18: 11309)**

Deniega la inscripción de una instancia privada por la que el propietario solicita la rectificación de los linderos de una plaza de garaje integrada en una propiedad horizontal, mediante la coordinación gráfica con el Catastro prevista en el artículo 10 LH, sin necesidad de modificación del título constitutivo, del cual procede la inexactitud que se pretende rectificar.

Conforme a los artículos 9-b y 199 LH, la constancia registral de la representación gráfica de un elemento en propiedad horizontal sólo se contempla legalmente en los supuestos de inscripción de obra nueva, de modo que en el folio de cada elemento se podrá hacer constar su representación gráfica tomada del proyecto incorporado

al libro del edificio (artículo 202 in fine LH; y Resolución-Circular 3 noviembre 2015).

A pesar de lo expuesto, en el caso resuelto ya consta inscrita -por tanto, bajo la salva-guardia de los tribunales- una representación gráfica alternativa a la catastral. Ahora bien, la coordinación gráfica con el Catastro no es medio admisible para eludir los requisitos legales exigidos para rectificar la descripción de elementos de una propiedad horizontal. Para la rectificación pretendida hará falta, además del consentimiento del titular del elemento, el consentimiento de los titulares colindantes -como afectados- y el de la junta de propietarios, en la medida en que la modificación del título constitutivo pueda afectar a los elementos comunes.

## **R. 19 julio 2018 (BOE 190, 7-VIII-18: 11313)**

Admite la inscripción de una escritura otorgada por todos los propietarios de un edificio dividido horizontalmente, por la que constituyen a título oneroso un derecho de usufructo temporal sobre parte de la azotea del inmueble, que da derecho a su titular a instalar, mantener y arrendar a terceros determinados equipos de telecomunicaciones.

Es posible configurar como anejos de viviendas o locales el uso exclusivo de zonas comunes siempre que no sean necesarias para el adecuado uso y disfrute de los elementos privativos (como pasaría por ejemplo, con la terraza a la que sólo pueda accederse desde una vivienda a cuyo nivel esté); y siempre que la zona común afectada quede suficientemente identificada conforme al artículo 53-b RD 1093/1997, relativo a la transmisión de cuotas con adscripción de uso, que además de estar referido a plazas de garaje, no agota las posibilidades de libre configuración estatutaria del régimen. Si en el título constitutivo, a la vez que se configura el uso y disfrute de un elemento común como anejo, se permite -como podría hacerse con una plaza de garaje- que el titular pueda usar el derecho o cederlo a otra persona en usufructo o arrendamiento, no hay razón para exigir que la cesión del anejo tenga que ser simultánea con la del piso o local.

Por otro lado, la azotea está delimitada en dos zonas cuyo uso y disfrute están asignados en el título constitutivo a los propietarios de dos elementos determinados, de modo que la zona afectada por el usufructo se superpone parcialmente con las citadas zonas de uso privativo. Por resultar directamente afectados, es imprescindible el consentimiento de estos titulares cuyo derecho se restringe, sin que baste el consentimiento presunto del artículo 17-8 LPH. Ahora bien, tal consentimiento resulta del título calificado, que ha sido otorgado por todos los propietarios del edificio.

Por último, cabe que el usufructo constituido se refiera a usos específicamente atribuidos (referidos a las telecomunicaciones), sin agotar las demás facultades de uso y disfrute; y que no se extienda a toda la superficie abarcada por el derecho de uso de la terraza. El derecho de uso de los propietarios afectados podrá mantenerse en cuanto sea compatible con el usufructo, y recuperará por expansión natural las facultades atribuidas en régimen de usufructo cuando este derecho se extinga.

## **R. 1 agosto 2018 (BOE 227, 19-IX-18: 12720)**

Admite la inscripción de una escritura de elevación a público de acuerdos de comunidad de propietarios por los que se modifican

los estatutos de la propiedad horizontal en el sentido de imponer el paso a través de un local privativo para el mantenimiento del depósito de gasoil que es elemento común. El acuerdo se toma por unanimidad de los asistentes (que representan el 74'4% de las cuotas), con notificación y ausencia de oposición de los no asistentes, en los términos exigidos por los artículos 17-8 y 9 LPH.

Las modificaciones de los estatutos tienen lugar normalmente mediante actos colectivos de la junta, tomados por unanimidad o cuasi unanimidad (como en este supuesto).

## **R. 10 septiembre 2018 (BOE 238, 2-X-18: 13373)**

Admite la inscripción de la división horizontal en dos departamentos de una casa, cuya obra se había declarado por prescripción de posibles infracciones urbanísticas. Tanto el suelo edificado, como el vuelo y el resto de parcela quedan sin ser objeto de división ni atribución específica a ninguno de los departamentos, por lo que son elementos comunes.

Es doctrina consolidada que diferencia entre el complejo inmobiliario y la propiedad horizontal tumbada radica en el régimen organizativo de la propiedad. En el complejo inmobiliario existen dos o más edificaciones o parcelas independientes entre sí, cuyos titulares participan en una copropiedad indivisible sobre otros elementos inmobiliarios, viales, instalaciones o servicios (artículo 24 LPH). La preocupación del legislador es evitar que a través de esta figura se produzcan actos de parcelación; y por ello se exige autorización administrativa para la constitución del complejo (artículo 26-6 LSRU). Es necesario pactar expresamente su constitución y definir perfectamente, tanto los elementos comunes como el resto de servicios propios asociados al conjunto por decisión de los propietarios. Por el contrario, en la propiedad horizontal tumbada se mantiene la unidad jurídica y funcional de la finca, al permanecer suelo y vuelo como elementos comunes, sin fraccionamiento jurídico del terreno que pueda calificarse de parcelación.

La configuración jurídica adoptada en el título calificado no supone constituir dos objetos jurídicos nuevos y absolutamente independientes, como ocurriría en caso de que, por ejemplo, en el patio o la parte de parcela sin edificar se hubiese delimitado como anejo el uso exclusivo de cada elemento privativo respectivo con salida propia e independiente a la vía pública, desvirtuando el concepto de elemento común esencial, indivisible e inseparable (artículo 396 Cc). En consecuencia, de esta división no resulta la constitución de un complejo inmobiliario u operación jurídica alguna de la que resulte una parcelación o fraccionamiento del terreno; por lo que no hay razón para exigir licencia.

## **R. 31 octubre 2018 (BOE 280, 20-XI-18: 15833)**

Respecto de una terraza que es elemento común de la propiedad horizontal, consta inscrito el uso privativo a favor de una vivienda sita en la última planta del edificio.

Ahora se deniega la inscripción de una escritura por la que el dueño de esta vivienda declara la ampliación de obra de la misma, añadiéndole un ático o segundo nivel construido ocupando la referida terraza. Se acredita una antigüedad de construcción de 16 años mediante certificación catastral descriptiva y gráfica y mediante certificación de técnico competente.



Al haberse realizado la obra sobre una terraza que es elemento común -aunque de uso privativo-, se vulnera el precepto estatutario que permite modificar la vivienda de la que cada uno es propietario, pero siempre que no se perjudiquen los elementos comunes, prohibiendo cualquier tipo de modificación de la configuración exterior del edificio. Es precisa la autorización de la junta de propietarios.

#### **R. 2 noviembre 2018 (BOE 282, 22-XI-18: 15941)**

Consta inscrita una parcela destinada a dieciséis plazas de garaje, formando parte de un inmueble constituido en régimen de propiedad horizontal. Ahora se admite la inscripción de una escritura de venta de un quinceavo de la parcela (en la que se hace constar también que extrarregistralmente el número de plazas se redujo en su día a quince, habida cuenta de que la parcela está atravesada ahora por un acceso a planta de sótano).

La registradora deniega la inscripción por entender que la venta implica, bien un fraccionamiento del terreno, bien la constitución de un complejo inmobiliario. Así lo concluye de dos circunstancias: la imposibilidad de identificar la finca catastralmente; y la no aportación de licencia acreditativa de estar la finca destinada a aparcamiento y del número de plazas.

La necesidad de licencia para dividir departamentos establecida por el artículo 10-3-b LPH no es absoluta, sino que se exime -por remisión al artículo 26-6 sobre complejos inmobiliarios- cuando no se alteren el número y las características de los elementos privativos, lo cual es aplicable al supuesto calificado: la parcela aparece inscrita desde su inmatriculación como destinada a aparcamiento de vehículos y la transmisión de cuota realizada tiene la misma finalidad de garaje. Por lo tanto, no hay alteración del número de elementos independientes del edificio, manteniéndose las características físicas y jurídicas del inmueble afectado. Por otro lado, la falta de identificación catastral de la finca no implica en modo alguno por sí un indicio de parcelación ilegal. De hecho, la no constancia de la referencia catastral en un título no impide su inscripción (artículo 44-3 LCI).

#### **R. 19 octubre 2018 (BOE 291, 3-XII-18: 16478)**

Deniega la inscripción de la renuncia abdicativa de una cuota indivisa de dominio que lleva anejo un derecho exclusivo de disfrute temporal o aprovechamiento por turnos de un apartamento integrado en un edificio en propiedad horizontal.

La renuncia abdicativa de los bienes inmuebles es título material inscribible; pero su inscripción exige el consentimiento de los demás copropietarios al acrecimiento que les resultaría de la renuncia, la cual les perjudica (artículo 6-2 Cc), pues les produce un incremento en los gastos generales. Las deudas de la comunidad, al carecer de personalidad jurídica, son deudas de los propietarios. Procede la aplicación analógica del artículo 1705 Cc (sobre la sociedad civil de duración indefinida): la inscripción de la renuncia no puede ser automática, sino que hay que exigir que la renuncia sea puesta en conocimiento de los demás propietarios para que puedan impugnarla judicialmente si entienden que es de mala fe. A la misma solución se llega aplicando el artículo 395 Cc sobre comunidad de bienes, que admite la liberación de la responsabilidad del comunero mediante su renuncia a su parte en la comunidad, lo que implica abandono traslativo.

Tampoco cabe afirmar que la cuota renunciada se convierta en patrimonio del Estado, ya que el objeto de renuncia abdicativa no es un inmueble que queda así sin dueño, sino una cuota de un inmueble, cuyo destino natural es el acrecimiento al resto de los comuneros.

### **PUBLICIDAD REGISTRAL**

#### **R. 1 agosto 2018 (BOE 227, 19-IX-18: 12723)**

Deniega la expedición de certificación literal del historial registral de determinada finca. En la solicitud de publicidad, si bien el solicitante alude a supuestos errores en determinadas inscripciones de otras fincas, no se concreta en modo alguno la específica finalidad o motivo que justifique su interés legítimo.

Es doctrina consolidada que el interés que da derecho a acceder al Registro, debe ser directo, conocido y legítimo. Debe probarse a satisfacción del registrador, bajo su responsabilidad, de acuerdo con el sentido y función de la institución registral. Los datos sensibles de carácter personal o patrimonial sólo podrán ser objeto de publicidad para los fines propios de la institución registral. 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, salvo que la solicitud procediera de un juez, en cuyo caso correspondería a éste valorar el cumplimiento de la legislación sobre protección de datos.

En el supuesto resuelto, ya en fase de recurso, se aclara que los errores invocados en la solicitud inicial tienen consecuencias en la imputación de los coeficientes de copropiedad en la comunidad en propiedad horizontal donde se integran varios edificios, en uno de los cuales está la finca del solicitante. Sin embargo, al tratarse de un dato que no fue aportado en fase de calificación, no puede ser tenido en cuenta en fase de recurso.

#### **R. 2 noviembre 2018 (BOE 282, 22-XI-18: 15940)**

Confirma la denegación de solicitud de certificación únicamente del dominio de un solar que se identifica por su ubicación, linderos, superficie aproximada, así como por la mención de una titular a cuyo nombre no consta inscrita finca alguna.

El registrador debe rechazar solicitudes que no expresen con bastante claridad y precisión la especie de certificación que se reclame, o los bienes o personas a que se refiere (artículo 341 RH). En el supuesto calificado la registradora certifica la inexistencia de bienes inscritos a nombre de esa titular y que con los datos aportados no se puede certificar con certeza si la finca figura o no inscrita. La mera relación de fincas colindantes que se realiza en la solicitud no sustituye a la identificación de la finca afectada, ni puede servir de base al establecimiento de un deber del registrador de efectuar mayores comprobaciones e investigaciones registrales para localizar la finca hipotéticamente afectada.

### **RECTIFICACIÓN Y SUBSANACIÓN**

#### **R. 16 julio 2018 (BOE 190, 7-VIII-18: 11298)**

Admite la subsanación de una escritura de herencia, realizada por el mismo notario que la autorizó y sin nuevo consentimiento de los otorgantes.

La Dirección recuerda su doctrina rectificación unilateral por el notario permitida en el artículo 153 RN, procede sólo cuando pueda comprobarse con claridad meridiana que se trata de un error material, por resultar así del contexto del documento y los inmediatamente anteriores y posteriores, de los documentos públicos tenidos en cuenta para la autorización y de los que prueben fehacientemente hechos o actos consignados en el documento subsanado. Esta subsanación unilateral es excepcional y por ello los supuestos en que se admite deben ser interpretados restrictivamente. Sólo procede para defectos formales, pero no para afectar al fondo, cláusulas o estipulaciones, requiriéndose en este caso el consentimiento de los otorgantes o causahabientes.

En el supuesto resuelto, son dos los defectos subsanados por el notario. Primero, la herencia omitía la cabida de una finca, la cual era agrupada con otra cuya cabida sí constaba, constando también la resultante de la agrupación, de modo que ahora el notario puede determinar la superficie omitida mediante una simple operación aritmética. Por otro lado, perteneciendo todas las fincas agrupadas a los mismos propietarios pero cada una de ellas en distinta proporción y habiéndose otorgado que la finca resultante pertenece a los otorgantes en la misma proporción en la que eran dueños de las agrupadas, cuyos valores también se indican, el notario puede ahora subsanar la omisión de la participación final de cada propietario en la escritura de herencia, a los efectos del artículo 45 RH, trasladando las correspondientes proporciones mediante operaciones matemáticas.

Por último, se admite la inmatriculación por escritura de compraventa, siendo título de los vendedores la citada escritura de herencia, a pesar de que ambas escrituras se han otorgado en 2016. El fallecimiento del causante se produjo en 2003, considerándose por tanto cumplido el plazo de 1 año entre ambas transmisiones exigido por el artículo 205 LH.

## **R. 4 septiembre 2018 (BOE 231, 24-IX-18: 12916)**

Deniega la práctica de asiento de presentación de un documento privado cuyo objeto es la solicitud de rectificación de una inscripción. No se trata de un documento público (artículo 3 LH), ni es una de las excepciones del artículo 420 RH. Por otro lado, los asientos ya practicados están bajo la salvaguardia de los Tribunales, que son los únicos que pueden declarar su nulidad, si no concurre el consentimiento de los interesados (artículo 40 LH).

## **RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL**

### **R. 21 junio 2018 (BOE 166, 10-VII-18: 9611)**

Deniega la inscripción de un convenio regulador de divorcio aprobado judicialmente, en cuanto se refiere a una vivienda inscrita a nombre de la esposa y de su madre por mitades indivisas que se adjudica en el convenio íntegramente al esposo, reconociendo la madre de la esposa que la mitad indivisa que figuraba formalmente a su nombre era realmente de su yerno.

La Dirección recuerda su doctrina sobre la posibilidad de inscripción del reconocimiento de dominio, como adecuación de la titularidad formal a la realidad, siempre que se otorguen por las únicas partes que deben hacerlo, en tanto que por ellas se reconoce un pacto de fiducia, sin que pueda mantenerse que sea un título carente de causa si en él se exterioriza la relación de representación

hasta ese momento reservada. En el convenio calificado no consta el consentimiento de la suegra, titular registral que lleva a cabo el reconocimiento, quien no es parte en el procedimiento de divorcio.

Por otro lado, este reconocimiento de dominio, realizado por un tercero a favor de uno de los cónyuges, excede del contenido típico y adecuado del convenio regulador como título privado regulador de las consecuencias patrimoniales del divorcio de los cónyuges. Los negocios traslativos con terceros requieren escritura pública.

### **R. 4 julio 2018 (BOE 174, 19-VII-18: 10158)**

Deniega la inscripción de una escritura de adjudicación de herencia, por falta de consentimiento de la esposa de uno de los herederos, al cual había cedido onerosamente su derecho hereditario antes otro coheredero.

Ciertamente la partición legalmente hecha confiere a cada heredero la propiedad exclusiva de los bienes que le hayan sido adjudicados (artículo 1068 Cc). Este principio no quiebra en los casos de adjudicación de bien indivisible a un heredero con obligación de pago en metálico a los demás (artículo 1062 Cc), pues la causa de la adquisición sigue siendo el derecho que el adjudicatario tenía como heredero.

No obstante, en la cesión onerosa de derechos hereditarios a persona casada en gananciales, debe aplicarse a los derechos adquiridos la presunción general de ganancialidad "iuris tantum" del artículo 1361 Cc, lo cual hace imprescindible el consentimiento del cónyuge del cesionario en la escritura de adjudicación de herencia.

### **R. 11 julio 2018 (BOE 178, 24-VII-18: 10451)**

Deniega la inscripción de la adjudicación, en convenio regulador de divorcio, de una finca de uso agrario que los futuros cónyuges adquirieron en comunidad ordinaria antes del matrimonio con carácter privativo.

Es doctrina reiterada que la efectividad del convenio regulador es meramente liquidatoria del régimen económico conyugal, sin que quepa extenderlo a otros actos con significación negocial propia, que requieren escritura pública (artículo 3 LH). En particular, es precisa escritura pública y no es inscribible el convenio regulador aprobado judicialmente, si en la liquidación de gananciales se incluyen bienes que pertenecen privativamente por mitad a ambos cónyuges, y la transmisión de tales bienes no tiene como causa exclusiva la propia liquidación del consorcio, ni se trata de vivienda familiar.

### **R. 30 julio 2018 (BOE 223, 14-IX-18: 12556)**

Consta inscrita una finca a nombre de dos comuneros: en cuanto a una tercera parte para cada uno, con carácter ganancial por título de compra; y en cuanto a la tercera parte restante, a nombre de uno de ellos, con carácter privativo por título de herencia. Ahora se deniega una escritura de extinción de condominio, otorgada por los comuneros y sus cónyuges, por la que se adjudica toda la finca al comunero mayoritario con carácter privativo, si bien en cuanto a una mitad se dice que el carácter privativo lo es por confesión.

No existe un precepto que admita la atribución implícita de privatividad, como sí existe para el negocio de atribución de ganancialidad previsto en el artículo 1355 Cc. En el título calificado, una



porción indivisa ganancial se ha mutado en privativa; y falta la expresión de la causa de dicha adquisición. Hasta que no se subsane la escritura expresando la causa onerosa o gratuita del negocio de atribución de privatividad, no podrá inscribirse privativamente.

#### **R. 7 septiembre 2018 (BOE 233, 26-IX-18: 13018)**

Deniega la inscripción de una sentencia por la que se declara que la demandante ha adquirido por prescripción el dominio de una finca, la cual consta inscrita como adquirida con carácter presuntivamente ganancial, mediante escritura de compra otorgada en 1913, por un determinado titular que, por desconocerse su domicilio y datos personales, fue declarado en rebeldía procesal, siendo el único demandado en el procedimiento.

Sobre una finca inscrita como ganancial o presuntivamente ganancial, sólo pueden inscribirse resoluciones judiciales dictadas en procedimientos dirigidos contra ambos cónyuges o sus respectivos herederos (artículos: 20 y 38 LH; 1375-1378 Cc; 93 y 94 RH). Dado el número de años transcurrido desde la escritura de compra, lo más probable es que la esposa no demandada haya muerto; eventualidad en la que resultaría aplicable la doctrina reciente que permite suplir el llamamiento personal de sus ignorados herederos por su genérica citación mediante edictos y por la garantía añadida del nombramiento de un administrador judicial de la herencia yacente (artículos 790 y siguientes LEC).

#### **R. 7 septiembre 2018 (BOE 233, 26-IX-18: 13020)**

Admite la inscripción de una escritura compraventa en la cual, la compradora -española, pero no residente en España- manifiesta estar casada en régimen económico matrimonial alemán. El registrador suspende la inscripción, porque la compradora no aporta prueba alguna que sustente su manifestación, la cual, siendo tal régimen legal el de participación en ganancias, implicaría que el cónyuge comprador adquiere la finca con carácter privativo y por tanto podría en el futuro disponer libremente de ella.

Sin embargo, la Dirección admite la inscripción sobre la base de su doctrina consolidada: aunque el notario no está obligado a conocer la ley material extranjera, debe reflejar en la comparecencia de la escritura cuál es la norma aplicable a las relaciones patrimoniales entre cónyuges. Ahora bien, el art. 92 RH permite inscribir a favor de ambos con sujeción a su régimen económico matrimonial, con indicación de éste si consta en el título. La determinación de tal régimen y la acreditación de su contenido y vigencia será exigible en la enajenación o gravamen, pudiendo obviarse si consta el consentimiento de o la demanda a ambos.

#### **R. 10 septiembre 2018 (BOE 238, 2-X-18: 13371)**

Admite la inscripción de una escritura de compraventa en la cual, la compradora es de nacionalidad belga y declara: que está casada bajo el régimen legal de comunidad establecido en la Ley Belga; que se encuentra en procedimiento de separación o divorcio; y que el dinero invertido y por tanto la adquisición, son privativos suyos. También solicita la inscripción parcial. El registrador exige la ratificación del carácter privativo del precio por parte del esposo.

Es doctrina consolidada que, aunque el notario no está obligado a conocer la ley material extranjera, debe reflejar en la comparecencia de la escritura cuál es la norma aplicable a las relaciones patrimo-

niales entre cónyuges. Ahora bien, el art. 92 RH permite inscribir a favor de ambos con sujeción a su régimen económico matrimonial, con indicación de éste si consta en el título. La determinación de tal régimen y la acreditación de su contenido y vigencia será exigible en la enajenación o gravamen, pudiendo obviarse si consta el consentimiento de ambos.

En este caso, los efectos de este matrimonio se rigen por la Ley belga (artículo 9-2 Cc), de modo que no resultan aplicables los artículos 1324 Cc y 95 RH sobre inscripciones privativas. Y, a falta de prueba del Derecho belga (aplicable según el 9-2 Cc) o manifestación del registrador sobre su conocimiento, ningún obstáculo existe para que, habida cuenta de la solicitud de inscripción parcial, la finca adquirida se inscriba, no ya con el carácter presuntivamente ganancial previsto en Derecho español, sino con sujeción al régimen matrimonial extranjero indicado, en la vía del artículo 92 RH.

#### **R. 10 septiembre 2018 (BOE 238, 2-X-18: 13372)**

Aunque deniega la inscripción de una instancia de adjudicación de herencia por heredero único debido a que se aporta mera copia simple del testamento (con infracción de los artículos 3 y 14 LH), la Dirección desestima el otro defecto de la calificación y entiende que no es necesaria la previa liquidación de la sociedad de gananciales de los padres del heredero interpretando que en la instancia se incluyen las participaciones de ambos causantes.

#### **R. 9 octubre 2018 (BOE 262, 30-X-18: 14863)**

Admite la inscripción de una escritura de hipoteca, en la cual la hipotecante y prestamista manifiesta ser dueña con carácter privativo de la vivienda hipotecada, que es la habitual suya, pero no del matrimonio, puesto que su esposo, por razones médicas, tiene su domicilio en otro término municipal.

El registrador exige el consentimiento del marido a los efectos del artículo 1320 Cc. El recurrente, por el contrario, entiende que la finalidad de este artículo es proteger el domicilio conyugal, de modo que una vivienda que no sea la residencia habitual y permanente de ambos cónyuges, no es vivienda habitual familiar a los efectos del artículo 1320 Cc.

El matrimonio implica una comunidad de vida que, como regla general, implica una comunidad de vivienda. Sin embargo, por razones profesionales, laborales, médicas, de asistencia a otros familiares u otras análogas, esa comunidad de vida puede no comportar comunidad de vivienda. Es sólo cuando ambas comunidades concurren, que la ley establece la necesidad de acuerdo sobre dónde fijar la vivienda (artículo 70 Cc) y la somete al especial régimen de disposición del artículo 1320 Cc. En consecuencia, la afirmación del título calificado de que la vivienda objeto de disposición no es la conyugal, cumple con las exigencias legales (S TS 3 mayo 2016). La referencia a la situación personal de su cónyuge no deja de ser una manifestación del disponente sobre el carácter no conyugal de la vivienda.

#### **R. 24 octubre 2018 (BOE 277, 16-XI-18: 15644)**

Deniega la inscripción de un convenio regulador aprobado judicialmente en procedimiento de guardia, custodia, alimentos y visitas de hijos no matrimoniales, en cuanto disuelve el condominio que

ambos progenitores ostentaban privativamente y en proindiviso sobre una finca.

El convenio regulador sólo es título inscribible dentro del contenido señalado en el artículo 90 Cc, que en el aspecto patrimonial sólo incluye las relaciones derivadas de la vida en común, como el uso de la vivienda, la liquidación del régimen económico conyugal, la pensión compensatoria o el sostenimiento de las cargas y alimentos; pero no la eventual liquidación de las comunidades habidas entre los progenitores sin relación alguna al cumplimiento de los deberes de guardia y custodia.

## **R. 31 octubre 2018 (BOE 280, 20-XI-18: 15832)**

Suspende la inscripción de una escritura de liquidación de sociedad posconyugal, otorgada por la exesposa y por los herederos del exesposo fallecido, pero sin intervención de la viuda de éste, con quien se había casado en segundas nupcias y a quien había legado el usufructo universal de su herencia.

Es necesaria la intervención de la viuda en la liquidación de la comunidad posganancial, por ser parte de la comunidad hereditaria del difunto, en su condición de legitimaria, independientemente del título de atribución de su legítima. Mientras no se parta la herencia, existe una comunidad hereditaria de la que no sólo forman parte los herederos, sino todos los llamados a la sucesión por sus cuotas, lo que incluye también a los legitimarios y a los legatarios de parte alícuota. En consecuencia, mientras subsista la comunidad posganancial del fallecido, son aplicables las normas sobre la comunidad de bienes (artículo 406 Cc), lo cual exige el consentimiento unánime de todos los partícipes para la validez de los actos dispositivos sobre bienes de la herencia. Siendo necesaria la intervención de la viuda para la partición de la herencia de su esposo, lo será también para todos los actos dispositivos anteriores, como es la liquidación de una sociedad de gananciales previa, con el fin de que sus derechos no se vean perjudicados.

## **R. 7 noviembre 2018 (BOE 288, 29-XI-18: 16307)**

Consta inscrita una finca como privativa del esposo casado en gananciales, por confesión del carácter privativo del precio que realizó la esposa en el momento de la compra. Ahora se admite la inscripción de una escritura de aportación a sociedad limitada otorgada sólo por el esposo, que manifiesta estar hoy separado legalmente.

La confesión de privatividad no fija frente a todos el carácter privativo del bien, sino que es un simple medio de prueba carente de virtualidad para desvirtuar por sí solo la presunción de ganancialidad, aunque tampoco el bien puede ser inequívocamente reputado como ganancial. Dada esta indeterminación y para evitar la inscripción de negocios claudicantes, el artículo 95-4 RH impone que le inscripción de actos dispositivos exige el consentimiento de los herederos forzosos del confesante fallecido.

Por todo lo anterior, se admite la inscripción: mientras viva en cónyuge confesante, aunque se haya disuelto el matrimonio o la sociedad de gananciales, es innecesario acreditar los extremos exigidos por el registrador: o bien la ratificación del carácter privativo de la finca aportada, o bien la adjudicación de la misma al aportante en la liquidación de los gananciales.

## **R. 7 noviembre 2018 (BOE 288, 29-XI-18: 16308)**

Consta inscrita una finca -reproduciendo lo que decía la escritura de compraventa que causó la inscripción- a nombre de un comprador de nacionalidad argelina, quien manifestó estar casado con sujeción al régimen económico de su nacionalidad y después, en las estipulaciones, que adquiriría para su sociedad de gananciales.

Ahora se deniega la inscripción de una escritura en la que el cónyuge titular vende por sí solo la finca, haciendo constar el notario autorizante que en el título de adquisición del hoy vendedor existió un error de concepto, por declarar ahora el titular que en todo momento su régimen conyugal fue y ha sido el de separación de bienes legal en Derecho argelino.

La Dirección exige el consentimiento expreso no sólo del titular sino también de su esposa. Así lo exige el artículo 40 LH y así resulta de la presunción de veracidad de la escritura pública y sus efectos jurídicos respecto de los terceros. En este caso tampoco se ha probado mediante documento fehaciente que el régimen económico conyugal vigente en el momento de la adquisición fuera el que se quiere hacer constar ahora.

## **R. 7 noviembre 2018 (BOE 288, 29-XI-18: 16309)**

Suspende la inscripción de una escritura de compraventa en la que el comprador solicita la inscripción de la finca como privativa suya, conforme al artículo 95-2 RH, pretendiendo acreditar el mismo carácter del precio mediante escritura, otorgada ante el mismo notario una semana antes, por la que el hoy comprador recibió por donación de su padre la misma cantidad de dinero, con incorporación del resguardo de transferencia de la cantidad donada a la misma cuenta bancaria del donatario-vendedor desde la cual se ha pagado ahora el precio de la compraventa calificada.

Para la justificación del carácter privativo del precio, el citado artículo exige prueba documental pública, lo cual, fuera del proceso, equivale a decir bajo fe notarial. La escritura de donación aportada únicamente prueba que en su día se recibió determinada cantidad de dinero, pero no que sea el mismo dinero utilizado en la compra. Dado el carácter fungible del dinero, la privatividad de éste es de muy difícil prueba: hay que acreditar indubitadamente que el dinero invertido es justo el mismo, para lo cual su rastro ha de gozar de una acreditación documental plena, ya que en el procedimiento registral no cabe la admitir otros medios de prueba, cuya admisión habría de llevar pareja la posibilidad de contradicción.

También se confirma el otro defecto de la calificación, consistente en la falta de los datos identificativos del cónyuge del comprador (artículos 159 RN y 51-9-a RH), cuya constancia no sería necesaria si el bien se inscribiera como privativo del comprador; pero que sí lo es cuando el bien se inscribe como presuntivamente ganancial o incluso como privativo por confesión.

## **R. 19 octubre 2018 (BOE 291, 3-XII-18: 16476)**

Admite la inscripción de una escritura de compraventa, en la que los compradores, de nacionalidad española él y alemana ella, manifiestan que "su régimen económico matrimonial es el de separación absoluta de bienes según la legislación civil inglesa".



El notario ha cumplido su obligación de precisar el carácter legal del régimen, derivado de las normas que disciplinan los posibles conflictos de Derecho interregional o internacional privado, desvaneciendo toda duda sobre el origen legal o convencional de dicho régimen. No cabe exigir la acreditación de las razones en que se funda la aplicación del régimen, pues bastará la declaración del otorgante (artículo 159 RN). En la legislación inglesa no existe propiamente un régimen económico matrimonial, sino la simple aplicación de la ley material del Reino Unido. El notario ha precisado cuál es esa ley aplicable, no tiene obligación de especificar las razones de aplicabilidad de tal régimen, resultando inequívocamente que el mismo no tiene carácter convencional.

#### **R. 22 noviembre 2018 (BOE 299, 12-XII-18: 16983)**

Suspende la inscripción de un decreto de la Letrada de la Administración de Justicia por el que se aprueba un acuerdo de liquidación de la sociedad de gananciales, obtenido por los cónyuges que han instado el procedimiento de los artículos 806 y siguientes LEC.

La inscripción se suspende por falta de protocolización notarial. No estamos ante un convenio regulador, sino ante un procedimiento judicial de liquidación del régimen económico matrimonial. Por remisión del artículo 810-4 al artículo 788 y concordantes. El artículo 787-2 LEC determina que la aprobación de las operaciones divisorias se realiza mediante decreto del letrado de la Administración de Justicia, pero en todo caso ordenando protocolizarlas.

### **REGISTRO DE BIENES MUEBLES**

#### **R. 26 julio 2018 (BOE 188, 4-VIII-18: 11206)**

El Registro de Bienes Muebles integra en sus diversas secciones, no sólo el contenido del antiguo Registro de Venta a plazos, sino también los de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin desplazamiento, Condiciones Generales de la Contratación, y Buques y Aeronaves. Dentro de cada una de sus secciones se aplicará en primer lugar la normativa específica reguladora de los actos o derechos inscribibles; en lo no previsto -y en cuanto sea aplicable- la Ordenanza del Registro de Venta a Plazos de Bienes Muebles, el RRM y el RH (adicional única RD 3 diciembre 1999 Reglamento Registro Condiciones Generales Contratación). Desarrollando esta previsión, la Resolución Consulta DGRN 31 julio 2015 establece que a cada acto o derecho inscribible se le aplicará la ley o norma que lo regula, distinguiendo dos tipos de anotaciones preventivas: las sujetas a la normativa sobre venta a plazos de bienes muebles, que tendrán una vigencia de 4 años pasados los cuales son cancelables de oficio o a instancia de cualquier interesado (adicional segunda Ley VPBM); y las sujetas a la normativa sobre hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento, que caducarán a los 3 años de haberse practicado, prorrogables por el órgano judicial que las ordenó hasta la terminación del procedimiento por sentencia firme (artículo 38-2 Reglamento RHMPD).

En consecuencia, se deniega la prórroga, solicitada en 4 de mayo de 2018, de una anotación de embargo practicada el 15 de mayo de 2014 al amparo de la normativa sobre hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento. La anotación caducó a los 3 años.

#### **R. 19 julio 2018 (BOE 190, 7-VIII-18: 11315)**

En el Registro de Bienes Muebles constan inscritas sucesivamente: la reserva de dominio a favor del financiador de una venta de vehículo; y la anotación preventiva de embargo de la posición jurídica del comprador, a favor de la Hacienda Pública.

Ahora se presenta solicitud de cancelación de la reserva de dominio como consecuencia de la entrega del vehículo que hace el comprador al vendedor, ante la imposibilidad de hacer frente a las obligaciones de pago derivadas de la financiación. Con ella se presenta también solicitud de cancelación del embargo posterior. Procede cancelar la reserva de dominio, pero para cancelar el embargo hace falta consentimiento de Hacienda. La renuncia de un derecho por parte de su titular no puede perjudicar a tercero (artículos 6 Cc, 107 LH y 22 Ordenanza del RVPBM).

### **REPRESENTACIÓN**

#### **R. 20 julio 2018 (BOE 190, 7-VIII-18: 11316)**

Consta inscrita desde 2002 la venta de dos fincas realizada por un ciudadano alemán a una sociedad española. Ahora se presenta una escritura actual por la cual la sociedad titular reconoce el dominio a favor del entonces vendedor, declarando que durante estos años su titularidad ha sido meramente fiduciaria en interés único y exclusivo del vendedor, quien acepta el dominio que ahora se reconoce a su favor. Se hace constar que el presente reconocimiento de dominio es un título con causa, en el cual se exterioriza la relación representativa que hasta entonces había permanecido reservada, y que con tal titularidad fiduciaria se trató de conseguir una finalidad económica muy limitada y con arreglo a instrucciones reservadas del verdadero propietario, siendo finalidad de la presente escritura haber coincidir las titularidades formal y real.

La Dirección recuerda su doctrina sobre la posibilidad de inscribir el reconocimiento de dominio, como adecuación de la titularidad formal a la realidad, siempre que se otorguen por las únicas partes que deben hacerlo, en tanto que por ellas se reconoce un pacto de fiducia, sin que pueda mantenerse que sea un título carente de causa si en él se exterioriza la relación de representación hasta ese momento reservada. Sobre la base de esta doctrina, se admite la inscripción, toda vez que en la escritura consta expresamente la causa de la adquisición onerosa y la existencia del pacto de fiducia. No sería razonable que los mismos interesados hubieran de litigar para obtener por sentencia lo mismo que voluntariamente ya han otorgado en la escritura de reconocimiento.

#### **R. 7 septiembre 2018 (BOE 233, 26-IX-18: 13019)**

Declara inscribible una escritura otorgada ante notario español, por la cual un banco japonés cede créditos hipotecarios a otro banco inglés, estando ambas partes representadas mediante poderes otorgados en sus respectivos países. En el título calificado, el notario español reseña el lugar de otorgamiento del poder, la autoridad que lo expide, el hecho de estar redactados a doble columna en español e inglés y el hecho de estar dotados de apostilla, emitiendo a continuación juicio notarial de suficiencia para el concreto negocio que se lleva a cabo. El registrador exige acreditar la "equivalencia de las formas" del poder extranjero respecto de un poder notarial español.

La Dirección recapitula su doctrina reciente. La representación voluntaria, de no mediar sometimiento expreso, se registrará por la ley del país donde se ejerciten las facultades conferidas (artículo 10-11 Cc), que será la española, la cual exige que conste en documento público el poder para actos que deban redactarse en escritura pública o que hayan de perjudicar a tercero (artículo 1280-5 Cc). El documento extranjero sólo es equivalente al documento español si concurren en su otorgamiento aquellos elementos estructurales que dan fuerza al documento público español (S TJUE 9 marzo 2017, artículo 60 Ley 29/2015): que esté autorizado por quien tenga atribuida en su país la competencia para dar fe pública, y que éste efectivamente dé fe de la identidad del otorgante, así como sobre su capacidad para el acto. Así, es preciso que el documento extranjero supere un análisis de idoneidad o equivalencia con los documentos públicos españoles, el cual deberá realizarse de acuerdo con ordenamiento extranjero aplicable, que debe acreditarse en cuanto a su contenido y vigencia conforme artículo 36 RH. El juicio notarial de suficiencia debe expresar también todos los requisitos que acrediten la equivalencia del poder extranjero con el español, que sólo se entenderán cumplidos cuando la autoridad extranjera haya intervenido desarrollando funciones equivalentes a las de las autoridades españolas y haya formulado juicio de identidad y capacidad de los otorgantes. Además, la legalización y la apostilla -o su excepción- constituyen un requisito para que el documento autorizado por funcionario extranjero pueda ser reconocido como auténtico en el ámbito nacional.

Ahora bien, la Dirección entiende también que, si bien los juicios de suficiencia y equivalencia son diferentes (de hecho, el segundo no compete en exclusiva al notario español, quien no está obligado a conocer el Derecho extranjero), cuando hay una expresa declaración notarial de suficiencia del poder para el negocio concreto, tal declaración debe implicar necesariamente la de equivalencia, aunque no se usen para ello palabras sacramentales.

## SOCIEDADES MERCANTILES

### ADMINISTRADORES

**R. 18 septiembre 2018 (BOE 241, 5-X-18: 13574)**

**R. 18 septiembre 2018 (BOE 241, 5-X-18: 13575)**

Deniega la inscripción en el Registro de la Propiedad de una venta otorgada por administrador social con cargo no inscrito. La notaria autorizante realiza la reseña identificativa de la escritura de nombramiento, advierte de su falta de inscripción en el Registro Mercantil y emite juicio notarial de suficiencia de facultades representativas.

Es doctrina de la Dirección que el nombramiento de los administradores surte efectos desde el momento de la aceptación, y la inscripción en el Registro Mercantil es obligatoria, pero no constitutiva. No hay ningún precepto que imponga la previa inscripción en el Registro Mercantil del cargo social o del poder general, como requisito de inscripción de los actos realizados en ejercicio de dicha representación. Lo que ocurre es que, si la representación consta inscrita, goza de presunción de validez y exactitud, el Registrador Mercantil habrá calificado favorablemente su regularidad, y por ello, bastará completar la reseña identificativa del documento representativo con los datos de su inscripción. Por el contrario, si el título no recoge los datos de inscripción de la representación, deberá reseñar los datos y documentos que pongan de manifiesto la válida designa-

ción del representante, por haber sido nombrado con los requisitos legales y estatutarios por el órgano social competente, debidamente convocado y vigente en el momento del nombramiento, incluyendo la aceptación del nombrado y en su caso, la notificación o consentimiento de los titulares de los anteriores cargos inscritos; lo cual no consta en el título calificado.

**R. 31 octubre 2018 (BOE 280, 20-XI-18: 15834)**

**R. 8 noviembre 2018 (BOE 288, 29-XI-18: 16317)**

Se refieren a la aplicación del artículo 249 LSC a la retribución de consejeros con funciones ejecutivas, que es una de las materias modificadas por la Ley 31/2014 sobre mejora del gobierno corporativo, tanto respecto de las sociedades no cotizadas (artículo 249 LSC), como de las cotizadas (con especialidades en los artículos 529 sexdecies a 529 novodecies, que atribuyen la competencia al consejo, pero con remisión a lo dispuesto en el 249-3). La doctrina mayoritaria y la Dirección han venido interpretando la modificación legal en el sentido de que la atribución de competencia al consejo para fijar las retribuciones de los consejeros con funciones ejecutivas, rige tanto para sociedades cotizadas como no cotizadas.

De esta interpretación se aparta la S TS 26 febrero 2018, la cual declara que en las sociedades no cotizadas la competencia de la junta en materia de retribución de administradores se refiere a todos ellos, incluyendo los consejeros delegados o ejecutivos.

No obstante, hay que tener en cuenta que esta sentencia: aún no ha sido confirmada por otras; que fue dictada en relación a una cláusula estatutaria que excluía categóricamente la reserva estatutaria y la competencia de la junta; y que en todo caso, la sentencia reconoce la necesidad de interpretar más flexiblemente la reserva estatutaria sobre retribución de consejeros, aunque siempre rechazando remuneraciones desproporcionadas, no previstas en los estatutos y por encima del importe máximo anual acordado por la junta para el conjunto de los administradores.

Con cita de esta doctrina:

-La R. 8 noviembre 2018 admite la inscripción de una escritura de elevación a público de acuerdos de junta y consejo de una anónima, por los cuales se nombra a determinada persona consejero y consejero delegado, añadiéndose que se ha celebrado entre el nombrado y la sociedad el contrato a que se refiere el artículo 249 LSC. La registradora deniega la inscripción, por entender que la celebración del contrato presupone el carácter retribuido del cargo, lo cual es incompatible con el artículo 22 de los estatutos, que establece el carácter gratuito del órgano de administración. Sin embargo, para la Dirección, el contrato previsto en el artículo 249 LSC es también posible cuando el cargo sea gratuito, pudiendo en tal caso incluir previsiones como indemnizaciones o resarcimiento de gastos en que incurra el administrador, cláusulas de permanencia en la empresa, consecuencias del cese en el cargo o del desistimiento del contrato mismo... Además, la comprobación de si el contenido del contrato contradice o no el carácter gratuito del cargo no compete a la registradora, toda vez que dicho contrato carece de publicidad alguna en el Registro Mercantil.

-La R. 31 octubre 2018 admite la inscripción del artículo estatutario de una sociedad anónima de seguros (cotizada), por el cual, tras establecer que la retribución propia de los miembros del consejo



de administración se limitará a dietas e indemnización por cese o fallecimiento, primas de seguro y contribución a sistemas de ahorro, y siempre dentro de la cantidad máxima fijada por la Junta para retribuir al conjunto de los administradores, añade sin perjuicio de lo anterior, que los consejeros que desempeñen funciones ejecutivas o profesionales para la sociedad tendrán derecho a percibir adicionalmente las retribuciones correspondientes al ejercicio de dichas funciones, previéndose también en la cláusula la necesaria celebración del contrato de servicios entre el consejo y el administrador afectado, en términos sustancialmente idénticos a los de los apartados tercero y cuarto del artículo 249 LSC. La cláusula calificada ahora no contiene párrafo que contradiga la eventual reserva estatutaria o la competencia de la junta, limitándose a prever el derecho a percibir las retribuciones adicionales que correspondan al desempeño de funciones ejecutivas, así como los sistemas retributivos en términos sustancialmente coincidentes con la Ley.

#### **R. 7 noviembre 2018 (BOE 288, 29-XI-18: 16310)**

Deniega la inscripción en el Registro de la Propiedad de una escritura de compraventa, otorgada por el administrador de la sociedad vendedora, cuyo cargo no consta inscrito en el Registro Mercantil. El notario autorizante de la compraventa se limita a dejar constancia de los datos de la escritura de nombramiento de administrador y de su falta de inscripción, al formular el juicio de suficiencia de facultades representativas.

Es doctrina consolidada que el nombramiento de los administradores surte efectos desde el momento de la aceptación, y la inscripción en el Registro Mercantil es obligatoria, pero no constitutiva. No hay ningún precepto que imponga la previa inscripción en el Registro Mercantil del cargo social o del poder general, como requisito de inscripción de los actos realizados en ejercicio de dicha representación. Lo que ocurre es que, si la representación consta inscrita, goza de presunción de validez y exactitud, el registrador mercantil habrá calificado favorablemente su regularidad, y por ello, bastará completar la reseña identificativa del documento representativo con los datos de su inscripción. Por el contrario, si el título no recoge los datos de inscripción de la representación, deberá reseñar los datos y documentos que pongan de manifiesto la válida designación del representante, por haber sido nombrado con los requisitos legales y estatutarios por el órgano social competente, debidamente convocado y vigente en el momento del nombramiento, incluyendo la aceptación del nombrado y en su caso, la notificación o consentimiento de los titulares de los anteriores cargos inscritos.

### **CAPITAL SOCIAL**

#### **R. 25 octubre 2018 (BOE 279, 19-XI-18: 15767)**

Rechaza la inscripción de una escritura de aumento de capital de una sociedad limitada por compensación de créditos, habiéndose adoptado el acuerdo en junta convocada a la que no asisten todos los socios, porque no consta el acuse de recibo de la convocatoria individual que se debe dirigir a todos los socios según los estatutos sociales. Tampoco consta que los administradores hayan cumplido las exigencias de los artículos 305 LSC y 198-4-2 RRM, que permiten al socio ausente el ejercicio de su derecho de asunción preferente.

Por el contrario, se desestiman los otros defectos de la calificación. El orden del día es suficientemente claro en relación al acuerdo adoptado, por cuanto se refiere a un aumento de capital con emisión de nuevas participaciones, recoge los particulares precisos para el ejercicio del derecho de información por los socios, e incluso contiene una referencia al artículo 308 LSC reservando expresamente el derecho de suscripción preferente a favor del socio que no resultaba acreedor de la sociedad. Por otro lado, del informe de los administradores resulta que los préstamos objeto de compensación fueron realizados mediante ingreso en la cuenta corriente de la sociedad en fechas concretas y especificadas.

### **CUENTAS ANUALES**

#### **R. 27 julio 2018 (BOE 188, 4-VIII-18: 11212)**

Rechaza el depósito de cuentas anuales porque consta inscrito en la hoja social el nombramiento de un auditor a instancia de la minoría, y no se acompaña el correspondiente informe de verificación (artículo 265-2 LSC).

#### **R. 26 septiembre 2018 (BOE 250, 16-X-18: 14159)**

Rechaza el depósito de cuentas anuales de una sociedad porque, constando inscrito en la hoja social el nombramiento por el registrador mercantil de determinado auditor a instancia de la minoría, el informe de verificación que se acompaña está emitido por un auditor distinto (artículo 265-2 LSC).

#### **R. 10 octubre 2018 (BOE 288, 29-XI-18: 16306)**

Admite el depósito de cuentas anuales de una limitada. Si bien es cierto que el informe es desfavorable (lo que implica una afirmación de ausencia de fiabilidad de las cuentas), también lo es que del informe resulta que el auditor ha podido desarrollar su trabajo, sin que conste afirmación alguna en contrario o sobre la falta de cumplimiento por la sociedad de su deber de colaboración.

La Dirección recuerda su doctrina sobre alcance del sentido del informe de auditor en relación con el depósito de cuentas. El artículo 5 de la Ley de Auditoría permite distinguir los casos en que el auditor ha llevado a cabo su tarea, de los casos en que no ha sido así, de modo que caben cuatro tipos de opiniones técnicas: favorable, favorable con salvedades, desfavorable y denegada. Las dos primeras implican que las cuentas expresan la imagen fiel del patrimonio social, por lo que cabe su depósito. En el caso de informe denegado o de informe con opinión desfavorable, no siempre no siempre debe rechazarse el depósito, sino que el baremo que debe servir de guía es la finalidad de la norma, que es la protección del interés de los socios, los terceros o del socio minoritario. Así, si del informe del auditor puede deducirse una información clara sobre el estado patrimonial de la sociedad, no debe rechazarse el depósito aun cuando el auditor, por cuestiones técnicas, no emita opinión, ya que la denegación del depósito de las cuentas, no sólo desvirtuaría la finalidad de éste, sino que sustraería a los socios y terceros una información mercantil relevante.

En el supuesto resuelto, ciertamente el informe afirma que, respecto de determinadas partidas de las cuentas o apartados de la memoria, ha carecido de información o documentación de respaldo, de donde no resulta el incumplimiento del deber de colaboración,

sino la constatación de un hecho que, de considerarse por parte legitimada como causa de nulidad, deberá ser alegado judicialmente. Por otro lado, la ausencia de libros de actas de la sociedad no puede tener la relevancia de impedir el depósito contable al no haber impedido al auditor el acceso al conocimiento de las cuentas y la emisión de su informe.

## DENOMINACIÓN SOCIAL

### R. 21 junio 2018 (BOE 166, 10-VII-18: 9613)

Deniega la reserva en el Registro Mercantil Central de las denominaciones "Real Federación Española de e-Sports, SL", "Real Federación Española de Deportes Electrónicos, SL" y "Real Federación Española de Videojuegos y e-Sports, SL".

La Dirección ha rechazado la inclusión en las denominaciones de sociedades mercantiles de términos como "fundación", "cooperativa", "asociación" (R. 2 enero 2003), "instituto universitario" (R. 14 mayo 1998), "club de fútbol" (R. 11 octubre 1984), así como términos que inducen a error con las denominaciones de entidades asociativas religiosas (R. 26 junio 1997). Del mismo modo, la inclusión en la denominación social del término "federación" induce a confusión sobre la naturaleza de la entidad que se pretende constituir. En nuestro ordenamiento las federaciones deportivas constituyen uno de los cinco supuestos de asociacionismo previstos en la Ley del Deporte-1990 (artículos 30-40). Además, la realización de una actividad deportiva bajo la forma de una sociedad de capital se ha de llevar a cabo necesariamente bajo la forma de sociedad anónima deportiva a que se refiere el RD 1251/1999.

## DOMICILIO SOCIAL

### R. 5 diciembre 2018 (BOE 312, 27-XII-18: 17831)

Una sociedad limitada se encuentra disuelta -y su hoja registral cancelada-, de conformidad con lo dispuesto en el apartado 3 de la transitoria primera de la Ley 2/2007 de sociedades profesionales. Ahora la Dirección deniega la inscripción de una escritura de cambio de domicilio social, confirmando la calificación del Registro Mercantil de destino. Es preciso presentar la documentación que permita dejar sin efecto el contenido de la nota marginal de cierre y cancelación de asientos (existe una escritura previa de cambio de objeto y reactivación social).

## JUNTA GENERAL

### R. 17 octubre 2018 (BOE 291, 3-XII-18: 16472)

Admite la inscripción de los acuerdos adoptados en junta general de una sociedad anónima convocada mediante correo certificado con aviso de recibo. La redacción estatutaria sobre convocatoria de la junta -que precisamente se pretende modificar mediante el título calificado- es anterior a las reformas legales de 2011 y 2012, disponiendo como primer sistema el de anuncio publicado en el BORME y en uno de los diarios de mayor circulación de la provincia, si bien cuando todas las acciones sean nominativas se permite suplir dichas publicaciones mediante comunicación escrita a cada accionista.

Es doctrina consolidada que los cambios normativos se imponen sobre las previsiones estatutarias, pero sólo en la parte en que éstas sean incompatibles con una nueva norma imperativa; porque, en caso contrario, prevalece el carácter normativo de los estatutos que deben interpretarse conforme a la intención de los contratantes y demás criterios de interpretación de los contratos.

Así, en el supuesto resuelto la Dirección interpreta que la voluntad de los socios fue permitir que la forma legal de convocatoria pudiera ser sustituida por la comunicación individual escrita, si así lo permitiera la ley y en los términos en que ésta lo hiciera.

### R. 29 noviembre 2018 (BOE 306, 20-XII-18: 17475)

Deniega la inscripción directa de un acta notarial de junta que reproduce el acuerdo que modifica el artículo estatutario sobre duración del cargo de miembro del consejo de administración. Los acuerdos sobre modificación de estatutos deberán constar en escritura pública que se inscribirá en el Registro Mercantil (artículo 290-1 LSC, artículos 95-1 y 94-1-2º RRM). Por ello, el acta notarial presentada no es suficiente, si bien puede servir de base para la elevación a público de los acuerdos que constan en ella (artículo 107 "in fine" RRM).

## LEGALIZACIÓN DE LIBROS SOCIALES

### R. 28 noviembre 2018 (BOE 306, 20-XII-18: 17472)

Deniega la legalización del libro social descrito como "Libro Detalle de Actas del Consejo", referido al ejercicio 2017, pero cuya solicitud de legalización ha sido presentada telemáticamente a mediados del 2018.

No queda claro el objeto de la rogación. Los términos de la solicitud plantean dudas sobre si lo requerido es la legalización del libro de actas del consejo de un ejercicio ya vencido, o si por el contrario se trata de un libro correspondiente al ejercicio corriente -2018- como libro detalle.

## OBJETO SOCIAL

### R. 25 julio 2018 (BOE 188, 4-VIII-18: 11203)

Suspende la inscripción de una modificación de objeto social, que pasa a ser la producción, venta distribución y comercialización de toda clase de energía solar.

El artículo 12 Ley 24/2013 del Sector Eléctrico, separa las actividades de transporte y distribución de energía eléctrica, así como la operación del sistema y del mercado, como actividades reguladas en régimen de monopolio natural, lo cual se traduce en la exigencia de una forma jurídica determinada (sociedad mercantil, o cooperativa de consumidores o usuarios) y de un objeto exclusivo. La sociedad del supuesto incluye en su objeto, tanto actividades en régimen de exclusividad como otras actividades no reguladas.

### R. 9 octubre 2018 (BOE 262, 30-X-18: 14864)

Suspende la inscripción de la escritura de constitución de una sociedad limitada cuyo objeto comprende muchas actividades, por



entender que el ejercicio de varias de ellas exigen el sometimiento a normativas especiales.

Las actividades jurídicas, contables, fiscales, de arquitectura, ingeniería, educación y salud, exigen titulación universitaria oficial e inscripción en el correspondiente colegio profesional, por lo que están incluidas en el ámbito de aplicación de la Ley 2/2007 de Sociedades Profesionales, no habiéndose manifestado expresamente que la sociedad es de medios, comunicación de ganancias o intermediación. Por el contrario, sí que serían inscribibles las actividades de programación y consultoría informática: aunque ciertamente, para el ejercicio de la profesión de Ingeniero en Informática en Extremadura es necesaria la incorporación al Colegio Profesional de Ingenieros en Informática de Extremadura (artículo 3 de la Ley 5/2006, que lo crea), lo cierto es que no hay norma que atribuya a tales ingenieros en exclusiva la competencia para la programación y consultoría informática.

Por otro lado, tampoco se cumplen las normas específicas que regulan la actividad bancaria, de seguros y reaseguros, inversión en mercados financieros, fondos de pensiones y gestión de fondos, actividades también incluidas en el objeto. Y también debe confirmarse la calificación negativa de las actividades reservadas a los poderes públicos y formuladas en términos genéricos, como son: asuntos exteriores, defensa, justicia, orden público y seguridad, protección civil y seguridad social obligatoria.

## **PARTICIPACIONES SOCIALES**

### **R. 4 julio 2018 (BOE 174, 19-VII-18: 10160)**

Deniega la inscripción de unos acuerdos sociales por los que se modifica el régimen estatutario de transmisión de las participaciones de una limitada, adoptados en junta con el voto favorable de socios que representan el 66,687% del capital y con el voto en contra de los restantes socios.

La Dirección confirma la calificación según la cual, dado que no han votado todos los socios a favor de la modificación del régimen de transmisión de las participaciones, deberá acreditarse el cumplimiento de los requisitos legales exigidos para el ejercicio del derecho de separación de los socios que no hubieran votado favorablemente (artículo 346-2 LSC).

La alegación de la parte recurrente sobre el carácter abusivo del ejercicio del derecho de separación por parte de la única socia que lo ha ejercitado, es cuestión que excede del ámbito registral y que debe solventarse en un procedimiento judicial de carácter contradictorio.

### **R. 30 julio 2018 (BOE 223, 14-IX-18: 12557)**

### **R. 31 julio 2018 (BOE 223, 14-IX-18: 12559)**

Admite la inscripción de la cláusula estatutaria de una limitada que prohíbe a los socios constituir derechos reales sobre sus participaciones o utilizarlas como garantía o con cualquier otro objeto que pudiera dar como resultado una transmisión de las mismas.

Las restricciones estatutarias a la constitución de derechos reales sobre participaciones se justifica porque los mismos pueden atribuir a su titular derechos que le permitan influir en la vida corporativa de

la sociedad (por ejemplo, el usufructo y la prenda pueden usarse para instrumentalizar sindicatos de voto). Por eso no puede rechazarse su inscripción, toda vez que, al permitirse al socio la transmisión plena de sus participaciones, no queda convertido en “prisionero” de la sociedad, no se perturba la realización del valor patrimonial de las participaciones con una dificultad objetiva insalvable y no se exceden los límites generales de la autonomía de voluntad.

### **R. 7 noviembre 2018 (BOE 288, 29-XI-18: 16311)**

Admite la inscripción de la cláusula estatutaria de una limitada que prohíbe a los socios constituir derecho real de prenda sobre sus participaciones sociales.

Las restricciones estatutarias a la constitución de derechos reales sobre participaciones se justifican porque los mismos pueden atribuir a su titular derechos que le permitan influir en la vida corporativa de la sociedad (por ejemplo, el usufructo y la prenda pueden usarse para instrumentalizar sindicatos de voto). Por eso no puede rechazarse su inscripción, toda vez que, al no impedir al socio la transmisión plena de sus participaciones, no se le convierte en “prisionero” de la sociedad, no se perturba la realización del valor patrimonial de las participaciones con una dificultad objetiva insalvable y no se exceden los límites generales de la autonomía de voluntad.

## **PROTOCOLO FAMILIAR**

### **R. 26 junio 2018 (BOE 166, 10-VII-18: 9615)**

Admite la inscripción de una cláusula estatutaria de una limitada, según la cual a los socios que tengan determinada condición de miembros de la familia se les impone la prestación accesoria no retribuida de tener que cumplir las disposiciones pactadas por los socios en el protocolo familiar que consta en otra escritura, cuyos datos se reseñan, y que ha sido aprobado por unanimidad de todos los socios en la misma junta que acordó la modificación de estatutos.

Aunque el contenido de la prestación accesoria no se pormenoriza exhaustivamente en los estatutos, no se infringe el artículo 86 LSC, pues esta norma no exige necesariamente que se exprese el contenido concreto y determinado, sino que basta con la constancia estatutaria de los rasgos básicos de la prestación; es decir, una concreción primaria o mediata que establezca los criterios de la ulterior determinación, de suerte que no quede al arbitrio de una de las partes ni se necesite nuevo convenio entre ellas. En el supuesto resuelto, la obligación en que consiste la prestación accesoria está perfectamente identificada en la escritura cuyos datos se reseñan, tanto para los socios actuales (que lo han aprobado unánimemente) como para los futuros.

## **SOCIEDADES PROFESIONALES**

### **R. 18 julio 2018 (BOE 190, 7-VIII-18: 11301)**

Deniega la inscripción en el Registro Mercantil de un apoderamiento conferido por el administrador único de una sociedad limitada, que pervive como sociedad no profesional, si bien su objeto está integrado por actividades comprendidas dentro del ámbito de aplicación de la Ley 2/2007 (redacción de proyectos propios de arquitectura e ingeniería).

La sociedad se encuentra disuelta de pleno derecho y su hoja registral está cerrada, por efecto de la transitoria primera de la Ley 2/2007. Con ocasión de la obligación de adaptar las sociedades anónimas a las nuevas normas promulgadas en 1989, la Dirección elaboró una doctrina según la cual, pese a la sanción de disolución de pleno derecho impuesta literalmente a las sociedades que no se adaptasen en plazo, cabía la reactivación de las mismas (actual artículo 370 LSC). Así, para poder inscribir el título calificado, es preciso reactivar la sociedad previamente y adecuarla al ordenamiento jurídico; y sólo después podrá realizar las modificaciones que su junta general estime oportunas.

## R. 5 diciembre 2018 (BOE 312, 27-XII-18: 17829)

Admite la inscripción de la escritura de constitución de la mercantil denominada "Veterinarios Specivets, SL", constituida como sociedad no profesional.

Aunque ciertamente la denominación social incluye la referencia a una profesión, no indica necesariamente que se trate de una sociedad profesional cuyo objeto lo constituyan unos servicios profesionales. De hecho, en la definición estatutaria del objeto se determina expresamente que se trata de una sociedad de intermediación en la actividad veterinaria, la cual es imputable directamente a los socios y no a la sociedad, quien actúa exclusivamente como intermediaria y coordinadora de las prestaciones, quedando por tanto excluida del ámbito de aplicación de la Ley 2/2007.

## UNIPERSONALIDAD

### R. 7 diciembre 2018 (BOE 315, 31-XII-18: 18129)

Rechaza la inscripción de una escritura de elevación a público de acuerdos adoptados por el socio único, si bien la unipersonalidad no consta en el Registro Mercantil ni se le acredita al notario. Los acuerdos se refieren al cese del administrador único con nombramiento de uno nuevo, que es quien otorga la elevación a público, requiriendo al notario para que realice la notificación del artículo 111 RRM al administrador saliente, quien formula oposición.

Ciertamente es doctrina consolidada que la falta de inscripción de la unipersonalidad no es óbice para la inscripción de acuerdos, pero sin perjuicio de las reglas sobre legitimación para la elevación a público de acuerdos; y sin perjuicio de la necesaria acreditación de la condición de unipersonalidad ante el notario autorizante, lo cual puede hacerse mediante exhibición, testimonio o certificación del libro registro de socios, o mediante la aportación de los documentos públicos de los que resulte la titularidad del socio único. En este supuesto, el propio notario autorizante advierte expresamente de que no se le ha acreditado de forma alguna la situación de unipersonalidad.

## SUCESIONES

### ACEPTACIÓN DE HERENCIA

### R. 28 septiembre 2018 (BOE 250, 16-X-18: 14162)

Admite una inmatriculación de fincas en virtud de dos escrituras de herencia. En la primera, otorgada en 2016, una hija acepta la herencia de su madre, integrada por fincas catastradas a nombre de la causante que se manifiestan adquiridas de los padres de ésta, abuelos de la otorgante. Como título previo, se aporta otra escritu-

ra, otorgada en 2018 por la misma compareciente, quien manifiesta reiterar la aceptación tácita y la adjudicación que su madre hizo en su día de la herencia de sus propios padres, fallecidos 25 años antes que su hija.

La Dirección recuerda su doctrina sobre interpretación del actual artículo 205 LH cuando el antetítulo es de herencia: el plazo de un año exigido por la norma puede computarse desde el fallecimiento del causante de la herencia, momento desde el cual se entiende adquirida la propiedad de los bienes hereditarios (artículos 657 y 989 Cc) y su posesión (artículo 404).

Pero en el caso resuelto, la cuestión es determinar si estamos ante un supuesto de "ius transmissionis" del artículo 1006 Cc, en cuyo caso, fallecida la hija sin haber aceptado ni repudiado la herencia de sus padres, pasaría el derecho de hacerlo a su propia hija, quien sucedería directamente a sus abuelos, por lo que no habría doble título inmatriculable; o si por el contrario -como entiende la Dirección-, se trata de dos herencias sucesivas, que permiten la inmatriculación. Los 25 años transcurridos entre la muerte de los primeros causantes y el fallecimiento de su hija, son mucho tiempo para que los actos de administración y conservación de la herencia no se hayan realizado sino con la cualidad de heredera. La S AP Toledo 16 junio 2016 ha considerado como acto de aceptación tácita de la herencia, la inscripción catastral a nombre del heredero.

## DESHEREDACIÓN

### R. 5 octubre 2018 (BOE 256, 23-X-18: 14548)

El causante, de nacionalidad holandesa y residente en España, otorgó ante notario español su último testamento, en el cual manifestó su deseo de que su sucesión se rigiera por la ley española como ley de su residencia habitual, de conformidad con el Reglamento UE 650/2012 de Sucesiones; desheredó a sus tres hijos por la causa del artículo 853-2 Cc; instituyó herederos a sus seis nietos por partes iguales; y nombró albacea contador-partidor con todas las facultades legales.

Ahora se admite la inscripción de la escritura de su herencia, que ha sido otorgada ante la misma notaria por un apoderado en representación de todos los hijos y nietos. En el caso de los nietos menores de edad el poder le ha sido otorgado por los padres titulares de la patria potestad, de los cuales: el progenitor que no es hijo del causante, actuó como representante del menor; y el que sí lo es -y que por tanto tiene conflicto de intereses con el menor- intervino para no oponerse a la representación del otro progenitor, según exige la legislación holandesa. En la escritura de herencia se manifiesta que los desheredados niegan la causa de desheredación; y que los interesados convienen en que la negación de la causa de desheredación anula la institución de herederos en cuanto perjudique la legítima estricta de los desheredados; optan por prescindir del albacea; ratifican la aceptación a beneficio de inventario hecha en Holanda; y parten la herencia a razón de un tercio para los hijos desheredados, y dos tercios para los nietos herederos.

No hay obstáculo en prescindir del contador-partidor. Ciertamente la S TS 20 octubre 1992 lo admitió en un supuesto donde hubo unanimidad de los herederos, que eran mayores de edad. En las herencias donde hay menores debidamente representados, entien-



de la Dirección que también se puede prescindir del contador partidor, salvo que del testamento resulte que la voluntad del testador fue la de nombrarlo para que intervinieran también en dicho caso.

Por otro lado, existiendo conformidad de todos los afectados, no es necesaria aprobación judicial para admitir la inexistencia o anulación de la causa de desheredación. Tampoco hace falta defensor judicial de los menores representados en la herencia, cuyo estatuto personal se rige por el Derecho holandés. El artículo 1253 Código civil holandés recoge los mismos principios que el artículo 163 Cc español, pero con la particularidad de que el progenitor no representante puede oponerse al acto otorgado en representación del menor. Por ello el poder del supuesto ha sido otorgado, respecto de todos los menores, por sus respectivos dos progenitores, cada uno de ellos en el concepto indicado.

No hace falta aprobación judicial para la aceptación a beneficio de inventario, que fue realizada en un juzgado holandés, lo cual es conforme con el artículo 28 Reglamento 650/2012, que sujeta la aceptación o la renuncia, bien a la ley aplicable a la sucesión, bien a la ley de la residencia habitual del declarante. Tampoco hace falta autorización judicial para la partición de la herencia, a pesar de que se anula la desheredación y se parte de forma distinta a la ordenada en el testamento. Lo cierto es que la línea que delimita lo particional de lo dispositivo no es nítida; y que además, la partición de la herencia no sólo tiene que ajustarse a la voluntad del testador, sino también a las normas imperativas, como las reguladoras de las legítimas, teniendo en cuenta que en este supuesto falta la prueba de la certeza de la causa de desheredación.

## HEREDERO ÚNICO

### R. 19 noviembre 2018 (BOE 299, 12-XII-18: 16980)

Suspende la inscripción de una instancia suscrita por el heredero único y su madre -viuda del causante-, en la que se solicita la inscripción de unas fincas a nombre del primero, sobre la base de un testamento que legaba a la viuda el usufructo universal vitalicio e instituyó al hijo como heredero único.

La posibilidad de inscribir la adjudicación de herencia mediante instancia privada (artículos 14 LH y 79 RH tiene como presupuesto la institución de un heredero único sin que exista persona con derecho a la legítima. Sin embargo, en el supuesto concurren cónyuge viudo y heredero, ambos herederos forzosos o legitimarios (artículos 806 y 808 Cc), por lo cual no es posible prescindir de la titulación pública.

## HERENCIA YACENTE

### R. 9 julio 2018 (BOE 178, 24-VII-18: 10445)

Admite, sin necesidad de nombramiento de defensor judicial, la inscripción de un decreto de adjudicación en procedimiento de ejecución hipotecaria seguido contra una de los dos codeudores, quien ha sido citada personalmente y resulta acreditado que es la sobrina del otro codeudor (e hipotecante) ya fallecido.

El nombramiento de defensor judicial de la herencia yacente no debe convertirse en una exigencia formal excesivamente gravosa y debe limitarse a los casos en que el llamamiento a herederos des-

conocidos sea puramente genérico. En este caso, habiéndose demandado a la posible heredera del titular fallecido (artículos 946 y siguientes Cc), no existe indefensión. Es doctrina de la Dirección admitir el emplazamiento de la herencia yacente a través de un posible interesado, aunque no se haya acreditado su condición de heredero ni, por supuesto, su aceptación.

### R. 10 julio 2017 (BOE 178, 24-VII-18: 10448)

Deniega la inscripción de una sentencia que declara adquirida una finca por usucapión, como resultado de procedimiento ordinario seguido contra los desconocidos herederos del titular registral, sin nombramiento e intervención de un defensor judicial de la herencia yacente.

Es doctrina consolidada de la Dirección en observancia del principio de tracto sucesivo, denegar la inscripción de resoluciones judiciales dictadas contra la herencia yacente, o herederos desconocidos de una persona fallecida, por haberse dirigido la demanda contra sus herederos indeterminados -sin mayor precisión-, cuando lo procedente hubiese sido dirigirlo contra herederos ciertos y determinados, o bien contra el administrador judicial nombrado al efecto.

### R. 20 julio 2018 (BOE 190, 7-VIII-18: 11319)

Admite la inscripción de un decreto de adjudicación dictado en ejecución judicial de hipoteca seguida contra la herencia yacente y desconocidos herederos del titular registral. El Juzgado primero intentó infructuosamente la notificación en el domicilio de la inscripción de hipoteca; tras realizar diferentes averiguaciones para identificar posibles herederos, requirió a dos primas del causante, que comparecieron en el proceso y renunciaron a la herencia.

La Dirección recapitula su doctrina que, en general, deniega la inscripción de resoluciones judiciales dictadas contra la herencia yacente del titular registral, o sus herederos indeterminados, exigiendo el nombramiento de un administrador judicial. No obstante, entiende también la Dirección que tal nombramiento no debe convertirse en una exigencia formal excesiva y que debe limitarse a los casos en que el llamamiento a herederos desconocidos sea puramente genérico; de modo que, si se ha requerido a interesados concretos como posibles herederos del titular -como ocurre en el supuesto resuelto-, no existe indefensión de la herencia yacente, sino que habrá existido posibilidad suficiente de intervención en defensa de los intereses de la misma.

### R. 4 septiembre 2018 (BOE 231, 24-IX-18: 12915)

Deniega la inscripción de una sentencia que declara la adquisición mediante prescripción por parte del actor. Han sido demandados los dos cónyuges titulares registrales y, constanding el fallecimiento de la esposa, otras tres personas más respecto de las cuales no se aclara en qué concepto se los demanda.

No cabe la inscripción hasta que se aclare por el Juzgado dicho concepto. Si se les hubiese demandado como únicos herederos de la cotitular fallecida, sería preciso acreditar tal extremo mediante el oportuno título sucesorio. Si por el contrario, se tratase de un caso de demanda a la herencia yacente, bastaría acreditar que alguno de los demandados reúne la condición de heredero, cierto o presunto, sin que fuese preciso el nombramiento de defensor judicial. La Dirección recuerda su doctrina: tal nombramiento no debe convertirse

en una exigencia formal excesivamente gravosa y debe limitarse a los casos en que el llamamiento a herederos desconocidos sea puramente genérico; y por ello, no es necesario cuando se haya requerido a interesados concretos como posibles herederos del titular, lo cual excluye la indefensión de la herencia yacente.

## IDIOMA DE LAS DISPOSICIONES DE ÚLTIMA VOLUNTAD

### R. 18 julio 2018 (BOE 190, 7-VIII-18: 11303)

Confirma la calificación que suspende la inscripción en el Registro de Alcañiz de una escritura de herencia que incorpora testimonio del testamento del causante, estando ambos documentos -herencia y testamento- otorgados ante notario de Barcelona y redactados en catalán, de acuerdo con la libre elección de la heredera por ser la lengua de expresión habitual del difunto. En la escritura de herencia se hace constar también que, de acuerdo con el artículo 412 del Código de Derecho Foral de Aragón, se pueden autorizar en la lengua propia de la franja oriental de Aragón, tanto el testamento como la aceptación de herencia por ser documento complementario del testamento.

La registradora suspende la inscripción porque el catalán no es lengua oficial en Aragón y ella manifiesta desconocerlo, por lo que exige traducción auténtica o jurada al castellano, tanto de la herencia como del testamento.

Según el artículo 7 de su Estatuto de Autonomía, las lenguas y modalidades lingüísticas propias no tienen el carácter de lenguas cooficiales en Aragón, sin perjuicio de su fomento y protección legal. En desarrollo de este precepto, el artículo 4-1 Ley 3/1999 de Patrimonio Cultural Aragonés dice que las aludidas modalidades lingüísticas propias son el aragonés y el catalán de Aragón incluida sus variedades dialectales. Del artículo 2 de la Ley 3/2013 de uso, protección y promoción de las lenguas y modalidades lingüísticas propias de Aragón, resulta que la única lengua oficial es el castellano. Su artículo 21 permite redactar los instrumentos notariales en cualquiera de las lenguas o modalidades lingüísticas propias de Aragón, pero sólo en los supuestos y condiciones previstas en la legislación civil aplicable. El Código de Derecho Foral recoge esta posibilidad pero no para cualquier instrumento, sino sólo respecto de las disposiciones de última voluntad: testamentos (421), pactos sucesorios (382) y capítulos matrimoniales (196); y ello aun cuando el autorizante no conociera la lengua elegida por el otorgante, lo cual se suple con un intérprete no necesariamente oficial. Este régimen lingüístico especial de las disposiciones de última voluntad se justifica en la importancia de la interpretación literal en los actos *mortis causa*, lo cual no es extrapolable a la aceptación de herencia, que es acto *inter vivos*.

## LEGADOS

### R. 5 julio 2018 (BOE 174, 19-VII-18: 10164)

El testador, carente de legitimarios, legó un local a una parroquia, si bien, ni autorizó a legataria para posesionarse por sí del legado, ni instituyó heredero, ni nombró albacea o contador-partidor. Ahora se deniega la inscripción de una escritura de aceptación y toma de posesión de dicho legado, otorgada sólo por la representación de la legataria, manifestando que la parroquia posee la finca desde antes de la apertura de la sucesión y que consta catastrada a su favor.

Aun cuando podría pensarse que la entrega se refiere sólo a la posesión, porque en el legado de cosa específica del testador el legatario adquiere la propiedad desde el fallecimiento de éste (artículo 882 Cc), es doctrina de la Dirección que todo legado está subordinado al pago de deudas y legítimas. La dispersión de los bienes perjudicaría la integridad de la masa hereditaria y por tanto, a los acreedores. No siendo posible la entrega de este legado en ninguna de las formas previstas en el apartado a) del artículo 81 RH, es de aplicación su apartado c), procediendo la declaración de herederos abintestato. Respecto de las demás alegaciones: la prescripción escapa del ámbito de la calificación, siendo competencia judicial; la titularidad resulta de la inscripción tabular, que prevalece sobre la catastral; para acreditar la posesión del legatario es insuficiente la mera manifestación de parte interesada que no acredita la notoriedad del hecho, lo cual podría hacerse mediante el acta del artículo 209 RN, con lo cual se acreditaría la posesión continuada del local en el concepto que corresponda y fuera suficiente para entender que la entidad legataria se halla en posesión de la cosa legada y no es necesaria su entrega.

## LEGÍTIMA

### R. 5 julio 2018 (BOE 174, 19-VII-18: 10167)

La testadora tenía 4 hijos. Antes de la vigencia de la Ley 5/2015 de Derecho Civil Vasco, instituyó herederos a dos de ellos (y otras personas) en cuanto a diez doceavos, y a las otras dos hijas les dejó por vía de legado lo que por legítima estricta les correspondiese (una sencilla cuenta matemática permite entender que un doceavo para cada una). La testadora fallece una vez vigente la citada Ley vasca, que permite elegir a uno o varios de los legitimarios, apartando a los demás de forma expresa o tácita. Ahora se deniega la inscripción de la escritura de herencia otorgada sólo por los herederos, sin comparecencia de las dos legatarias, alegando que la atribución a éstas de sólo su legítima estricta es un indicio de que la voluntad de la causante era dejarles el menor contenido de derechos posible.

En definitiva se trata de interpretar la voluntad de la testadora para averiguar si lo dispuesto por ella fue un legado de legítima o un apartamiento tácito. A falta de voluntad expresada claramente, no resulta creíble la interpretación según la cual la institución de herederos en diez doceavos pretende dejar vacantes los otros dos doceavos, respecto de los cuales se abriría la sucesión intestada. Por tanto, debe concluirse que la voluntad de la testadora fue que en esos dos doceavos restantes sucediesen las legatarias de legítima y que por ello no se dispone de ellas en el testamento, siendo necesaria su comparecencia en la partición.

### R. 5 julio 2018 (BOE 174, 19-VII-18: 10168)

El causante era aforado vizcaíno y, en testamento otorgado dos días antes de la vigencia de la Ley 5/2015 de Derecho Civil Vasco, instituyó heredera única -en los bienes no troncales- a su viuda y desheredó a su único hijo por haberle injuriado gravemente de palabra (artículo 853-2º Cc), apartando y excluyendo expresamente de su herencia a sus demás parientes no llamados a ella, conforme establece la legislación Foral Vizcaína. Ahora, habiendo fallecido el testador vigente la nueva Ley, se discute si es inscribible la instancia por la cual la esposa, como heredera única, se adjudica toda la herencia. El registrador se opone porque no se ha manifestado si el hijo



desheredado tiene o no descendencia que ocupe los derechos del desheredado en la legítima.

Sin embargo, la Dirección estima el recurso y admite la inscripción. Ciertamente los descendientes del hijo desheredado ocuparían su lugar en la legítima (artículo 857 Cc); y la falta de legitimarios es fundamental para admitir la instancia de heredero único como título inscribible (artículos 14 LH y 79 RH). Pero el causante es aforado vasco y su fallecimiento se ha producido vigente la Ley 5/2015, que prevé el apartamiento de legitimarios en su artículo 48. Es clara la voluntad del testador de excluir a su hijo de la herencia. Y la exclusión expresa que realiza de los parientes no llamados, produce indudablemente un apartamiento de los restantes descendientes en la legítima.

#### **R. 21 noviembre 2018 (BOE 299, 12-XII-18: 16981)**

Un causante de vecindad catalana instituyó heredera a su pareja de hecho; y falleció sin hijos, dejando como legitimaria a su madre. Mediante escritura otorgada en mayo de 2016 la heredera, por sí y como mandataria verbal de la madre (que había fallecido después de su hijo, pero ya en abril de 2016), entrega a ésta una cuota de finca en pago de su legítima.

Ahora, se admite la inscripción de una escritura por la que la heredera única de la legitimaria, adiciona a la herencia de ésta la cuota de finca que le había sido cedida en pago de su legítima en la herencia de su hijo.

Ciertamente en Derecho catalán la legítima de los progenitores se extingue si el acreedor muere sin haberla reclamado judicial o notarialmente (artículo 451-25.2 Código civil catalán). Pero de los antecedentes reseñados queda patente que la legitimaria y la heredera han negociado previamente la forma de satisfacer el crédito legitimario, partiendo de la base de que la heredera -de vecindad catalana- quiere pagarla, de modo que este reconocimiento la vincula según el artículo 111-8 Ccc (doctrina de los propios actos). Habiendo fallecido la legitimaria, su heredera la sucede en todos sus derechos y obligaciones y por ende, en los créditos a su favor (artículo 411-1 Ccc).

#### **R. 29 noviembre 2018 (BOE 306, 20-XII-18: 17474)**

Uno de los cinco hijos de la testadora demandó a sus otros cuatro hermanos, como herederos de su madre, quienes fueron condenados a otorgar una escritura de entrega judicial del legado que había ordenado la testadora en pago de la legítima del demandante. Ahora se deniega la inscripción de la escritura de partición y adjudicación de herencia, otorgada sólo por los cuatro herederos, sin intervención del legitimario demandante. No basta con la escritura de entrega judicial de legado, sino que es necesaria la concurrencia de todos los legitimarios en la formación de inventario, avalúo y cálculo de la legítima, dada la especial cualidad del legitimario en nuestro Derecho común como "pars bonorum". Las citadas operaciones no fueron realizadas por el testador, quien se limitó a dar unas normas particionales al ordenar un legado de cosa con delimitación de cuota legitimaria.

Por otro lado, el nombre de la causante presenta diferencias con el nombre de la titular registral, de modo que no puede apreciarse la existencia de tracto sucesivo. Frente a la alegación de que el

asiento es incorrecto porque arrastra el error contenido en el título de concentración parcelaria que lo motivó, lo procedente es que el error sea subsanado por la Administración actuante. Entretanto, el asiento está bajo la salvaguardia de los tribunales y su rectificación exige consentimiento o demanda a todos los que se verían afectados por la rectificación (artículo 40-d LH).

### **PARTICIÓN**

#### **R. 29 noviembre 2018 (BOE 306, 20-XII-18: 17476)**

Suspende la inscripción de una escritura de protocolización de cuaderno particional confeccionado por contador-partidor designado en procedimiento contencioso de división judicial de herencia (artículo 787-2 LEC).

Debe acreditarse la aprobación de las operaciones particionales mediante decreto del letrado de la Administración de Justicia, que es presupuesto de la protocolización. Además, no sólo debe constar el decreto de aprobación que fundamenta la actuación notarial, sino que debe resultar su firmeza. Por último, el cuaderno protocolizado no basta con que sea mera copia aportada por el contador-partidor, sino que debe tratarse de testimonio librado por letrado de la Administración de Justicia, que es quien ejerce con exclusividad y plenitud la fe pública judicial (artículo 145 LEC).

### **PRETERICIÓN**

#### **R. 2 agosto 2018 (BOE 227, 19-IX-18: 12725)**

El testador, de vecindad gallega, legó el usufructo universal a su esposa y nombró herederas a sus dos hijas: a una de ellas, en cuanto a cinco sextas partes; y a la otra, en cuanto a una sexta parte. Posteriormente adoptó otro hijo; pero falleció sin haber modificado su testamento. La viuda instó la declaración de herederos abintestato, en la que el notario, tras calificar la preterición del tercer hijo como no intencional, declaró a los tres hijos como herederos abintestato por partes iguales.

Ahora la Dirección deniega la inscripción de la escritura de protocolización de operaciones de liquidación de gananciales y herencia basada en tal declaración de herederos. La escritura es otorgada únicamente por la viuda y el contador-partidor nombrado en los términos de los artículos 295 y siguientes de la Ley 2/2006 de Derecho Civil de Galicia.

La preterición no intencional de un legitimario descendiente faculta al preterido para obtener la declaración de nulidad de la institución de heredero (artículo 259 Ley Derecho Civil de Galicia), pero no impone como efecto inmediato, automático y "ex lege" la nulidad de la institución de heredero. De hecho, el preterido puede renunciar o transigir respecto de la acción de preterición. Además, al estar en este caso las herederas instituidas en partes desiguales, la nulidad no sólo tendría un efecto "corrector" del testamento para evitar la omisión del preterido, sino que también generaría una igualación de porciones hereditarias contraria a la voluntad expresa del testador.

Ciertamente es doctrina clásica (resoluciones de la primera mitad del siglo XX) entender válida la partición o transacción por los herederos sin necesidad de la previa declaración de nulidad de la

institución en el caso de preterición; pero tal doctrina no es aplicable a este caso, en el que no consta el acuerdo expreso entre todos los herederos -instituidos y preteridos-. La R. 13 septiembre 2001 exigió la constancia expresa del convenio entre los interesados para inscribir una partición que había sido otorgada en su nombre apreciando también el carácter no intencional de una preterición.

## SUSTITUCIÓN

### R. 5 julio 2018 (BOE 174, 19-VII-18: 10166)

El testador legó determinados bienes a cada uno de sus dos hijos, a quienes a continuación instituyó herederos "con derecho de representación en favor de sus respectivos descendientes, que también se dará en el legado". Ahora la Dirección admite la inscripción de la escritura de herencia en la que los hijos renuncian al legado, lo consideran refundido en la herencia y parten únicamente en su condición de herederos. Lo que se debate es si la cláusula entrecomillada es un derecho de representación -que sólo puede tener lugar en la línea recta descendente (artículo 925 Cc) y queda excluido en caso de renuncia (artículo 929 Cc)-, o una sustitución; siendo esta última la opinión del registrador, lo cual le lleva a exigir el consentimiento de los descendientes para inscribir el título.

No hay duda de que el testador, en ejercicio de su libertad de testar, puede someter su sucesión al derecho de representación del artículo 924 Cc. En el supuesto resuelto es preciso averiguar cuál fue su voluntad, siendo doctrina reiterada que las cláusulas del testamento deben interpretarse conforme al sentido literal de sus palabras, a menos que aparezca claramente que fue otra la voluntad del testador (artículo 675 Cc); y que es lógico entender que las palabras empleadas en un testamento autorizado por notario tienen el significado técnico que les asigna el ordenamiento. Debe concluirse que fue voluntad del testador establecer una sustitución vulgar para los casos de representación de la sucesión intestada, lo que implica, dada la renuncia del legatario, la refundición del legado en la masa de la herencia.

## TESTAMENTO

### R. 1 agosto 2018 (BOE 227, 19-IX-18: 12721)

Suspende la inscripción de una escritura de herencia, porque en el testamento del causante (otorgado ante el Cónsul General de España en Estrasburgo, en funciones notariales) no se menciona la hora del otorgamiento, que es circunstancia obligatoria para el artículo 695 Cc, cuya omisión incurre en la nulidad prevista en el artículo 687.

Para la Dirección no sería posible en puridad la subsanación por el mismo notario en la vía del artículo 153 RN, posibilidad que sólo procede cuando pueda comprobarse con claridad meridiana que se trata de un error material, por resultar así del contexto del documento y los inmediatamente anteriores y posteriores, de los documentos públicos tenidos en cuenta para la autorización y de los que prueben fehacientemente hechos o actos consignados en el documento subsanado. Esta subsanación unilateral es excepcional y por ello los supuestos en que se admite deben ser interpretados restrictivamente. Sólo procede para defectos formales, pero no para afectar al fondo, cláusulas o estipulaciones, requiriéndose en este caso el consentimiento de los otorgantes o causahabientes. En conse-

cuencia, este precepto no es aplicable al supuesto resuelto, porque se refiere sólo a los documentos "inter vivos", debe ser interpretado restrictivamente y, además, las formas de los testamentos tienen carácter "ad solemnitatem".

Sin embargo, la S TS 20 marzo 2012 admitió la aplicación del artículo 153 RN para, más que subsanar, completar las circunstancias de fecha y hora omitidas por error material en un testamento, deduciéndolas de otros documentos públicos, entre los que se incluirían los instrumentos inmediatamente anteriores y siguientes. Así, el TS dice que la consulta a los índices permitiría determinar la fecha omitida; si los documentos inmediatamente anterior y posterior son testamentos donde conste la hora de otorgamiento, acotarían el espacio de tiempo del testamento intermedio; y si no fuese posible determinar la hora, bastaría emitir testimonio en relación del que resulte la existencia o inexistencia de otro testamento del mismo testador en la misma fecha.

## TÍTULO SUCESORIO

### R. 17 septiembre 2018 (BOE 241, 5-X-18: 13572)

Deniega la inscripción de una escritura de liquidación de gananciales y partición de herencia, a la cual se incorporaba un testimonio de auto judicial sobre procedimiento de testamento por el que se acordaba la adjudicación de los bienes del causante (que eran gananciales). El título presentado no es una mera protocolización de partición judicial, sino que verifica también una previa liquidación de gananciales a la que deben concurrir tanto el cónyuge viudo como todos los herederos; sin embargo, en la escritura calificada falta el consentimiento de una hija y heredera.

Por otro lado, tanto la escritura como el auto se limitan a realizar la adjudicación hereditaria, pero sin expresar ni testimoniar el título sucesorio del causante, y sin que tampoco se aporten los certificados de defunción y últimas voluntades.

La Dirección recuerda su doctrina sobre constancia del título sucesorio en las adjudicaciones de herencia. Existe un régimen distinto para testamento y declaración de herederos abintestato. En el testamento prevalece la voluntad del causante que constituye la ley de la sucesión, por ello, su calificación debe ser integral, como la de cualquier otro título inscribible, incluyendo no sólo la legalidad de las formas extrínsecas, sino también la capacidad del otorgante y la validez de sus cláusulas. Debe aportarse al Registro, bien sea en copia autorizada o en testimonio por exhibición, e incluso relacionado en la escritura de partición, pero en esta último caso no basta con que el notario relacione sucintamente sus cláusulas, sino que debe afirmar la exactitud de concepto entre lo relacionado y el original, con la expresa constancia de no existir cláusulas que amplíen o modifiquen lo inserto. Sin embargo, en la declaración de herederos lo relevante es la constatación de los hechos de los cuales deriva la atribución legal de derechos sucesorios; de modo que el notario podrá constatar documentalmente tales particulares, bien mediante una transcripción total o parcial de los mismos, bien mediante un testimonio en relación, los cuales quedan bajo la fe pública notarial, quedando satisfecha la exigencia de documentación auténtica para la inscripción, siempre que resulten los elementos imprescindibles para la calificación. No es necesario acompañar ni testimoniar los certificados de defunción y últimas voluntades, que el artículo 76



RH exige sólo para la herencia testada, bastando en la intestada con consignar los particulares de la declaración judicial o notarial en cuya tramitación ya habrán sido aportados dichos certificados (R. 3 abril 1995).

## TRANSMISIÓN

### R. 5 julio 2018 (BOE 174, 19-VII-18: 10165)

El primer causante instituyó herederos a sus hijos, uno de los cuales falleció después sin haber aceptado ni repudiado la herencia de su padre, dejando viuda y a su madre como heredera intestada. Ahora se deniega la inscripción de la herencia del primer causante, otorgada sólo por sus hijos sobrevivientes y por su esposa, como usufructuaria y como transmisaria del hijo fallecido. Es precisa también la intervención de la viuda del transmitente en la partición de la herencia del primer causante.

La Dirección recuerda su doctrina tras la S TS 11 septiembre 2013. El derecho de transmisión del artículo 1.006 Cc no es una nueva delación hereditaria, ni fracciona el "ius delationis" de la herencia del causante, que mantiene su unidad orgánica y funcional. Los transmisarios, al aceptar la herencia del transmitente, suceden directamente al causante (la del transmitente es otra sucesión). En un primer momento, la Dirección extraía como consecuencia que, en la herencia del primer causante no era necesaria la intervención del cónyuge y demás legitimarios del transmitente, sino tan sólo la de los transmisarios. No obstante, en resoluciones recientes se matiza esta consecuencia, según el transmisario acepte o renuncie la herencia del primer causante. Los supuestos en que la Dirección ha entendido que en la herencia del primer causante no es precisa la intervención de los legitimarios del transmitente, se refieren a casos en que el transmisario renuncia a la misma. Sin embargo, cuando se la adjudica, el "ius delationis" tiene valor patrimonial, por lo que debe computarse a los efectos de determinar el importe de la legítima del transmitente; y al cónyuge viudo se le reconoce la misma protección que a los restantes herederos forzosos.

### R. 28 septiembre 2018 (BOE 250, 16-X-18: 14163)

Suspende la inscripción de una escritura de herencia, cuyo causante falleció bajo testamento en el que instituía herederos a sus cinco hijos, uno de los cuales fallece cinco años después que su padre, sin haber aceptado ni repudiado la herencia de éste, y dejando dos hijas, declaradas herederas abintestato suyas sin perjuicio de la cuota usufructuaria de la viuda. La escritura de herencia calificada ha sido otorgada sólo por los cuatro hijos sobrevivientes y por las dos nietas, hijas del hijo fallecido. Es necesaria la intervención de la viuda de éste.

La Dirección recapitula su doctrina más reciente sobre el derecho de transmisión tras la S TS 11 septiembre 2013. El derecho de transmisión del artículo 1.006 Cc no es una nueva delación hereditaria, ni fracciona el "ius delationis" de la herencia del causante, que mantiene su unidad orgánica y funcional. Los transmisarios, al aceptar la herencia del transmitente, suceden directamente al causante. En un primer momento, la consecuencia que la Dirección extraía de esta sentencia era que, en la herencia del primer causante no era necesaria la intervención del cónyuge y demás legitimarios del transmitente, sino tan sólo la de los transmisarios. Sin embargo, en resoluciones

más recientes se matiza la interpretación de la citada sentencia, la cual pretendía sólo resolver la cuestión de si el contador-partidor de su supuesto debería haber individualizado la cuota correspondiente a cada transmisario, en lugar de formar un único lote correspondiente al transmitente. Ahora el criterio de la Dirección es que el "ius delationis", si bien se ejercita de manera directa -sin pasar por la herencia del transmitente-, sólo puede referirse al acto de aceptar o repudiar la herencia del primer causante, pero no debe vulnerar las legítimas. Aunque este derecho consiste en una opción del transmisario, lo cierto es que tiene valor patrimonial, por lo que debe computarse a los efectos de determinar el importe de la legítima del transmitente; y al cónyuge viudo se le reconoce la misma protección que a los restantes herederos forzosos.

## TRACTO SUCESIVO

### R. 4 julio 2018 (BOE 174, 19-VII-18: 10159)

Deniega la inscripción de una escritura de adición de herencia, cuya otorgante (hija del causante) se adjudica una mitad indivisa de finca que se declara adquirida por su padre por compra mediante documento privado que "se eleva a público y queda incorporado a la presente escritura".

Estando inscrito el dominio a nombre de persona distinta del transmitente, no cabe acceder a la inscripción mientras no se presenten los títulos oportunos que acrediten las distintas transmisiones efectuadas, o se acuda a alguno de los medios de reanudación del tracto interrumpido (artículo 208 LH). En concreto, la venta privada debe ser objeto de una verdadera escritura de elevación a público donde expresen su consentimiento contractual todos los herederos de transmitentes y adquirentes.

### R. 26 julio 2018 (BOE 188, 4-VIII-18: 11204)

### R. 20 julio 2018 (BOE 190, 7-VIII-18: 11320)

En la jurisdicción civil el principio de rogación impone que el contenido de la demanda y la designación de los demandados queda bajo la responsabilidad del demandante; y como los derechos inscritos se presume que existen y pertenecen al titular según el asiento (artículo 38 LH), el titular demandado siempre debe ser demandado en el procedimiento para evitar su indefensión, sin perjuicio de poder anotar preventivamente la demanda.

Ciertamente la S TS 16 abril 2013 ha declarado que, cuando la inscripción viene ordenada por una resolución judicial firme cuya ejecución se pretende, la decisión sobre el cumplimiento de los requisitos propios de la contradicción procesal corresponde al juez. Pero esta doctrina no puede extrapolarse. La citada sentencia se refería a la ejecución de una sentencia contencioso-administrativa, ámbito en el cual el Tribunal tiene máxima responsabilidad e iniciativa en la ejecución de la sentencia, lo que incluye definir qué tipo de intervención debe tener el tercero para evitar su indefensión.

En aplicación de esta doctrina:

-En el supuesto de la R. 26 julio 2018, la persona física titular de dos fincas las aportó al capital de una sociedad, que a su vez las aportó al capital de una segunda sociedad, quien las volvió a aportar al capital de una tercera de nacionalidad panameña. Ahora, a instancias de la titular inicial, se dicta una sentencia firme que declara simu-

lada y nula de pleno derecho la aportación de la primera sociedad al capital de la segunda, ordenando la cancelación de todas las inscripciones que traigan causa de dicho negocio. No cabe cancelar el asiento a favor de la tercera sociedad, titular registral actual, porque no consta que la misma haya tenido intervención en el procedimiento, ni que en su momento se hubiese tomado anotación preventiva de la demanda. Esta conclusión no puede verse enervada por la alegación sobre la identidad subjetiva entre los socios de la segunda y la tercera sociedad y, en consecuencia, sobre la ausencia de buena fe (como desconocimiento del pleito) por parte de ésta última. La aplicación de la doctrina del levantamiento del velo requiere decisión judicial, que no puede ser suplida en sede registral.

-La R. 20 julio 2018 deniega la inscripción de una sentencia dictada en 2012, que declaraba el dominio de una finca registral a favor de la demandante, habiendo sido demandados los entonces titulares registrales. En el momento actual en que se presenta la sentencia, los actuales titulares son otros, por título de herencia de los anteriores.

## **R. 14 septiembre 2018 (BOE 239, 3-X-18: 13429)**

En su día la persona física titular de dos fincas las aportó al capital de una sociedad, que a su vez las aportó al capital de una segunda sociedad, quien las volvió a aportar al capital de una tercera de nacionalidad panameña. Después, a instancias de la titular inicial, se dicta una sentencia firme que declara simulada y nula de pleno derecho la aportación de la primera sociedad al capital de la segunda, ordenando la cancelación de todas las inscripciones que traigan causa de dicho negocio. Pero la Dirección deniega la cancelación ordenada judicialmente, porque no consta que la tercera sociedad, titular registral actual, haya tenido intervención en el procedimiento, ni que en su momento se hubiese tomado anotación preventiva de la demanda.

Es doctrina consolidada que en la jurisdicción civil el principio de rogación impone que el contenido de la demanda y la designación de los demandados queda bajo la responsabilidad del demandante; y como los derechos inscritos se presume que existen y pertenecen al titular según el asiento (artículo 38 LH), el titular demandado siempre debe ser demandado en el procedimiento para evitar su indefensión, sin perjuicio de poder anotar preventivamente la demanda.

Por otro lado, pese a la identidad subjetiva entre los socios de dos de las mercantiles del supuesto, la aplicación de la doctrina del levantamiento del velo requiere decisión judicial, que no puede ser suplida en sede registral.

## **R. 26 septiembre 2018 (BOE 250, 16-X-18: 14158)**

En su día se había declarado por la Juez mercantil, en incidente concursal, la nulidad de una compraventa, ordenando la cancelación de las inscripciones que derivasen de ella. Ahora se presenta mandamiento judicial solicitando la cancelación de una hipoteca que se constituyó por el comprador a favor de Bankia, y que actualmente consta inscrita a nombre de otra entidad por título de cesión de crédito. En el mandamiento calificado consta expresamente que la sentencia fue notificada a las dos entidades -cedente y cesionaria-, sin que hayan realizado manifestación alguna contra dicha resolución.

La Dirección recuerda su doctrina sobre las exigencias del principio de tracto sucesivo en la inscripción de títulos judiciales. En la jurisdicción civil el principio de rogación impone que el contenido de la demanda y la designación de los demandados queda bajo la responsabilidad del demandante; y como los derechos inscritos se presume que existen y pertenecen al titular según el asiento (artículo 38 LH), el titular demandado siempre debe ser demandado en el procedimiento para evitar su indefensión, sin perjuicio de poder anotar preventivamente la demanda. La S TS 16 abril 2013 ha declarado que, en un supuesto donde la inscripción vino ordenada por una resolución judicial firme contencioso administrativa cuya ejecución se pretende, la decisión sobre el cumplimiento de los requisitos propios de la contradicción procesal corresponde al juez.

En el supuesto resuelto, la Dirección admite la cancelación de la hipoteca. La referida notificación judicial tuvo por objeto evitar la indefensión del titular de la hipoteca, dándole la opción de presentar alegaciones, de la cual no hizo uso.

## **R. 25 octubre 2018 (BOE 279, 19-XI-18: 15765)**

Admite la inscripción de una certificación municipal para la reanudación del tracto sucesivo interrumpido, en la que se declara justificado el dominio público de una finca destinada a mercado de abastos, a favor del propio Ayuntamiento certificador. La renovación de las bases para la concesión de explotación del mercado no consta inscrita, data de los años 40 y en ella se previó la reversión al Ayuntamiento, por transcurso del plazo de la concesión, en 1983, momento en el que se otorgó acta administrativa de reversión con la entonces concesionaria, cuyo título concesional tampoco consta inscrito. En la propia certificación se alega la posible prescripción adquisitiva a favor del Ayuntamiento, por posesión con los requisitos legales desde 1983.

La Ley 13/2015 dio nueva redacción al artículo 206 LH, cuyo apartado 4 permite a las Administraciones Públicas, para reanudar el tracto sucesivo interrumpido, optar facultativamente por el procedimiento registral ordinario del actual artículo 208 LH, o por la certificación administrativa que ponga fin al procedimiento del artículo 37-3 Ley 33/2003 Patrimonio AAPP. En este caso, estamos ante un verdadero supuesto de interrupción del tracto: la pretensión de inscripción del Ayuntamiento cuenta con título jurídico (derecho de reversión) previsto en la propia concesión y amparado en la legislación local vigente en la época, faltando el título material -supuestamente sucesorio- a favor de la concesionaria firmante del acta de reversión. En cuanto a la notificación fehaciente al titular registral, de la certificación calificada resulta que se indagó por la Administración el domicilio de los titulares concesionales inscritos; y que se remitieron al mismo comunicaciones a sus respectivos herederos (presumiendo su fallecimiento, dada la fecha de la inscripción a su favor). Resultando infructuosa la comunicación postal, se emplazó a los herederos mediante anuncio en el BOE, sin que nadie compareciera ni formulara alegaciones. Todo ello es conforme con los requisitos del apartado segundo del artículo 208 LH.

## **R. 29 octubre 2018 (BOE 280, 20-XI-18: 15827)**

Admite la inscripción de una sentencia dictada en procedimiento declarativo ordinario, que declara la nulidad por simulación de una escritura de compraventa y de su inscripción, así como que el actor es el verdadero dueño de la finca, la cual compró por documento privado a su tío, quien a su vez había comprado por documento privado a la sociedad que fue la primera titular registral, la cual ha sido



en el procedimiento parte demandada en situación de rebeldía). Ciertamente, la cancelación de la titularidad registral vigente haría renacer la primitiva titularidad de dicha titular inicial, quien no fue la causante del actor, pues éste adquirió de otro adquirente intermedio que no llegó a inscribir su derecho. Todo ello provocaría una situación de interrupción del tracto, que es el obstáculo apreciado por el registrador.

Pero la Dirección recuerda su doctrina. Mediante juicio declarativo puede realizarse cualquier modificación de los asientos del Registro, siempre que hayan sido demandados los titulares registrales, quienes de ellos adquirieron, y todos los titulares intermedios hasta enlazar con la titularidad del demandante; y se declare la realidad, validez y eficacia de todos los títulos traslativos intermedios.

Así, en el supuesto resuelto, el procedimiento declarativo seguido ha cumplido todas las exigencias impuestas para ser vía hábil de reanudación del tracto: la demanda se ha dirigido contra todos los posibles interesados (desde la primera titular registral, hasta la actual cuya inscripción ha sido declarada nula, así como los herederos del adquirente intermedio que nunca llegó a inscribir su derecho); y la sentencia ha declarado la veracidad de las diferentes transmisiones que enlazan al primer titular registral con el actual propietario. Por todo ello, no hay obstáculo para cancelar la inscripción de la propiedad declarada nula, reinscribiendo la finca a nombre del actor.

#### **R. 7 noviembre 2018 (BOE 288, 29-XI-18: 16312)**

Deniega la inscripción de un acta notarial de reanudación del tracto interrumpido, tramitada conforme al actual artículo 208 LH, el cual ha venido a confirmar la tradicional doctrina de la Dirección que excluye la posibilidad de acudir a este expediente cuando se haya adquirido directamente del titular registral o de los herederos de éste, es decir, cuando no exista verdadera interrupción del tracto.

En el supuesto resuelto, la finca está inscrita a nombre de una sociedad anónima. Se aporta copia de la escritura -no inscrita- de elevación a público del documento privado por el que dicha sociedad vendió a unos adquirentes, así como un documento privado liquidado fiscalmente por el que éstos vendieron a los actuales propietarios y requirentes del acta.

En este caso la inexactitud registral se podría solventar con la presentación de la escritura de elevación pendiente de inscripción, así como con la elevación a público de la segunda venta privada, lo cual en ningún caso podría implicar una dificultad extraordinaria.

#### **R. 19 octubre 2018 (BOE 291, 3-XII-18: 16475)**

Deniega la inscripción de una escritura de extinción de comunidad, porque la cuota de uno de los comuneros se encuentra todavía inscrita a nombre de su causante. Procede en primer lugar la inscripción del título de adjudicación de la herencia del titular registral a favor del otorgante.

#### **R. 28 noviembre 2018 (BOE 306, 20-XII-18: 17469)**

Suspende la inscripción de una escritura de compraventa en ejercicio del retracto de comuneros, porque no ha sido presentada al Registro la escritura de compraventa de cuota al extraño, que dio origen al nacimiento del derecho de retracto.

El principio de tracto sucesivo impone, para inscribir un título, que esté previamente inscrito el derecho del transmitente. Así, en el caso resuelto, es imprescindible la previa inscripción de la cuota a favor del extraño, con la consiguiente subrogación del retrayente en su lugar.

#### **R. 29 noviembre 2018 (BOE 306, 20-XII-18: 17473)**

Suspende la inscripción de una escritura de dación en pago de deuda, porque la finca se encuentra inscrita a nombre de un tercero distinto del cedente. Es imprescindible la previa inscripción a su favor, mediante la nueva presentación del título del que resulta su previa adquisición, una vez subsanados los defectos que en su día apreció el registrador.

#### **R. 30 noviembre 2018 (BOE 306, 20-XII-18: 17477)**

Suspende, por falta de tracto, la inscripción de una escritura de manifestación y adjudicación de herencia donde se incluye una finca que consta ahora inscrita a nombre del Estado como bien de dominio público marítimo-terrestre en virtud de deslinde. El deslinde se aprobó en 1992; en 2005 se practicó anotación preventiva de dominio público, la cual se convirtió en inscripción de dominio en 2013. Los asientos ya practicados están bajo la salvaguardia de los tribunales.

### **TRANSACCIÓN**

#### **R. 20 julio 2018 (BOE 190, 7-VIII-18: 11321)**

Deniega la inscripción de un auto judicial que homologa una transacción judicial sobre disolución de condominio, en relación a dos fincas que sus condueños habían adquirido por mitades indivisas mediante herencia.

El acuerdo transaccional tiene naturaleza de documento privado, que no cambia por el hecho de estar homologado judicialmente. Ciertamente es también doctrina consolidada la que considera inscribible el acuerdo transaccional cuyo objeto sea el propio de un convenio regulador (artículo 90 Cc), siempre que resulte de la documentación presentada la conexión de dicho acuerdo con una situación de crisis matrimonial, nada de lo cual concurre en el caso resuelto.

#### **R. 22 octubre 2018 (BOE 277, 16-XI-18: 15638)**

Deniega la inscripción de un auto de homologación de transacción judicial, en cuya virtud las partes acuerdan que se cancele la inscripción de donación a nombre de las demandadas, y la finca se inscriba a nombre de los demandantes por título de herencia de los donantes. Es doctrina reiterada que el acuerdo transaccional tiene naturaleza de documento privado. La homologación judicial no cambia su naturaleza (no lleva a cabo una valoración de las pruebas ni un pronunciamiento sobre las pretensiones de las partes), sino que simplemente acredita la existencia del acuerdo y constituye título que lleva aparejada ejecución, la cual podrá ser pedida por cualquiera de las partes (según los artículos 705 y siguientes LEC), si la otra no otorga voluntariamente escritura.

### **TURISMO**

#### **R. 31 julio 2018 (BOE 223, 14-IX-18: 12561)**

Admite la inscripción de un acta notarial de constancia del uso turístico de los departamentos que forman un determinado edificio

destinado a hotel, desestimando así los dos obstáculos de la calificación, que se refieren a la certificación municipal unida.

Por un lado, frente al defecto de que no resulta de la certificación el uso turístico de la parcela, lo cierto es que tal uso resulta de dos licencias referidas al hotel, también incorporadas: la municipal de apertura; y la autonómica de apertura y clasificación. Por otro lado, la certificación municipal se expide “condicionada a las normas sectoriales”; pero precisamente hay que entender por tales la Ley canaria 2/2013 de renovación y modernización turística, cuya transitoria sexta precisamente obliga a los titulares de establecimientos de alojamiento que se hallasen ejerciendo la actividad turística a la entrada en vigor de la norma, a remitir comunicación al Registro de la Propiedad en el plazo de un año, que es lo que el recurrente ha realizado mediante el título calificado.

## TUTELA

### R. 9 julio 2018 (BOE 178, 24-VII-18: 10446)

Admite la inscripción de la escritura de venta de unas fincas que pertenecen a varios titulares, dos de los cuales son incapacitados sometidos a tutela. Respecto de la participación de uno de ellos, hay auto judicial que autoriza la venta sin necesidad de subasta ni previo avalúo. Pero respecto de la participación del otro, que es una mitad, la autorización judicial específica que la venta debe realizarse por un “precio total” de 30.516 euros. En la escritura, la participación de este segundo incapaz se vende por precio de 15.258 euros. De la resolución judicial se deduce que el indicado “precio total” se refiere a la totalidad de las fincas, de modo que es coherente con la autorización judicial la venta de una mitad indivisa por el 50% de dicho precio.

Por lo demás, la Dirección aprovecha para asumir la doctrina de la S TS 10 enero 2018, según la cual la falta de autorización judicial preceptiva para los actos celebrados por el tutor no tiene como efecto la nulidad radical, sino la anulabilidad que se considera más adecuada a la protección de los intereses de los menores y personas con capacidad modificada judicialmente (lo cual viene además respaldado por el artículo 61 LJV).

## URBANISMO

### R. 10 julio 2018 (BOE 178, 24-VII-18: 10449)

Suspende la inscripción de una escritura de rectificación de un proyecto de compensación ya inscrito, otorgada por la mercantil promotora del proyecto y propietaria de la única finca aportada, por la que se aumenta la cabida de ésta y se declara excluida de la compensación una parte de la misma alegando que se encuentra fuera del perímetro de la unidad de ejecución. Actualmente está cerrado el folio de la finca de origen y las fincas de resultado están inscritas a favor de terceros.

Las modificaciones que se pretenden introducir en el proyecto inscrito exceden de meras rectificaciones de errores materiales o previsiones complementarias. Es necesario el consentimiento de los titulares registrales de las fincas de resultado, como afectados por la rectificación, o en su defecto, resolución judicial (artículos 1 y 40 LH).

### R. 9 octubre 2018 (BOE 262, 30-X-18: 14865)

Para la inscripción de la cesión obligatoria de una finca dotacional a nombre de un Ayuntamiento como consecuencia de un convenio urbanístico celebrado entre éste y el titular, no es necesario el otorgamiento de escritura pública, aunque tal requisito formal se haya previsto en el propio convenio. La certificación de la secretaría de la corporación es título formal suficiente.

El artículo 32 RD 1093/1997 exige que las cesiones, salvo que procedan de convenios urbanísticos tipificados en la legislación sobre el suelo, se ajusten a los requisitos formales de las donaciones de inmuebles; lo cual presupone que las cesiones derivadas de tales convenios son inscribibles mediante acta administrativa, por equiparación a las cesiones obligatorias, para las cuales el artículo 30 prevé el acta administrativa.

### R. 25 octubre 2018 (BOE 279, 19-XI-18: 15766)

Suspende la inscripción de una escritura de segregación y agrupación, porque las fincas no están inscritas a nombre de la sociedad otorgante, sino a nombre de otra sociedad que fue absorbida por aquella. El hecho de que pudiera proceder la práctica de un solo asiento por tracto abreviado, no implica que pueda eludirse el principio de tracto sucesivo. Además, la porción segregada que va a ser objeto de cesión para viales no es descrita con arreglo a los artículos 9 LH y 51 RH.

Sin embargo, se desestima otro de los defectos de la calificación. El hecho de haber sido judicialmente anulado el plan urbanístico que sirvió de base a la concesión de la licencia de parcelación, no justifica la exigencia de que el Ayuntamiento deba justificar que dicha licencia se ajusta a la actual normativa urbanística. La sentencia firme anulatoria del plan no determina por sí la nulidad de todos los actos posteriores sobre las fincas. Para ello será necesario, primero que se determine por los tribunales, y después que se ejecute por la Administración el concreto alcance de la nulidad declarada.

## VÍAS PECUARIAS

### R. 19 julio 2018 (BOE 190, 7-VIII-18: 11308)

Admite la inscripción de una escritura de adjudicación de herencia. La finca se describe en el título tal y como consta inscrita: finca rústica de 21'27 áreas, que linda por uno de sus lados con camino. Sin embargo, la parcela catastral que, según el título, corresponde con la finca inscrita mide 17'61 áreas y linda con un camino catastrado a nombre del Ayuntamiento. El registrador notifica a la administración correspondiente, quien contesta certificando que la parcela está afectada por una vía pecuaria, la cual no está deslindada.

El certificado administrativo sólo se refiere a la parcela catastral, sin identificar la finca registral. Por tanto, no queda acreditado que la finca registral invada la vía pecuaria. Para poder determinar si existe invasión del dominio público, la premisa es saber dónde está ubicado éste y los límites de su superficie (S TS Contencioso 20 abril 1988).

# Resoluciones de la Dirección General de Derecho y Entidades Jurídicas de la Generalitat

Víctor Esquirol Jiménez  
Notario del Masnou

## FIDEICOMISO DE RESIDUO

**Se declara la subsistencia del fideicomiso pese a las disoluciones de comunidad realizadas sobre los bienes fideicomitidos, que no se consideran como actos de disposición.**

*RESOLUCIÓN JUS/1748/2018, de 20 de julio (DOGC 27.07.2018)*

RESUMEN.- Unos inmuebles están gravados con un fideicomiso de residuo que permite a los fiduciarios (herederos del fideicomitente fallecido en 1973) disponer por actos *inter vivos* sólo a favor de los restantes copropietarios y con la conformidad de todos ellos; y que prevé que a la muerte de alguno de ellos su parte pase a su cónyuge y a sus hijos por partes iguales. En 2004 y 2005 se otorgan y se inscriben dos escrituras de disolución de comunidad sobre algunas de las fincas integrantes de aquella herencia. En 2017 fallece una de las fiduciarias y, en ejecución de su testamento, se adjudica a su esposo el usufructo vitalicio y a su hijo la nuda propiedad de los inmuebles adjudicados a la fiduciaria a resultas de dichas disoluciones. La registradora de la propiedad suspende la escritura de aceptación de herencia por no respetarse el fideicomiso de residuo. El recurrente alega que el fideicomiso no estaba vigente ya que se estableció para proteger a la comunidad antes de realizarse actos de disposición (las disoluciones de la comunidad) con el consentimiento de todos los fiduciarios.

La DGDEJ confirma la nota de la registradora, a quien reconviene por haber elevado el recurso a la DGRN y haber evitado citar normas de derecho catalán en la nota de calificación. Pese a ello, la DGRN, esta vez sí, reenvía el expediente a la DGDEJ por considerarla com-

petente para tramitarlo. Ésta considera aplicables a este supuesto la CDCC de 1960 para determinar los efectos del fideicomiso (en virtud de la DT 1ª de la Ley 10/2008, por ser la ley vigente al fallecer el fideicomitente) y el CS de 1991 para valorar los supuestos actos de disposición (en virtud de la DT 9ª CS, que disponía su aplicación a los efectos del fideicomiso mientras estaba pendiente).

Deduca la DG de la cláusula del fideicomiso que la fiduciaria no podía de ninguna manera disponer *mortis causa* de las fincas gravadas, por lo que la disposición debe entenderse como no ordenada y considerar como fideicomisarios al esposo y al hijo de la fiduciaria por partes iguales, quienes recibirán las fincas como procedentes del fideicomitente ya que no se integran en la herencia de la fiduciaria ni se rigen por el testamento de ésta.

No obstante, dichos bienes no formarían parte de la herencia fideicomitada si se considerara que han salido de la misma a consecuencia de actos dispositivos tales como las disoluciones de comunidad realizadas. Sin embargo, según la DG tales disoluciones no pueden considerarse como actos de disposición, ya que no dan lugar a un acto traslativo sino de especificación de derechos, y más en el caso presente en que las disoluciones de comunidad practicadas son, en puridad, particiones hereditarias, realizadas conforme al art. 190 CCDC y al art. 85 CS, que facultan a los fiduciarios de cuota para pedir la partición y practicarla con los demás coherederos sin que intervengan los fideicomisarios. No obsta a esta naturaleza especificativa de la disolución de comunidad el hecho de que se haga, en uno de los supuestos, mediante la constitución de un edificio en régimen de propiedad horizontal y posteriores adjudicaciones, ya que

el título de adquisición de la fiduciaria sigue siendo el de herencia y no el de división, como pretende el recurrente.

COMENTARIO.- El fideicomiso de residuo es una institución sucesiva de heredero en la que el heredero intermedio (fiduciario) está facultado para disponer *inter vivos* y a título oneroso de los bienes fideicomitidos [arts. 426-51 y 426-52, a) CCCat; 243 y 244.1 CS; y 210 y 211.1 CDCC], de manera que los bienes de que no haya dispuesto en dicha forma y los subrogados en su posición harán tránsito a los fideicomisarios. En el presente caso, la fiduciaria sólo está autorizada para disponer *inter vivos* y a favor de los restantes fiduciarios, por lo que quedarán libres del fideicomiso los bienes de que haya dispuesto en dicha forma. Los herederos de la fiduciaria, que en este caso son los mismos fideicomisarios designados por el fideicomitente pero que heredan de forma distinta a la dispuesta por éste, pretenden que dichos bienes han quedado libres del fideicomiso a consecuencia de los pretendidos actos dispositivos realizados por la fiduciaria, que había realizado dos disoluciones de comunidad (una de ellas, ordinaria; y la otra, resultante de una propiedad horizontal).

La DGDEJ considera que dichos actos no tienen naturaleza traslativa sino especificativa, si bien declara que se trata de una cuestión compleja, opinión que comparte la DGRN (v.gr., la reciente RDGRN 27.07.2018). No obstante, existe consenso en la doctrina y en la jurisprudencia (v.gr., STS 12.04.2007) en que la división de la cosa común no tiene eficacia traslativa pura y en que no puede considerarse como un título adquisitivo. La DGDEJ entiende que en el presente caso estamos más propiamente ante una operación particional de la herencia del fideicomitente, si bien posiblemente no tiene en cuenta que la partición finaliza con las adjudicaciones que realizaron los fiduciarios en la escritura de aceptación de herencia, aunque fueran en proindiviso. En cualquier caso, y aunque se consideraran los actos de disolución de comunidad como de naturaleza dispositiva, debemos tener en cuenta que, con arreglo a las normas legales citadas, los bienes que se adjudicaron a la fiduciaria se subrogaron en el lugar de las cuotas que le correspondían en la indivisión, por lo que a la postre la solución es la misma: el fideicomiso de residuo sigue vigente respecto de aquellos bienes.

## PROPIEDAD HORIZONTAL

**En la inscripción de los acuerdos limitativos del uso de los departamentos privativos en que alguno de los propietarios haya votado en contra, debe figurar el departamento al que corresponde pero no es necesaria la constancia de que el acuerdo no le vincula.**

*RESOLUCIÓN JUS/1784/2018, de 20 de julio (DOGC 30.07.2018)*

RESUMEN.- En 2017 la comunidad de propietarios de un edificio constituido en régimen de propiedad horizontal toma el acuerdo de limitar el destino de los pisos del edificio a vivienda residencial. El acuerdo se adopta con el voto en contra de uno de los propietarios, lo que lleva a la registradora de la propiedad que califica la escritura que eleva a público dicho acuerdo a suspender la inscripción, por falta de constancia expresa de que el propietario que votó en contra no queda vinculado por dicho acuerdo. Se basa en el principio de tracto sucesivo y de tutela judicial efectiva y en la inexistencia de limitaciones del dominio inscritas en el Registro en el momento de la adquisición del inmueble. El secretario-administrador de la co-

munidad interpone recurso contra dicha calificación; la registradora considera en su informe que carece de legitimación activa para ello por no acreditarse que ostente la representación de la comunidad.

La DGDEJ admite y estima el recurso y revoca la nota de calificación. Sobre la cuestión de la legitimación del secretario-administrador, entiende que su cargo resulta acreditado del certificado protocolizado en la escritura y que una de sus funciones es la ejecución de los acuerdos de la junta de propietarios (art. 553-18 CCCat), dentro de la cual tiene cabida la obtención de su inscripción en el Registro de la Propiedad. No obstante, «hubiera sido deseable que este acto de ejecución del acuerdo comunitario hubiese sido ratificado por la presidencia de la comunidad y que, si la registradora consideraba que la representación no estaba suficientemente acreditada, hubiese concedido el trámite de audiencia por un plazo no superior a 10 días, como establece el artículo 325 a) de la Ley hipotecaria» (FD 1.5).

En relación con la cuestión de fondo, queda claro que, con la redacción vigente del art. 553-25.4 (dada por la Ley 5/2015, de 13 de mayo), puede adoptarse válidamente un acuerdo como el que contemplamos con una mayoría del 80% y con la oposición de propietarios en minoría, aunque dicho acuerdo, según la doctrina de la propia DG en resolución de 6 de febrero de 2017, no afectará a los propietarios que hayan votado en su contra. No obstante, la registradora pide la constancia expresa de que, en el caso presente, el propietario que ha votado en contra del acuerdo no queda vinculado por el mismo; argumento que, a juicio de la DG, parece recuperar la interpretación que se hacía del art. 553-25.4 en su redacción originaria. No obstante, admite la conveniencia de «matizar nuestra doctrina en el sentido de que ha de quedar especificado o determinado cuál es el departamento que queda transitoriamente exceptuado de la limitación acordada porque su propietario ha votado en contra del acuerdo»; requisito que en el presente caso estima cumplido de forma suficiente, «sin que sea necesario repetir que no queda vinculado por el acuerdo, ya que ha quedado acreditado su voto en contra» (FD 2.5).

COMENTARIO.- A mi juicio, la doctrina de esta resolución es algo confusa o contradictoria: si no es necesario hacer constar que los propietarios que han votado en contra del acuerdo no quedan vinculados por el mismo, no veo tampoco la necesidad de hacer constar cuáles son los departamentos de los propietarios que han votado en contra. Entiendo que la registradora de la propiedad se extralimita claramente en su función al exigir que se haga constancia que el acuerdo no vinculará a dichos propietarios. Principalmente, porque la tutela judicial de los derechos no corresponde ni a los notarios ni a los registradores, sino, como su nombre indica, a los jueces. Los primeros debemos limitarnos a comprobar si el acuerdo se ha tomado con los requisitos legales, es decir, a su validez legal. La eficacia del acuerdo y en particular su ámbito de aplicación debe determinarse por los tribunales, como ha hecho el TSJC en la reciente sentencia de 74/2018, de 13 de septiembre, en la que declara válido e inscribible el acuerdo de otra junta de propietarios en el mismo sentido, para añadir seguidamente: «Cuestión distinta es que la restricción sobre el uso o destino de los elementos privativos sea oponible con efectos retroactivos a aquellos copropietarios que adquirieron los pisos o locales sin que constase inscrita la limitación en el Registro o, lo que es igual, la eficacia de una restricción adoptada *ex post*, esto es, después de la adquisición del titular, cuando no ha consentido que



se limite el uso de su elemento privativo oponiéndose al acuerdo» (FJ 3º), para acabar resolviendo que no le vincula.

Una vez fijado este criterio por quien es competente para ello, no sólo es innecesario que se haga constar en la escritura pública y en la inscripción registral, sino que es totalmente improcedente por extralimitación de funciones, sin perjuicio de la función notarial de asesoramiento como en cualquier otro supuesto. Por otra parte, tampoco veo la forma de hacer constar en la inscripción un derecho meramente personal como es el del propietario actual que votó en contra del acuerdo a que éste no le sea aplicable.

Por todo ello, considero injustificado que deba constar en la escritura la determinación de los departamentos correspondientes a los propietarios que hayan votado en contra del acuerdo, siempre que quede acreditado que éste se tomó con los requisitos legales de validez.

## INSPECCIÓN TÉCNICA DEL EDIFICIO

**Para cumplir con lo requerido por el Decreto 67/2015 basta con la constancia en la escritura de que se ha entregado el informe al comprador, sin que sea necesario protocolizarlo. Ello no excluye de la obligación de entregarle también el certificado de aptitud.**

*RESOLUCIÓN JUS/1785/2018, de 20 de julio (DOGC 30.07.2018)*

RESUMEN.- Se otorga escritura de compraventa de una vivienda de un inmueble construido en 1900 en la que se hace constar que la parte transmitente entrega a la adquirente copia del informe de la inspección técnica del edificio. Presentada la escritura en el Registro de la Propiedad, el registrador la califica negativamente por no incorporarse a la copia de la escritura ni dicho informe, ni el certificado de aptitud correspondiente.

La DGDEJ revoca el primer defecto y confirma el segundo. El art. 15 del Decreto de la Generalitat 67/2015, de 5 de mayo, obliga a entregar al adquirente una copia del informe de la inspección técnica realizada en el edificio y el certificado de aptitud; ahora bien, el mismo precepto añade que si este certificado se ha obtenido por silencio administrativo o no se ha podido obtener porque, según el informe de la inspección técnica, se han apreciado deficiencias graves o muy graves y las medidas cautelares no han sido ejecutadas, la parte vendedora tiene que entregar a la compradora una copia del informe con la acreditación de la fecha de presentación ante la Administración.

De este precepto deduce la DG que no es necesario incorporar una copia del informe a la escritura, sino que es suficiente con que se haga constar que es entregado a la parte compradora. En cambio, no consta que se haya entregado el certificado de aptitud, sin que se manifiesten en la escritura los motivos de esta omisión, ni se acredite la fecha de presentación del informe ante la Administración. Tampoco figura en la escritura la renuncia del adquirente a la entrega de dicho certificado.

COMENTARIO.- La resolución es totalmente conforme a lo dispuesto en el art. 15 del Decreto 67/2015. En la práctica notarial, si se dispone del informe considero adecuado protocolizarlo, como prueba del cumplimiento de las obligaciones legales, cuyo control

corresponde, y es atribuido especialmente por este Decreto, al notario. Como todos sabemos, las simples manifestaciones, incluso las hechas por parte del notario, pueden ser fácilmente cuestionadas. Dado que los informes suelen ser bastante extensos, es aconsejable incorporarlos parcialmente, en la parte donde figuran su autor, el edificio objeto de la inspección y la calificación de las deficiencias (que nunca faltan dada la antigüedad de los edificios en cuestión), sin perjuicio de hacer constar que el informe completo se entrega a la parte adquirente (no sólo vendedora, se exige en toda transmisión inter vivos de viviendas). Si se dispone, además, del certificado de aptitud, puede ser más que suficiente hacer constar que el informe se ha entregado y protocolizar el certificado de aptitud (y posiblemente sería suficiente que la ley exigiera solamente la entrega de éste). Por otra parte, recuérdese que, conforme a la R. de 1 de diciembre de 2017, en las transmisiones de estas viviendas pertenecientes a edificios de más de 45 años de antigüedad, debe exhibirse también el Libro del Edificio, salvo que el adquirente renuncie justificadamente a su exhibición (como también puede renunciar justificadamente a juicio del notario a la entrega del informe de la inspección técnica y del certificado de aptitud).

## DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

**La extinción de un pacto de supervivencia, convenido por dos convivientes de nacionalidad francesa en una escritura de compraventa de un inmueble situado en España, se rige por la ley francesa, por ser un pacto de naturaleza sucesoria.**

*RESOLUCIÓN JUS/1857/2018, de 30 de julio (DOGC 07.08.2018)*

RESUMEN.- Nueva presentación ante el Registro de una escritura en la que se solicita la extinción del pacto de supervivencia convenido en escritura de compraventa por cese de la convivencia de una pareja estable. La anterior presentación dio lugar a la RDGDEJ JUS/126/2018, de 24 de enero, que confirmó la nota de calificación en el sentido de que no se acreditaba que, con arreglo al derecho francés (que es el que, según la DG, regía dicho pacto al ser ambos miembros de la pareja de nacionalidad francesa), el cese de la convivencia fuese causa de extinción del pacto de supervivencia (llamado *tontine* en el derecho francés). En esta nueva presentación se acompañan dos certificados en los que se acredita el cese de la convivencia. El registrador de la propiedad considera que sigue sin acreditarse que, con arreglo al derecho francés, ello impida la subsistencia del pacto de *tontine*. El notario autorizante sostiene que la ley aplicable no es la francesa sino la catalana y que, aun cuando se considerase que lo es la primera, debería aplicarse la segunda como norma de orden público dada la ruptura del vínculo afectivo, que puede conducir a consecuencias de tipo criminal entre los interesados; la aplicación de la ley catalana la basa en que uno de estos había recuperado la nacionalidad española en el momento de la compraventa (aunque manifestó que tenía la francesa) y en que no es aplicable al art. 9.8 CC ya que el pacto de *tontine* sólo será un pacto sucesorio si se mantiene en vigor hasta la muerte de uno de los otorgantes, pero hasta entonces es meramente obligacional y real, de base marital.

La DGDEJ confirma nuevamente la nota de calificación. En primer lugar, hace alusión a una cuestión procedimental, en el sentido de que las diligencias que expida el registrador en relación con las notificaciones que debe realizar a los interesados no pueden paralizar la

elevación del expediente a la DG, pues de otro modo se reduce notablemente, como en el caso presente, el plazo para resolver el recurso, que es de tres meses desde que entró en el Registro (o incluso sobrepasarlos, lo que conllevaría su desestimación automática).

Entrando en el fondo del asunto, la DG reitera su criterio de que es aplicable el derecho francés no sólo al pacto de *tontine* sino también a la propia relación de pareja, pues sus dos integrantes tenían la nacionalidad francesa al tiempo de constituirse ambas relaciones jurídicas. Considera «el pacto de supervivencia como un pacto de naturaleza sucesoria, ya que puede devenir ineficaz si hay un heredamiento universal previo que devenga eficaz (artículo 231-16 del Código civil de Cataluña), y porque, en los bienes con pacto de supervivencia, la adquisición de la participación del premuerto se tiene que computar en la herencia de éste por el valor que tenga la participación en el momento de producirse la muerte, a los efectos del cálculo de la legítima y de la cuarta viudal, y se tiene que imputar a esta última por el mismo valor, y también se admite la renuncia de la parte adquirida con pacto de supervivencia, de manera que el renunciante se entiende que no ha adquirido nunca la participación del premuerto (art. 231-15.3 del Código civil de Cataluña). Por lo tanto, entendemos que es aplicable el artículo 9.8 del Código civil español, que remite a la ley francesa, porque es ley nacional de ambos otorgantes» (FD 2.4).

En cuanto a los nuevos documentos aportados, la DG considera que no acreditan que con arreglo al derecho francés la extinción de la pareja estable comporte la extinción del pacto de *tontine*. Y en relación con la excepción de orden público, invocada por el notario recurrente, entiende que no se puede invocar como causa de extinción automática del pacto de supervivencia ya que queda sujeta a la apreciación judicial, no a la del registrador.

COMENTARIO.- La doctrina catalana considera con cierta unanimidad, al igual que el notario recurrente y en contra de lo que establece la DGDEJ en esta resolución, que el pacto de supervivencia no es un pacto sucesorio, no tiene naturaleza *mortis causa*, sino *inter vivos*. Así, Carlos GÓMEZ LIGÜERRE (Comentari al Llibre segon..., Atelier, 2014, pág. 129), entiende que el debate entre si es un negocio *inter vivos* o *mortis causa* ha de entenderse como definitivamente superado en la actualidad: es un negocio entre vivos cuya ejecución y cuya eficacia dependen de la muerte de uno de los otorgantes, hecho este último que no lo convierte en un negocio por causa de muerte. Juana MARCO MOLINA (Comentaris al Codi de Família, Tecnos, 2000, pág. 269) lo califica como una donación *inter vivos* de eficacia aplazada *post mortem*, cuyo carácter irrevocable lo aleja de las donaciones por causa de muerte. Encarna ROCA I TRIAS (Institucions del Dret civil de Catalunya, Vol. III, Tirant lo Blanch, 1994, pág. 211) considera la compra con pacto de supervivencia como un negocio unitario de derecho familiar, en base a que sólo podía pactarse en régimen de separación de bienes y a que operaba como un paliativo de la separación absoluta, criterio seguido por el TSJC en la sentencia 3/2003, de 13 de febrero. Hoy en día ya pueden pactarse aunque no rija el régimen de separación de bienes, e incluso aunque los adquirentes no estén casados. Además, a juicio de ROCA TRIAS, es dudosa la existencia de un *animus donandi*, lo que le aleja de la donación, concluyendo que el pacto de supervivencia tiene por finalidad la exclusión de la comunidad de tipo romano y la creación de una comunidad en mano común.

En mi opinión, se trata de una institución más en la que se funde su naturaleza sucesoria con la familiar. El hecho de que el Libro segundo del CCCat permita el pacto de supervivencia fuera del régimen de se-

paración de bienes no obsta a que el fundamento de dicha institución pueda seguir siendo paliar los efectos de la ausencia de un régimen matrimonial de comunidad en la inmensa mayoría de los matrimonios catalanes (y, obviamente, en todas las parejas estables). La regulación de este pacto en el Libro segundo y la ausencia de toda referencia a él en el Libro cuarto [la del art. 451-26.2 a) se limita al pacto que incluye una renuncia a la legítima del hijo muerto impúber)] parecen debilitar su naturaleza sucesoria.

La DGDEJ ofrece tres argumentos a favor de la naturaleza sucesoria del pacto de supervivencia:

a).- Puede devenir ineficaz si hay un heredamiento universal previo que devenga eficaz (art. 231-16). Sin embargo, tal consecuencia del heredamiento no es exclusiva de las adquisiciones con pacto de supervivencia; el mismo efecto se aplica a las donaciones *inter vivos* (art. 431-25.3) y no por ello éstas tienen naturaleza sucesoria.

b).- Los bienes adquiridos por el superviviente son computables para la computación de la legítima y de la cuarta viudal (art. 231-15.3). Se le puede aplicar el mismo contraargumento anterior: las donaciones *inter vivos* también lo son [arts. 451-5 b) y 452.3].

c).- Se admite la renuncia de la parte adquirida con pacto de supervivencia, de manera que el renunciante se entiende que no ha adquirido nunca la participación del premuerto (art. 231-15.3). A mí me parece más bien un argumento en contra de su naturaleza sucesoria ya que, por una parte, demuestra que no se integra en la herencia, que no puede renunciarse parcialmente (art. 461-2.1), ni equivale a un pacto sucesorio, en que los otorgantes no pueden renunciar a la adquisición producida a su favor (art. 431-28.1).

De seguirse el criterio mayoritario de que no se trata de una institución de naturaleza sucesoria, no sería de aplicación el art. 9.8 CC como norma de conflicto para determinar la legislación aplicable, sino el art. 10.5.2º CC, por lo que el pacto de supervivencia otorgado se regiría por la ley del lugar de situación del inmueble, esto es, la ley catalana y, por aplicación del art. 231-18.1, se extingue por la separación de hecho de los cónyuges, a la que debemos equiparar el cese de la convivencia de la pareja estable.

Y aun en el caso de inclinarnos por su naturaleza sucesoria, no sería aplicable el art. 9.8 CC que ha quedado derogado tácitamente, salvo para el derecho interregional, por el art. 21 del Reglamento (UE) nº 650/2012, del Parlamento europeo y del Consejo, del que resultaría aplicable, en principio, la ley de la residencia habitual al tiempo del fallecimiento. El que no se haya producido el fallecimiento y el que el propio reglamento sucesorio europeo excluya de su ámbito las cuestiones relativas a los regímenes económicos matrimoniales [art. 1.2.d)], cuestiona aún más el criterio sentado por la presente resolución.

## DERECHO DE TRANSMISIÓN

**El usufructuario en la herencia del transmitente no debe intervenir en la aceptación por parte del transmisario de la herencia del primer causante.**

RESOLUCIÓN JUS/2291/2018, de 28 de septiembre (DOGC 11.10.2018)

RESUMEN.- Se otorga una escritura de aceptación de herencia cuyo causante falleció en 2006 dejando como herederos a sus dos hijas. Una de



las herederas falleció en 2014, sin haber aceptado ni repudiado la herencia de su padre; al haber fallecido intestada, fue declarada heredera su hija, sin perjuicio del usufructo de toda la herencia del esposo de la causante. En la aceptación de herencia del primer causante no interviene el esposo de su hija, usufructuario en la herencia de ésta. Por dicho motivo, el registrador de la propiedad suspende la inscripción, alegando que tal derecho de usufructo no es un simple derecho de crédito, a diferencia de la legítima, la cuarta viudal o el legado de parte alícuota, sino que el usufructuario es partícipe en la comunidad hereditaria global del transmitente, por lo que debe intervenir en esta herencia. La notaría autorizante presenta recurso argumentando que sólo juega el derecho de transmisión a favor del heredero y que tanto el TS (S. 11 de septiembre de 2013), como la DGRN (RR. 9 de junio de 2015 y 2 de enero de 2018, entre otras) se inclinan por la llamada teoría moderna del derecho de transmisión, que afirma que los bienes pasan directamente del primer causante al transmisario, sin pasar por el transmitente, cuando el transmisario ejerce el *ius delationis*.

La DGDEJ estima el recurso sobre la base de que los bienes que adquiere la transmisaria los adquiere directamente ya que la transmitente no ha ostentado nunca la titularidad de dichos bienes, por lo que no tiene ninguna incidencia el usufructo del padre de la transmisaria, el cual «de ninguna manera» se extenderá a los bienes que procedan de la herencia del primer causante.

COMENTARIO.- Sorprende que la DGDEJ resuelva de forma tan breve, tan contundente y sin argumentación de base la intrincada cuestión del derecho de transmisión, máxime cuando se trata de un tema de actualidad a raíz de las vicisitudes que ha sufrido tanto en el TS como en la DGRN. La DGDEJ pone más empeño en desvincular el derecho catalán del español en este punto (como puede deducirse del hecho de que dedique el FD 1 a declarar que el derecho aplicable es el catalán y no el art. 1.006 CC, que citan tanto notario como registrador -quienes sin embargo no cuestionan que deba aplicarse el art. 461-13 CCCat). No obstante, ello no justifica que se liquide el tema de un plumazo, ya que es evidente que el CCCat no resuelve de forma clara la cuestión, lo que ha llevado a que la doctrina y la jurisprudencia catalanas hayan debatido extensamente sobre ella.

El art. 461-13.1 CCCat se limita a decir: «Si el llamado muere sin haber aceptado ni repudiado la herencia deferida, el derecho a suceder mediante la aceptación de la herencia y el de repudiar se transmiten siempre a sus herederos». No se especifica, sin embargo, si, una vez aceptada por los transmisarios la herencia del primer causante, ésta se integra en la herencia del transmitente o si, por el contrario, se entiende que el transmisario hereda directamente dichos bienes del primer causante. La primera interpretación es conocida como teoría clásica o de la doble transmisión; y la segunda, como teoría moderna o de la adquisición directa o de la doble capacidad. Esta última es la que acoge esta resolución aunque, como he dicho, sin argumentarla. No es este el lugar idóneo para hacer un examen a fondo de la problemática planteada, pero sí que me gustaría hacer algunas referencias al respecto.

La DGDEJ es la primera vez que resuelve sobre los efectos del derecho de transmisión. El TSJC tuvo ocasión de hacerlo en la sentencia nº 47/2012, de 12 de julio, que ya comentamos en esta revista (LaNotaria, número 1/2013, págs. 95 y 96), en la que, después de examinar la teoría clásica y la moderna, se decantó claramente por ésta y resolvió que los bienes que el transmisario heredaba del causante no quedaban sujetos a las cargas que el transmitente impuso sobre su propia herencia. Los argumentos del TSJC podemos resumirlos de la siguiente manera:

a) La separación entre las herencias del primer causante y del transmitente se ajusta más al art. 29.2 CS, que permitía al transmisario aceptar «ambas herencias» pero no aceptar la primera y repudiar la segunda. En parecidos términos se expresa hoy el art. 461-13.2 CCCat. El que se hable de dos herencias lleva a deducir, a los que emplean este argumento, que el código no sigue la doctrina clásica, según la cual el transmisario recibe una sola herencia: la del transmitente. Sin embargo, a mi juicio, este argumento no es tal ya que me parece evidente que, en cualquier caso, hay dos herencias (la del primer causante y la del transmitente). Lo que se debate es si, en relación a la herencia del primer causante, hay dos transmisiones (una del primer causante a favor del transmitente y otra de éste al transmisario) o sólo una (del primer causante al transmisario).

b) Del art. 205 CS, hoy 426-8 CCCat, deduce el TSJC que la ley quiere limitar los efectos de la herencia fideicomisaria a las personas que haya determinado el testador o fideicomitente, de manera que el gravamen no se puede hacer extensivo al sucesor del heredero fiduciario por derecho de transmisión. No obstante, en mi opinión, la ley se limita a disponer que si el fiduciario fallece sin haber aceptado o repudiado la herencia, su lugar es ocupado por el sustituto vulgar designado por el causante o en su defecto por el fideicomisario, en lugar de deferirse la herencia a los herederos del fiduciario. No veo que la ley intente impedir que la carga impuesta al fiduciario pase a sus herederos, sino que simplemente se excluye a estos de la delación.

c) En el derecho de transmisión, el objeto de la transmisión es la herencia del causante y no únicamente el *ius delationis* o derecho a aceptar o repudiar la herencia. Sin embargo, ninguna herencia adquiere el transmisario si no ejercita el *ius delationis* aceptando la herencia del primer causante. Este argumento parece fundamentar mejor la teoría clásica: si se transmite la herencia es porque ésta ha integrado el patrimonio del transmitente. Los autores que defienden la teoría moderna preconizan más bien que lo que recibe el transmisario es un derecho personalísimo, un título o una condición personal.

d) El carácter retroactivo de la aceptación de herencia encaja mejor con la teoría moderna. Es evidente que si la herencia se adquiriera por el solo hecho de la delación no habría derecho de transmisión, pero ello no prejuzga la cuestión que nos atañe.

La doctrina catalana actual también se decanta mayoritariamente a favor de la teoría moderna, con argumentos adicionales como los siguientes:

a) El art. 412-8.3 dispone que la indignidad del transmisario respecto al causante determina la ineficacia del derecho de transmisión, de lo cual debería deducirse que el transmisario hereda del causante. Sin embargo, podría contraargumentarse que, si así fuera, no sería necesario el art. 412-8.3, que fue introducido por la ley 10/2008.

b) El art. 462-1.1 presupone que el transmitente no llega a ser heredero ya que de otro modo no se produciría la posible colisión con el derecho de acrecer. No obstante, la colisión no se produce porque en caso de fallecer el heredero sin aceptar ni repudiar no hay cuota vacante, que es lo que requiere el derecho de acrecer para poder ser aplicado.

En definitiva, ante la falta de una norma que resuelva claramente la cuestión, hay argumentos en pro y en contra de una u otra solución. Lo que me interesa destacar es que, de aceptarse la tesis de que el transmisario adquiere directamente del primer causante, es decir, la auspiciada

por la DGDEJ y TSJC, deberían seguirse, entre otras, las consecuencias prácticas siguientes:

a) No afectarían al transmisario las cargas o limitaciones impuestas por el transmitente a sus herederos. Por lo tanto, si estos están afectados por un derecho de usufructo universal, como en el caso presente, no sólo no es necesaria la intervención del usufructuario, sino que el transmisario recibiría la herencia del primer causante en pleno dominio. La misma consecuencia debería aplicarse al fideicomiso: aunque el transmitente haya sujetado a su heredero a una sustitución fideicomisaria, ésta no debería afectar al transmisario. Quizás esta solución no se ajuste a la voluntad del transmitente que, aunque no haya aceptado la herencia del primer causante, en la mayoría de los casos, tendrá dichos bienes como propios y por lo tanto incluidos en su sucesión, y considere la aceptación un mero trámite formal. Claro que siempre se podría alegar que hubiera podido evitar tal consecuencia indeseada para él, aceptando la herencia del primer causante, pero como digo para la mayor parte de la población el hecho de “arreglar los papeles” no va ligado a la adquisición de la herencia.

b) El transmisario debería tener capacidad para suceder al primer causante, esto es, debería existir o estar concebido al fallecer éste. Algunos autores obvian este requisito con base en la retroactividad de los efectos de la aceptación. Quizás puedan aplicarse analógicamente las normas del fideicomiso, en que el fideicomisario sucede al fideicomitente (art. 426-1.2), pero basta con que haya nacido o esté concebido al deferirse el fideicomiso a su favor (art. 426-5.1), aunque es dudoso que exista la misma identidad de razón pues el fiduciario nada transmite al fideicomisario, es el fideicomitente quien hace la disposición a favor de este. En todo caso, sería más congruente con la teoría de la adquisición directa exigir al transmisario capacidad en relación con el primer causante; no en vano dicha teoría se conoce también con el nombre de teoría de la doble capacidad.

c) Los deudores del transmitente no podrían ir contra los bienes del primer causante, ni los legitimarios del transmitente podrían computarlos para calcular su legítima. Tanto unos como otros pueden ejercitar la *interpellatio in iure*, lo que evitaría el derecho de transmisión, pero en el caso de los legitimarios pueden producirse resultados injustos ya que, aunque pueden ejercitar la *interpellatio in iure*, posiblemente no lo hagan en la creencia, basada posiblemente en la apariencia, de que el transmitente ha aceptado la herencia de su causante. Téngase en cuenta, por otra parte, que, en la práctica, la gran mayoría de herencias que no han sido aceptadas expresamente lo han sido de forma tácita, aunque en ocasiones puede haber dificultades de prueba.

d) El impuesto de sucesiones debería exigirse al transmisario en relación con el primer causante, sin que los bienes hagan tránsito a través de la herencia del transmitente. Ello, que a primera vista puede parecer ventajoso para el transmisario, llevado a las últimas consecuencias no lo es tanto, pues la DG de Tributos de Cataluña, en su Resolución 2/2018, citando, entre otros, el art. 1006 CC, la STS de 11 de septiembre de 2013 y las RRDGRN de 26 de marzo de 2014 y de 25 de abril de 2018, ha resuelto que el plazo de prescripción del impuesto de sucesiones para la herencia del primer causante no se cuenta sino desde el fallecimiento del transmitente, lo que va a dar lugar a que un impuesto que haya prescrito para el transmitente, “renazca” para el transmisario.

Ya que la DGT catalana, amparada al parecer en el criterio de la sección de armonización de la Comisión de Codificación de la Generalitat, equipara el régimen catalán al español, no estaría de más echar un vistazo a los cambios habidos recientemente en el TS y en la DGRN.

El TS había seguido tradicionalmente la teoría clásica, hasta la ya repetida sentencia de 11 de septiembre de 2013, confirmada por la de 20 de enero de 2014, en que se decantó por la teoría moderna. El argumento central de esta sentencia se basa en la naturaleza jurídica del *ius delationis*, que no se ve alterada por el derecho de transmisión. Considera el *ius delationis* como un «poder de configuración jurídica como presupuesto necesario para hacer efectiva la legitimación para aceptar o repudiar la herencia que ex lege ostentan los herederos transmisarios; todo ello, dentro de la unidad orgánica y funcional del fenómeno sucesorio del causante de la herencia» (FD 2.5). Por lo tanto, mediante el derecho de transmisión no hay una nueva delación a favor del transmisario, ni un fraccionamiento de la delación existente a favor del transmitente, sino que es la misma delación a favor del transmitente la que el transmisario adquiere *ex lege*.

La doctrina de estas sentencias fue acogida inmediatamente por la DGRN (RR. de 26 de marzo de 2014 y de 6 de octubre de 2014), modificando también su propio criterio. Sin embargo, en los últimos tiempos la DG no querido llevar los efectos de la teoría moderna hasta las últimas consecuencias. En la R. de 26 de julio de 2017 señaló que, no obstante la jurisprudencia del TS, «es indiscutible que la determinación de quiénes son los transmisarios y en qué porcentaje y modo adquieren los bienes, viene determinado por la sucesión del transmitente, no por la sucesión del primer causante», por lo que el usufructuario del transmitente debía intervenir en la herencia del primer causante (justo lo contrario de lo que determina la DGDEJ en la resolución que comentamos), doctrina ratificada en la R. de 25 de abril de 2018. Además, en las RR. de 22 de enero de 2018 y de 25 de abril de 2018 exigió también el consentimiento de los legitimarios del transmitente. Por lo tanto, de momento, la DGRN acoge la teoría moderna, pero a mi juicio no es congruente con algunas de las consecuencias prácticas que conlleva; mientras que la DGDEJ también la acoge, pero difiere en cuanto a sus consecuencias, aunque lamentablemente sin ninguna fundamentación jurídica.

Como conclusión, considero que la decantación entre la teoría clásica y la moderna depende de si se pone el acento en que el transmisario adquiere su derecho o poder de disposición *ex lege* (en cuyo caso debería seguirse con todas sus consecuencias que adquiere del primer causante) o por haber sido designado por el transmitente (lo que conllevaría la aplicación de la teoría clásica), ya que ambos extremos son igualmente ciertos. Lo que considero jurídicamente más difícil es adoptar una postura ecléctica. Modestamente, de *lege ferenda*, propondría que la ley estableciese un sistema de adquisición automática de la herencia sin necesidad de aceptación (naturalmente, sin perjuicio del derecho a repudiar), lo cual considero lo más adecuado a la voluntad del causante (que posiblemente no desea que su herencia pase a alguien a quien ni él ni su heredero ha designado -ya que el heredero no dispone de la herencia de su causante) y a la del transmitente (que considera que ha heredado sin necesidad de aceptación), con lo que simplemente serían innecesarias instituciones problemáticas como el derecho de transmisión y la herencia yacente. De lege lata, podría preverse en los testamentos algo al respecto, como extender la aplicación de la sustitución vulgar, además de a los supuestos legalmente previstos, al caso de fallecer alguno de los herederos sin haber aceptado o repudiado la herencia; o, si se considera que ello excede del ámbito de la sustitución vulgar, estableciendo una sustitución preventiva de residuo, que haría innecesaria la vulgar expresa; o, si se estima que ello afectaría indebidamente a los bienes propios del transmitente, un fideicomiso condicionado al supuesto de no ejercitarse el *ius delationis*. No obstante, me parece algo complicado y produciría el efecto indeseado de la entrada en juego de la posible aceptación tácita, cuya prueba podría ser otra fuente de conflictos.



## MEDIANERÍA HORIZONTAL

**La medianería horizontal es una comunidad especial, sin que se pueda configurar como una servidumbre ni deba complementarse con un derecho de superficie si una parte del terreno no es común.**

*RESOLUCIÓN JUS/2349/2018, de 11 de octubre (DGO 19.10.2018)*

RESUMEN.- Se otorga una escritura de constitución de servidumbre recíproca de suelo/techo o carga y soporte sobre dos fincas ya existentes de antiguo situadas una encima de la otra, y que comparten lo que es suelo para la una y techo para la otra, teniendo cada una su propia entrada por calles diferentes, según el siguiente croquis transversal aproximado, en el que grafiamos en rojo la finca superior, en verde la inferior y en negro las calles:



Se pretende constituir una medianería en la línea yuxtapuesta entre ambas fincas y además atribuir la propiedad de lo que se encuentra por debajo de dicha línea (y de su prolongación ideal bajo la finca superior) a la finca inferior, incluyendo la parte de terreno subterráneo no ocupado por la finca inferior; y conferir a la superior la propiedad de lo que se encuentre por encima de dicha línea.

La registradora de la propiedad pide la descripción detallada y actualizada de las fincas afectadas, las medidas de la parte objeto de la medianería, la constitución de un derecho de superficie sobre la parte de la planta baja de la finca inferior que se adentra bajo el suelo de la superior pero sin lindar con ella y las coordenadas georreferenciadas de la parte afectada. El notario autorizante presenta recurso, que es estimado íntegramente por la DGDEJ.

La DG califica la institución jurídica existente como de medianería horizontal, regulada como una comunidad especial y no como una servidumbre por los arts. 555-1 y ss. CCCat. Aunque «el ordenamiento reconoce a los ciudadanos la elección del instrumento jurídico que sea más adecuado al caso y a las finalidades queridas deseadas. Ahora bien, este principio tiene que ser compatible y respetar las exigencias estructurales del sistema y los límites que impone la trascendencia erga omnes del estatuto jurídico de los bienes. El régimen jurídico que se utilice para regular estas situaciones tiene que ser compatible con la situación fáctica a la que se quiere aplicar. Son situaciones de medianería aquellos supuestos en los que dos edificaciones comparten pared de carga o suelo sustentador. Así, [...] es suelo medianero la estructura horizontal que tiene la finalidad de servir de elemento sustentador y de división de construcciones a diferentes niveles en altura o en el subsuelo (artículo 555-1.2). La existencia de pared medianera o suelo medianero comporta una situación de comunidad entre los propietarios de las dos fincas (artículo 555-1.3). De todo lo que se

ha dicho se puede deducir que la medianería se aplicará a aquellas situaciones en las que dos o más edificios comparten pared o suelo, y la propiedad horizontal cuando dentro de un edificio o de otro tipo de inmueble coexistan elementos privativos con otros comunes» (FD 2.3).

En cuanto a la exigencia de un derecho de superficie sobre la parte no colindante en que la finca inferior se adentra bajo la superior, la DG entiende que las partes pueden regular la medianería como les parezca adecuado, sin que deban «limitarla al espacio concreto de coincidencia entre las dos fincas porque, recordémoslo, la porción ideal de suelo concreta de yuxtaposición no es común, lo que es común es el elemento que se utiliza en común». Por lo tanto, es razonable que ambas partes pacten, como en el caso presente, que todo lo que queda por encima del suelo/techo común es propiedad de la finca superior y que todo lo que queda por debajo lo es de la inferior, sin que sea exigible la constitución de un derecho de superficie «que no tendría nada que ver con la voluntad común de las partes» (FD 2.6).

En relación con la determinación concreta del suelo medianero, la DG considera que hubiera sido deseable que la escritura determinase y geolocalizase el espacio, pero ello no es imprescindible: «la escritura tiene bastantes elementos de prueba para que, si llega el caso, ambas partes –o, si es el caso, la autoridad judicial– puedan establecer cuál era el espacio concreto de referencia, y también resulta, como resulta del Registro, cuál es la finca superior y cuál la inferior. Siendo la medianería una comunidad que afecta a las dos fincas, limitada a los espacios que comparten, sí, pero comunidad que afecta al conjunto de los inmuebles, no vemos imprescindible que se tenga que delimitar de manera prácticamente pericial el espacio compartido. Así pues, entendemos que el Registro tiene que publicar la existencia de la comunidad y la regulación que se ha convenido en los folios de las dos fincas» (FD 3.1). Tampoco estima necesaria la modificación de la descripción registral de las fincas: «una buena praxis documental tiene que llevar a la actualización de la descripción literaria y a la coordinación gráfica de los dos registros inmobiliarios que coexisten, cada uno con sus funciones, en nuestro sistema, pero tenemos que concluir que ninguna norma legal impone la actualización en el caso presente porque no se dan los supuestos que prevé la Ley hipotecaria, redactada de acuerdo con la Ley 13/2015, de 24 de junio, de reforma de la Ley hipotecaria y del Texto refundido de la Ley del catastro inmobiliario. Hay que tener en consideración que la coordinación sólo es exigible en los casos regulados por el artículo 9.b de la Ley hipotecaria» (FD 3.2); y el presente no es uno de ellos.

COMENTARIO.- Parece claro, conforme a los argumentos de la resolución, que la constitución de una comunidad de medianería no obliga a actualizar la descripción de las fincas sobre las que se constituye ni a georreferenciar la superficie común, que parece suficientemente descrita como para salvaguardar el principio de especialidad.

El punto que me parece más interesante es el del derecho de superficie. Creo entender que la solución de la DG es considerar que el terreno existente entre la planta inferior de la finca de abajo y el suelo de la de arriba también es medianero y entra dentro de la regulación de la medianería que establecen las partes; o que simplemente éstas pueden llegar a los acuerdos que crean adecuados, sin entrar a asignar la situación a ninguna institución jurídica. Me parece una

solución más adecuada que exigir la constitución de un derecho de superficie, que es un derecho real temporal sobre finca ajena y que respondería a la configuración tradicional del derecho de propiedad como un derecho ilimitado en sentido vertical (hasta el cielo y hasta el centro de la tierra, decían).

Sin embargo, creo que la figura de la comunidad de medianería tampoco encaja bien con el pacto en que se distribuye la propiedad de lo situado por debajo y por encima de la línea yuxtapuesta, ya que la medianería horizontal se limita a la finalidad de sustentar y de dividir las construcciones (art. 555-1.2). Tampoco estamos ante una propiedad horizontal, como bien entiende la resolución que comentamos, aunque la RDGDEJ de 10 de octubre de 2012 (DOGC 14.01.2013) lo explicaba mejor: en la propiedad horizontal hay un solo inmueble, formado por elementos comunes y privativos, existiendo entre estos una dependencia física y funcional. En el caso que nos ocupa se trata de dos edificios independientes, incluso con entrada por calles diferentes situadas a distintos niveles, y que sólo comparten un elemento que les sirve de soporte y de separación.

A mi juicio, la institución jurídica que mejor recoge la finalidad de las partes y la situación de hecho es la comunidad pro diviso, una comunidad que no regula el Código pero que es totalmente admisible en función del principio de libertad civil que reconoce la propia resolución a las partes. En la comunidad pro diviso, el derecho de cada uno de los copropietarios no recae sobre la totalidad de la cosa, sino que cada uno tiene derecho a una parte determinada de ella. De este modo, el propietario de la finca superior tendría la propiedad de la parte situada por encima de la línea divisoria y el de la finca inferior la de la situada por debajo; la utilización de dicha línea como zona de carga y de separación podría regularse, ya sin necesidad de constituir la comunidad de medianería, dentro de los pactos de constitución de dicha comunidad pro diviso.

## RECURSO GUBERNATIVO

**No puede ser objeto de recurso gubernativo una calificación que ya había sido objeto de recurso anteriormente.**

*RESOLUCIÓN JUS/2561/2018, de 30 de octubre (DOGC 08.11.2018)*

RESUMEN.- Se presenta recurso gubernativo ante el Registro de la Propiedad contra una calificación que había sido objeto de recurso, que fue desestimado por RDGDEJ de 21 de noviembre de 2016 (DOGC de 30 de noviembre de 2018). La registradora de la propiedad traslada el nuevo recurso a la DG, junto con un informe en que afirma que el mencionado recurso no puede prosperar por recaer sobre una calificación que ya fue objeto de recurso y desestimado y por extemporaneidad.

La DGDEJ acuerda no admitir el recurso por: a) no haber sido interpuesto ante la propia DG; b) haber transcurrido el plazo de un mes desde la notificación de la calificación negativa; c) recaer sobre una cuestión objeto de resolución firme de la propia DGDEJ.

COMENTARIO.- La escritura que motivó el recurso fue la aceptación de una herencia en base a un testamento que había devenido ineficaz por ineficacia sobrevinida de la institución de heredero por separación y posterior divorcio de testador y heredera. La DG no entra obviamente en el fondo del asunto por los defectos procedimentales referidos, que son evidentes. Aunque la interesada podría haber provocado una nueva calificación registral simplemente presentando nuevamente la escritura en el Registro, ello tampoco hubiera sido suficiente para promover el recurso ya que es principio básico de economía procesal que un mismo organismo no debe entrar a resolver nuevamente el mismo asunto que ya ha resuelto. El único camino que queda a su disposición en este caso es acudir a los Tribunales de Justicia presentando demanda con la DGDEJ por el recurso de 2016, lo cual llevó a cabo sin éxito pues dicha demanda fue sobreescaída poco antes de dictarse la presente resolución.

## Jornada Notariado y Empresa, con Foment del Treball

El pasado 28 de mayo tuvo lugar la jornada “Notariado y Empresa: una visión práctica”, organizada por el Colegio y Foment del Treball. La Jornada, inaugurada por Joan Carles Ollé, decano del Colegio, y Joaquim Gay de Montellà, presidente de Foment del Treball, acompañados de Joaquim Tornos, presidente de la Comisión Jurídica de Foment y coordinador de la Jornada, aportó una visión práctica de temas como la representación de la sociedad, el protocolo familiar y la sucesión de la empresa, los derechos y deberes de los administradores o los aspectos parasociales, estatutos y prestaciones accesorias.

Leticia Ballester, notaria de Torredembarra y Gerardo Conesa, notario de Barcelona, fueron los notarios ponentes en la Jornada, quienes expusieron “Representación de la sociedad. Cuestiones prácticas” y “Derechos y deberes de los administradores”, respectivamente. En la jornada también intervinieron José Manuel Calavia, catedrático de derecho mercantil y Joan Roca, presidente ejecutivo del despacho Roca Junyent, ambos miembros de la Comisión Jurídica de Foment del Treball.



Joaquim Gay de Montellà (centro), presidente de Foment del Treball, y Joan Carles Ollé, decano del Colegio Notarial de Cataluña, inauguraron la jornada, acompañados de Joaquim Tornos, presidente de la Comisión Jurídica de Foment.



## Vida corporativa

En el transcurso de la inauguración Joan Carles Ollé, decano del Colegio, recordó la seguridad jurídica que la función notarial aporta al crecimiento económico y de las empresas, además de poner de relieve la importancia de la empresa en la creación de riqueza y ocupación y “como factor determinante del progreso y bienestar social”.

En el transcurso de la inauguración Joan Carles Ollé, decano del Colegio, recordó la seguridad jurídica que la función notarial aporta al crecimiento económico y de las empresas, además de poner de relieve la importancia de la empresa en la creación de riqueza y ocupación y “como factor determinante del progreso y bienestar social”. Además, remarcó que “a pesar de la revolución tecnológica, a la que los notarios nos hemos adaptado y por la que hemos apostado claramente, es evidente que la firma electrónica es un medio, no una finalidad, y nunca podrá sustituir la función notarial, el consejo jurídico y la garantía de legalidad que ofrece el notario”.

Joaquim Gay de Montellà, presidente de Foment del Treball, destacó que “la figura del notario es sinónimo de prestigio, seguridad y seriedad en las relaciones jurídicas”, y recordó que “el mundo económico y la empresa están emprendiendo procesos de internacionalización y este es también un gran reto para el ejercicio notarial”.

## Jornadas sobre los nuevos Reglamentos europeos de regímenes económico-matrimoniales

Los días 4, 5, 11 y 12 de junio el Colegio celebró las Jornadas sobre los Reglamentos UE 2016/1103 y 2016/1104, de regímenes económicos matrimoniales y efectos patrimoniales de las Uniones Registradas, dedicadas a analizar con detenimiento estos reglamentos con ponentes de referencia en este ámbito. Participaron tanto catedráticos de Derecho Internacional Privado como notarios, que expusieron distintos aspectos de estos nuevos reglamentos.

En la primera jornada tomaron parte Andrés Rodríguez Nebot, catedrático de Derecho Internacional Privado de la Universidad Pablo Olavide de Sevilla, quien expuso “Los nuevos Reglamentos de la UE sobre efectos patrimoniales de los matrimonios y de las uniones registradas”; Ángel Serrano de Nicolás, notario de Barcelona, quien trató “Materias excluidas del ámbito de los Reglamentos 2016/1103 y 2016/1104 y adaptación de los derechos reales”;

y Martín Garrido Melero, notario de Tarragona, quien presentó “Reconocimiento, declaración y constitución de las parejas de hecho”. La segunda contó con la presencia de Cristina González Beilfuss, catedrática de Derecho Internacional Privado de la Universidad de Barcelona, para hablar de “Validez del acuerdo de elección y de las capitulaciones matrimoniales”; Pablo Quinzá Redondo, profesor de Derecho Internacional Privado de la Universidad de Valencia, con el tema “Ley aplicable en defecto de autonomía de la voluntad en los Reglamentos 2016/1103 y 2016/1104”; y Pedro Carrión García de Parada, notario de Reus, quien presentó “Publicidad y circulación del documento notarial otorgado en aplicación de los Reglamentos 2016/1103 y 2016/1104”.

Las sesiones de la siguiente semana contaron con Ana Quiñones Escámez, catedrática de Derecho Internacional Privado de la Universidad Pompeu Fabra, para presentar “Ámbito de aplicación, ley aplicable y protección de terceros en los Reglamentos

Las Jornadas, con participación de notarios y catedráticos de derecho internacional privado, analizaron en cuatro sesiones los distintos aspectos de estos nuevos reglamentos.





2016/1103 y 2016/1104"; Aurelia Álvarez Rodríguez, profesora titular, acreditada catedrática, de Derecho Internacional Privado de la Universidad de León, quien habló de "Inmigrantes no UE ante los nuevos Reglamentos"; Antoni Bosch Carrera, notario de Barcelona, sobre "Actuales soluciones internas para estos efectos patrimoniales de las parejas estables en contraste con el Reglamento 2016/1104"; Ramón García-Torrent Carballo, notario de Barcelona, quien habló de "Documentos públicos y transacciones judiciales en los Reglamentos 2016/1103 y 2016/1104"; Josep Ma Fontanellas Morell, profesor de Derecho Internacional Privado de la Universidad de Lleida, con el tema "Delimitación y coordinación entre el Reglamento 650/2012 y los Reglamentos 2016/1103 y 2016/1104"; Jesús Julián Fuentes Martínez, notario de Barcelona, con "Una visión notarial de los Reglamentos 2016/1103 y 2016/1104"; y Diana Marín Consarnau, profesora de Derecho Internacional Privado de la Universidad Rovira i Virgili, con "Reconocimiento, fuerza ejecutiva y ejecución de resoluciones".

## XX Jornadas de Derecho Civil catalán en Tossa de Mar

El 20 y 21 de septiembre tuvieron lugar las Jornadas de Derecho civil catalán en Tossa de Mar (Girona), organizadas por el Instituto de Derecho privado europeo y comparado de la Universidad de Girona, en colaboración con otras instituciones, entre ellas el Colegio, que alcanzan su XX edición. En esta ocasión se centraron en los reglamentos europeos y la evolución del Derecho catalán de contratos, familia y sucesiones.

La primera ponencia se dedicó a "Contratación y protección de los consumidores", en la que participaron Joaquim Forner, catedrático de derecho internacional privado de la Universidad de Barcelona, quien habló de "El Reglamento europeo sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I); Fernando Gómez Pomar, catedrático de Derecho civil de la Universidad Pompeu Fabra, sobre "Contratación sujeta a Derecho catalán, Derecho internacional privado y Derecho interregional"; Rafael Arnaiz, registrador de la propiedad, quien expuso "Aspectos registrales de la compraventa en el Código civil de Cataluña"; Lidia Arnau, profesora agregada de Derecho civil de la Universidad de Barcelona, quien habló de "La conformidad de la prestación con el contrato: cuestiones desde el Código de Consumo"; Mariló Gramunt, profesora titular de Derecho civil de la Universidad de Barcelona, sobre "La solución de conflictos en materia de consumo en Cataluña hoy"; y Sebastià Sastre y Josep Ma Bachs, abogado y magistrado de la Audiencia Provincial de Barcelona, respectivamente, quienes hablaron del enfoque práctico.

La segunda ponencia se dedicó a "Aspectos del Derecho de Familia", y contó con la intervención de Guillermo Palao, catedrático de Derecho internacional privado de la Universidad de Valencia, para hablar de "Los Reglamentos (UE) núms. 2016/1103 y 2016/1104: un nuevo hito en el derecho Internacional Privado Europeo de Familia"; Ángel Serrano, notario de Barcelona, quien expuso "Los matrimonios y las parejas de hecho sujetas al derecho catalán y los Reglamentos europeos 2016/1103 y 2016/1104; Jordi Ribot, catedrático de derecho civil de la Universidad de Girona, quien habló de "los alimentos a los hijos: fundamento y abasto de la obligación paterna"; y Esther Farnós, profesora lectora de Derecho civil de la Universidad Pompeu Fabra, para hablar de "Perspectivas de futuro y nuevas formas de parentalidad". En esta ocasión, las acotaciones al mundo práctico las presentaron Víctor Asensio, notario de Malgrat de Mar; Carmen Varela, abogada; y Dolors Viñas, magistrada de la Audiencia Provincial de Barcelona.

Finalmente, la tercera ponencia se centró en "Aspectos del derecho de sucesiones", con las intervenciones de Albert Font, profesor titular de derecho internacional privado de la Universidad Pompeu Fabra; M. Esperança Ginebra, profesora titular de Derecho civil de la Universidad de Barcelona, quien presentó "EL Derecho catalán y el Reglamento europeo de sucesiones"; y Antoni Vaquer, catedrático de Derecho civil de la Universidad de Lleida, para exponer "Perspectivas de futuro en el ámbito del Derecho catalán de sucesiones". El enfoque práctico lo aportaron Víctor Esquirol, notario del Masnou; Meritxell Gabarró, abogada; y Esther Sais, registradora de la propiedad.



**Vintenes  
Jornades de  
Dret Català  
a Tossa**

Tossa de Mar,  
20 i 21 de setembre de 2018

**Els Reglaments europeus i  
l'evolució del Dret català de  
contractes, família i  
sucessions**

<http://civil.udg.edu/tossa>



## Vida corporativa



Son 35 los nuevos notarios que escogieron una plaza en Cataluña, la Comunidad Autónoma más demandada.

De los 85 nuevos notarios aprobados en esta oposición, 52 son mujeres (61%) y 33 son hombres (39%), confirmando la tendencia de las dos últimas oposiciones, en que el número de mujeres ha superado el de hombres.

## Cuatro de cada diez nuevos notarios escoge Cataluña para ejercer la profesión

El 25 de septiembre tuvo lugar el acto de toma de posesión de los nuevos notarios que, desde esa fecha ocupan plazas en Cataluña tras aprobar la última oposición. Concretamente son 35 los notarios que escogieron una plaza en Cataluña, de los 85 que aprobaron la oposición, que se convoca a nivel nacional. Esto supone que más de cuatro de cada diez nuevos notarios, concretamente un 41'2%, escogieron Cataluña para ejercer la profesión. De los 35, 20 son

mujeres (57%) y 15 son hombres (43%).

Cataluña fue la Comunidad Autónoma más demandada, seguida de lejos por Andalucía (12) y Castilla León (7). Las otras Comunidades Autónomas donde solicitaron plaza los nuevos notarios son: Aragón, Comunitat Valenciana, Galicia y Extremadura (4 nuevos notarios en cada una de ellas) y Cantabria, Castilla La Mancha, Islas Canarias, Navarra y País Vasco (3 nuevos notarios en cada una de ellas).

Las plazas ocupadas por los nuevos notarios son:

En la provincia de Barcelona (18): Barcelona (8), Caldes d'Estrac, Calaf, Capellades, Cardona, Granollers, Manlleu, Pallejà, Prats de Lluçanès, Santa Margarida de Montbui y Viladecans.

En la provincia de Girona (7): Amer, Blanes, Cadaqués, Camprodon, Figueres, L'Escala y La Bisbal d'Empordà.

En la provincia de Tarragona (6): Amposta, Constantí, L'Espuga de Francolí, Santa Bàrbara, Vila-seca y Ulldecona.

En la provincia de Lleida (4): Artesa de Segre, Lleida, Ponts y Sort.

En el transcurso del acto, Joan Carles Ollé, decano del Colegio Notarial de Cataluña, les dio la bienvenida y destacó su "sobresaliente preparación jurídica que es fundamental mantener con el estudio permanente y la formación continuada". Así mismo, quiso destacar "dos aspectos esenciales de la profesión: que ejerceréis una función pública, de servicio público y que, por tanto, nos debemos a los ciudadanos. Hace falta continuar siendo útiles a la sociedad." Y, por otra parte, destacó la importancia "de la ética y la moral de nuestra profesión, que es lo que marca la diferencia". El acto contó con la presencia de Xavier Bernadí, director general de Derecho y Entidades Jurídicas.

En la última oposición, celebrada en Madrid entre marzo de 2017 y febrero de 2018, se inscribieron 853 licenciados en Derecho, que optaban a 85 plazas en toda España.

De los 85 nuevos notarios aprobados en esta oposición, 52 son mujeres (61%) y 33 son hombres (39%), confirmando la tendencia de las dos últimas oposiciones, en que el número de mujeres ha superado el de hombres. Cabe destacar que entre los nuevos notarios que han llegado a Cataluña hay la número 1 de la promoción, Lucía Gil López de Sagredo, quien es notaria de Santa Bàrbara (Tarragona).



En esta edición los temas tratados fueron Blockchain y smart contracts, la resolución de conflictos a través del arbitraje, la mediación y la conciliación, el debate acerca de si la función notarial ha perdido prestigio, y los puntos débiles de la notaría.

## Celebrada la III Jornada Notarial de Sant Benet

El pasado 10 de noviembre tuvo lugar la III Jornada Notarial de San Benet, consolidando la recuperación de unas Jornadas cuyo precedente se sitúa en las Jornadas de Poblet celebradas entre 1962 y 1971. Dedicadas a reflexionar sobre la profesión en un foro exclusivamente notarial que permite el debate, la crítica y sugerencias de mejora, la Jornada – retomada en 2014 – supuso, en definitiva, aportar una visión plural para seguir avanzando en la mejora continua del servicio a los ciudadanos y el refuerzo de la profesión.

El encuentro reunió a cerca de 60 notarios de Cataluña, quienes repasaron algunos de los temas de mayor interés notarial. Las ponencias, así como la amplia participación en los coloquios posteriores, permitieron recoger las opiniones de numerosos compañeros acerca de temas que ocupan – y preocupan – a la corporación.

En esta edición los temas tratados fueron Blockchain y smart contracts, la resolución de conflictos a través del arbitraje, la mediación y la conciliación, el debate acerca de si la función notarial ha perdido prestigio, y los puntos débiles de la notaría.

En la inauguración Joan Carles Farrés, notario de Barcelona, miembro de la Junta Directiva y coordinador de la Jornada, recordó brevemente los temas presentados en las dos ediciones anteriores así como los propuestos en esta, en una Jornada “que constituye un espacio para reflexionar, dialogar y debatir sobre los temas propuestos”.

## Blockchain, smart contracts y Notariado

Francisco Rosales, notario de Los Palacios y Villafranca (Sevilla), afirmó que “Blockchain no es más que un registro privado de documentos privados.” Aseguró que para garantizar la seguridad informática y en la información no son necesarias nuevas estructuras ni términos en inglés, “que no dejan de intentar ser una traducción terminológica de los términos tradicionales del derecho”. Expuso que la información en *blockchain* debe cumplir con las características de trazabilidad, confidencialidad, disponibilidad e integridad, teniendo gran importancia lo que se denomina *timestamp* – una secuencia de caracteres que denotan la hora y fecha de creación, acceso o modificación del documento–.



Francisco Rosales, notario de Los Palacios y Villafranca (Sevilla), expuso su visión acerca de estos nuevos conceptos tecnológicos que cada vez tienen una mayor presencia social.

El ponente explicó que todos los nodos tienen toda la información, aunque consideró que “la descentralización de la información no es más que un parche” y que “lo realmente fundamental es garantizar la seguridad de la información que tenemos en los despachos.” No cuestionó la robustez del *hash* – resumen de un documento que está en otro lado –, *blockchain* o el *bitcoin*, pero reflexionó acerca de quién ejerce, en estos casos, el asesoramiento, el control de legalidad, si tiene valor de prueba, los efectos ejecutivos, la tradición, la inscripción, la fiscalidad o el control del blanqueo de capitales, por ejemplo. En cuanto a los *tokens* – que representan una cadena alfanumérica que puede ser una clave pública o privada, y pueden representar una criptomoneda – expuso que los hay cuyo origen es el código fuente de un programa, en cuyo caso es discutible su valor y utilidad, pero no su existencia y características; y otros cuyo origen no es el código fuente, de modo que es discutible todo, incluida su



# Vida corporativa

existencia. En cuanto al consenso sobre el funcionamiento del programa, aseguró que este siempre funciona y que funcione de una u otra forma solo afecta a las consecuencias. Por otro lado, aseguró que los hechos son los que son, y es algo extrínseco al programa.

Finalmente, expuso el tema de los *smart contracts*, sobre los que alertó de que “no se debe confundir el contrato con el soporte del contrato” y explicó que funcionan con el silogismo “si”-“entonces” de siempre. Comentó que los artículos 1255 y 1278 del Código civil español hablan de que los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral ni al orden público (art. 1255 CC) y de que “los contratos serán obligatorios cualquiera que sea la forma en la que se hayan celebrado, siempre que en ellos concurran las condiciones esenciales para su validez”. En cuanto a los requisitos civiles del *smart contract*, establecidos en el artículo 1255 del Código Civil, expuso que estos deben ser el consentimiento de los contratantes – sin confundir identificación con identidad, capacidad y legitimación – , el objeto cierto que sea materia del contrato y la causa de la obligación que se establezca. En referencia a qué ley habla de la validez de los *smart contracts*, habló de la situación actual, con la celebración del contrato (entre las partes); la elaboración del contrato (a cargo del jurista); la redacción del contrato (a cargo del escribiente); la conservación y prueba del contrato (por cuenta del registrador) y la ejecución y el cumplimiento del contrato (el juez).

Finalmente, concluyó que sería partidario “de gastarnos más dinero y mejor para hacer cosas distintas” ya que afirmó que “el valor al alza no es el big data, sino la privacidad”.

## El notario y la resolución de conflictos. Arbitraje vs Mediación vs Conciliación

La segunda mesa se centró en un diálogo entre los ponentes sobre estos métodos de resolución de conflictos, exponiendo José Alberto Marín la mediación, mientras Antoni Bosch se centró en el arbitraje. Bosch expuso la idoneidad de la figura del notario para ejercer como árbitro o mediador, ya que “los notarios planteamos el conflicto sabiendo que siempre hay que llegar a un acuerdo”, pero lamentó que “el problema de fondo es cultural, dado que la cultura del pleito está muy arraigada en nuestro país”, como sucede en numerosos países mediterráneos, mientras en los anglosajones hay una mayor implantación. En cuanto a la mediación, Marín apuntó también la resistencia del sector de la abogacía, que a menudo lo ve como un problema económico. Entre sus ventajas expuso, tanto en la extrajudicial como en la intrajudicial, el permitir mantener la relación entre las partes.

En el caso del arbitraje, entre sus principales ventajas figura la rapidez – se establece un máximo de seis meses y cuando un árbitro dicta un laudo solo es impugnado ante el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña y los casos de impugnación no alcanzan el 10%; la flexibilidad del calendario establecido; y la especialidad- distinguiéndose el arbitraje de derecho y equidad institucional y el no institucional, y distintos perfiles profesionales de árbitros. El árbitro cobra proporcionalmente en función del importe de cada caso, y para poder ser árbitro es necesario un mínimo de 15 años de experiencia, habiendo en la actualidad muy pocos árbitros notarios en el Tribunal Arbitral de Barcelona (TAB). Un Tribunal cuya asignatura pendiente es el arbitraje internacional y que actualmente vive una situación de crisis de prestigio y confianza, así como la Corte Arbitral de Cataluña está paralizada. Aun así, Antoni Bosch

Los ponentes expusieron las diferencias y similitudes entre los distintos sistemas de resolución de conflictos.





destacó que “el arbitraje es el sistema elegido por las grandes multinacionales para resolver sus problemas”. Los ponentes expusieron que una de las diferencias fundamentales entre mediación y arbitraje es la voluntariedad; en mediación no se propone una solución, hay negociación y se llega a un acuerdo (o no). En cambio, según explicó Antoni Bosch, en el arbitraje la negociación no existe. Los ponentes expusieron que los principales problemas son la burocracia (en el arbitraje) y el desprestigio (en la mediación) y se repasó brevemente la conciliación.

En el ámbito de la mediación, José Alberto Marín recordó que el Colegio tiene un acuerdo de formación con la entidad de referencia a nivel europeo, el CEDR (Centre for Effective Dispute Resolution), que ya ha acreditado hasta el momento a 18 mediadores. Además, el Colegio ha constituido la Fundación Mediación Notarial y “en breve pondrá en marcha un Centro de Mediación”, ubicado en los bajos de la sede colegial. En cuanto a los temas tratados en estos métodos de resolución de conflictos, informaron de que en mediación son básicamente centrados en derecho civil, inmobiliario y sucesiones, mientras en arbitraje se tratan fundamentalmente temas patrimoniales. Para dar un impulso a ambos métodos, los ponentes coincidieron en que sería importante la inclusión de cláusulas en los estatutos de las sociedades limitadas o anónimas para que se sometan a arbitraje o mediación.

Marc Sansalvadó, notario de Barcelona, habló de las dificultades para preservar la libre elección de notario, exponiendo las grandes diferencias entre los notarios en pequeñas localidades y en grandes ciudades.

## ¿Ha perdido prestigio la función notarial?

Otra de las mesas se dedicó a debatir sobre la cuestión ¿Ha perdido prestigio la función notarial? Marc Sansalvadó, notario de Barcelona, habló de las dificultades para preservar la libre elección de notario, exponiendo las grandes diferencias entre los notarios en pequeñas localidades y en grandes ciudades, donde “quizás por no existir suficientes medidas corporativas disuasivas, se produce el problema de la concentración de firmas en pocos despachos, que provoca algunas disfunciones”. Así, aseguró que determinados APIS o bancos recomiendan a notarios y han creado importantes gestorías sin respetar la libre elección de notario, y ofreció algunos ejemplos como muestra de esta concentración, por ejemplo datos de la firma de hipotecas o de cancelaciones de hipotecas en Barcelona en el último año, “hecho que provoca efectos colaterales. Entre estos, debilitar los efectos que la ley atribuye a la escritura pública, crear carteras de clientes o reducir el número de notarías que autorizan documentos de derecho mercantil, ya que se produce una concentración de firmas bancarias, “para lo que son necesarias más medidas corporativas”.

Destacó las acciones que ha impulsado la Junta Directiva para regular y limitar firmas fuera del despacho, así como el convenio firmado con el Ayuntamiento de Barcelona, y finalmente concluyó que “el mejor activo de los notarios, junto a la formación jurídica, es la credibilidad” y que “podemos sentirnos legítimamente orgullosos de formar parte de nuestra corporación”.

Por su parte, Marta Fuentes, notaria de Sant Vicenç dels Horts, defendió que la profesión no ha perdido prestigio, exponiendo tres argumentos básicamente: puso en valor la labor de los notarios en la prevención del fraude; la confianza del Estado en la función notarial, reforzada con la reciente Ley de Jurisdicción Voluntaria; y el hecho de que “el cuerpo ha sabido reinventarse y adaptarse a las necesidades de la socie-



Marc Sansalvadó, notario de Barcelona con más de 30 años de experiencia, y Marta Fuentes, notaria de Sant Vicenç dels Horts de la penúltima promoción, ofrecieron su visión de la profesión.



## Vida corporativa

dad en cada momento, especialmente ante las nuevas tecnologías y la globalización.” Así, destacó la labor de Ancert, Signo y la firma electrónica acreditada o los conocimientos en derecho extranjero. También el acceso por oposición, que consideró que mide el prestigio de la profesión.

### Los puntos débiles de la notaría: ¿Cuál es el tuyo?

Este fue el tema escogido para cerrar las Jornadas, sobre el que Alfonso Carbonell, notario de Sant Quirze del Vallés, expuso algunos de los principales cambios que ha vivido desde que ingresó en el Notariado. Así, afirmó que actualmente ha cambiado el escalafón de entrada a la profesión, de modo que muchos ingresan por grandes ciudades, e incluso notarías de primera llevan tiempo vacantes, mientras otros llegan a una gran ciudad sin ser el primer destino elegido. También citó que menos notarios optan a concursar, la desaparición del turno – del que opinó que quizás podría recuperarse en algunos casos- y el gran cambio tecnológico de las notarías- que empezó a cambiar en 2001 con las comunicaciones al Catastro-. En este sentido, afirmó que “ahora son un gran centro de conexión tecnológica, aumenta el

valor añadido que damos a la Administración, pero también es cierto que ha aumentado considerablemente la carga de trabajo, tanto cualitativa como cuantitativamente”. Hizo mención al trabajo prefirma, muchas veces poco valorado, y en cuanto a los convenios entre notarios, expuso las que consideró sus ventajas y desventajas. Reflexionó acerca de la organización interna de los despachos – algunos con un oficial siguiendo todo el expediente y la escritura de principio a fin, otros con especialistas en cada área – y citó como muestra de la solidaridad y de los problemas a los que se enfrentan las notarías las sustituciones entre distritos, las guardias en elecciones, los continuos cambios legislativos o bajas por maternidad muy cortas. Cuestionó los despachos multidisciplinares, por considerar que “la notaría no puede convertirse en un apéndice de despachos que no pertenezcan al Notariado” y considerar que “atentan a nuestra función” y recalco



La última de las mesas se dedicó a debatir y reflexionar sobre los puntos débiles de los despachos notariales.

la importancia de la proximidad y del asesoramiento.

Por su parte, Carlos Estrada, notario de Tarragona, partió de la premisa de que “la corporación tiene muchos más puntos fuertes que débiles”, y de que el primer paso para solventarlas es reconocer las debilidades. En su caso expuso las que consideró ventajas de estar convenido en el despacho y destacó la importancia de la formación de los colaboradores, a la que consideró se deberían dedicar más esfuerzos. Habló de la figura del delegado de distrito, “que podría fortalecerse para organizar formación, ponencias, potenciar la relación con las autoridades y fortalecer los vínculos del notariado”. Recordó que la concentración de firmas es un problema y el perjuicio que supone, especialmente en los préstamos hipotecarios, el “fenómeno gestoría”, es decir, el hecho de que algunos operadores financieros a través de gestores a menudo sin suficiente formación, impongan su redacción de determinados documentos.

### Clausura



El decano del Colegio, Joan Carlos Ollé, clausuró la Jornada exponiendo que “en los últimos años hemos vivido una crisis importante, pero la capacidad de adaptarnos a las circunstancias que demanda la sociedad han hecho posible que hoy estemos mejor que diez años atrás”. Afirmó que “el notario continúa manteniendo la confianza del ciudadano, además de haberse ido posicionando en ámbitos nuevos”, como el arbitraje, la mediación o la Jurisdicción Voluntaria. Expuso que no se han aplicado más rebajas arancelarias, la última demarcación ha supuesto un punto de inflexión, y la función se ha visto reforzada desde un punto de vista legislativo – poniendo como ejemplos la Ley de Reforma de Arrendamientos Urbanos o la ley de cooperación internacional, en las que se refuerza la escritura pública –, así como se han neutralizado los intentos de debilitar la función y se paralizó en su momento el proyecto de reforma del registro civil. En cuanto al proyecto tecnológico del Notariado, aseguró que “colaborar con las administraciones - con la OCP, la Base de datos de titularidad reales... - nos está reforzando en el área de derecho mercantil y nos beneficia ante la sociedad”.

El decano del Colegio, Joan Carlos Ollé, clausuró la Jornada exponiendo que “en los últimos años hemos vivido una crisis importante, pero la capacidad de adaptarnos a las circunstancias que demanda la sociedad han hecho posible que hoy estemos mejor que diez años atrás”. Afirmó que “el notario continúa manteniendo la confianza del ciudadano, además de haberse ido posicionando en ámbitos nuevos”, como el arbitraje, la mediación o la Jurisdicción Voluntaria. Expuso que no se han aplicado más rebajas arancelarias, la última demarcación ha supuesto un punto de inflexión, y la función se ha visto reforzada desde un punto de vista legislativo – poniendo como ejemplos la Ley de Reforma de Arrendamientos Urbanos o la ley de cooperación internacional, en las que se refuerza la escritura pública –, así como se han neutralizado los intentos de debilitar la función y se paralizó en su momento el proyecto de reforma del registro civil. En cuanto al proyecto tecnológico del Notariado, aseguró que “colaborar con las administraciones - con la OCP, la Base de datos de titularidad reales... - nos está reforzando en el área de derecho mercantil y nos beneficia ante la sociedad”.

## Jornada sobre el crédito inmobiliario y la vivienda

El 15 de noviembre tuvo lugar la Jornada sobre el crédito inmobiliario y la vivienda: problemas y perspectivas en España y en Europa. Inaugurada y moderada por Ángel Serrano, notario de Barcelona, fueron ponentes Miriam Anderson, profesora agregada de Derecho civil del Departamento de Derecho Privado de la Universidad de Barcelona; Esther Arroyo, titular de la cátedra Jean Monnet de Derecho Privado europeo de la Universidad de Barcelona; Andrés Domínguez, catedrático de Derecho civil de la Universidad de Valladolid; Ma Ángeles Parra, magistrada de la Sala Primera de lo Civil del Tribunal Supremo, y el mismo Ángel Serrano.

La Jornada repasó los problemas y perspectivas en España y en Europa del crédito inmobiliario.

En el acto también tuvo lugar la presentación del libro coordinado por Miriam Anderson y Esther Arroyo “The impact of the mortgage credit in Europe. Contrasting views from member states, Groningen, Europa Law publishing, 2017”.

La obra, presentada por sus autoras, se ha centrado en diversos estados de la Unión Europea – concretamente Alemania, Francia, Bélgica, Holanda, España, Irlanda, Portugal, Italia, Grecia, Polonia, Inglaterra y Malta, además de España. La obra recoge la situación del mercado inmobiliario en estos países previo a la trasposición de la directiva europea; los efectos de la trasposición – no en el caso de España, donde todavía no se ha traspuesto –, y aspectos que la directiva no soluciona.

Por su parte, el resto de ponente repasaron diversos aspectos de la ley actual y de la propuesta de ley de crédito inmobiliario, como las cláusulas abusivas, el carácter de vivienda habitual, las reglas de la subasta, la ejecución de la ejecución vivienda, el vencimiento anticipado, o el acta notarial que contempla la propuesta de ley, entre otros.

## La jurista Alegría Borrás recibe el





## Vida corporativa

### Premio Puig Salellas 2018

El 4 de diciembre tuvo lugar en el Colegio Notarial de Cataluña el acto de entrega del Xº Premio Puig Salellas, que este año se ha otorgado a la catedrática de Derecho Internacional Privado Alegría Borrás, en un acto presidido por Ester Capella, consellera de Justicia de la Generalitat de Cataluña. Alegría Borrás es licenciada en Derecho por la Universidad de Barcelona (1964) y Doctora en Derecho *cum laude* por la misma Universidad (1970). Catedrática desde 1985, y actualmente Profesora emérita de la Universidad de Barcelona, es miembro de numerosas asociaciones científicas y profesionales catalanas, españolas e internacionales. Desde 2012 es miembro de la Comisión de Codificación de Cataluña y tiene más de 200 trabajos publicados en diversos países. Entre sus líneas de investigación destacan el derecho internacional privado de la Unión Europea, la protección internacional de los niños y la adopción internacional, el derecho internacional privado de familia y sucesiones y los ordenamientos jurídicos no unificados.

El Premio Puig Salellas es el máximo galardón que otorga anualmente el Colegio, para reconocer una persona o institución que, en el ámbito de Cataluña, haya acreditado una destacada trayectoria de estudio, investigación, creación, docencia o aplicación del Derecho.

La exposición de motivos del acuerdo tomado por la Junta Directiva del Colegio menciona que es merecedora del galardón "en reconocimiento a su extraordinaria trayectoria jurídica y, muy en especial, a su larga y muy brillante dedicación académica en la Universidad de Barcelona, donde se ha convertido en un referente indiscutible en su disciplina, maestra de sucesivas generaciones de profesores y juristas catalanes. Asimismo la excelencia adquirida en su extensísima producción científica, así como su muy valiosa participación desde hace varias décadas en las más diversas Comisiones jurídicas nacionales e internacionales, y muy especialmente en la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, la ha convertido en una de nuestras juristas más relevantes y prestigiosas de las últimas décadas del siglo XX y las primeras del XXI, con un legado jurídico que es excepcional."

En un acto que reunió a más de un centenar de personas, entre ellas la viuda de Josep Ma Puig Salellas y numerosas autoridades del mundo jurídico, Alegría Borrás recibió el galardón de manos de la consellera de Justicia, acompañada del decano del Colegio Notarial de Cataluña, Joan Carles Ollé. Ollé destacó, en el transcurso de su intervención, el hecho de haber alcanzado la décima edición desde la instauración del Premio, "ya consolidado como un referente de primer orden en el ámbito jurídico catalán, y que ha puesto de relieve, una vez más, el muy alto nivel de excelencia de nuestros juristas, siendo nuestra premiada un ejemplo bien destacado."

Lluís Jou, presidente de la Academia de Jurisprudencia y Legislación de Cataluña y notario de Barcelona, fue el encargado de glosar la figura de la homenajeada, haciendo un repaso de su actividad universitaria, su vertiente europea, las colaboraciones con los órganos consultivos del Gobierno de Cataluña, la participación en instituciones y las condecoraciones. Del perfil personal, destacó que "no ha dejado nunca de estudiar, de enseñar y de escribir" y el hecho de que "a los notarios nos ha facilitado extraordinariamente el trabajo".

Alegría Borrás inició su discurso exponiendo los motivos por los que se ha dedicado al derecho y, posteriormente, más concretamente al derecho internacional privado, que definió como "abierto, aventurero, que requiere ser imaginativo y muy diferente a otras disciplinas", destacó la creciente presencia de esta especialidad en el entorno actual y



La consellera de Justicia, Ester Capella, hizo entrega del Premio Puig Salellas a la jurista Alegría Borrás, en presencia del decano del Colegio.

El Premio Puig Salellas es el máximo galardón que otorga anualmente el Colegio, para reconocer una persona o institución que, en el ámbito de Cataluña, haya acreditado una destacada trayectoria de estudio, investigación, creación, docencia o aplicación del Derecho.



Alegría Borrás inició su discurso exponiendo los motivos por los que se ha dedicado al derecho y, posteriormente, más concretamente al derecho internacional privado, que definió como “abierto, aventurero, que requiere ser imaginativo y muy diferente a otras disciplinas”.

reflexionó sobre su aplicación en conflictos internos, e hizo especial mención a su etapa como docente.

Ester Capella, consellera de Justicia, clausuró el acto destacando el papel del Notariado en Cataluña, “fuertemente arraigado en la sociedad y la cultura jurídica”, así como su papel “en el desarrollo del derecho civil a lo largo de la historia” y reconoció “su contribución esencial en la redacción del Código civil de Cataluña y en su preservación.”

En las ediciones anteriores el premio recayó en: todos aquellos quien fueron consejeros de Justicia de la Generalitat de Cataluña, en reconocimiento a su contribución al proceso de actualización del Derecho Civil catalán (la edición); Juan Vallet de Goytisoló (IIª edición); José Juan Pintó Ruiz (IIIª edición), Encarna Roca (IVª edición), Robert Follía (Vª edición), Ferran Badosa (VIª edición), Lluís Puig i Ferriol (VIIª edición), Juan José López Burniol (VIIIª edición) y Pablo Salvador Coderch (IX edición).

Alegría Borrás Rodríguez (Barcelona, 1943) se licenció en derecho en la Universidad de Barcelona (1964), donde posteriormente se doctoró *cum laude* (1970). De 1964 a 1982 fue profesora ayudante y después adjunta de derecho internacional público y privado en la Universidad de Barcelona. Fue catedrática de Derecho internacional privado en la Universidad de Córdoba (1982-1983), la Universidad Autónoma de Barcelona (1983-1985) y, desde 1985, en la Universidad de Barcelona. Actualmente es Profesora emérita de la Universidad de Barcelona.

En la Universidad de Barcelona ha sido Directora del Departamento de Derecho y Economía Internacionales y Presidenta de la Comisión de relaciones internacionales, desde donde participó en la implantación del Programa ERASMUS, y ha coordinado y participado en numerosos proyectos de investigación catalanes, españoles y europeos.

En Cataluña, ha sido Miembro de la Comisión Jurídica Asesora del Gobierno de Cataluña (1986-2005), miembro del Consejo científico del Patronato Catalán Pro Europa del Gobierno de Cataluña (1985-2000); miembro del Consejo nacional para la evaluación de la Investigación (1996) y Presidenta de su Comisión de Ciencias jurídicas (1997). También fue miembro de la Comisión Jurídica Asesora de Cataluña (1986 - 2005), miembro del Consejo de Asesoramiento, Seguimiento y Evaluación de la Investigación del Gobierno de Cataluña (2001-2004) y, desde 2012, es miembro de la Comisión de Codificación de Cataluña. También es miembro permanente de la Comisión General de Codificación de España - Sección primera: Derecho civil - desde 2005.

A nivel europeo ha sido Delegada de España en la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado desde 1986, Jefe de esta delegación desde 1992, delegada para la cooperación judicial en materia civil dentro la Unión Europea desde 1993, y delegada en el Comité Permanente del Convenio de Lugano sobre competencia judicial, reconocimiento y ejecución de sentencias en materia civil y comercial desde 1996, delegada en el Consejo de Asuntos generales y Política de la Conferencia desde 2007 y presidió la Comisión Especial sobre la aplicación del Convenio de 1993 en materia de adopción internacional (2000 - 2005), entre otros.

Es miembro de numerosas asociaciones científicas y profesionales españolas, internacional y extranjeras, entre ellas de la Academia de Jurisprudencia y Legislación de Cataluña, de l'Asociación española para el estudio del Derecho comunitario europeo, de la *International Law Association* (Sección española), *miembro titulaire* del *Instituto de Droit international*; del Grupo Europeo de Derecho Internacional Privado desde 1991, o miembro de la *Private International Law Advisory* del *British Institute of International Comparative Law* desde 2010. También forma parte de los comités científicos y asesores de diversas revistas especializadas, entre las que destacan la dirección de la *Revista Española de Derecho internacional* (2009-2015) y la codirección de la sección de “*Jurisprudencia comunitaria*” de la *Revista Jurídica de Cataluña* desde 1987.

Cuenta con más de 200 publicaciones sobre Derecho internacional privado y Derecho comunitario europeo en toda Europa, especialmente en relación a la protección internacional de niños, adopción internacional y obligaciones alimentarias; Derecho internacional privado de familia y sucesiones, procedimiento civil internacional y los instrumentos de Bruselas y



## Vida corporativa

Lugano; Derecho internacional privado de la Unión Europea, y sobre los sistemas jurídicos plurilegislativos.

Ha sido merecedora de la Cruz Distinguida de 1.ª clase de la Orden de San Raimundo de Peñafort (1996), Encomienda de la Orden de Isabel la Católica (1997) y de la Cruz de Sant Jordi de la Generalitat de Cataluña (2014).

## Presentación del libro “Estudios sobre el Libro Sexto del Código Civil de Cataluña” y conferencia de Renée Cabrillac

El 10 de diciembre tuvo lugar la presentación del libro “Estudios sobre el Libro Sexto del Código Civil de Cataluña”, coordinado por el notario de Barcelona Àngel Serrano. El libro profundiza en las distintas instituciones que regula el derecho de obligaciones y contratos, sobretodo centrándose en la compraventa y en el mandato, pero también repasando otras instituciones clásicas catalanas. Entre los autores hay diversos notarios - Emilio Rosselló, Antonio Longo, Ignacio Boisán, Antoni Bosch y Lluís Jou – así como catedráticos y profesores de Derecho Civil. El contenido y enfoque, sin ser un comentario ni un estudio sistemático, contiene un análisis teórico-práctico desde distintas perspectivas de las instituciones del Libro Sexto.

En el transcurso del acto el profesor Renée Cabrillac, profesor de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de Montpellier, pronunció la conferencia “El nuevo derecho francés de las obligaciones”. El ponente analizó las implicaciones de la reforma del derecho de contrato en Francia - no renovado desde 1804 -, marcada por dos características que se manifiestan en las necesidades económicas y sociales de los contratos. Por un lado, la organización y flexibilidad contractual y, por otro, la protección de la parte más débil y la aplicación de la teoría de la imprevisión.

En el marco de la presentación del libro, Renée Cabrillac, profesor de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de Montpellier, pronunció la conferencia “El nuevo derecho francés de las obligaciones”.





En el transcurso del acto Miquel Roca Junyent, ponente de la Constitución, pronunció la conferencia “La Constitución cuarenta años después”, en la que afirmó que “la Constitución es fundamentalmente un texto político que marca las bases de la convivencia en un país”, siendo un ejemplo de “no solo aceptar la discrepancia, sino hacerla posible, y, desde ella, pactar”.

Miquel Roca, ponente de la Constitución, pronunció la conferencia “La Constitución cuarenta años después”, en un acto presidido por Pedro Garrido, director general de los Registros y del Notariado.

## Acto conmemorativo del 40 aniversario de la Constitución

El 20 de diciembre tuvo lugar, en el Colegio, el acto conmemorativo del 40 aniversario de la Constitución, presidido por el director general de los Registros y del Notariado, Pedro Garrido, acompañado del decano del Colegio, Joan Carles Ollé.

En el transcurso del acto Miquel Roca Junyent, ponente de la Constitución, pronunció la conferencia “La Constitución cuarenta años después”, en la que afirmó que “la Constitución es fundamentalmente un texto político que marca las bases de la convivencia en un país”, siendo un ejemplo de “no solo aceptar la discrepancia, sino hacerla posible, y, desde ella, pactar”. Destacó que se trata de la primera Constitución hecha desde el consenso en nuestro país, así como la primera sometida a un referéndum popular, en la que se aprobó con el 90% de los votos, hecho que consideró fundamental para exponer sus dudas acerca de que sea necesario reformarla. Roca aseguró que “pluralismo significa pacto, respetar las ideas sabiendo que tendrás que pactar. Y sin pacto no hay progreso”. Así mismo, explicó que la Constitución resolvió diversas cuestiones fundamentales, como “retornar la soberanía al pueblo o el estado de las autonomías” y aseguró que “cualquier avance transformador y de futuro debe descansar en el estricto cumplimiento del derecho.” Finalmente aseguró que “precisamente porque entonces hicimos lo que hicimos, ahora algunos piden más”, y afirmó que “el futuro pasa por no romper los valores constitucionales, el régimen de convivencia, buscar un consenso amplio y el respeto por el adversario y por la discrepancia”.

Por su parte, Joan Carles Ollé destacó en su discurso que “la Constitución ha otorgado, no tan solo al Notariado sino a la sociedad en general, la estabilidad y seguridad personal y jurídica necesarias para poder avanzar y progresar.” En cuanto al debate abierto sobre la necesidad o no de su reforma, Ollé afirmó que “pueden existir y existen diferentes puntos de vista sobre la vigencia de su espíritu y normativa y de la necesidad o no de su reforma y, aún en este último caso, sobre el sentido de la misma, visiones distintas que reflejan la pluralidad de la sociedad catalana y española en su conjunto.” Así mismo, destacó en su intervención la importancia de la seguridad jurídica, principio recogido en el artículo 9.3 de la Constitución, y aseguró que “el

correcto funcionamiento de los mercados exige el eficaz desarrollo de las relaciones jurídicas, razón por la cual resulta decisiva la presencia de un funcionario público con alta preparación técnica, el notario, que garantice que aquellas solo muy excepcionalmente pueden ser discutidas”. Y destacó que “la intervención del notario incorpora, por tanto, el valor añadido de reportar un índice de litigiosidad bajísimo, de prevenir y evitar con carácter general el pleito y el conflicto”. Finalizó su intervención apelando a que “partiendo del principio de respeto a la ley como clave de bóveda de nuestro sistema democrático y de derecho, es preciso recuperar el espíritu constitucional de 1978, basado en la tolerancia, diálogo, acuerdo, pacto y voluntad de concordia.”

El acto fue clausurado por Pedro Garrido, director general de los Registros y del Notariado, quien también recordó en su intervención el consenso de la Constitución, y los grandes avances logrados respecto a la sociedad de





# Vida corporativa

1978, “especialmente en relación a la situación de los ciudadanos como tales.” Mencionó el artículo 10 de la Carta Magna, centrado en “la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás como fundamento del orden político y de la paz social”, gracias al cual “tanto en España como en Cataluña todos tienen garantizados sus derechos”. Concluyó su intervención asegurando que “la Constitución es la base de todo este progreso”, recordando que “sin respeto a la ley todo se rompe” y destacando la labor de los juristas “de recordar la importancia del sistema jurídico y constitucional en la vida cotidiana y para el desarrollo de la sociedad”, con el fin de “encauzar la sociedad en una vía de progreso, convivencia y respeto”.

## Presentación del monográfico de la revista “La Notaría”

En el transcurso del acto se presentó el número extraordinario de la revista “La Notaría” íntegramente dedicado a esta efeméride. El monográfico de la revista corporativa del Colegio Notarial de Cataluña (número 2/2018), fundada en 1858 - la publicación jurídica de mayor antigüedad en España -, en esta ocasión editado con la colaboración del Ministerio de Justicia, recoge artículos de juristas como Pascual Sala, quien fue presidente del Tribunal Supremo, del Consejo General del Poder Judicial y del Tribunal Constitucional; Josep Ma Vallès, exconseller de Justicia; Santiago Muñoz Machado, catedrático de Derecho Administrativo; Joaquín Tornos, quien fue presidente del Consell de Garanties Estatutàries de la Generalitat de Cataluña; o Jesús Delgado Echevarría, presidente de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil. También incluye artículos de los notarios que han sido decanos de la institución, como Lluís Jou, Robert Follia, Juan José López Burniol, José Marqueño o el actual decano, Joan Carles Ollé.

**La Notaría**

Monográfico | Número 2 | 2018    Revista del Colegio Notarial de Cataluña    Fundada en 1858

**40 Aniversario de la Constitución: una amplia perspectiva de la Carta Magna**

**“La Constitución es el símbolo más claro de la necesidad del pacto como elemento cohesionador de la democracia”**  
Entrevista a Miquel Roca Junyent  
PONENTE DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978

**“Adaptar la Constitución a los nuevos tiempos es la demostración de que está más viva que nunca”**  
Entrevista a Dolores Delgado García  
MINISTRA DE JUSTICIA

**“A la Constitución le hacen decir cosas que nunca hubiera querido decir”**  
Entrevista a Ester Capella i Farré  
CONSELLERA DE JUSTICIA

**TRIBUNAS DE OPINIÓ**

Pascual Sala Sánchez  
José Marqueño de Llano  
Josep Ma Vallès i Casadevall  
Santiago Muñoz Machado  
Lluís Jou Mirabent  
Joaquín Tornos Mas  
Robert Follia i Camps  
Jesús Delgado Echevarría  
Juan José López Burniol  
Joan Carles Ollé Favaro

constitució

COL·LEGI DE NOTARIS DE CATALUNYA

---

## 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 *Interin*, 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.



Toda la  
actualidad  
del Colegio  
en un solo  
click

Puedes consultar la revista La Notaria,  
otras publicaciones y toda la actualidad en  
**[www.notariosdecataluña.org](http://www.notariosdecataluña.org)**

Y también puedes acceder al Archivo  
Histórico de Protocolos de Barcelona,  
conocer la Fundación de los Notarios de  
Cataluña, informarte sobre la Academia  
de Opositores de Cataluña ...

**Todo esto y mucho más. Así de  
fácil, así de cómodo, así de rápido.**